

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

## OBRAS DO MESMO AUCTOR

A PHILOSOPHIA POSITIVA NO BRAZIL—Recife, 1884.

ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA—Recife, 1886.

TRAÇOS BIOGRAPHICOS DO DESEMBARGADOR JOSÉ MANOEL DE FREITAS—  
Recife, 1888.

LIÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA SOBRE O DIREITO PRIVADO—Re-  
cife, 1893.

PHRASES E PHANTASIAS—Recife, editores Hugo & C., 1894.

EPOCHAS E INDIVIDUALIDADES—2.º milheiro, Bahia, editora Livraria  
Magalhães, 1895.

### Traducções

JESUS E OS EVANGELHOS de J. Soury (em collaboração com João  
Freitas e Martins Junior)—Recife, editor Alves, 1886.

A HOSPITALIDADE NO PASSADO—Recife, 1891.

### Em via de publicação

CRIMINOLOGIA E DIREITO—Bahia, editor José Luiz da Fonseca Ma-  
galhães.

DIREITOS DE FAMILIA—Recife, editores Ramiro M. Costa & C.

JURISTAS PHILOSOPHOS—Recife, editores Hugo & C.

ESBOÇOS E FRAGMENTOS—Recife, editores Hugo & C.

cat

# DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

POR

## GLOVIS BEVILAQUA

LENTE CATHEDRATICO DE LEGISLAÇÃO COMPARADA SOBRE O DIREITO PRIVADO,  
NA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE



1896

JOSÉ LUIZ DA FONSECA MAGALHÃES — EDITOR  
LIVRARIA MAGALHÃES

Fundada em 9 de Outubro de 1888  
RUA DE PALACIO, 26  
BAHIA

V  
342.14  
B 571  
DO  
1896

---

OFFICINAS DOS DOIS MUNDOS

35 — Rua Cons. Saraiva — 35

BAHIA — BRAZIL

---

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume não está registrado

com o número 3529

do ano de 1946

## NOTA PRELIMINAR

Não foi meu intento, compondo este livro, esquadrinhar, com arguta analyse, todos os recantos deste curioso departamento do direito privado a que foi dada a conhecida denominação de — *Direito das Obrigações*. Nem tam pouco guiou-me o espirito a preocupação de fazer descobertas em regiões tantas vezes trilhadas pelos mais insignes mestres da jurisprudencia. Mas pareceu-me que era opportuno systematisar a theoria das obrigações, à luz das novas doutrinas de que se tem abeberado a sciencia do direito, pedindo auxilios á philosophia, á historia, á paleontologia juridica, á economia politica e á legislação comparada, e metti hombros á empreza, certo de que tinha, para guiar-me, o muito que escreveram poderosos engenhos, mas convencido, apezar disso, de que ia luctar com gravissimas difficuldades.

Estabelecer os principios geraes dominantes neste assumpto das obrigações, de accordo com as necessidades actuaes de nossa cultura juridica, foi o elevado escopo a que visei. Que, ao menos, me sirva elle de escusa ás jaças d'um livro que se não dirige aos peritos, mas exclusivamente aos cathecumenos do direito.

Recife, Setembro de 1895.

*Clovis Bevilacqua.*



PRIMEIRA PARTE



# PRIMEIRA PARTE

## THEORIA DAS OBRIGAÇÕES

La théorie des obligations est en jurisprudence ce que la théorie de la valeur est en économie politique: problème central où l'on est ramené par toutes les pentes des discussions.

TARDE: *Transformations du Droit.*

Il concetto delle obbligazioni civili s'è formato a poco a poco, e pari passu con tutte le manifestazioni della vita giuridica: esso riflette le fase per le quali è passata l'individualità umana nei suoi rapporti con la società.

COGLIOLO: *Filosofia del diritto privato.*

### CAPITULO I

## Conceito de Obrigação

### § 1.º

#### DETERMINAÇÃO DO ASSUMPTO

Na idéa de obrigação, facilmente descobre a analyse dois elementos essenciaes: a limitação, o encadeiamento da liberdade psychica, refreindo a expansão da personalidade, e, concomitantemente, um estímulo que vem determinar a vasão, por um determinado sulco, das energias assim refreidas. O primeiro desses elementos, de acção negativa, age sobre nossó espirito, falando á razão e ao sentimento, para nelle impedir o surto de volições con-

trarias às que vier provocar o segundo elemento, ou para que sejam sacrificadas as que, não obstante, sobrenadarem na mente agitada, em ordem a que não transponham as orlas do mundo psychico, externando-se por factos. Da combinação dessa força inhibitoria com esse estímulo, resulta o estado de consciencia a que se dá o nome de—*obrigação*,— o qual só apparece, nitido e vigoroso, nos caracteres equilibrados e fortes, porque, somente nesses, a bôa orientação da intelligencia e das emoções permite a disciplina da vontade.

Esses dois elementos que constituem a noção essencial de obrigação evidentemente não são forças espontaneas. Ao contrario, é sempre uma lei, um preceito, uma norma que, actuando sobre a consciencia do individuo, desperta o apparecimento d'aquella inibição e d'aquelle estimulante. Provocada no espirito essa especial situação a que se allude com o vocabulo—*obrigação*,—tende elle a modelar sua actividade segundo a forma pre-estabelecida pela norma que lhe suscitou ou, melhor, que lhe creou essa situação. Dentro desse molde accommoda-se a conducta humana. Si extravasa ou si o rompe, é sempre por excepção, embora com frequencia, até porque muitas solicitações que falam á razão e ao interesse prendem-na dentro do sulco traçado pela norma. E', portanto, essa norma o principio masculino, gerador, activo, que dá o impulso primordial, a direcção e a forma á conducta em qualquer de suas modalidades, em qualquer dos circulos da vida, o religioso, o moral ou o juridico..

Em todas essas faces da existencia, o conceito de obrigação é, fundamentalmente, o mesmo, porque é sempre a submissão a uma regra de conducta, cuja auctoridade é reconhecida ou forçosamente se impõe, quer seja ella traçada pelo senso moral, quer pelas re-

ligiões, quer pelo direito ou por outro qualquer conjunto de normas reguladoras da conducta humana. Não basta por consequencia, dizer que obrigação é necessidade moral de agir; é preciso accrescentar:—é a necessidade moral de agir de um determinado modo.

Pondo de lado as variadas formas que reveste a relação obrigacional, occupar-se-á exclusivamente este livro com as obrigações juridicas. E não das obrigações juridicas em sua totalidade, e não do dever juridico em toda a sua extensão, mas, exclusivamente, daquella porção delle que, na technologia actual, toma o nome particular de—*Direito das Obrigações*.

A todo direito corresponde uma obrigação, um dever. Nas relações de familia, aos direitos do pae, como chefe e director da sociedade domestica, consoantemente, se oppõem deveres dos filhos; aos direitos do marido, como administrador do patrimonio conjugal, se oppõem deveres da esposa, de accordo com o regimen de bens adoptado por ambos. Mas o filho e a esposa, por seu turno, se constituem focos de irradiações de direitos que vão determinar obrigações correspondentes na personalidade do pae e do marido. E esse cruzamento de direitos e obrigações se opera em todas as esphas das relações humanas que incidem sob a tutela do direito, constituindo o trama e o urdume da vida juridica. Si quizermos, portanto, estudar as obrigações juridicas em todos os seus aspectos, teremos de estudar, simultaneamente, todo o systema de preceitos que o direito edicta.

Mas a palavra *obrigações* trouxe, do direito romano, um sentido tecnico e restricto que se tem mantido ao lado dessa accepção mais lata. Sob este poncto de vista, a obrigação era definida pelas Institutas (3, 13, pr.): — *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*, um vinculo de direito que nos constringe

a pagar alguma cousa, ou, mais claramente, a fazer ou deixar de fazer alguma cousa. Essa difinição, entretanto, não apresenta uma característica de sufficiente particularidade que nos facilite a distincção entre obrigação, no sentido technico e restricto da palavra, e quaesquer deveres exigiveis em direito.

As obrigações são, em regra, apreciaveis economicamente, reductiveis a uma somma de dinheiro. Só excepcionalmente essa redução não se dará, mas, em todo o caso, será necessario recorrer a um criterio pecuniario para constranger á execução ou para punir a inexecução. Por esse effeito, apparecerão as multas, as indemnisações, que apreçarão aquillo que, por sua essencia e por seu proprio destino, é naturalmente inapreciavel. Dos outros deveres juridicos não se pôde dizer o mesmo. Mesmo o dever de respeitar a propriedade alheia não é reductivel a uma expressão pecuniaria. E si, por não cumpril-o, tiver alguém de pagar alguma somma, esta apparece pela execução de uma obrigação nascida de um acto illicito, culposo ou doloso. Si é assim tractando-se de deveres em correlação a direitos patrimoniaes, é claro que sel-o-á, por maior razão, em relação aos que procedem de direitos pessoaes e familiaes. O dever de obediencia do filho ao pae, os deveres reciprocos dos conjuges, escapam a esse modo de avaliação, ao menos, em nossos dias, e vigorando as idéas e os sentimentos fundamentaes de nossa actual civilização. Em segundo logar, é digno de ser ebservado que a faculdade correspondente á obrigação, na accepção de que agóra se tracta, é de natureza transitoria, exgotta-se com o seu uso. O direito do credor se consume, extanca-se, desde que elle o faz effectivo, recebendo o que lhe é devido, por espontaneidade do devedor ou pelos meios compulsorios que a lei fornece, quer se tracte de prestações instantaneas que se perfazem

num só momento, quer se tracte de prestações continuas que se prolongam por momentos consecutivos. Ao contrario, a faculdade correspondente ao dever juridico, em suas outras manifestações, é, na maioria dos casos, permanente, inexgottavel, não se anniquilando pelo uso natural que della se faça. Pelo uso normal, em consequencia de sua applicação commedida e legal, não se extingue o direito de propriedade, nem, consequentemente, se exgottam as multiplas faculdades que se contêm no dominio, nem tão pouco os direitos de familia, nem o geral das pessoas.

Estes dois caracteres nos indicam, por um lado, que o assumpto das obrigações está contido no circulo dos direitos patrimoniaes, e, por outro, que ellas affectam uma forma especial capaz de facilmente distinguil-as dos outros direitos patrimoniaes em sua generalidade. Atendendo a esses caracteres vê-se que tem *cabimento* a designação—*direitos de creditos*—que já tem sido empregada para designar esta relação juridica.

Mais ainda. A obrigação não vinèula a pessoa obrigada a qualquer ou a todas as outras que se achem em contacto com ella, mesmo em relação ao facto da obrigação. Para que exista o vinculo obrigatorio, é preciso que as pessoas eladas por elle se achem numa situação que não é commum a quaesquer outras, é preciso que, por acto dellas ou de outrem ou em virtude da lei, esteja uma dellas habilitada a exigir a prestação e a outra na contingencia de cumpril-a.

Feitas estas explanações preliminares, comprehende-se porque adoptei a seguinte definição de *obrigação*:—é a relação transitoria de direito que nos constringe a dar, fazer ou não fazer alguma cousa economicamente apreciavel, em proveito de alguém que, por acto nosso ou de alguém comnosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa

acção ou omissão. Me parece que esta definição é mais completa do que a das Institutas e, mesmo, do que a do preclaro Savigny, aliás mais exacta do que a dos romanos. «A obrigação, diz o sabio jurista allemão, consiste na dominação sobre uma pessoa extranha, não entretanto sobre toda a pessoa (porque traria como resultado a absorpção da personalidade humana), porém sobre actos isolados os quaes é preciso considerar como uma restricção á sua personalidade e uma sujeição á nossa vontade.» (1). Mas as causas dessa submissão e seus caracteres não estão claramente indicados pelas palavras de Savigny. E foi a essa indicação que mirou a definição agóra proposta.

### § 2.º

#### CONCEITO ROMANO E CONCEITO MODERNO DE OBRIGAÇÃO

Depois que os jurisconsultos romanos conseguiram firmar uma distincção fundamental entre os direitos reaes e os obrigaçionaes, creando uma theoria particular para cada uma dessas categorias de relações juridicas, ficou estabelecido que a obrigação era um *vinculum juris* ligando, entre si, duas ou mais pessoas determinadas, no intuito de conseguir uma prestação de uma ou de algumas em beneficio de outra ou de outras. *Obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis adstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum.* (D. 44, 7, fr. 3).

O credór, isto é, aquelle a quem a obrigação beneficia (2) é pessoalmente designado, assim como tambem o é, por seu lado, o devedor, o paciente da obrigação, cujo

(1) Savigny, — *Le droit des obligations*, trad. Girardin et Jazon, 2.ª ed. vol. I p. 61.

(2) *Creditorum appellatione accipiuntur non hi tantum qui pecuniam crediderunt sed omnes quibus ex qualibet causa debetur* (Gaius, D. 50, 16, fr. 11).

património passou a responder pela execução do prometido, depois que os romanos se convenceram da improficuidade das garantias fundadas exclusivamente na pessoa do devedor. O rigor dos principios exigia que, sendo essencialmente pessoal a obrigação, recalisasse exclusivamente sobre as pessoas o seu cumprimento e as consequencias de sua inexecução, como se fazia realmente nos primeiros tempos; mas a precaridade de uma tal garantia ou, melhor, a inefficacia della sob o poncto de vista economico, fez substituir a execução pessoal, crudelissima tantas vezes, pela patrimonial, evidentemente mais util, dando-se, por tal deslocação, um primeiro passo para a despersonalisação do vinculo obrigatorio ou, mais exactamente, para a sua indeterminação pessoal.

Hoje, ainda a obrigação é um vinculo que prende duas ou mais pessoas entre si, no intuito de *aliquid dare vel facere*; mas, como bem pondera Pietro Cogliolo, «essas pessoas não são somente aquellas que a contrahiram, mas quaesquer que lhes hajam tomado o lugar. As pessoas, entre as quaes existe o vinculo, são genericas, não individuaes, e, por isso, a obrigação vive independente dellas.» (1)

O typo das obrigações de personalidade indeterminada ou sómente determinada por acto posterior são as que procedem de titulo ao portador, nas quaes o credor é o possuidor do titulo e, como este é transmissivel por mera tradição desacompanhada de qualquer outro acto, o credor poderá variar, de momento a momento, independentemente da intervenção do devedor. Esta indeterminação da pessoa, em favor de quem é constituído o credito, repugna á theoria romana das obrigações, na qual o elemento pessoal anniquila, muitas

(1) Cogliolo, — *Filosofia del diritto privato*, p. 226. Vide mais Cimballi, — *La nuova fase del diritto civile*, p. 336 e segs.

vezes, o economico, quero dizer, o patrimonial, ao passo que, nos tempos modernos, o elemento patrimonial adquiriu real e benefica preponderancia, deixando na penumbra o pessoal.

Nos titulos á ordem, a variabilidade dos credores é similhantemente facilitada, mas, como devem ser elles nomeadamente indicados, resta um elemento de determinação fugidio, embora, e prestes a escapar-nos das mãos, apenas o queiramos empolgar. Ha distancia, e grande, entre estas duas especies e a rigorosa pessoalidade, a fixidez quasi inabalavel das obrigações romanas, que se não prestavam mesmo ás alienações, a não ser por meios indirectos, quasi por subterfugios, segundo nol-o attesta o jurista Gaius: *Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur efficieri possum* (2, 38).

Na theoria do mandato, ainda encontramos a fixidez obrigatoria dos romanos oppondo embaraços ao pleno desenvolvimento desse contracto. Como é o mandatario que realisa o contracto, conserva-se, por isso, pessoalmente obrigado. A representação não existia, nos primeiros tempos, prevalecendo inflexivelmente o principio de que os actos praticados por uma pessoa não podiam aproveitar nem prejudicar a outra a cujo poder ella se não achasse submettida. Mesmo no ultimo periodo do direito romano, não está definitivamente assentada a doutrina da representação, porquanto ainda resta aos terceiros a faculdade de se dirigirem, por acção judicial, contra o mandatario, e este, por sua vez, não tendo desaparecido do scenario juridico pelo simples facto da execução do mandato, pode accionar os terceiros por direito proprio, emquanto o mandante não intervém directamente.

Destas considerações, resalta que uma transformação

notavel se operou no conceito das obrigações tal como o idearam e expozeram os romanos, transformação que trouxe maior facilidade e celeridade nas transacções sem que fosse, de modo algum, diminuida a sua segurança. Continuam as obrigações a ser, como sempre se entendeu, uma especie de direitos patrimoniaes, são os direitos de credito, mas podem hoje ser contractadas com pessoas incertas, supportam, em sua plenitude a theoria da representação e não recorrem a meios indirectos para, em relação a ellas, se effectuar a substituição cessionaria. São caracteres esses que ou faltam absolutamente ou apenas começavam a ser timidamente indicados nas bronzeas paginas da jurisprudencia romana.

### § 3.º

#### CAUSAS GERADORAS DAS OBRIGAÇÕES

Segundo a theoria geralmente acceita, se podem distribuir em quatro categorias as causas efficientes, as fontes geradoras das obrigações: o contracto, o quasi contracto, o delicto e o quasi delicto. Foi, entretanto notado, desde os primeiros albores da jurisprudencia, que essas quatro figuras não exgottavam as modalidades varias de causas, o que fez um dos mais circumspectos e methodicos jurisperitos romanos, bem se vê que me refiro a Gaius, expor a doutrina sob um outro aspecto. Segundo elle, as obrigações nascem do contracto, do delicto ou, em virtude de um direito proprio, de varias figuras de causas: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut ex proprio quodam jure, ex variis causarum figuris* (D. 44, 7, fr. 1). Sob esta feição é realmente mais accetavel a indicação das causas

productoras de obrigações, e a ella se submeteram os mais correctos dos modernos codigos (1).

E' preciso que accrescentemos a essas fontes classicas, não deixando no vago das outras figuras de causas, a vontade unilateral, sem duvida genetriz fecunda de obrigações, mas da qual só ultimamente se vão apercebendo os escriptores. Encontrará este assumpto sua natural explanação num capitulo especial; porém, para justificar a inclusão desta nova classe de causas geradoras de obrigações, faz-se necessario dizer, desde já, alguma cousa, e nada poderia imaginar de melhor, penso eu, do que transcrever as seguintes palavras de G. Tarde, nas quaes vem lucidamente assignalado o valor juridico da vontade unilateral. Diz elle: «Em casos que se vão multiplicando, somos obrigados, por mais romanistas que sejamos, a conceder força juridica a promessas ainda não acceitas. Dia a dia se multiplicam as obrigações em relação a pessoas indeterminadas que, bem se comprehende, não poderiam accceitar o que ignoram; dia a dia se multiplicam os titulos ao portador, os seguros de vida, as reclames, os prospectos. Todas estas innovações suscitadas por idéas geniaes, proprias deste seculo ou dos seculos anteriores, tendem manifestamente a relegar para um segundo plano o contracto, que, na epocha romana classica, se achava incontestavelmente, no primeiro.» (2)

Assim direi que as fontes das obrigações economicas se reduzem a quatro figuras principaes: o contracto, o

---

(1) Para o codigo civil argentino, as fontes productoras de obrigações se comprehendem nas classes seguintes: actos licitos entre os quaes occupa logar saliente o contracto, e actos illicitos que poderão revestir formas de crimes ou não. No codigo federal suizo das obrigações, destacam-se: o contracto, a promessa ainda não accceita, os actos illicitos dos quaes fazem parte os delictos, o enriquecimento illegitimo e outras causas a que se allude apenas para afastal-as, como são as relações de familia e os principios do direito publico.

(2) G. Tarde, — *Les transformations du droit*, pag. 121. Ver-se-á, em logar opportuno, até onde minha opinião acompanha a do illustre jurista philosopho.

chamado quasi contracto, actos illicitos e a vontade unilateral. Esta ultima na ordem da importancia actual occupa e segundo lugar, o qual lhe será egualmente assignalado na exposição da materia que faz objecto deste livro. Quanto ás obrigações que se originam das relações de familia (como a de prestar alimentos á pessãoas vinculadas pelas relações de parentesco dentro de certo limite); ás que procedem do direito successorio (como a responsabilidade pelas dividas do *decejus ultra vires hereditatis*, quando herdeiro não se soccorre ao beneficio de inventario); ás que vão prender suas raizes na organização social (como a de concorrer, por meio de impostos, para as despesas do Estado e do municipio); escapam todas, pela indole natural que lhes seria facil aponctar, escapam todas, ao quadro dentro do qual se tem de inscrever este livro, e acharão suas normas noutras secções da sciencia do direito que não dentro das raias da theoria das obrigações.

As fontes que acabam de ser indicadas admittiriam ainda uma simplificação si as reduzissemos a duas:—o acto humano e a lei, elementos que se não devem disassociar de modo completo, porque o acto humano desprovido da sancção legal é juridicamente improficuo e, por outro lado, a lei exige a insufflação vital da actividade humana para descer do mundo abstracto onde paira e rutila, sem o que não conseguirá realizar o fim a que se destina. Porém é inutil insistir sobre essa reduccão balda de interesse pratico e de elucidacão theorica.

#### § 4.º

##### FUNDAMENTO PHILOSOPHICO DAS OBRIGAÇÕES

A' philosophia do direito têm os estudiosos muitas vezes interrogado sobre qual seja o fundamento ultimo

das obrigações, e, em particular, das que se originam dos pactos e dos outros actos que lhes são equiparáveis, porquanto as fontes ilícitas nos fazem ver as obrigações, por um prisma semelhante ao da repressão do crime. A satisfação do damno, realmente, não é mais do que um aspecto da defeza social, tendo sido, em certa epocha de atrazo e barbárie, a forma essencial da pênalidade.

Mas porque a promessa obriga a quem a profere, porque a externação da vontade aqui se crystallisa dentro do molde em que foi vazada? As respostas a esta interrogação têm sido as mais divergentes; o que, si auctorisa novas tentativas de explicação, faz tambem desanimar o analysta que vê deante de si a inanidade dos esforços de seus predecessores.

Vico affirmava que simplesmente na bôa fé residia a força obrigatoria dos contractos, deslocando visivelmente a questão sem resolvel-a; Kant não é mais satisfactorio, quando nos diz que temos ahi um postulado da razão pura impossivel de ser demonstrado, mas que se impõe forçosamente á intelligência; outros recorrem a não sei que inalterabilidade da vontade, ao respeito á personalidade humana, á necessidade que tem o homem de realisar os fins da vida. Não ha vantagem alguma para o esclarecimento da questão em exgottarmos a lista das opiniões divergentes. Do que ficou citado já se conclue a vacillação e a desintelligencia que lavra, entre os philosophos e os juristas, a proposito do fundamento das obrigações voluntarias.

Mas, nos dominios da philosophia, não se en-crespam sómente ondulações inconsistentes e fugidías, não ha sómente obscuridades enganosas. Vastos plainos lavados de sol ahi se alongam, por onde podemos todos marchar seguros, fitos os olhos na verdade que se nos rasga lucida e forte deante dos olhos.

Tomemos o conselho do mestre: *de metaphysica non sis sollicitus*; e volvamos a vista para outros horizontes. Stuart Mill nos dará a chave do enigma julgado insolúvel. Não ha outro fundamento assignalavel á obrigação, garante-nos elle, sinão as funestas consequencias da falta de fé e da ausencia de confiança mutua entre os homens. Por outros termos, é o interesse da sociedade, harmonisando-se com o dos individuos, o fundamento ultimo das obrigações. E, com o glorioso publicista e philosopho inglez, se mostram de accordo d'Aguano, Pietro Cogliolo, Gabriel Tarde. (1)

Apreciem-se os factos, em rapida analyse embora, e ter-se-á tirado a prova real desta theoria. E' o interesse de cada um que o induz a realisar suas compras, vendas, emprestimos, locações, e é porque essa vantagem torna-se ponto de convergencia de muitos interesses que é possível a realisação desses actos. Sem essa convergencia, o egoismo de cada individuo agitar-se-ia no vacuo, impotente, inutil. Verificada ella, porém, como a sociedade tem o maximo interesse na producção dessa troca de serviços, na combinação desses esforços, nessa divisão de trabalho presidida e guiada pela teleologia social, intervem pelo organo do poder publico e pelo da opinião dominante para tornar effectivos e producentes esses actos, dos quaes depende, evidentemente, a sua vida e cultura, pela quantidade dos quaes se póde aferir a sua opulencia.

Consentisse a sociedade em que o egoismo fugisse dolosamente ás consequencias de seus actos, sem prendel-o por élos fortes á satisfacção do promettido, dependesse exclusivamente do livre arbitrio de cada um saldar os seus debitos, e o commercio seria quasi

(1) S. Mill. — *Logique*, Vol. II, p. 499; d'Aguano, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, p. 511; Cogliolo, — *Filosofia del diritto privato*, p. 232; Tarde, — *Transformations du droit*, p. 132.

inconcebível, ajoujado nas angusturas de um círculo de ferro, e mesmo a coexistencia humana se conservaria amarrada ao poste de uma barbárie invencível. Para poder subsistir e desenvolver-se tem forçosamente a sociedade de garantir a execução dos contractos, de tornar consistentes as offertas que, canalizando as procuras em uma certa direcção, solicitando-as para um dado poncto, tornar-se-iam factores fecundos de prejuizos, de lesivos abusos, si conservassem a facultade de recuar a cada momento.

### § 5.º

#### DIREITOS OBRIGACIONAES. SUA DISTINCÇÃO DOS REAES

Nosso patrimonio contém duas categorias de direitos, os reas e os obrigacionaes, ou de credito. Estes ultimos são tambem chamados pessoaes, porém esta expressão não merece as preferencias que se lhe têm dado, pois que é sobremodo equivocada. Visivelmente applica-se, com propriedade, aos direitos das pessoas, os quaes, nos codigos modernos, formam uma classe á parte; e é de grande inconveniencia para a doutrina que os termos technicos se prestem a mais de uma significação. Só deante da inexistencia de uma outra expressão é toleravel essa inopia idiomática. Mas a expressão — *direitos pessoaes* — ainda admite outros sentidos. Applicam-na mesmo para designar certos direitos reaes, como o de usufructo. E' nociva essa elasticidade ou, antes, essa inconsistencia de expressão aos esclarecimentos da sciencia, parece-me indubitavel.

A denominação latina — *jus ad rem*, embora indique, de um modo feliz, a tendencialidade caracteristica desta ordem de relações jurídicas, se resente de uma tal ou qual impropriedade, por que não abrange, com exactidão e clareza, as obrigações que se referem a um

facto ou a uma prestação de serviço, segundo já foi observado por Bonjean. <sup>(1)</sup>

Labbé propoz a expressão — *direitos indirectos* — em antithese a direitos directos, designando os reaes; porém não me parece que haja conquistado sympathias nem que escape a certas objecções. Preferirei, portanto, adoptar a designação neologica — *direitos obrigacionaes*, ou essa outra já posta em circulação, desde muito: — *direitos de credito*.

Mas o que é mais importante do que essa questão de technologia é frisar as differenças essenciaes entre os direitos obrigacionaes ou de credito e os reaes. Não ultrapassarei a um pequeno numero de considerações, quanto baste ser bem determinada a feição de cada uma dessas categorias de direitos.

O direito real recãe, directa e immediatamente, sobre um objecto corporeo, fixa-se n'elle, abrangendo-o sob todas as suas relações (propriedade) ou limitando-se a algumas dellas somente (desmembramentos da propriedade). Os obrigacionaes visam, directa e immediatamente, acções humanas, embora tendam muitas vezes a se objectivarem sobre uma cousa, o que, é preciso ter em vista, nem sempre acontece.

Os direitos reaes têm um certo character de infungibilidade, pois que o uso não diminue o seu valor, antes, em regra, o augmenta. Mesmo quando o direito real se concretisa em um objecto consumivel pelo uso, essa infungibilidade do direito real não soffre excepção, porque si, nesse caso, o direito desaparece por falta de objecto, não foi propriamente pelo exercicio do direito que esse desaparecimento se deu. Si eu ingiro uma certa quantidade de alimentos que possuo, si dispendo a somma de dinheiro que tenho na carteira,

<sup>(1)</sup> Bonjean, — *Explication méthodique des Institutions de Justinien*, Vol. II, p. 212.

uso innegavelmente de uma faculdade que me é attribuida por meu direito de propriedade; porém eu poderia, pelo mesmo titulo, dar outro destino a esses alimentos, pôr a juro o meu capital, e, assim, uns e outros, se conservariam. Seu exgottamento, portanto, na primeira hypothese, não resultou do exercicio puro e simples do direito, mas da qualidade mesma d'aquelles objectos. O direito obrigacional, é fungivel e transitorio por essencia, tende a extinguir-se com o uso. Eu alugo uma casa; passam-se os dias e o direito proprietario mantem-se inalteravel, emquanto o meu limitado ao uso da casa, por um tempo determinado se vae pouco a pouco extancando. Alguem me deve uma quantia; emquanto não chega o momento de recebê-la, meu direito conserva-se inactivo em minhas mãos ou na de qualquer a quem eu o transfira. Chegado esse momento, meu direito se faz valer para que me seja embolsada a quantia devida, espontanea ou coercitivamente. Só nesse momento se poz em actividade, mas para extinguir-se logo apoz, como esses bezouros que despertam do entorpecimento, em que jazeram por longos dias, para espanejarem as azas um momento ao sol, amarem, assegurarem a perpetuação da especie e morrerem. E o que se diz da hypothese aqui figurada, poder-se-á dizer, egualmente, de outras, *servatis servandis*, ou approximativamente.

Os direitos reaes consistem propriamente em gozos de cousas, pelo que acompanham-nas, creando, em favor das pessoas que os possuem, o consectario juridico da sequela, ao qual se prende o direito de reivindicção. Os direitos obrigacionaes consistem exclusivamente em prestações, actos positivos ou negativos, pelo que se fixam apenas no acto ou facto a ser executado, e somente podem ferir a pessoa que se acha vinculada pela obrigação no momento de seu cumprimento.

Não é preciso dizer mais para que se apanhem as sinuosidades differenciaes desses dois agrupamentos de formas juridicas. Fugirei mesmo de attribuir aos direitos obrigatorios a qualidade de relativos, e aos reaes a de absolutos, porque, debaixo de um ponto de vista geral, uns e outros são relativos, e, em attenção ao respeito em que devem ser envolvidos, não vejo seria distincção a fazer. Uns e outros devem ser acatados por todos, uns outros podem ser, com força equal, affirmados e oppostos por aquelles em favor de quem são constituídos e contra quem quer que os conteste ou perturbe.

Os direitos reaes não são numerosos, se concretizam em figuras pouco variadas que as legislações com effeito, taxativamente indicam. Ao contrario, os actos, os factos e as abstenções, que os homens se podem prometter, diversificam de modo consideravel, segundo o arbitrio, as necessidades e as circumstancias occasionaes, offerecendo um numero indeterminavel de nuanças irreductiveis, muitas vezes, as formulas geraes preestabelecidas.

Embora, porém, apresentem caracteres distinctos, estas duas classes de direitos não se distanciam tanto que não se toquem, se cruzem e se cubram, em muitos pontos. Para mostral-o seria sufficiente dizer que uns e outros são direitos patrimoniaes, que augmentam o nosso poder de acção sobre o mundo objectivo, por um modo semelhante, que facilitam as condições de nossa vida privada por titulos equipolentes. Porém ha mais. Muitos direitos reaes, e dos mais importantes, como fez notar Savigny, têm por meta dirigirem-se, por intermedio de uma pessoa, á constituição de um direito real, e, outras vezes, ao gozo de um direito real. No primeiro caso, acha-se, por exemplo,

a hypotheca em sua feição convencional, e, no segundo o contracto emphyteutico.

§ 6.º

ATTINENCIAS DA THEORIA DAS OBRIGAÇÕES COM OUTROS RAMOS DO DIREITO, COM A MORAL, COM A ECONOMIA POLITICA E COM A PSYCHOLOGIA

Sendo a theoria das obrigações fundamental no direito privado, é natural que, em todas as divisões em que seccionarmos esse complexo de principios, deparemos um echo mais forte ou mais apagado, uma dependencia mais ou menos proxima a nos revelar que todas essas relações de direito apresentam um ar de proximo parentesco e vão servindo umas de suporte ás outras. Pela theoria da capacidade, prendem-se as obrigações aos principios geraes dos direitos das pessoas; tendo por presuppostos necessarios a propriedade e a personalidade individual, atravez dessas formas juridicas se vão ainda vincular aos precitados direitos das pessoas, por um lado, e ao das cousas por outro; com os direitos hereditarios ora se collocam ellas em paralellismo, como nos seguros de vida, ora em polarisação como nos pactos successorios onde são elles permittidos, ora se deixam absorver na successão prestando-se á transmissão por causa de morte. Mesmo em outras repartições do direito, no constitucional, no administrativo, no criminal e no internacional, repercute a theoria das obrigações. Basta affirmal-o para deixal-o provado, tam evidente é esse asserto.

Mas não é somente nas abobadas do edificio juridico que as obrigações fazem echoar o ruído de seu funcionamento. Os dictames da moral presidem ao seu nascimento e as acompanham em sua acção social,

prestando apoio ás injunções jurídicas ás quaes, entretanto, algumas vezes se antepõe.

E' interessante para uma comprehensão exacta destas duas disciplinas sociaes que se intitulam direito e moral, observar como ellas se comportam sempre que são chamadas a agir dentro do circulo traçado pelo mesmo acto. E o estudo das obrigações offerece dados preciosos para esse exame, e deve corroborar as conclusões colhidas aliunde.

Em tres situações diversas se encontram o direito e a moral em frente a doutrina das obrigações. O direito coincide com a moral reprovando por motivos semelhantes, sinão identicos, um determinado acto; eis a primeira situação que póde ser bem apreciada nas obrigações que tem por objecto uma prestação immoral ou que é consequencia de um motivo immoral. O direito ordena o que ordena a moral, porém são diversos os estímulos a que obedecem; eis a segunda situação. Ambos exigem que satisfaçamos os nossos compromissos, por exemplo. Mas o direito se colloca no terreno do interesse para assim estatuir, vendo na inobservancia do promettido uma lesão ao direito da pessoa que nelle confiou e um prejuizo aos interesses mais elevados da sociedade. A moral chega ao mesmo resultado por outro caminho. O simples dever de veracidade nos imporia o cumprimento da promessa honesta, ainda que não houvesse interesse a fraudar, nem apropriação de bem ou de trabalho alheio. Na terceira situação, finalmente o direito e a moral se acham em desaccordo, porque aquelle sanciona obrigações que esta condemna, como são as que nascem dos pactos usurarios. Outras vezes será que a moral mantenha a sua sanção a obrigações que o direito não reconhece mais, como são as que incorreram em prescrição. As conveniencias e a utilidade social aconselham a prescrição que, realmente, encontra

espaço em todas as legislações; perante a moral, porém, as obrigações jamais prescrevem.

E quanto ás dividas oriundas de jogo, quem lhes dá efficacia, a moral ou o direito? Creio que nem um nem outro desses dois systemas de normas. Essas dividas não offerecem interesse algum para o commercio juridico, um interesse em que os fins individuaes se irmanem com os sociaes, e é justamente esse interesse individuo-social uma condição indispensavel á protecção juridica de qualquer acto. E' perfeitamente exacta aquella definição que nos apresenta o direito como um interesse que a lei protege: mas é que a lei só protege aquelles que coincidem com as necessidades e os fins sociaes. E é por isso que vemos as dividas de jogo perdendo terreno nos codigos civis, donde hão de ser, afinal, totalmente banidas, quando os legisladores se guiarem por uma comprehensão melhor dos phenomenos sociologicos e juridicos.

Os chamados principios de honra e de cavalheirismo coagem o homem ao pagamento dessas dividas, porque lhe parece desairoso faltar ao promettido, recusar as consequencias de um acto seu. Mas, pergunto eu, a moral sã pronunciar-se-á da mesma maneira, ou, antes, virá prestar apoio ao direito que se recusa a reconhecer efficacia nessas obrigações accentuadamente illicitas? Tenho como liquido que a alternativa não poderá manter-se um instante em equilibrio, pesando a moral, neste particular, para onde tambem se inclina o direito, sob pena de patrocinar a exploração gananciosa dos vicios de uns pela falta de escrupulos de outros.

Mas deixando agora o campo da moral, volvamos os olhos para o da economia politica. Tarde mostrou, em termos convincentes, como a theoria do valor é fundamental para a das obrigações, como se acham

ambas em correlação íntima e clara. Depois de bem apanhadas observações que, por extensas, deixam de ser transcriptas aqui, escreve elle: «Sem a invenção dos caminhos de ferro, o legislador francez do seculo dezanove não teria certamente edictado a desapropriação por utilidade publica. A cem annos, teria julgado o direito de propriedade mais respeitavel do que a necessidade de rapida deslocação e sacrificaria esta áquella. Actualmente, faz o sacrificio contrario, porque a mania da locomoção, graças á invenção da locomotiva, decuplicou, centuplicou, e estatísticas, habilmente imaginadas, sobre a comparação dos accidentes em diligencia e em caminho de ferro, augmentáram, e vulgarisaram a confiança do publico na segurança deste ultimo meio de transporte. Dahi a conclusão de que a lei devia auctorisar o rasgamento de vias ferreas atravez dos dominios daquelles proprietarios que pretendessem mostrar-se recalcitrantes. O que importa, sobretudo, notar, são as variações de intensidade ou de direcção, trazidas por uma serie de grandes homens ao grande desejo colectivo de uma nação, á sua paixão nacional que subordina a si, naturalmente, todos os fins individuaes, os esmaga, os dobra, os aproveita. (1)

Destas palavras resulta, eloquentemente, quanto a evolução economica influe directamente sobre as transformações do direito privado. O mesmo exemplo nos poderá servir para mostrar figuras novas de obrigações, emergindo do solo abrazado e resolvido pelas mutações economicas, e prehencheria bem esse fim só com indicar-nos as que resultam dos prospectos dos incorporadores, e as que se estribam na fixação dos horarios, sem haver necessidade de prolongar detalhes.

Uma ligeira inspecção do que se passa deante de

---

(1) Tarde, — *Transformations*, cit. ps. 141 — 142.

nossos olhos a cada momento e por todos os cantos do orbe, nos convencerá de que a solução de certos problemas de economia politica repercutem vibrantemente na doutrina das obrigações, creando fontes novas de vinculos obrigatorios, alargando as formas já existentes, restringindo-as, eliminando-as. Como exigir uma theoria de locação de serviços, sem attender-se á gravissima questão do salario que preoccupa os economistas e agita as classes operarias, numerosas e dignas do amparo do direito no que tiverem de razoavel as suas pretensões? Como construir ainda essa mesma theoria, sem attender ás condições de sexo e idade nos locadores de serviço, esperando o jurista que o economista lhe prepare o caminho que tem de trilhar? O livre cambio, o proteccionismo, a monetisação dos metaes, o curso forçado e tantas outras questões a que incumbe á sciencia economica dar uma solução, actuan vigorosa e directamente sobre a creação e o desenvolvimento das obrigações, como egualmente actúa a theoria geral do valor.

Não me alongarei agora em exemplificações, mas recordarei que as resilições por lesão e as restituções aos incapazes se originaram de causas economicas echoando nos dominios do direito; e que a progressão do credito, do espirito de associação, da vida industrial, vão creando figuras novas de contractos e fontes novas de obrigações, como se poderão ver nos titulos ao portador, nos cheques e bilhetes de bancos, nessas varias modalidades de credito circulante, nos contractos por telegrammas e telephonema, nas estipulações para terceiro, nos contractos de seguro terrestre e maritimo. Todas estas formas de actos humanos, antes de pedirem regulamentações juridicas á doutrina das obrigações, receberam sua insufflação vital nas forjas da economia politica.

E' tão real essa íntima correlação entre a vida económica e o desenvolvimento das obrigações, aliás comprovada pela verificação histórica e pelo exame da actualidade, que d'Aguano pode afirmar, com segurança e verdade: «a prosperidade das nações tem andado *pari passu* com o desenvolvimento dos contractos, porque este desenvolvimento implica a existencia e a circulação das mercadorias e dos capitais»; e concluiu: «o desenvolvimento das obrigações é, pois, um verdadeiro indice da riqueza e da civilização.» (1)

Antes de passar a outra ordem de considerações convém fazer referencia a uma questão que participa, ao mesmo tempo, da economia politica, do direito publico constitucional e administrativo. Refiro-me á intervenção do Estado no disciplinar e regulamentar as obrigações individuaes. Tracta-se de saber si essa intervenção deve limitar-se a velar pelo direito, garantindo a execução dos vinculos obrigatorios e impedindo que as obrigações transponham, na sua constituição, a canalisação aberta pelas normas juridicas sancionadoras das necessidades sociaes, ou si, ao em vez disso, deve o Estado tomar a si a função de regulador supremo do trabalho, dirigindo industrias, fazendo-se empresario, atirando-se ao jogo do cambio.

Não é certamente este o logar proprio para a decisão deste pleito, e eu tomo a liberdade de remetter o leitor para outro livro, onde expuz meu pensamento a respeito, não tendo, ainda hoje, razões para modificá-lo (2). Para o momento presente, julgo sufficiente dizer que a ingerencia indirecta do Estado em relação ás obrigações, protegendo-as, talhando-lhes as formas, preservando-lhes o tempo, o modo e as varias condições de existencia, é absolutamente irrecusavel. Quanto,

(1) D'Aguano.—*Genese cit.* p. 514—515.

(2) *Estudos de direito e economia politica*:—quarto estudo.

porém, á intervenção directa é preciso fazer distincções. Cimbali, entre outros, opina que ao Estado cumpre intervir para a garantia da hygiene, da moralidade, e da instrucção dos operarios; para regular o trabalho das mulheres e dos meninos nas officinas e fabricas; para disciplinar a emigração e proteger os emigrantes, contra a fraude de avidos especuladores; para moderar a concurrencia illimitada do capital, impedindo-o de tornar-se um instrumento de oppressão do trabalho; para vedar as manufacturas insalubres; e para impedir os effeitos desastrosos do monopolio em certas empresas de interesse geral, como as vias ferreas, os correios, os telegraphos, a navegação (1). São votos generosos que, entretanto, devem ser recebidos *cum grano salis*. A função precipua do Estado é constatar e manter o direito, condição de vida para os individuos e para as nações. As condições especiaes de um povo ou de um momento de crise social autorisam-no, entretanto, a exceder-se dessas raias, mas sempre por excepção creada por inilludível necessidade.

Abandonando agóra os mares agitados dessa bella sciencia do trabalho e do valor, busquemos os fjords emparcellados dessa não menos capitosa doutrina que se esforça por surprehender a vida na crypta obscura da consciencia humana.

E' principio assentado e commummente acceito que o contracto, fonte ubertosa de obrigações, tem, como presupostos, a liberdade individual e a propriedade privada. Importa afirmar que elle implica a transformação do communismo primitivo no individualismo limitado dos tempos modernos. A noção de liberdade, sob este poncto de vista, equivale á de valor individual, pois como disse uma vez Clavel, a liberdade se deve

---

(1) Cimbali, — *Nuova fase* cit. p. 342.

compreender como a expressão abstracta da acção individual.

Mas a liberdade, condição essencial aos contractos, é noção psychologica a ser observada em cada caso, para se constatar si a vontade funcionou normalmente ao crear o vinculo obrigatorio, si este, se concatena logicamente com o acto que o produziu e com a psychê a quem se attribue esse acto.

A vontade é determinada por motivos; é, por assim dizer, a synthese ou, melhor, a resultante dos motivos que a sollicitam, os quaes têm, incontestavelmente, interesse para a apreciação juridica do contracto, desde que se tornem salientes e capazes de ser ponderados. A coacção, o temor, os ardis são elementos perturbadores da manifestação normal da vontade e consequentemente desrelacionam o pacto realizado com o eu de uma das partes contractantes.

A paralysação do desenvolvimento mental e as enfermidades do espirito, passageiras ou permanentes, devem tambem ser apreciadas, porque produzem, ou podem produzir, a mesma falta de relação a que acabo de me referir.

Em relação aos contractos, quasi contractos, actos de vontade unilateral, a determinação da responsabilidade, prescinde do livre arbitrio em que ninguém mais acredita, e resulta simplesmente da combinação das tres condições seguintes: a identidade do eu, anterior e posterior à pratica do acto; a similitude social apreciada pelo meio em que o acto apparece em comparação com o seu auctor; e a coordenação entre as idéas, sentimentos e tendencias do individuo e as consequencias de seu acto, segundo a doutrina de Tarde e Paulhau (1).

---

(1) Vide, a respeito da responsabilidade, o meu escripto:—*Sobre uma nova theoria da responsabilidade*, na *Revista Academica*, vol. II pags. 66 e segs.

E'ahi na constatação dessa identidade, dessa similitude social e dessa coordenação de tendencias e actos que necessitará o jurista de solicitar esclarecimentos a psychologia, e não para verificar si o acto de que resulta a obrigação é ou não um producto do livre arbitrio.

### § 7.º

#### OBJECTO DAS OBRIGAÇÕES

O objecto das obrigações é sempre um acto humano, seja a prestação de um facto, seja a dação de uma cousa. Paulus já o havia indicado claramente com as expressões—*dare, facere præstare*, e fazendo observar que a obrigação não tem, por effeito, a translação da propriedade nem de outro direito, salvo de um modo indirecto e mediato: *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendam, vel præstandum* (D. 44, 7, fr. 3).

O direito, pelo organ dos legisladores e dos tractadistas, tem edictado as condições necessarias para que o objecto das obrigações mereça acceitação e efficacia. Essas condições podem ser indicadas por certo numero de caracteres ou attributos que devem revestir o objecto da obrigação, os quaes são em substancia, os que passo a enumerar:

1.º—O objecto deve ser possivel. *Impossibilium nulla obligatio*, nos ensina Celsus (D. 50, 17, fr. 185). Si a impossibilidade é apenas relativa à pessoa que obrigou-se, e a quem tal circumstancia não podia ser estranha, é justo que responda por perdas e danos, porque sua promessa, temeraria ou cavillosa, fez nascer um interesse legitimo para a outra parte contractante, o qual não

póde ser menoscabado, sem que se arruinem os fundamentos da theoria das obrigações.

2.º—A prestação deve ser conforme ao direito e aos bons costumes. E' a possibilidade juridica, perfeitamente equiparavel á possibilidade physica.

3.º—Os actos e as cousas em que se resolvem as prestações, devem como diz Savigny, revestir um caracter externo e ser susceptiveis de submissão a uma vontade extranha. Pouco importa, porém, que a prestação se fixe num objecto actualmente existente ou de existencia futura, salvo si, conjunctamente com a futaridade, vier envolvida uma presumpção de immoralidade, porque, então, será esta, mas não aquella, a causa dissolvente da obrigacionalidade.

4.º—O facto ou coisa a prestar deve ser indicado, ainda que de modo vago, mas sufficiente para que se saiba em que consiste, porquanto a indeterminação absoluta a determinação apenas generica se podem resolver numa prestação ridicula, num *triticum dare*, que a gravidade do direito repelle. E' o que estatue uma regra conhecida: *Opportet ut genus quod debetur habeat certam finitionem*.

5.º—A prestação deve ter um valor economico, apreciavel em dinheiro ou representar um interesse respeitavel ainda que não pecuniario. Supponhamos, diz Savigny, uma convenção entre varias pessoas para reunirem-se regularmente afim de se aperfeiçoarem na sciencia ou nas artes. Ainda que essa convenção revista a forma externa de um contracto, todavia não poderá jamais dar nascimento a uma obrigação. (1) A razão de assim decidir está na ausencia de um valor economico apreciavel em dinheiro. Mas essa opinião de Savigny, que tambem era a de Bluntschli, consa-

(1) Savigny, — *Le droit des obligations*, vol. I, p. 12.

grada no art. 955 do antigo código zurichense, é, de alguma forma, estreita. Como demonstrou Windscheid, acompanhado pelo actual código suíço das obrigações, por Habertisch e por outros ainda, o interesse pôde não ser pecuniário e exigir a protecção do direito nas relações obrigacionaes. (1) Além disso, ha casos em que o valor de troca, a estimação exacta em dinheiro é difficil, embora admissivel, como acontece todas as vezes em que se tracta do chamado *pretium affectionis*. Entretanto, é possível destender o conceito de interesse, mesmo pecuniário, até abranger a estima dentro de limites razoaveis, segundo convêm os escriptores; e, com razão maior, aquella hypothese figurada por Savigny, onde ha, certamente, um interesse respeitavel.

As prestações, que formam o conteúdo das obrigações e cuja caracterisação jurídica acaba de ser feita, apresentam-se debaixo de formas variadissimas, donde resultam especies differentes de obrigações. Propriamente é a prestação que é positiva ou negativa, instantanea ou continua, divisivel ou indivisivel, etc.; porém, tendo em vista o conteúdo das obrigações, pôde ser feita a classificação dellas de accordo com os caracteres que elle apresentar e com as denominações indicativas desses caracteres.

---

(1) Mas como tornar effectiva essa protecção? Será preciso sempre dar um valor à prestação, para estabelecer multas ou indemnizações no caso de inexecução ou execução incompleta. Portanto, ou a prestação terá um valor intrinseco ou ter-se-se-á necessidade de adjectival-o em dadas emergencias. Erroneo, ou, antes, inexacto é excluir do direito obrigacional toda relação que não tenha, em si, um valor pecuniário.

---

## CAPITULO II

### Evolução dos direitos obrigacionaes

#### § 8.º

##### INDISTINCÇÃO DO DIREITO PRIMITIVO. OBRIGAÇÕES

##### COLLECTIVAS. DELICTOS E QUASI DELICTOS

Para bem determinar-se o conceito das obrigações, necessario se faz que a historia o venha illuminar, mostrando-nos sua genese, sua formação e seu progredir, atravez das consciencias e das edades. E' o que vae ensaiar este capitulo, conscio dos embaraços que tem a vencer e que nem todos foram já arredados pelos espiritos que, anteriormente, estudaram o mesmo assumpto.

E' certo, como observa Sumner Maine, que a separação entre o direito obrigacional e o relativo ás cousas não tem sentido na infancia do direito. Tam simples se nos afigura hoje essa distincção que seriamos, naturalmente, levados a suppôr que ella sempre existiu, si a historia das antigas instituições juridicas não nos revelasse o erro dessa inducção. Para remontar, portanto, ao momento inicial do instituto cuja historia agóra empheendo, em phrases parcas e marcha rapida, tenho de tomal-o no estado nebuloso, incolor e amorpho em que elle andava ainda immerso na massa homogenea do direito primitivo, e por largo tempo terei de observal-o conjunctamente com obrigações quê

a mentalidade moderna hoje claramente distingue, como pertencentes a diversas categorias. Essas distincções são fructos de uma alteração vigorosa e potente de que só muito tarde foi capaz a humanidade. E' pois forçoso que consideremos aqui a palavra obrigação em um sentido mais amplo do que o propriamente technico.

Nos primeiros momentos da evolução social, apparecem obrigações, por isso mesmo que apparecem direitos, e, como estes eram preponderantemente sociaes, collectivos, tambem as obrigações começaram por affectar á forma collectiva antes de se individualisarem.

Dentro de cada grupo social, destacam-se, em primeiro plano, as obrigações impostas ao individuo para commetterem ou omittirem certas acções, segundo são ellas exigidas pelo interesse da communhão. E' nos costumes, ao mesmo tempo que nas injuncções religiosas que encontramos a manifestação desse complexo de obrigações primitivas, reductiveis a um pequenissimo numero, no qual sobresaem a obediencia aos chefes guerreiros ou paes de familia que tomaram sobre si a tarefa de conduzir o grupo, e a veneração submissa aos preceitos da religião.

Como ha grande cohesão na coexistencia dos individuos pertencentes ao mesmo grupo, relações de direito e dever necessariamente apparecem entre elles, no gremio da familia e no circulo mais vasto da vida social; mas, por força mesmo dessa cohesão, os escambos, os emprestimos e quaesquer outros pactos puramente economicos deviam ser, dentro do mesmo grupo, muito raros, e limitados a uma ordem muito restricta de objectos. Não existindo propriedade individual sinão muito reduzidamente, como haver trocas? Existindo apenas uma liberdade de acção muito exigua, como admittir creações multiplas de vinculos contractuaes?

Neste mesmo dominio em que os deveres indivi-

duaes eram possiveis, sempre o interesse commum se fazia sentir de modo mais ou menos imperioso, sendo o alvo a que visavam todos, ainda que inconscientemente. Por seu turno, a collectividade era dominada por um dever supremo—o da propria conservação,—o qual implicava, forçosamente, a defeza e a protecção dos individuos, como tambem, muitas vezes, o seu sacrificio e a sua morte systematica.

Dada a cohesão e solidariedade dos grupos sociaes primitivos, as relações que avultam são justamente as que se travam entre elles, como unidades corporativas. São, portanto, as obrigações de grupo a grupo, de corpo social a corpo social as que realmente iniciam a construcção dos direitos obrigacionaes. Não era, porém, necessario que todo o clan ou toda a tribo se abalasse para ir pactuar com outro grupo social equivalente. E' possivel que isso acontecesse alguma vez, mas, regularmente, eram os individuos, e nomeadamente os chefes, na sua qualidade de gestores dos negocios communs, ou os emissarios por elles designados, que entravam em transacções, obrigando solidariamente os seus co-associados.

A auctoridade do grupo inteiro sancionando os contractos assim celebrados, sua violação era um motivo de guerras devastadoras, que, mais tarde, foram substituidas por multas <sup>(1)</sup> que tinham a virtude de compôr as coleras legitimas do credor illudido.

Mas operou-se uma transformação na estrutura social, assignalando um passo de avanço na evolução cultural da humanidade. Os grupos sociaes, dilatando-se, afrouxam, pouco a pouco, os laços que prendem cada homem á

(1) H. Post,—*Grundlagen des Recht*, p. 318-319 e 346-347. Ainda em nossos dias os nubianos commerciam militarmente, por grupos armados que se defrontam, enquanto alguns individuos avançam, de ambos os lados, e effectuam a troca dos objectos. (Letourneau,—*Evolution de la propriété*, pg. 453.)

sociedade á que pertence; e a liberdade individual emerge, como um principio novo, uma força impulsiva até então desconhecida. Proporcional e concomitantemente, a communhão de bens dos primeiros tempos se vae dissolvendo para dar espaço á propriedade individual.

Esse deslocamento das bases sobre as quaes assentava a sociedade, essa renovação de sua contextura intima, devia echoar necessariamente na esphera dos direitos obrigatoriaes. Surgindo a personalidade individual, embora muito rudimentar ainda e debil, mas contendo uma parcella apreciavel de direitos, entre os quaes o de propriedade, e uma tal ou qual liberdade de acção, as obrigações tomaram uma feição individualistica, ou nascessem de contractos ou de delictos.

A transição foi certamente demorada e deixou na historia, vestigios que se podem, ainda hoje, apreciar. H. Post nos offerece um exemplo interessante da passagem da obrigação collectiva para a individual, na historia da compra das mulheres, onde se nota que o dever de contribuir para o preço e o direito de perceber-o, se vão restringindo, progressivamente, a circulos de mais em mais estreitos de parentes, até apparecer o momento em que exclusivamente ao noivo incumbe a obrigação de dar o preço da compra daquella que vae ser sua esposa, e somente ao chefe de familia cabe o direito de embolsal-o. (1) Similhantermente se operou em relação a outros institutos; o que nos habilita a affirmar ter sido esta a marcha normal que todos deviam ter seguido, sem que as possiveis excepções á regra nos possam fazer grandes receios.

Nestes primeiros momentos em que o instituto dos direitos obrigatoriaes começa a desenhar os seus contornos,

---

(1) Post, — *Grundlagen* p. 321—322.

não são os pactos a sua fonte mais fecunda, porém sim os delictos; porquanto, por um lado, embora individual a propriedade, ainda se oppunham embaraçosos obstaculos á sua transmissão, quando recahia sobre immoveis, como sabemos que aconteceu na Grecia e em Roma (1), e por outro, faltando confiança reciproca, as transacções se perfaziam instantaneamente, trocando-se objectos por objectos, sem que os effeitos desse acto se protrahissem pelo futuro, vinculando obrigatoriamente a vontade das pessoas que o concluiam.

Realmente quem lançar os olhos para os codigos antigos será impressionado pelo diminuto espaço que nelles occupam os contractos. Mesmo o codigo wisi-gotico, já apparecido apoz a cultura juridica dos romanos, da qual muitissimo aproveitou, é extremamente parcimonioso em relação a essa fonte de obrigações. No direito portuguez dos *foraes*, ao passo que as obrigações delictuaes se mostram variadas e abundantes, as contractuaes acham-se relegadas para um plano inferior, como um assumpto de que se não cogita, por assim dizer.

O crime, depois de ter passado por um periodo de collectivismo, e, depois de ter dado sahida ás expansões da vindicta da tribu ou da familia do offendido, passou a ser composto por uma prestação de serviço ou pelo pagamento de certa quantia. E' uma historia que já tem sido feita mais de uma vez, com brillantismo e

---

(1) Foustel de Coulange, — *Cité antique*, p. 71 e segs. Nas antigas leis de Sparta, de Loeres e de muitas outras cidades, a inalienabilidade das terras era prescripta rigorosamente. Mesmo no tempo de Solon, o homem que vendia um campo soffria á perda de sua cidadania. O mesmo preceito na India. Similhantermente, no direito portuguez antigo, os ricos homens e prestamenteiros deviam expulsar de seus dominios os homens que ahí habitassem não possuindo bens de raiz ou não exercendo algum officio, sob pena de perderem seus foros (Lei 24 de Alf. cit. por Herculano, III p. 381). Em Roma, ao tempo da lei das XII taboas, já era permittido vender a propriedade, mas mediante certas formalidades rigorosas da *mancipacio*.

erudição, e eu não me sinto absolutamente tentado a reedictal-a nesta occasião. Contento-me com assignalar o factó, corroborando-o exclusivamente com alguns exemplos escolhidos no direito portuguez, que mais directamente nos deve interessar por ser o manancial de onde procede o direito brasileiro, e porque seus dispositivos não tem sido tão vulgarisados quanto os de outros systemas juridicos. Para o fim a que me dirijo presentemente creio que é o sufficiente.

O homicidio doloso era, em alguns municipios, punido com uma penalidade requintadamente barbara. O assassino devia ser enterrado vivo debaixo do morto, sendo seus bens confiscados; os moveis para o senhor da terra e os de raiz para o concelho. O homicidio meramente culposo ou involuntario admittia facil composição por meio de certa mulcta (1).

A principio, a vida do judeu, a raça que o preconceito religioso banira da communhão social e da acropole juridica, andou completamente desprotegida, a mercê dos odios dos barbaros sectarios e de todas as paixões ruins, sobre as quaes ainda não pesava assás a coerção das leis. Mas, afinal, a legislação foraleira resolveu-se a protegel-a, estatuinto que a indemnisação pelo assassinato de um obsequente à lei mosaica fosse equiparada a que era exigida pela morte de um christão (2).

Em Guarda e em muitos outros logares, a morte de um adscripticio, jugueiro, hortelão ou pastor, era punida com a mulcta de cem soldos (3).

O espancamento de um juiz no acto de exercer as suas funcções pedia tambem a coima de cem soldos; metade para o paciente e metade para o commendador, isto é, o defensor da terra. O mesmo commendador

(1) *Foral de Mormeral, apud Herculano, Historia de Portugal, vol. IV.*

(2) *For. de Xeriz, idem vol. III p. 346.*

(3) Herculano, op. cit. vol. IV, p. 339.

perceberia com morabitinos, si, dentro dos limites da região confiada a seus cuidados, espanicassem ou matassem um almotacé no acto de distribuir justiça (1). Segundo dispunha o *foral* de Louzinhã, da morte occasionada por um animal resultava simplesmente a perda delle em favor dos parentes da victima (2).

A não satisfação do damno podia dar lugar à escravidão do criminoso, e mesmo de sua familia, como aconteceu em relação a um certo Nazario (3). Outras vezes as coleras barbarescas se aplacavam pactuando amizade os parentes da victima com o offensor, que, por esse facto, vinha prestar gostosamente os seus serviços àquelles que tinham direito de, sobre sua pessoa, vingar a morte de um parente.

A formalidade a cumprir, em tal caso, era a seguinte: O offensor punha-se de joelhos perante o offendido, entregando-lhe o proprio cutelo. «Então, diz Herculano, o que abandonava o seu direito de sanguinolento desaggravo pegava na mão do humilhado delinquente e fazendo-o erguer, beijava-o na face, em signal de reconciliação. Este facto para ser valido, devia solemnizar-se com a cõcurrencia dos homens bons» (4).

Si approximarmos esta velha usança de portuguezes com o que nos conta Kovalewsky de alguns povos que estacionam pelo Caucaso, verificaremos, com o notavel escriptor russo, que o interesse da collectividade foi a força victoriosa que norteou os sentimentos para essa direcção, onde quer que o valor de um homem, como energia productora e como soldado, fosse tal, para o seu grupo social, que elle não podesse, facilmente, consentir em desprover-se de homens, quer fossem aborigenes quer alienigenas.

(1) *Foral de Ega*, apud. Herculano, op. cit. vol. IV.

(2) Idem, vol. IV, p. 461.

(3) Idem, vol. III, p. 436.

(4) Herculano, op. cit., vol. IV p. 394—395.

«Na Ossetia e no Daghestã, o culpado vem apresentar-se ao mais proximo parente da victima, trazendo um manto branco, os cabellos soltos e um machado pendurado à cinctura. Declara dedicar-se aos manes do morto, promete cumprir religiosamente, para com elle, o dever de apresentar-lhe as offerendas exigidas, pelo costume e assegura servir áquelles a quem o morto servia em vida». Em certas localidades, o réo, assim rendido, é convidado a beijar o seio desnudado da mãe do morto, e, depois disso, é considerado como parente, perdoando-se-lhe o crime commettido (1).

Esta incontestavel similhança de usos, entre povos sem afinidade de cultura e de laços ethicos mal seguros ou remotos, só se poderá explicar pela identidade das necessidades e dos fins, necessidades que os fizeram surgir e fins que os orientaram.

No que acaba de ser exposto, em relação ao primitivo direito portuguez, se patenteia a influencia directa dos costumes germanicos, onde o delicto era, mais que em qualquer outro systema juridico, uma fonte lucrativa de creditos. Mesmo os quasi delictos não foram desconhecidos do direito germanico, como causas produtoras de vinculos obrigatorios. Sabe-se, que o damno causado pelos animaes e pelos servos obrigavam ao senhor o que já vimos que tambem echoou nos foraes portuguezes. Outras formas de quasi delictos, porém, que consagrou o direito germanico, difficilmente se poderiam adoptar à sociedade rustica dos incolas da Iberia. O constructor, por exemplo, era responsavel pelas mortes acontecidas a seus operarios, por occasião ou motivo do trabalho. E' uma disposição tutelar que presuppõe um certo desenvolvimento das classes operarias e um grau de mais elevada cultura do que aquelle

---

(1) Kovalewsky, na *Revue internationale de sociologie*, Fev. 1894, p. 88.

em que se achavam os municipios portuguezes, na epocha em que floresceram os foraes.

Com a consolidação de organismos sociaes mais vastos, a penalidade tomou uma feição mais caracterisadamente repressiva e atemorizante, restringindo progressivamente o circulo das composições pecuniarias, collectivas ou individuaes. Hoje ainda os encontramos nas leis dos povos cultos, continuando os delictos e quasi delictos a ser geradores de obrigações economicas. Mas, incontestavelmente como um resquicio, uma persistencia de obsoletas concepções, em grande parte, e, apenas parcialmente, como a consequencia de uma necessidade subsistente.

### § 9.º

#### TRANSIÇÃO DA OBRIGAÇÃO COLLECTIVA PARA A INDIVIDUAL

As primeiras permutas e prestações de serviços individuaes, não compromettendo acções futuras, apenas preabriam o caminho para as obrigações do direito privado. A verdadeira obrigação individual, segundo o conceito que della formamos hoje, só começa a desprender-se da massa geral das relações juridicas, no momento em que a pessoa «se empenha para o futuro em compensação de um correspectivo que frue na actualidade», segundo pondera sensatamente d'Aguano.

A theoria dos contractos, tal como vemol-a esboçada nos systemas juridicos da antiguidade, não coincide com a que actualmente floresce em nossos compendios e em nossas leis que, aliás, reproduzem, com alterações pouco profundas, os ensinamentos dos jurisconsultos romanos. Passando por successivas transformações, a idéa, que germinára no rude cerebro de nossos antepassados, — produziu esgalhamentos de vegetação que

nenhum espírito poderia, por certo, prever, por mais apto que fosse e arguto.

Prende logo a atenção do observador a debilidade com que o vínculo obrigacional, nessa epocha de iniciação, se grava na consciencia ainda indisciplinada dos individuos. O dever de cumprir a promessa feita definia-se mal e o devedor não trepidava em illaquear a boa fé do credor, nem a este parecia cousa indigna extorquir, sem fundamento, a fortuna alheia. Como, porém, este era sempre tirado dentre os mais poderosos, dentre os que constituíam a classe dirigente no culto e nas injunções jurídicas, não é para extranhar que a religião e o direito se levantassem truculentos, ameaçando, com crueza e rigor, a insolvencia culposa ou não.

O não cumprimento da obrigação contrahida era um crime que tornava o devedor passivel de uma certa pena mais ou menos grave, segundo as circumstancias, pois que elle se constituia, por seu acto, um infractor do direito, isto é, da ordem social, do interesse commum, devendo, consequentemente, perder as garantias que a collectividade lhe offerecia na sua qualidade de co-associado. Os povos primitivos chegaram esse extremo que hoje nos parece cruel e injustificavel de permittir a escravisação ou o assassinato mesmo do insolvente, pela razão ineluctavel de que era somente a pessoa delle a garantia do debito, em uma epocha em que a individualisação da propriedade ainda não estava bem accentuada, ou em que ainda se resente muitissimo da primitiva indivisão, mantendo a inalienabilidade dos immoveis ou difficultando excessivamente a sua alienação. É sem duvida natural que nada possuindo de proprio o devedor empenhasse a sua propria pessoa na solução de seu debito.

É ainda natural que assim fosse, quando somente de alguns moveis de exiguo valor podia elle, a seu bel

prazer, dispor, sob pena de se não realisarem os contractos. Uma vez, porém, estabelecida a garantia pessoal, manteve-se ainda longo tempo depois de extinctas as circumstancias que haviam-na feito surgir. É certamente esta a explicação dos factos, penso eu.

Mas olhemos a historia e veremos que por toda a parte a identidade da situação exigiu similiraridade nas regulamentações. Antes de Bocchoris (Bokenraw), o devedor insolvente, no Egypto, era adjudicado ao credor. Entre os hebreus, o não cumprimento de uma obrigação contractual, poderia dar lugar à escravidão do devedor remisso, com a mulher e os filhos, <sup>(1)</sup>segundo tambem se praticava em Portugal no regimen dos foraes. Em Roma sabem todos como se passavam as cousas no tempo das XII taboas.

Estabelecida judicialmente a insolvencia do devedor, podia o credor amarral-o ou mettel-o a ferros, não tendo que fornecer-lhe, para sustento, mais de uma libra de farinha por dia. Si, passado o triduo do mercado, o infeliz não arranjava meios com que saldar suas contas, podia ser morto ou vendido além Tibre, não havendo fraude si, na hypothese de muitos credores, não fossem as postas do cadaver proporcioneas ao debito, como previne com fria e sarcástica dureza o velho codigo decemviral: *partis secanto; si plus minusve secuerint nec fraude esto.*

Outras leis antigas, menos crueis, tambem attestam a feição criminal e antireligiosa da não satisfação dos compromissos. No direito chinez, a inexecução de um contracto acarreta a pena de um certo numero de bastonadas de bambú, que, aliás, se podem resolver numa determinada somma de dinheiro. Tambem no

---

(1) Reis, liv. IV, cap. IV, vers. 1. Em geral, no periodo de civilização a que me refiro agora, a inexecução dos pactos é opprobiosa (Hermann Post. — *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1895, vol. II, pag. 621.

direito hindú, incorre em pena aquelle que não cumpre sua promessa e, em particular, o que não entrega o objecto depois de ter recebido o preço. A simples demora de um dia no pagamento de uma divida constituia uma infracção punível perante o antigo direito egypcio. No Caucaso, certas tribus punem mesmo a recisão do contracto com multas de 5 a 10 ovelhas para a aldeia dos distractantes (1). É, visivelmente, a mesma feição sagrada do contracto que o faz uma lei perante o direito e perante a religião, que motiva a punição rigorosa de sua inexecução e que só a contra-gosto accépta a sua dissolução por mutuo dissenso. Sem este caracter sagrado e rigorista, por mais que hoje nos pareça elle embaraçante, não se poderia comprehender um contracto nas sociedades primitivas, em que a individualidade do homem andava immersa e mal esboçada na pesada atmosphera da vida collectiva.

O contracto, então, era realmente uma cadeia (*vinculum*) que se não quebrava facilmente. Assim o comprehenderam os povos antigos e modernos no mesmo grau de civilisação a que me refiro agora, os wisigodos, os ostrogodos, os caucasianos, os hindús, os russos. Não é uma especialidade do direito destes ultimos a determinação de que o trabalhador alugado, não mantendo sua palavra e abandonando o serviço antes do prazo ajustado, perca o direito a todo o salario, e de que seja condemnado ao pagamento do dobro, o locatario de serviços que tenta eximir-se a pagar o aluguel convencionado (2). Em nossas Ordenações do reino se encontram disposições congeneres. Não se tracta de resalvar danos possiveis, mas simplesmente de castigar a improbidade ou mesmo a versatilidade. E assim se foi

(1) H. Post, — *Gründlagen* p. 317.

(2) *Post*, op. cit. p. 348.

operando na consciencia individual o precipitado do dever de cumprir a promessa feita.

Esse dever já era claro e imperioso entre individuos pertencentes ao mesmo povo, ao mesmo grupo, à mesma nação, e ainda se revelava assignaladamente inconsistente e obscuro, quando as relações se travavam entre estrangeiros ou entre castas differentes, si a sociedade se estratificava nessas camadas sociaes distinctas e como que petrificadas. Mercurio, notou d'Aguaño, era, ao mesmo tempo, o deus do commercio e dos ladrões. Dos gregos se conta que eram notaveis pela má fé com que formavam convenios com extranhos. Dos esquimós e de muitos outros povos, sabe-se procedimento semelhante. Em um tal momento da civilisação, o senso moral tem ainda limites muito estreitos, são os limites da mesma casta, quando o obrigado pertence a casta superior, são os limites da mesma nação ou do mesmo grupo de pequenas nacionalidades.

Mas o commercio não se podendo circumscrever aos limites de um Estado, embora extenso, aspirando alargar, de mais em mais, as suas aspirações, foi preciso romper essas resistencias do nativismo contra o estrangeirismo. Nos tempos anteriores a Psametik, os commerciantes estrangeiros que aportavam ao solo egypcio eram reduzidos a escravidão, e, mais tarde, ainda o Egypto franqueava apenas alguns pontos de seu territorio ao commercio externo.

E estiolar-se-ia certamente a vida social nessa compressão, si a força impulsiva, que vae levando o homem de progresso em progresso, não encontrasse uma via por onde irromper. O estrangeiro não tem direitos e ainda muitos annos decorrerão, antes que penetrem elles no adyto do templo onde domina a communhão juridica. Mas inventou-se um derivativo, no instituto da hospitalidade. Embora desprovido de direitos, o estrangeiro

encontrará segurança para as suas transacções na hospitalidade que lhe offerecer um indigena.

Torna-se, por esse modo, a hospitalidade um contracto preambular, servindo de base a todas as convenções particulares admissiveis entre estrangeiros nessa epocha afastada e rude. «No tempo da completa incapacidade juridica do estrangeiro, escreve Jhering, a hospitalidade era a unica forma dos contractos pessoaes entre pessoas pertencentes a communidades diversas. A' hospitalidade ligava-se todo o commercio internacional ou, mesmo, todo movimento mercantil. Devia, portanto, ser o mais vehemente empenho de uma communidade, que não queria excluir-se de todas as relações com o mundo exterior, proteger o negociante estrangeiro que vinha ao paiz com suas mercadorias. A estrada devia ser franqueada ao mercador estrangeiro, do contrario elle não viria. Garantir-lhe a livre passagem era a condição essencial para attrahil-o. Esta livre passagem assegurava-lhe a hospitalidade que fazia as vezes do salvo conducto da idade media.» (1)

Para a constatação do pacto de hospitalidade, havia, então, certa pranchêta de argila, metal ou madeira, que os pactuantes quebravam em duas partes, guardando cada um a sua, para, nos encontros posteriores, terem um documento do convenio ajustado, o qual serviria igualmente para transferir, aos representantes das partes primitivamente ligadas pelo contracto, os direitos que este conferia. A pranchêta bipartida, a que me estou referindo, era conhecida entre phenicios e hebreus pelo nome de *chirs* ou *cheres*, de *symbolon* entre os gregos, e de *tessera hospitalis* entre os romanos.

Em breve a religião chamou a si o instituto da hospitalidade, e, afinal, o direito, creando os consules

---

(1) Jhering, — *Hospitalidade no passado*, trad. de Clovis Bevilacqua, p. 53.

commerciaes (*proxenos*) e os juizes dos estrangeiros (*polemarchos, praetor peregrinus*) deu sancção, de mais em mais segura, ao alargamento das obrigações convencionaes.

## § 10

### INICIOS DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL

Nos dois paragraphos anteriores, ficou indicado, em linhas rapidas, o momento em que as obrigações se diferenciaram de outros actos humanos por uma accentuação propria, e aquelle, em seguida, em que ellas se individualisaram perdendo o character colectivo originario; mostrou-se mais como encontraram ellas nas punições e ameaças do direito e da religião as condições de sua viabilidade no momento em que adquiriam esse character individual; e, finalmente tentou-se explicar sua expansão além das fronteiras do rigido nacionalismo por intermedio do instituto da hospitalidade.

Não convém proseguir na exposição das phases ultiores do direito das obrigações, sem lançar uma vista perfunctoria para a parte interna, a ossatura dessas relações juridicas. Ainda aqui será preciso que depnhamos os principios fundamentaes e que nos parecem essenciaes a todos os vinculos obrigatorios. Os elementos psychicos, por exemplo, a culpa, o dolo, a capacidade de agir, tal como a comprehendemos hoje, a livre determinação das partes, eram idéas desconhecidas ou de pouco valor no direito primitivo, quando as obrigações se firmavam de grupo a grupo. E' com o surto das obrigações individuaes que se vêm esboçando estes elementos, porque, só então, a personalidade humana encarnando-se nas obrigações contrahidas, ha lugar para se cogitar dos meios de assegurar a real manifestação da vontade e de garantil-a contra os embustes dos flibusteiros.

Mas, a principio, não se comprehendia bem como a vontade individual se poderia prender perpetuamente por um acto seu, como o individuo poderia ter responsabilidade completa nos compromissos por elle contrahidos tam habituados estavam os espiritos a ver somente o grupo funcionar nessas relações juridicas. Parece-nos hoje simplissima essa idéa da responsabilidade individual; mas assim não o era para a intelligencia dos homens primitivos, aos quaes mais claramente se ostentava a responsabilidade collectiva que se nos afigura menos apprehensivel.

Documentos existem confirmando que a marcha evolucional das relações obrigatorias foi essa que tenho indicado, partindo ellas do collectivismo para o individualismo. E, entre elles, são mais eloquentes aquelles que indicam a transição do primeiro para o segundo estadio, porque nos mostram o modo pelo qual a mente humana achou o meio de ir accomodando, ás velhas formas, o conteúdo de idéas novas, enquanto estas não se firmavam definitivamente, talhando o seu proprio enroupamento.

As convenções caucionadas por terceiros nos fazem ver, em um periodo anterior, a solidariedade de todo o grupo, restringindo-se, pouco a pouco, a um numero cada vez mais limitado de amigos, preparando assim a opinião geral para a acceitação da responsabilidade individual. Encontramos essa garantia da caução prestada pelos amigos ou parentes dos pactuantes em todo o direito antigo, no Egypto, na Persia, na Grécia, em Roma, na Germania. E era ella tam necessaria para a constituição dos contractos que, na sua ausencia, não poderia haver obrigação, nos diz Dareste, referindo-se ao direito persa. Mais tarde, a caução assumiu a feição de mera garantia assecuratoria que se foi tornando dispensavel, a proporção que a responsabilidade indi-

vidual ia tomando vulto e força, para deixar apenas, como recordações suas, as formas de garantias pessoas e co-obrigações do direito moderno.

Um outro facto que convém apanhar como revelador da transição da responsabilidade collectiva para a individual é a revogabilidade das convenções no direito primitivo. Na legislação musulmana, a mutabilidade da volição faz distinguir os contractos em alteraveis e inalteraveis. Os primeiros rescindem-se pela simples vontade unilateral de qualquer uma das partes contraentes e os segundos necessitam do accordo de ambas para se dissolverem legitimamente (1). O codigo de Manu concede ao comprador dez dias para arrepende-se. Si somente depois desse lapso de tempo vier o arrependimento, sujeitar-se-á o distractante a uma coima de 600 pannas. O codigo brahmanico de Narada, que é posterior, permite a retractação impunemente só no primeiro dia; no dia seguinte ao da celebração do contracto ella determina a redução de uma trigesima parte do preço; no terceiro dia será de uma decima quinta parte essa redução. No quarto dia, considera-se, em regra, o contracto insolúvel.

No direito assyrio, segundo se sabe por inscrições cuneiformes lidas pelos competentes, o contracto se podia revogar, mas por determinação do juiz, perante o qual devia comparecer o pactuante arrependido, por si ou por um seu immediato representante, e sujeitando-se a pagar a multa avultada de dez minas de prata e uma de ouro (2).

---

(1) Post, — op. cit. p. 349.

(2) Post, op. cit. pag. 349, apoiado em Krall, — *Contractos demoticos e assyrios*; Post, — *Ethnologische Juriprudenz*, vol. II, pags. 617—619. Neste ultimo livro, cujo segundo volume é recentissimo, a copia dos documentos é abundantissima. Povos africanos, asiaticos, de varios climas e varias raças, são chamados a depor, e o fazem, em parte, concordemente.

As arrhas, garantia real e pessoal ao mesmo tempo, que os phenicios ensinaram aos gregos e estes aos romanos, porém que apparecem noutros regimens juridicos sem contractos com esses intrepidos bofarinheiros da antiguidade, as arrhas são certamente um documento valioso para a historia das obrigações convencionaes. São, sobretudo, um attestado persistente da revogabilidade dos contractos individuaes. A dação de arrhas vinha corroborar a força obrigatoria da promessa constitutiva dos contractos, porquanto aquelle que se arrependesse perderia a quantia dada em arrhas, como ainda hoje se admite em nosso direito civil. Porém, si essa engenhosa invenção encontrou logo numerosos e firmes imitadores, é porque a simples promessa individual não era sufficiente, podendo qualquer dos contrahentes retrahir-se, arrepender-se, fugir ao cumprimento do prometido, maxime si pertenciam a dois systemas juridicos diversos.

Atravez dessas duvidas e incertezas, dessas curvas e collisões, o elemento individualistico se ia affirmando na constituição dos pactos que, ao impulso delle, foram expandindo e alargando o circulo de sua effectividade.

## § 11

### EVOLUÇÃO DAS FORMAS CONTRACTUAES

Os primeiros contractos foram naturalmente permutas, trocas de objectos por objectos, como já nol-o dissera o jurista Paulus (D. 18, 1, fr. 1, pr.): *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit*. Só mais tarde inventou-se a moeda, medida segura do valor, que facilitou e accelerou o movimento das transacções, approximando mais promptamente as utilidades creadas das necessidades sentidas. *Olim enim*, continúa Paulus, *non*

*erat ita munus, neque aliud merx, aliud pretium nominabatur, sed unusquisque, secundum necessitatem temporum, ac rerum utilia inutilibus permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest alteri desit.*

Essas primeiras permutas, versando sempre sobre objectos moveis, fructas, animaes, utensilios, remontam a epochas longinquas: á epocha quaternaria, quando começaram a ser ensaiadas a divisão do trabalho e a troca de serviços, multiplicando o poder de acção das sociedades incipientes. Com a era neolithica, augmenta a industria e, com ella, as relações commerciaes se amiudam exigindo um grande numero de convenções.

Como se executariam essas convenções, não é asado affirmar, sendo conjecturas possiveis mas inverificaveis quaesquer que se aventurem. Não creio, porém, que os primeiros contractos se fizessem por uma especie de guerra como imagina d'Aguano, que é levado a pensar assim pelo que ainda hoje praticam os nubianos. O que é exacto e o que o uso de realizar contractos perante exercitos nos faz acreditar é que todo o grupo se considerava solidario com os pactuantes, assistindo ao acto e mostrando-se prompto a correr em defeza dos seus. O que se póde ainda deprehender da presença dos dois exercitos na celebração das permutas e compras é que os rudes traficantes de outrora eram, á principio, acompanhados por toda a tribu a que pertenciam, sempre que emprehendiam suas excursões mercantis, e, mais tarde por fortes contingentes armados, para não serem facilmente esbulhados. O direito que, a esse tempo, se isolasse da força material estaria muito arriscado a succumbir immediatamente. Ainda hoje, em muitos paizes, as viagens se realisam por caravanas preparadas para defenderem, com as armas, os haveres que transportam. Mas não constitue, por certo, esse apparatus um revestimento, uma forma para os contractos.

Adiantando-nos um pouco no evoluir dos direitos obrigacionaes, encontraremos entre os povos barbaros tam variadas formas de effectuar permutas que é embaraçoso, sinão impossivel, descobrir os elos de um desdobramento progressivo, como nol-os ostentam periodos posteriores, principalmente o que é representado pelo direito romano. Letourneau <sup>(1)</sup> nos refere muitos modos de contractar usados por povos incultos, dentre os quaes destacarei alguns que me parecem mais elucidativos. Na Colombia russa, o estrangeiro vinha depositar, na orla do mar, as mercadorias que desejava vender, e retirava-se em seguida. O indigena, por seu turno, quando os extranhos desertavam a praia, trazia os objectos que possuia e julgava equivalentes, collocava-os ao lado das mercadorias offertadas e retirava-se. Voltava o estrangeiro, e, si convinha-lhe a troca, carregava os objectos do indigena abandonando os seus; si, porém, não lhe pareciam de valor sufficiente a equipararem-se com as suas mercadorias, affastava-se novamente, deixando tudo em seu lugar, para que o indigena viesse acrescentar alguma cousa ao preço offerecido. Si não chegavam a um accordo, cada qual retirava-se para o seu lado, conduzindo o que lhe pertencia.

Similhantermente praticavam no Novo Mexico os hespanhoes e os indios, pendurando em cruces fincadas á margem do caminho as mercadorias que desejavam permutar.

Na Australia, existem individuos consagrados ao commercio, cujos cordões umbelicaes são trocados previamente, como para significar que esses individuos se prendem, por laços de parentesco, á tribu com a qual vão commerciar, e, portanto, são garantes da bóa fé

---

(1) Letourneau, — *Evolution de la propriété*, p. 451 e segs.

que deve presidir às negociações com ella realisadas. Esse costume é, tambem, um primeiro esboço das castas commerciaes como as conheceram alguns povos, particularmente os hindús que somente aos *vaisyas* confiavam a funcção mercantil.

Em epocha ulterior apparecem formalidades, reaes ou symbolicas, essenciaes ou accessorias, tendentes a assegurar a manifestação das vontades, como já vimos em relação ás arrhas e cauções e como ainda teremos occasião de ver em seguida.

Convém notar, desde já, que nos primeiros tempos, dominando um verdadeiro syncretismo de normas sociaes, a acção do fás se mostrou bem sensivel em relação ás obrigações, facto a que já me referi, mas sobre o qual julgo necessario insistir. O dever para com os deuses, si não é a primeira forma de obrigações, como pretende Cogliolo, por certo longo tempo andaram confundidos o preceito religioso e o juridico nas phases primordiaes da civilisação. E não só porque a obrigação de crer é a primeira e a mais imperiosa dos codigos theocraticos, mas ainda porque a religião vem, com suas ameaças e suas persuasões, prestar apoio á fraqueza do direito <sup>(1)</sup>. Porém a tutela se não prolonga muito nos povos progressivos, e o character dominante das obrigações se accentúa economicamente como iremos ver em Roma.

## § 12

### EVOLUÇÃO DA THEORIA JURIDICA OBRIGACIONAL

Entre os diversos povos antigos, attingido um certo grau de cultura e desenvolvida uma certa movimentação commercial, teve logar a construcção de uma theoria

(1) Post.—*Ethnologische Jurisprudenz*, II, pag. 629: Os principaes meios religiosos de assegurar os contractos são as maldições e as ordalias.

dos contractos ja individualisados. Nas vetustas leis egypcias, já vemos regulamentadas a constituição dos convenios, as suas modalidades especiaes de penhores e a limitação da usura. No direito hebreu, musulmano e hindú, as providencias legaes se tornam excessivamente minuciosas, e se apresentam sempre envolvidas por uma atmospherá abundantemente saturada de preconceitos religiosos. E', porém, no direito romano que a theoria das obrigações se firma de um modo seguro e assás aperfeiçoado, não tendo os juristas hodiernos mais que retocal-a, em algumas de suas secções, para que ella se ponha em estado de funcionar regularmente, attendendo ás necessidades do momento historico e da sciencia juridica. Particularisarei, por isso, a evolução dos direitos obrigacionaes entre os romanos, porque ella póde e deve ser considerada o typo e o modelo, tendo o seu elance alcançado alturas de que ficou muito distanciada a theoria obrigacional construida pelos outros povos, a qual, entretanto, nos deve fornecer illustrações com que melhor comprehendamos a construcção romana.

Passarei em silencio o periodo em que o conjuncto de todos os direitos privados si achava concentrado na pessoa do chefe de familia e se designava por uma só palavra — *manus*, porque constitue elle uma das modalidades das obrigações collectivas, ás quaes não ha necessidade de volver. Direi, entretanto, que, já então, começára a differenciar-se o direito real do obrigacional, sendo o primeiro designado pela expressão — *meum est*, e o segundo pelas palavras — *dare oportet*, embora fosse ainda commum a ambos o modo de transmissão *per aes et libram*.

É fóra de duvida que, desde muito cedo, os contractos e os delictos deram nascimento, em Roma, á obrigações individuaes. Os delictos creadores de obrigações civis foram, segundo fontes antigas, o *furtum* (*manifestum*

*et nec manifestum*), a *injuria* e o *damnum*, figuras que se conservam, subdividindo-se, nos períodos mais avançados da jurisprudencia romana. O homicidio e os ferimentos deram, originariamente, logar a inden-sações pecuniarias, como se vê mesmo da lei das XII taboas; mas não persistiu por muito tempo essa pratica. Já na lei Aquilia (Inst., 3, 3) sómente a morte ou ferimento em animães ou escravos e os estragos feitos na propriedade alheia motivam essas inden-sações.

Os contractos, inversamente, affectavam formas muito pouco variadas, a principio, mas se foram pouco a pouco multiplicando, até attingirem um numero illimitado de figuras.

A mais antiga forma de contracto, entre os romanos, como entre todos os povos, é, por certo, a troca. Parece, entretanto, não ter ella recebido um revestimentó juridico especial, pois que os modos de permutar usados por nubianos e indios do Novo Mexico e da Colombia russa, dos quaes já fiz menção, se não podem capitular como forma de permuta, mas sim como a forma geral pela qual diferentes contractos se perfaziam entre esses alludidos povos. Cumpre, não obstante, notar que ella era forçosamente real e concluida em um só momento.

É propriamente com a compra e venda que uma solemnidade peculiar se nos apresenta como a forma juridica exclusiva de um contracto, dando-lhe validade e, por si somente, importando a realisação dos effeitos a que visassem as partes contrahentes. *Forma dat esse rei*, synthetisa a regra juridica.

A primeira forma de compra e venda, no antigo direito romano, foi a *mancipatio*, que igualmente servirá para todos os contractos bilateraes reaes, únicos possiveis nesse tempo, e os quaes constituem o primeiro grau

da evolução obrigacional, segundo o schema de Rudolf von Jhering (1).

Em seguida já apparece uma forma contractual que não se esvae desde logo, mas deixa subsistir uma obrigação de prestação futura. São os contractos unilateralmente reaes, assim chamados porque uma das partes dá alguma cousa ou realisa alguma prestação no momento de serem elles celebrados, enquanto que a outra apenas promette um correspondente, nascendo o vinculo obrigacional da conjuncção colligante da promessa com a prestação. Estes contractos se effectuam, no antigo direito, ainda pela forma solemne da *mancipatio*. A principio parece que somente o emprestimo preenchia o quadro desta segunda modalidade de contractos, donde lhe veio o nome particular de *nexum* (2) em sentido restricto.

Porém alliou-se á mancipação a *lex fiduciae* e poderam, então, transpor as fronteiras dos costumes e penetrar no adyto do direito muitas outras figuras de contracto, como o *depositum*, o *commodatum*, a *donatio mortis causa*, a *donatio sub modo*, a *datio dotis*, o *pignus*. Mais tarde se vieram enquadrar nesta categoria de contractos unilateralmente reaes, os innominados (3) que, no direito romano, são sempre de natureza real.

Nestas duas classes primordiales, a prestação que dá logar ao nascimento do contracto se effectua realmente

---

(1) Jhering, — *Zweck im Recht*. vol. I, p. 271 — 272.

(2) *Nexum*, de *nectere* — prender, ligar, — indicava a ligação pessoal do mutuário ao mutuante, ou, simplesmente, o emprestimo. Em um sentido mais lato significa todo acto realizado *per aes est libram*. Não se acham os romanistas em accordo sobre a origem e a natureza do *nexum*, mas é fóra de duvida que começou elle por ser uma forma geral de actos jurídicos.

(3) Contracto innominado é uma convenção não classificada ou não reconhecida pela lei. As transacções commerciaes, reproduzindo-se constantemente por certo modo, são admittidas no gremio do direito, formando institutos jurídicos, e obtendo um nome generico, — *mutuum*, *pignus*, *locatio*, etc. Aquellas, porém, que só apparecem mais raramente ou que são muito especiaes não obtêm uma designação

ou bilateralmente a principio, ou unilateralmente mais tarde. Em um degrau mais elevado, o pagamento effectivo, que era pesado na balança do *libripens*, se transforma em acto apparente, ficticio, de modo que é possível crear uma divida por um emprestimo simplesmente ficticio (1). Assim acontece no contracto litteral (*expensilatio, litterarum obligatio*), em que uma somma pôde ser inscripta no livro domestico das receitas e despezas (*codex expensi et accepti*), sem que haja necessidade de uma transmissão real. Assim acontece tambem, mais tarde, na *stipulatio*, pois que juridicamente ella se apresenta como uma quitação de alguma cousa ou de algum factô recebido, e effectuada pela promessa de uma prestação futura (2).

Mas, afinal, a promessa reciproca se affirma como elemento fundamental do contracto, dispensando a base de uma prestação previa, realmente executada ou meramente supposta. Este avanço, na evolução dos direitos obrigacionaes, é alcançado pelos contractos consensuaes. Destes se incluem tres na classe dos bilateralmente promissorios e são a compra e venda, a locação e a sociedade. Nem cause extranhese a inclusão da *emptio-venditio* neste quarto estadio da evolução das obrigações convencionaes, quando já affirmei que deveria ser a compra e venda a forma contractual mais antiga, depois da permuta de objectos em especie, e quando foi ella accommodada no primeiro degrau do desenvolvimento

---

propria. No primeiro caso, temos os contractos nominados, e, no segundo, os innominados; duas classes que não serão identicas em todas as legislações, porque a reproducção dos factos economicos que as determinam poderá variar, mas sem que, entretanto, haja grande discrepância.

O numero dos contractos innominados tornou-se excessivo entre os romanos, porém se reduziram todos a quatro grupos: *do ut des, facio ut facias, facio ut des, facio ut facias*; e todos repousavam sobre o principio: enquanto uma parte não executava a sua prestação a outra não estava obrigada a cumprir a sua promessa.

(1) Jhering, — *Zweck im Recht*, vol. I, p. 273—274.

(2) Jhering, — *op. cit.* p. 274.

das relações contractuaes. Certamente a compra e venda existia no direito primitivo, mas, então, como se vê da legislação decemviral, só se a considerava como perfeita e acabada, quando á tradição da cousa seguia-se immediatamente a dação do preço. Era um modo de transferir a propriedade que se realisava por meio da *mancipatio*. Muito depois, quando a mente rustica dos romanos, já limada e esclarecida, poude comprehender que a vontade se manifestasse clara e seguramente, independentemente de um acto exterior em que se encarnasse, provavelmente já sob a influencia do *jus honorarium*, como diz Carle<sup>(1)</sup>, é que se attribuiu efficacia juridica á *emptio-venditio* effectuada pelo simples accordo das vontades.

Em um quinto estadio evolucional, apparece o *mandatum*, iniciando a classe dos contractos que se perfazem com a affirmação da promessa por uma só das partes contractantes, a classe dos contractos que Jhering denominou, com exactidão, unilateralmente promissorios<sup>(2)</sup>.

Accrescentem-se, a estas formas, os *nuda pacta* naturalmente introduzidos pelo *jus gentium*, e as formas annexas e collateraes dos quasi contractos, e teremos indicado, a traços largos, a evolução da parte essencial das obrigações convencionaes no systema romano, certamente mais de accordo com os factos e com a razão do que o fizeram Maine e outros<sup>(3)</sup>.

(1) Giuseppe Carle, — *Le origini del diritto romano*, p. 489. Os contractos consensuaes se encontram no periodo de floração da theoria das obrigações convencionaes, entre povos antiquissimos, egypcios, iranianos e outros, como nol-o relatam Post e Dareste. No antigo Egypto foi o rei Bocchoris quem deu força legal obligatoria aos contractos meramente consensuaes.

(2) Jhering —, *op. cit.* p. 275—276.

(3) Carle —, *Origini del diritto romano* p. 284 e segs., apresenta um desenvolvimento das formas convencionaes obligatorias que se aproxima do exposto no texto, seguindo eu as pegadas de Jhering. Carle parte do *nexum*, forma de obrigação quiritaria. A parte real do *nexum* desdobrou-se em obrigação *quæ re contrahitur* em contractos reaes; e a *mancipatio* originou a obrigação *quæ contrahitur verbis*, á qual se junctou mais tarde a que se contrahe por escripto, *litteris*. Ulteriormente apparecem os contractos consensuaes.

Mas é preciso accentuar alguns traços deste quadro. Com o desaparecimento do *nexum*, e com o enfraquecimento dos dois contractos formaes subsistentes ainda pelo seculo V antes de Christo, a *litterarum obligatio* e a *stipulatio*, surgiu a necessidade de constatar-se a obrigação por meio de um escripto (a *epistola* para obrigações litteraes e a *cautio* para as verbaes) no qual o devedor reconhecesse o seu debito. As obrigações litteraes foram substituidas, para os negocios communs, por instrumentos escriptos avulsos que, especialmente nas provincias de origem grega, tomaram os nomes de *syngraphae*, quando feitos em duplicata e assignados conjunctamente pelas duas partes contractantes, e *chirographa*, si subscriptos somente pelo devedor e conservado em poder do credor. Nas outras partes do imperio romano, eram, de preferencia, usados os nomes de *tabulae*, *epistolae*, *tabellae*, *cautiones*. Estes instrumentos, se mantêm, ao menos em parte, no direito justiniano, mas, como as antigas formas estavam já obsoletas, esquecidas, appareceu a excepção *non numeratae pecuniae*, para proteger os devedores que realmente não tivessem recebido a prestação, mas que se deixassem embair ao puncto de assignarem a obrigação (1).

Não basta dizer como se perfaziam as obrigações, é preciso tambem dar uma noticia ligeira dos modos de solvel-as. Poucas palavras serão necessarias para esse fim. Nos contractos formaes, a obrigação solvia-se por um *actus contrarius* equipolente. Assim o *nexum* desatava-se exclusivamente pela *nexi liberatio*. Sem submeter-se a essa formalidade solemne, ainda que o pagamento fosse realmente effectuado, o devedor mantinha-se preso á obrigação integral. A *stipulatio* extinguia-se pela *acceptilatio* da qual era a forma antithetica. No celebrar a esti-

(1) Bonjean.—*Explication methodique des Institutes de Justinien*, vol. II., pags. 417—419.

pulação, o credor formulava a pergunta e o devedor respondia; na acceptilação, ao envez disso, era o devedor quem fazia a interrogação:—*acceptum habes?* Ao que respondia o credor: *acceptum habeo* (1).

A obrigação oriunda da inscripção na classe das saídas (*expensa*) do credor, extinguiu-se com uma inscripção correspondente na classe das entradas (*accepta*), e, mais tarde, com inscripções similares em codices extranhos.

Mesmo para os contractos consensuaes, enxergaram os juristas, por analogia, uma *causa solutionis* no *contrarius consensus* (D. 17, 35; Inst. 3, 29 § 4.º).

No direito antigo, como o consentimento não era a fonte geradora do contracto, porém sim o acto formal dentro do qual elle se tinha de vasar, para receber corpo e virtualidade no mundo juridico, fosse esse acto a *mancipatio*, a *stipulatio* ou a *expensilatio*, não era mister afastar, por uma precaução legal, os vícios que mais tarde inquinariam os contractos. O direito primitivo, olhando somente o formalismo solemne, com que reveste as acções humanas para a sanção legal, não se preoccupa com o erro, nem com a violencia, nem com a lesão, nem com o dolo. Mas o direito pretoriano foi, pouco a pouco, insinuando, nessa rudeza e inflexibilidade iniciaes, elementos novos, até de todo transformal-as na theoria classica das obrigações tal como nol-a transmittiram as compilações de Justiniano (2).

(1) Jhering.—*Esprit du droit romain*, vol. III, p. 319—323; Padelletti Cogliolo,—*Storia del diritto romano*, pags. 286, nota (h) e 288, nota (l).

(2) Outros regimens juridicos, que não alcançaram absolutamente a correção com que os romanos talharam, no bronze de suas leis, os fundamentos da theoria obrigacional, também formularam regras e dispositivos que merecem consignaço. Faço a neste lugar e em nota, pois que as determinações romanas obterão melhor collocação em tempo.

A incerteza na prestação é causa de nullidade para os contractos, no direito slamitico. Isto acontece, principalmente, quando a prestação se reporta a uma coisa futura, que ainda não se acha no poder do homem. São também prohibidas,

## § 13

## PHASES ULTERIORAS

Na evolução dos direitos obrigaçionaes, em Roma, vae o formalismo, pouco a pouco, decrescendo, como acabamos de ver no paragrapho anterior. O mesmo phenomeno se observa no direito germanico.

Alguns auctores, pensam, é certo que, no regimen juridico dos germanos, ao tempo da lei salica, pelo menos, a simples vontade externada é sufficiente para a performance dos contractos, independentemente de qualquer formalidade. A incontestada força da auctoridade de Sohm, faz, entretanto, baixar a concha da balança para o lado dos que affirmam ser a lei salica essencialmente formalistica. O que é licito, entretanto, affirmar é que o movimento de simplificação foi mais rapido no direito germanico do que no romano.

A forma solemne por excellencia do contracto germanico era a conhecida pela expressão *fides facta*, que

---

no mesmo systema juridico, as clausulas contrarias á liberdade do commercio, como a vedação de alienar (H. Post, *Grundriss ethno. Juriprudenz*, vol. II, pag. 622-623).

Entre muitos povos, os effeitos dos contractos se não protrahem além da vida dos contrahentes; em alguns outros, porém a transmissibilidade hereditaria é possível neste dominio.

Bem que a inexecução dos contractos seja infamante, comtudo, nos ultimos periodos do desenvolvimento da theoria obrigacional, vae apparecendo a indemnisação por móra. Esta ultima disposição encontra-se no direito hindú e germanico; a primeira é consagrada tambem entre os hindus, e mais entre povos oceanicos, chinezes, mongoles, caucaseos, persas e semitas (Post, *cit.*; II, pag. 622-625).

Demorando-se o credor em receber o pagamento, correm por conta delle os riscos, desde o momento em que se constituir em móra. É doutrina do direito indico e slamitico (Post, *loco citato*, II, pag. 626).

O pagamento pôde ser feito por terceiro sem assentimento do devedor. A theoria da imputação é conhecida, assim como a da quitação, da dação em pagamento, da novação, da delegação, da assignação e da compensação, no direito slamitico, e até no babilonico. (Post, *loco citato*, pags. 226-228). É inutil falar nos romanos, pois que hão de ser encontrados nos paragraphos em que a theoria desses institutos for estudada.

corresponde á *estipulatio* dos romanos, pois que é a promessa verbal, formal e unilateral de pagar, em um dia determinado, promessa que devia ser acompanhada pela troca de dois ramos (festuca) ou de um outro objecto symbolico, as luvas, um pedaço de panno, um penhor qualquer (*wadia adhramira*). Em seguida vão apparecendo outras solemnidades em substituição a esta. O beijo dado por occasião de firmar-se o contracto, as libações communs, o testemunho de rapázelhos nos quaes se applicavam bofetadas e torcicões nas orelhas, para que bem gravada lhes ficasse a lembrança do acto, e, mais tarde, os escriptos (*cautiones*), são os modos varios a que recorriam esses povos para darem forma a suas transacções (1)

Essas formalidades eram, propriamente, exigidas para os contractos em que havia prestação de credito; porquanto, nos contractos reaes, eram ellas dispensadas. A esse proposito escreve Glasson: «Em resumo, é preciso para que um contracto se possa formar, ou a realisação de uma prestação qualquer, ainda que accessoria, relativa a esse contracto, ou a celebração de uma solemnidade que, nos ultimos tempos, se reduziu á redacção de uma *cautio*. Assim, por exemplo, na venda si o contracto não foi redigido por escripto, é preciso que uma prestação tenha sido effectuada para que o contracto esteja irrevogavelmente formado.» (2)

Dado o contacto dos dois systemas juridicos, o germanico e o romano, o processo de simplificação tomou mais vigor, apezar da acção regressiva do direito feudal, cujos vestigios nas relações obrigatorias de todo se extinguiram, o que, entretanto, não importa affirmar que sua acção não fosse consideravel em respeito a esta secção

(1) Schulte, — *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, §§ 156 e segs; Pertille, — *Storia del diritto italiano, apud d'Aguano* p. 556 e segs.

(2) Glasson, — *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, Vol. I, p. 162.

do direito privado, mas, simplesmente, que foi de pouca duração.

Com a constituição das nacionalidades modernas, a descoberta da America, a criação de novas industrias, o impulso crescente do commercio e das operações de credito, foram emergindo, do enrodilhamento dos factos e da effervescencia da laboriosa vida hodierna, figuras novas de contractos, aspectos novos de obrigações que se hão de ver, a seu tempo, reflectindo-se nas paginas deste livro. Mas todas essas formas e creações entraram no organismo juridico das obrigações, sem perturbal-o, sem revolucional-o. Foi preciso apenas dar desenvolvimento ás idéas capitaes do direito romano, e refundir, alargando, alguns dos moldes já antiquados e estreitos, e, mesmo, aqui e ali, substituir algumas columnas já vacillantes do edificio, sem arruinar a construcção magestosa de logica e direito que engendrou o espirito arguto e vigoroso dos romanos, para que podessem entrar e mover-se as modalidades todas das vinculações obrigaçionaes vigentes.

---



## CAPITULO III

### Especies de Obrigações

#### § 14

#### CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

Em outro logar já se disse que obrigações juridicas teriam ingresso neste livro. Fizeram-se as necessarias explanações e restricções. Repetil-as-ei entretanto. Embora de character economico, as obrigações que procedem do estado ou da qualidade da pessoa, como a obrigação de alimentar, não serão aqui estudadas. Nem as que procederem de relações de familia, embora firmadas por contractos especiaes, como as prestações dotaes; nem ainda as de character propriamente commercial. Todas essas figuras acham-se naturalmente fóra do quadro deste livro, devendo encontrar sua localisação propria em outros departamentos do direito privado.

Entretanto, como para illustração do assumpto, forçoso me será, muitas vezes, confrontar obrigações civis e commerciaes, será conveniente começar por distinguir estas duas classes de obrigações. As obrigações commerciaes e civis obedecem a principios geraes communs, alojam-se no mesmo conceito e offerecem o mesmo character fundamental da patrimonialidade. Mas, a par desta base commum, destacam-se differenciações devidas á feição particularissima das relações commerciaes. Convirá eliminar essas distincções, ou traduzem ellas uma necessi-

dade real da vida mercantil que correrá o risco de ser sacrificada, si lhe faltarem essas formas especiaes que lhe têm sido asseguradas pelas legislações do occidente?

Esta questão fundamental ha recebido varias respostas que se deixam, não obstante, accomodar em dois grupos. De um lado acham-se aquelles escriptores que se empenham por ver fundidas, em um só corpo, as duas grandes divisões do direito privado, o commercial e o civil, sob o fundamentô de que ha identidade substancial nas relações por ambas reguladas. Entre elles notarei, além do nosso Teixeira de Freitas, Cimbali, Puglia, Vivanti, Balafio, cuja auctoridade se acha corroborada por uma producção legislativa aponctada como paradigma e que, sem duvida, é uma das mais notaveis de nosso tempo, — o *Codigo suisse federal das obrigações*. Do lado opposto, agrupam-se não menos conceituados pensadores que aconselham a manutenção da separação já tradicional dos dois codigos, o civil e o commercial, mas cujos nomes seria longo citar por constituirem ainda uma consideravel maioria. A um delles, Pietro Cogliolo, pedirei algumas das phrases conceituosas com que se referiu a esse debate. «As obrigações commerciaes, diz elle, têm algumas normas, algumas formas e alguns effeitos especiaes, dependentes da mesma causa superior que levou uma parte do direito privado a assumir uma figura particular, tornando-se direito commercial. Assim a solidariedade, sempre presumida nos devedores; a força dos costumes nos contractos; os modos mais promptos de execução; as regras privilegiadas das letras de cambio, dos transportes, das sociedades mercantis; a maneira especial de exigir os creditos sobre o patrimonio do devedor, isto é, a fallencia: a maior largueza das provas; e ainda outras normas especiaes têm seu fundamento nas necessidades economicas da sociedade

moderna». (1) Consequentemente, deve-se concluir, si é possível unificar as obrigações civis e commerciaes a exemplo do que se fez na Suissa, é de melhor methodo mantel-as em suas respectivas esphas, distinctas como ainda se acham nos codigos e na vida real, até que se produza, espontaneamente, uma fusão desses dois complexos de normas que se denominam o direito civil e o commercial, si é que tendemos para esse alvo.

Considerando agóra as obrigações civis, ver-se-á que ellas apresentam certos caracteres communs e outros differenciaes, o que permite distribuil-as em grupos que, aliás, se não deixam scindir por linhas muito bem accusadas.

Olhadas pelo prisma de sua efficacia, ellas se distribuem naturalmente em dois grupos; o das que possuem esse predicado em sua plenitude e o daquellas que o não têm ou o têm somente com restricções. As primeiras são chamadas obrigações *naturaes* e as segundas *civis*, divisão que teve entrada directa nos codigos civis do Chile e da Argentina. Não me parece digno de ser conservado esse adjectivo — natural — qualificando uma especie ou uma variedade de obrigações, porque não conheço obrigações artificiaes. Si, com esse vocabulo, se quer lembrar que ellas têm por base um pretenso direito natural, o direito das gentes, na accepção romana, não ha bóa razão para fazel-o, porque o assumpto das obrigações é o mais cosmopolita do direito civil, attribuindo, por isso os romanos ao *jus gentium* a origem dos principaes contractos. Si, finalmente, se quer dizer que ha obrigações fundadas puramente na equidade, noção aliás vacillante e que vae sendo eliminada do direito para circumscrever-se ao dominio da moral, então, use-se do termo proprio e affirme-se que existem

(1) Cogliolo — *Filosofia del diritto privato*, pag. 226.

obrigações de simples equidade. Também não é mais feliz o vocabulo civil como antithetico á natural ou ao substitutivo que apresento, porque ás obrigações civis, devemos oppor as commerciaes e todas aquellas que pertençam a outro ramo do direito que não seja o civil. Si obrigações se podem formar cuja efficacia limitada se baseia na pura equidade, o maior numero dellas, as que gozam de efficacia plena, devem ser denominadas obrigações legaes.

Encarando o modo porque se constituem e se cumprem as obrigações, a especie—*obrigações legaes*—se distribuirá em muitas subespecies. Serão positivas, negativas, puras, condicionaes, a termo, acompanhadas de clausula penal, acompanhadas de arrhas, divisiveis, indivisiveis, solidarias, facultativas, alternativas, conjunctivas.

Tendo em vista o modo de sua existencia, serão ellas principaes accessorias, liquidas ou illíquidas, verdadeiras ou meramente putativas.

Alguns codigos e alguns escriptores referem-se a obrigação real, que tem lugar quando o devedor é levado á prestação não em consideração a sua pessoa, mas pela simples razão de ser possuidor de uma cousa certa. Assim a obrigação imposta ao terceiro possuidor de um immovel hypothecado, de fazer a sua entrega deante da reclamação do credor hypothecario, é real, dizem. Mas não se confundam noções perfeitamente distinctas. Ha, sem duvida, na hypothese figurada um vinculo juridico, mas não entre pessoas simplesmente, e sim entre uma pessoa e um objecto, pois que o direito hypothecario é um direito real. E o que faz a illusão é justamente a consequencia natural, o consecario complementar desse direito, em virtude do qual elle adhire á cousa, acompanhando-a por toda parte, sob a detenção de quem quer que seja. Si obrigação ahi existe, e não pretendo negal-o, não é por certo a obrigação no sentido

technico e restricto da palavra, não é a *obligatio* dos românos; pois, admittindo-a no caso proposto, teriamos forçosamente de admittil-a em relação a outras muitas situações dirivadas do direito de sequela que não apparece exclusivamente nas relações do direito hypothecario, mas que protege a todo direito real. Quem de-bôa fé compra um objecto furtado deve restituil-o; mas não, executando uma obrigação por qualquer modo contrahida, mas não, por effeito de um vinculo obrigacional que opera a sua natural solução. Deve restituil-o por força do direito real de propriedade. Nem mais nem menos.

## § 15

## OBRIGAÇÕES POSITIVAS: A) DE DAR

Obrigaçào de dar é aquella cuja prestaçào consiste na entrega de uma cousa movel ou immovel, seja para constituir um direito real, seja somente para facultar um uso ou ainda a simples detençaõ. Si a cousa a dar é certa, nella se comprehendem os seus accessorios ainda que se achem, no momento, della separados, salvo si, na convençào, o devedor foi eximido desse encargo.

Como esta obrigaçào, uma vez executada, pôde originar, segundo viu-se pela definiçào, a constituiçào de um direito real, ha motivo para perguntar si esse direito resulta immediatamente da obrigaçào ou si, ao em vez disso, necessita da tradiçào real ou symbolica da cousa a que se applica a prestaçào. Os escriptores e as legislações têm seguido ambas as ramificações dessa alternativa.

O direito romano queria que a translaçào da propriedade se effectuasse por um acto externo, visivel e publico, de modo que sobré ella convergissem as attençaõs. A tradiçào acha-se nessas condições, e, pórtanto,

antes della e pelo simples effeito da obrigação de dar se não transferia o dominio: *Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rarum transferuntur.*

Esta é tambem a doutrina de nosso direito, consagrada em diversas disposições de leis, com um ligeiro desvio do codigo commercial, art. 874, hoje rectificado pelo art. 68, letra *h* do decreto de 24 Outubro de 1890 (1).

Mas o codigo civil francez trouxe uma innovação a esses principios que tinham por si uma experiencia muitas vezes secular, admittindo (art. 711 e 1138) que a propriedade se transmittisse por effeito immediato da convenção. Os juristas francezes têm-se esforçado por justificar a doutrina do codigo civil de sua patria, affirmando que ella assignala um verdadeiro progresso na theoria das obrigações. Mas se tem perdido no vacuo esse dispendio de actividade mental, pois que, si alguns outros codigos se deixaram arrastar pela auctoridade incontestavel do francez, digno monumento da jurisprudencia de um povo opulentamente culturado, é certo egualmente que, na França mesma, a lei de 23 de Março de 1855, exigindo a transcripção para a validade das transmissões de immoveis, encarregou-se de restabelecer a tam malsinada theoria da tradição, sob a sua forma solemne de transcripção.

Sustentando o principio da tradição, escreveu Teixeira de Freitas umas paginas luminosas, de apurado senso juridico, as quaes peço agora algumas phrases com que justificarei a doutrina do direito romano e do patrio. Pêla natureza das cousas, escreveu elle, por uma simples operação de logica, por um sentimento espontaneo de justiça, pelo interesse da segurança das relações privadas, ás quaes se liga a prosperidade geral, se comprehende, desde

---

(1) A doutrina da tradição encontra apoio, entre nós, na Ord. liv. 4, tit. 5, § 1.º e tit. 7; Cod. comm. arts. 198 e 202; e alv. de 4 de Setembro de 1810, além do dec. citado no texto.

o primeiro momento, que o direito real deve manifestar-se por outros caracteres, por outros signaes que não sejam os do direito pessoal, e que esses signaes devem ser tam visiveis e tam publicos quanto possivel. Não se concebe que uma sociedade esteja obrigada a respeitar um direito que não conhece.

« Esta é a razão philosophica do grande principio da tradição que a sabedoria dos romanos estabeleceu e que as legislações posteriores reconheceram.

« Estabelecido o direito pessoal de onde tem que resultar a transmissão da propriedade, muitos jurisperitos não quizeram ver nada mais, e deram logo a propriedade como transmittida e adquirida só pelo simples poder do concurso das vontades em um momento dado. Tomou-se a propriedade em seu elemento individual somente e não se attendeu ao seu elemento social. Contou-se com a boa fé das convenções, como si a má fé não fosse possivel. As cousas que se convenciona transmittir é possivel que não sejam transmittidas e a mesma cousa póde ser vendida a duas pessoas diferentes. Si o contracto é sufficiente, independentemente de qualquer manifestação exterior da transferencia do dominio, o segundo comprador poderá, de boa fé, transmittir tambem a cousa que assim irá successivamente passando a outros. Teremos, então, um choque de direitos, uma collisão, onde se apresentam, por um lado, o interesse de um só e, por outro, os interesses de muitos. Podemos e devemos ser indifferentes á constante incerteza do direito de propriedade, ao fundamento de todas as relações civis? »

Corroborando as palavras do egregio civilista brasileiro, erguem-se os codigos vigentes na Argentina, art. 577, e na Hespanha, art. 609, que consagram ambos a doutrina da tradição, da qual se apartaram, por influencia do direito francez, entre outros, o codigo italiano, art. 710 e o portuguez, arts. 715 e 745.

No direito allemão e suíço, a tradição é mantida em relação a transferencia do dominio dos objectos moveis, sendo os immoveis submettidos, de preferencia, á transcripção no registro territorial (*Gründbuch*). E o mesmo deve-se dizer do direito austriaco (1). Na Inglaterra, apezar das fundamentaes dissimilhanças que seu regimen de bens apresenta, comparado com os systemas adoptados na maioria dos povos occidentaes, pode-se affirmar que a tradição (*delivery*), sob sua forma real ou symbolica, é um complemento necessario para a translação da propriedade por via de contracto. A tradição dos immoveis é sempre symbolica, pronunciando o vendedor a formula seguinte, ou outra similhante, na occasião de entregar, ao comprador, um exemplar do acto de venda, ordinariamente redigido pelo *solicitor*: *I deliver You this as my act and deed*, eu vos entrego este titulo como a expressão de um acto e de um facto meu. E está consummada a transferencia do direito real, tomada esta expressão no sentido latino ou romano. E' identica a doutrina do direito norte americano: *Delivery is as essential to the validity of a gift as to that of a sale.* (2).

Si a obrigação de dar coisa certa tende á transferencia do dominio ou de outro direito real, e a coisa perece, sem culpa do devedor, antes de cumprida a prestação, como ainda se não constituiu o direito real, dispõe o nosso direito, como ver-se-á melhor no capitulo em que se expuzer a doutrina da compra e venda, que soffrerá o risco o adquirente. Mas andaram melhor inspirados

---

(1) Roth, — *System des deutschen Privatrechts*, vol. III, § 252 e segs.; cod. fed. suíço das obrigações, art. 199 e segs.; cod. de Zurich, art. 117 e segs.; da Prussia §§ 3 a 5, da Saxonia, §§ 276 e 398, d' Austria § 21. Quanto á transmissão de moveis todos os *Landrechte* allemães são accordes em manter a tradição, salvo o codigo civil francez. Quanto á transmissão de immoveis, ha tres regimens differentes: o da tradição, o da transcripção e o mais vasto da translação judicial (*gerichtliche Aufzassung*).

(2) Darlington, — *A treatise of the law of personal property*, p. 59.

aquelles legisladores que, em tal emergencia, mandáram dissolver a obrigação. Bem claro é que não me refiro áquelles systemas que fundam a translação da propriedade na obrigação e sim áquelles que exigem a operação complementar da tradição, como o nosso.

Si o objecto a dar for incerto e inconsumivel, não ha possibilidade de perecimento, e, portanto, subsiste a obrigação, cabendo ao devedor o direito de escólha, si outra cousa não for convencionada. Este seu direito, porém, não poderá ir ao poncto de preferir a cousa peor da especie, assim como não terá o credor a faculdade de exigir a melhor, quando lhe for conferido o direito de escólha. Realisada a escólha por uma ou por outra das partes vinculadas pela obrigação, perde a cousa o seu character de incerta, determina-se, individualisa-se, e, desde então, se transformará a natureza do elo obrigacional. A obrigação passará a ser de dar cousa certa, e esta, que, um instante antes, era indeterioravel e imperecivel em virtude do principio—*genera non pereunt*, tornar-se-á susceptível de estragos e de extinção, seguindo-se, em tudo o mais, os principios reguladores desta variedade de obrigações que os romanos indicaram pela expressão—*aliquid dandi*.

Si para a perda do objecto tiver contribuido culpa ou dolo do devedor, deve este necessariamente responder por um equivalente e, mais, por perdas e danos que tenham emergido para o credor de sua desidiosa imprevidencia ou má fé. O mesmo raciocinio nos dará a solução para o caso de simples damnificações e não perecimento da cousa a dar. Si o estrago resultou, directa ou indirectamente de culpa ou dolo do devedor, manter-se-á integralmente o direito do credor que poderá escolher entre a exigencia de um equivalente acompanhado das perdas e danos occorridos, e o recebimento do objecto no estado em que se achar, attendidos ainda os seus

prejuizos. Não occorrendo culpa ou má fé por parte do devedor, diz a razão esclarecida pela doutrina que o credor se achará na posição de dissolver a obrigação que já lhe não convém por se terem alterado as suas condições fundamentaes ou, siquer, algumas d'ellas; mas, si preferir, accellará o objecto diminuido o preço proporcionalmente ao decrescimento do valor. E' claro que o direito patrio sobrecarrega, ainda nesta hypothese, o adquirente, visto como não obedece a esta ultima solução. (1) Ao menos em regra geral.

Mas, assim como a coisa pôde soffrer deteriorações, lhe poderão advir melhoramentos mais ou menos consideraveis. Uma vez que a propriedade não se desprende do devedor si não com a tradição, é obvio que os accrescimos e melhoramentos, aproveitar-lhe-ão, tendo elle direito aos fructos colhidos e a computar no preço os melhoramentos occorridos entre o ajuste e a entrega (2).

A obrigação de dar coisa certa ocorre muitas vezes á pessoa que possui ou detém, por qualquer titulo, um objecto alheio que tem de restituir ao legitimo dono. Em tal caso, a coisa se perderá ou deteriorará por conta do proprietario, ao qual igualmente aproveitarão os melhoramentos acontecidos. Isto na supposição de que o devedor não contribuiu, por acto seu, para a perda, deterioração ou augmento, porquanto si assim tiver acontecido responderá por sua culpa ou dolo, como terá direito á ser indemnizado pelas bemfeitorias uteis e necessarias que haja realisado.

Como as hypotheses variam, segundo as situações em

---

(1) Ord. 4, 8, pr.; Cod. comm., art. 206.

(2) Em relação ao que dispõe nosso direito, em materia de compra e venda, vejam-se os §§ respectivos. Esse contracto é typico, tanto na categoria dos onerosos, quanto na daquelles que engendram obrigações de dar. Neste paragrapho encaro a questão mais em relação á doutrina do que ao direito positivo.

que se acham o credor e o devedor, e como nesta primeira parte só devem ter ingresso os princípios geraes, se faz necessaria uma remissão para os capitulos em que se acharem expostas as theorias especiaes dos contractos, e, em particular, da compra e venda, do deposito, da locação, doação, estando fóra do quadro deste livro os contractos de penhor, antichrese e todos aquelles que constituem direitos reaes, porém na execução dos quaes têm de ser observados princípios geraes a que obedecem as obrigações de dar.

### § 16

#### OBRIGAÇÕES POSITIVAS: B) DE FAZER

As obrigações de fazer, *faciendi*, são muito numerosas. Abrangem varias modalidades de trabalho, de serviço, além de factos que se não podem incluir, como observa Savigny, na idéa de trabalho, mas que são actos numerosos e importantes que se prestam a ser objectos de obrigações.

Não nos devemos, pois, illudir com a significação commum das palavras. As obrigações de fazer, são, muitas vezes, resolvidas em prestações de trabalho por parte do devedor, como acontece nas locações de obras; porém, muitas outras vezes, consistirão n'um acto ou facto para cuja execução se não exige um desenvolvimento de força physica ou intellectual. Quando alguém promette prestar uma fiança, o exemplo é de Savigny, a essencia do acto, objecto da obrigação, não consiste no insignificante dispendio de esforço que a prestação da fiança possa exigir, mas sim na necessidade de concluir a operação juridica a que se vêm ligar, de um lado, os riscos, e do outro, as vantagens do credito fornecido <sup>(1)</sup>.

(1) Savigny, — *Droit des Obligations*, vol. I, p. 330—331.

O acto ou factio promettido deve ser executado em um tempo conveniente e pelo modo ajustado, para que preencha os intuitos que levaram os contrahentes a se vincularem obrigacionalmente. Não obedecendo a esta norma ter-se-á o acto por não praticado, ou mesmo poderá o credor exigir que seja destruido o que foi mal executado.

Não é forçoso que o devedor cumpra pessoalmente o que prometeu fazer; satisfará a sua obrigação substituindo-se por pessoa idonea, por cujos actos responderá. Póde, entretanto, acontecer que a pessoa do devedor tenha sido eleita em attenção a qualidades que lhe são proprias, á sua pericia, á sua reputação artistica. Neste caso, é clarissimo, a substituição é inaceitavel. Si eu encomendo um quadro a Pedro Americo, não me contento com a tela, embóra correcta, que apresente um outro pintor que não goze de igual nomeada, ou, mesmo, cujos effeitos de côr e de luz me não accordem tam gratas emoções quanto as que estou acostumado a encontrar nas obras d'aquelle mestre. Si um editor compra um poema de Olavo Bilac ou de Raymundo Correia, um romance de Raul Pompeia ou Adolpho Caminha, tem o direito de julgar-se fraudado si empolgar a producção chilra de um poeta ou de um romancista sem o vigor de concepção e sem o labor artistico sobre os quaes fizera os seus calculos de venda.

Surgindo impossibilidade para a execução do acto, sem culpa do devedor, dissolve-se o vinculo obrigacional, e terá logar a restituição do que o devedor haja recebido em razão do acto que se propunha a fazer. Resultando, porém, essa impossibilidade de culpa ou dolo do devedor, ficará elle na contingencia de satisfazer os prejuizos della oriundos. Mas bastará essa indemnisação na hypothese de impossibilidade culposa ou fraudulenta, como na de obstinação?

O código civil francez, adoptando um principio largamente acceito em direito, diz, art. 1142, que toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve, em caso de inexecução por parte do devedor, em satisfação de danos; mas, em alguns casos, declara que o credor póde ser auctorizado a executar o trabalho promettido, a custa do devedor (art. 1144). Os códigos civis, em sua generalidade, reproduzem a doutrina franceza, como se poderá ver no italiano, arts. 1218 e 1220, da Luiziania, 1920 e 1921, argentino, 630, e assim em muitos outros.

Comprehende-se que estas reparações pecuniarias serão frequentemente compensações defeituosas e insufficientes. Mas ir ao ponto de coagir o individuo a commetter um acto que elle repugna, violental-o a abster-se de uma acção que elle quer praticar, poderá ser motivo de perturbações economicas e juridicas mais graves ainda, e é preciso deixar que a liberdade individual se não encadeie jamais de um modo desastroso para ella e reflexamente para a sociedade. Entretanto, no direito inglez, muitas vezes, sob o fundamento da equidade, o juiz condemna o individuo a praticar, mau grado seu, o acto ou a inacção a que se obrigou. No caso, porém, de impossibilidade, ainda que culposa, não ha outro recurso fóra da indemnisação dos prejuizos e da realisação do acto a custa do devedor.

### § 17

#### OBRIGAÇÕES NEGATIVAS: DE NÃO FAZER

As obrigações negativas consistem em abstenções, do mesmo modo que as positivas se objectivam em acções. Os principios reguladores, porém, são communs ás duas variedades.

Resta-me apenas, para accentuar a individuação deste paragrapho, expor a solução de alguns problemas,

aliás de fácil apprehensão. Si a omissão tornar-se impossivel, sem que o devedor haja contribuido para isso, ou si tiver sido coagido a executar o acto cuja abstenção era o objecto da obrigação contrahida, clarissimo é que a obrigação extingue-se para ambas as partes, não tendo uma que reclamar da outra sinão aquillo que, porventura, tivesse adeantado no intuito de facilitar o cumprimento da obrigação ou mesmo de constituil-a.

Mas, resultando a impossibilidade de culpa do devedor, ou tendo elle já praticado o acto por sua conta e risco, bastará a simples indemnisação? Visivelmente a solução a dar a esta interrogação é a mesma que já fôï dada quando, em situação similhante, foi ella formulada em relação ás obrigações positivas de fazer. Muitas vezes será necessario destruir o acto já praticado, ou a destruição venha do devedor que a isso afinal se resolva, uma vez que as legislações não seguem a doutrina ingleza do constrangimento, ou seja praticada pelo proprio credor, mas a custa do devedor.

### § 18

#### OBRIGAÇÕES CONDICIONAES

As obrigações se dizem puras e simples, quando as prestações a que visam se não acham modificadas por condições, prazos, encargos, pactos accessorios ou adjectos de qualquer ordem. Existindo alguma dessas circumstancias, a obrigação será modal.

A modalidade poderá referir-se mais directamente á constituição da obrigação ou mais directamente a sua execução, embóra estes dois momentos do vinculo obrigacional se achem muito intimamente ligados por laços de interdependencia. Essa distincção, porém, não offerece interesse por não produzir differença praticamente apreciavel em seus resultados.

Tendo de passar em revista as principaes modalidades a que se submettem as obrigações ou o seu conteúdo, começarei pelas condições.

Obrigaçào condicional é aquella cuja formação é subordinada a um acontecimento futuro e incerto. Os escriptores distinguem um numero consideravel de condições a que apenas de passagem me referirei.

A condição é *casual*, si o facto incerto que a constitue é independente da vontade dos que têm interesse no acto juridico por ella modificado. Na hypothese contraria, será *potestativa*. Si se der uma combinação de dependencia e independencia da vontade dos interessados, será *mixta*. Tomará o nome de *positiva* ou *negativa*, segundo tiver, por base, a existencia ou inexistencia de um facto. Dir-se-á *suspensiva*, quando tiver, por effeito, suspender a execução da obrigaçào e *resolutiva*, quando, ao contrario, determinar a extincção da execução já iniciada. Poderá ainda ser *possivel* ou *impossivel* a condição, sendo essa possibilidade ou impossibilidade *absoluta* ou *relativa*, *physica* ou *juridica*.

Examinarei mais particularmente, por offerecerem maior interesse, as condições suspensivas, resolutivas e impossiveis.

Pendente a condição suspensiva, já se considera existente o vinculo obrigacional, embóra possa vir a ser dissolvido sem produzir effeito. E tanto é assim que realisada a condição, a obrigaçào retroage ao tempo de sua formação, ou de um modo mais amplo, como no regimen francez e no daquelles codigos que tomaram o francez por modelo, ou mais restrictamente, como nos systemas em que a translação da propriedade não se effectúa pela força isolada das convenções.

Segundo o systema francez, a retroacção das obrigações apanha a cousa e seus fructos, porque tem, por presupposto, a transferencia do dominio em consequencia

da obrigação convencional. Segundo o systema romano, que foi adoptado pelo direito allemão, hespanhol, argentino e por varios outros, inclusive o nosso, a retroacção não poderá ferir os bens que se acharem em poder de terceiro, sinão quando forem estes possuidores de má fé, restando, entretanto ao credor, o direito de demandar a parte obrigada, por um correspectivo, seja a entrega de uma cousa equivalente, seja a indemnisação dos prejuizos causados.

Em virtude do mesmo principio da existencia latente, ou, antes, potencial da obrigação durante o intervallo suspensivo da condição, ao credor permite-se a pratica de certos actos conservatorios, no intuito de garantir seu direito (1). Mas, não cumprida a condição, como era ella elemento essencial para a definitiva constituição da obrigação que, até seu implemento, apenas está iniciada ou simplesmente em elaboraçao, desfaz-se completamente, sem quasi deixar vestigios. Si, portanto, o credor já tiver entrado em posse do objecto a que tendia a obrigação, deve restituil-o com seus accrescimos, no numero dos quaes não querem alguns civilistas que se incluam os fructos (2). Mas, não sendo cumprida a condição, por ter impedido o seu implemento, agindo de má fé, o proprio devedor que, mediante ella, se obrigára, devemos reputal-a preenchida, como aliás preceituam o codigo francez, Art. 1178, o italiano, Art. 1169, o hespanhol, 1119, e o federal suizo das obrigações, Art. 176, e outros.

Sendo resolutoria a condição, o vinculo obrigacional

---

(1) Codigo civil francez, Art. 1180; italiano, 1171; hespanhol, 1121; hollandez, 1292; argentino, 516; D. 42, 6 fr. 4; cod. suizo das obrigações, Art. 172.

(2) Codigo civil argentino, Art. 548. «O effeito retroactivo da condição não pôde fazer com que o credor não tenha sido possuidor», diz Zachariae, com o qual, aliás, não concordam Duranton nem Aubry et Bau. Pelo codigo suizo das obrigações, Arts. 171 e 174, as condições suspensivas ou resolutivas só têm effeito retroactivo, si as partes assim o quizerem.

firma-se e produz as suas naturaes consequencias, como si não houvesse condição, até que chegue o momento de apparecer o evento a que está subordinada a sua extinção. E quem supporta os riscos, nesse meio tempo decorrido entre a formação da obrigação e sua resolução, quando a cousa perecer por caso fortuito? Por outro lado, a quem aproveitam os fructos percebidos?

Não é ociosa a interrogação, quando se sabe que as relações de direito são, na hypothese vertente, condicionaes e resoluveis, e que não existe accordo entre os escriptores.

Si o objecto perecer antes de realisado o factio cuja realisação viria resolver a obrigação, acha-se esta necessariamente extincta por faltar-lhe o conteúdo. Eu vendo conditionalmente um predio, sob a condição resolutoria de que a obrigação se dissolverá ficando sem effeito a venda, si eu realisar um certo negocio que especifico. Entregue o predio; porém, e recebido o preço, é aquelle totalmente devorado por uma enchente que varreu do solo, que não era meu, tudo quanto sobre elle havia eu edificado. Depois deste desastre, occorre o acontecimento a que havia sido subordinada a resolução do direito engendrado pela obrigação. Mas, visivelmente, esse acontecimento passará sem attingir a região onde se localisaram a obrigação e os direitos consequentes. Como um cometa, cuja orbita se desviasse, vae elle transitar por outros mundos, extranhos áquelle em que se firmáram os elos da obrigação figurada. Quando se realisou elle, já o direito do adquirente extinguiu-se por outra causa; portanto, se não poderá mais resolver, e, nada tendo elle que restituir, nada terei eu igualmente a dar-lhe. As condições são obrigações accessorias, e, como todas as outras, se não poderão formar sem objecto, e sem causa, accrescentam os tractadistas. No caso figurado falta o objecto da obrigação do adquirente;

mas como a minha obrigação de restituir o preço depende da que elle tinha de restituir o predio e reciprocamente, estão quebrados os elos desta cadeia obrigatorial em via de formação. Esta doutrina, que resalta da applicação logica dos principios, é suffragada por Marcadé, por Laurent e pelo código argentino, Art. 556, entre outras auctoridades.

Si imaginarmos agora que, em vez de perda total, aconteceram somente deteriorações ao objecto, parece, a primeira vista, que devia supportar-as quem tivesse de, por ultimo, ficar com elle; mas, attendendo a que a esse não devem ser entregues os fructos percebidos, a decisão em contrario será justamente a mais logica e a mais juridica <sup>(1)</sup>; não devendo ter influencia sobre a restituição dos fructos a retroacção resultante das condições quer resolutivas quer suspensivas.

Passando sobre as outras modalidades de condições que não offerecem utilidade sensivel, direi mais algumas palavras em attinencia ás condições impossiveis, physica e juridicamente.

A impossibilidade physica da condição torna, em regra, sem effeito a obrigação; porém não acontecerá assim, si a condição fôr de não fazer, pois que a negatividade da condição destrua a impossibilidade do facto; será uma condição ociosa.

As condições consideram-se juridicamente impossiveis, quando offendem á moral e aos bons costumes ou contrariam disposição prohibitiva de lei. Os codigos e os escriptores apresentam, como especialmente prohibidas, as seguintes condições que podem ser acceitas a titulo de exemplo: 1.º Habitar sempre o mesmo logar ou aquelle que um terceiro designar; 2.º mudar ou não mudar de

---

(1) Código argentino, Art. 557; do Chili, 1488; hespanhol, 1123; Zachariae, § 536 n. 4;—Laurent,—*Cours élément*, n. 673. Durantou ainda neste puncto sustenta opinioo contraria.

religião; 3.º casar com pessoa por outrem escolhida ou jámais contrahir nupcias em absoluto ou com determinada pessoa. Estas ou quaesquer outras condições contrarias ao direito, á moral e aos bons costumes nullificam a obrigação sobre a qual reflectem a propria nullidade (1).

### § 19

#### OBRIGAÇÕES A TERMO

Como as condições, tambem os termos podem retardar a execução da obrigação ou extinguir o direito por ella firmado, segundo forem *suspensivos* ou *resolutorios*. Differentemente, porém, da condição, o termo pôde ser prefixado por um tempo certo ou incerto, sendo que este equivalerá, muitas vezes, a uma condição. Si o cumprimento de uma obrigação subordinar-se á epocha em que eu fôr empossado de um emprego, ao qual sou simplesmente aspirante, no momento da formação do contracto, não ha duvida de que tracta-se ahí de uma condição, porque eu não sei absolutamente si a nomeação virá. Outros termos incertos, porém, o serão somente sob uma relação. *Quando morrer*, é um termo incerto em relação á data em que ocorrerá o acontecimento previsto, mas o não é em relação a seu apparecimento. A morté virá infallivelmente, mas ignoramos quando. Estas e outras eventualidades futuras, mas necessarias, prestam-se a constituir um prazo, um termo, mas não uma verdadeira condição.

O termo deve-se presumir estabelecido para ambas as partes, quando não declararem que a uma somente se referirá ou quando não se inferir, do objecto mesmo da

(1) D, 30, 1 frs. 22, 63, 64 § 1 e 72; Código francez. Art. 1172; italiano, 1160 hollandez, 1290; argentino, 530 e 531; italiano, 1116; suizo das obrigações, 177; Pothier, — *Tractado das Obrigações*, n. 240.

obrigação ou de outra circumstancia, qual fôra, em verdade, a intenção dos contrahentes. Assim decidiram o código da Prussia, art. 757 e o argentino, art. 570, contra o disposto noutros systemas juridicos, como o do código, civil francez, art. 1140.

Si o devedor se constituir insolvente antes de exgottado o prazo, torna-se a divida exigivel desde a declaração da fallencia, observadas as regras de desconto pela taxa legal, quando outra não tiver sido estipulada (1).

### § 20

#### OBRIGAÇÕES ACOMPANHADAS DE CLAUSULA PENAL

Para o fim de melhor assegurar a execução das obrigações, recorrem às vezes, os contrahentes à *clausula penal*, que é um pacto accessorio em que se estipulam penas ou, antes, multas, contra aquelle que deixar de cumprir o acto ou facto a que se obrigou, ou apenas retardal-o. Não se confunde esta pena convencional com as repressões impostas pelo direito criminal, as quaes cabe somente ao poder publico applicar em nossos dias. A pena convencional é puramente economica, devendo consistir exclusivamente no pagamento de uma somma ou execução de outra qualquer prestação das que podem ser objecto de obrigações. E', porém, indifferente que beneficie um dos contractantes ou um terceiro indicado na convenção.

Para que a clausula penal subsista efficaz é necessario que a obrigação principal seja valida, porque a nullidade desta ultima arrastaria comsigo a nullidade da obrigação accessoria, como juridicamente preceitúa o código philippino, liv. 4, tit. 48 § 1 e 70 § 3.

(1) Dec. de 24 de Out, de 1890, art. 23; Cod. civil francez, art. 1118; hollandez, art. 1307; argentino, 572.

A pena convencional tem por fito reforçar a necessidade moral de cumprir a obrigação; mas dirige-se a esse alvo por dois caminhos: ferindo a inexecução ou simplesmente a móra. Na primeira hypothese, isto é, quando a pena for estipulada contra o não cumprimento da obrigação; nella incorrerá o devedor que, no tempo aprazado, se acha em falta ainda que, a seu favor, possa allegar justas causas de inexecução. Si, nessa occasião ainda fôr exequível a obrigação, ao credor fica o direito de escolher entre a prestação principal ou a da clausula; mas lhe é vedado pedir conjunctamente ambas, porque, nesta emergencia, uma das prestações é, por natureza, substituta da outra, não podendo apparecer e funcionar simultaneamente. Na segunda hypothese, isto é, quando a pena fôr estabelecida somente para punir a móra, ou algum prejuizo especial, como inexecução no lugar combinado, terá, então, o credor a faculdade de pedir conjunctamente o cumprimento da obrigação principal e a da clausula adjecta <sup>(1)</sup>. Si, entretanto, ao tempo da execução conservou-se quedo, calando a sua reclamação dá lugar a presumir-se ter renunciado a pena; e, effectivamente, neste sentido manifestam-se alguns systemas juridicos.

Para pedir a prestação penal, não é necessario que o credor allegue prejuizo soffrido, pois que a móra e a inexecução equivalem a condições suspensivas a que está subordinada sua prestação. Occorrendo qualquer dellas, segundo as hypotheses, tem portanto, lugar, de pleno direito, quero dizer, independentemente de qualquer outra circumstancia, a applicação da pena.

Em compensação, embóra o prejuizo soffrido exceda ao montante da pena, si elle não resultou de culpa ou

(1) Código civil francez, arts. 1226, 1228 e 1229; federal suizo das obrigações 179; chileno, 1537, argentino 655 e 658; italiano, 1201—1212. O cod. comm. braz. art. 129, trata da pena convencional somente para o caso de arrependimento.

dolo do devedor, nada mais poderá reclamar o credor, pois somente a si mesmo deve imputar ter mal calculado ou mal previsto os factos contra os quaes, aliás, entendeu se presumir, estipulando a clausula penal.

Verdade é que muitas legislações não favorecem as penas evidentemente excessivas. As ords., liv. 70, pr., mandam annullar as que ultrapassarem a obrigação principal; o codigo civil francez, art. 1231 e o federal suizo das obrigações, art. 182, permitem ao juiz o abrandamento das que julgarem exorbitantes. Mas ha um meio termo razoavel, mesmo no dominio dessas legislações nimiamente intrômettidas nos negocios dos particulares. A verdadeira doutrina, sobre este assumpto, é a do codigo italiano, art. 1230, que não auctorisa redução alguma nas penas estipuladas, pois seria, como disse Pisanelli, subrogar o legislador a sua vontade ao consenso dos contrahentes.

Sendo a pena convencional uma indemnisação previamente estabelecida, por prejuizos possiveis, deve ser modificada por estimação proporcional no caso de cumprimento parcial da obrigação precipua, a menos que não hajam concordado em outra cousa os contrahentes. É a decisão do direito romano (D. 2, 11, fr. 9, § 1), que foi reproduzida pelo codigo civil francez, art. 1231, pelo italiano, art. 1214, pelo hollandez, 1345, pelo argentino, 660, pelo hespanhol, 1154, pelo portuguez, 675 e por outros ainda.

Si a obrigação principal for illicita, contraria aos bons costumes ou tornada impossivel por facto do credor, não subsistirá e, com ella, desaparecerá a pena, envolvida na mesma nullidade. Nem é justificavel o codigo civil argentino quando considera efficaz a pena convencional assecuratoria de obrigações inexigiveis judicialmente, sempre que não sejam propriamente reprovadas por lei (art. 666), porque a natureza da prestação accessoria

se deve resentir da inefficacia, da inconsistência daquella de que depende a sua existencia. Si a obrigação principal é insubsistente pelas razões indicadas, insubsistente deve ser a clausula penal accessoria.

No commercio, declarada a fallencia, tornam-se exigiveis todas as dividas passivas do fallido, que não estiverem dependentes de condição; mas, nem por isso, se lhe fará carga das clausulas penaes que deixarão de ser attendidas (dec. de 25 de Out. de 1890, art. 20 § 3).

### § 21

#### ARRHAS

Eis aqui um instituto de conceito vacillante no estado actual do direito privado. Além de que o mesmo nome—*arrhas*—é applicado, pela legislação patria a duas relações distinctas, a uma fôrma especial de regimen de bens entre conjuges e a um modo de assegurar contractos, acontece que o alcance dessa garantia não é identico perante os dois ramos principaes do direito privado, o civil e o commercial.

Para a lei civil (codigo philippino, liv. 4, tit. 2) arrhas são as cousas ou quantias que uma das partes contractantes entrega a outra, como penhor da execução de sua obrigação, mas conservando, não obstante, a faculdade de arrender-se, abandonando o que deu em arrhas, assim como restituirá essas mesmas arrhas e mais outro tanto a outra parte contractante, si della partir o arrendimento. Por uma clausula expressa, entretanto, poder-se-á estipular que as arrhas importem simplesmente num começo de pagamento (cit. codigo philip. § 3).

O que é excepcional no direito civil assume a posição de regra principal na legislação mercantil. Nas vendas commerciaes, o signal entender-se-á sempre dado como adeantamento do preço ou pagamento, no intuito de

attestar materialmente a bôa intenção de cumprir o prometido. Jamais trará, como consequencia, uma condição suspensiva da conclusão do contracto ou a faculdade de arrependimento (cod. commercial brasileiro, art. 218).

E' palpavel a contradicção em que se acham o direito civil e o commercial de nossa patria. Do estudo comparativo das legislações vigentes resalta egualmente a instabilidade conceitual da funcção das arrhas na theoria das obrigações.

O codigo civil francez, embóra não haja formulado, de modo claro, a verdadeira funcção das arrhas, comtudo, na hypothese de promessa de venda, attribue-lhes o character de clausula facultativa de arrependimento (art. 1590). Generalizando esta regra, doutrinam alguns juristas francezes que a estipulação das arrhas, em contractos commutativos, importa sempre na permissão de *dédit*; contra a opinião de Blondel, para quem a unica solução possivel é a interpretação da vontade das partes em cada caso occorrente.

O direito obrigacional suisso estatue (cod. art. 178) que, em geral, as arrhas se reputeem dadas em signal de ter sido o contracto concluido e não a titulo de facultar uma retractação. Esse signal entretanto, não será imputado no pagamento, a menos que não exista uso ou convenção em contrario. Pela convenção poderão egualmente os contractantes estipular que as arrhas dadas facultarão a acção reactiva; e, neste caso, usando dessa faculdade, quem deu a somma em penhor perdê-la-á; e utilizando-se della, quem a recebeu deverá restituil-a em dobro.

O projecto de codigo civil allemão, firmando tambem o principio de que as arrhas serão dadas a titulo de prova e confirmação do contracto, sem auctorisarem uma retractação que não tenha sido estipulada (art. 417), comtudo discorda do codigo suisso ultimamente citado, mandando imputal-as na prestação do pactuante que as deu ou

restituil-as si for possível. Esta restituição terá logar tambem, quando o contracto for nullo ou rescindir-se quer por accordo commum, quer por acto de quem recebeu as arrhas. Si o tradente das arrhas for o motivador da recisão perdel-a-á então; o que é justo e necessario para que essa clausula não seja perfeitamente inutil (arts. 418 e 419).

Outros codigos como o italiano, o hespanhol e o portuguez passaram em silencio sobre este capitulo da theoria das obrigações, o que talvez seja motivo para lhes sermos gratos, pois não vieram augmentar as duvidas creadas em tornó de uma clausula, aliás, de pouca importancia no momento actual da vida juridica, duvidas que procedem do triplice aspecto porque o direito romano considerava a especie de garantia de que agóra me occupo.

Um ligeiro olhar para o passado dará a explicação do desaccordo em que se acham os systemas juridicos que acceitaram o instituto das arrhas. Foram inventadas as arrhas, segundo parece mais provavel, simplesmente para que dessem, como a festuca, a balança, etc., solemnidade aos contractos, chamando sobre elles a attenção dos visinhos ou quiçá dos consortes do mesmo grupo.

O que caracteriza esta solemnidade é que ella finge o pagamento do preço que tem de ser realmente feito mais tarde. A principio, comprava-se exclusivamente a dinheiro; só mais tarde introduziu-se a confiança nas relações contractuaes, e apparecea o credito como sua manifestação mais completa. Mas a passagem do primeiro para o segundo systema effectuou-se por degraus mais ou menos numerosos. Pagou-se primeiramente uma parte consideravel do preço, depois uma pequena parcella e dahi afinal as *arrhas*, como observa Tarde (1). Chegada a evolução a este poncto, o adeantamento do preço perdeu

---

(1) *Transformations du droit*, p. 112.

o seu caracter originario e proprio, para constituir como que um contracto previo para solemnidade do contracto a celebrar, applicando-se, então, a somma offerecida em arrhas, em penhor da palavra dada, não mais á reducção do preço, porém á compra de vinho, á celebração de festas, á pratica de obras pias, de onde lhe veio o nome do dinheiro de deus (Gottespfoenig).

O direito romano deu ás arrhas o caracter de confirmação dos contractos, de *Reugeld*, de penhor que era restituído, depois de executada a obrigação, ou imputado no computo do preço, restabelecendo assim idéas que pareciam eliminadas pela evolução do instituto, mas combinando-as com as acquisições novas da theoria. Gaius denomina as arrhas—*argumentum emptionis et venditionis contractæ*. Mais tarde, appareceu a feição especial de retractividade, em virtude da qual o que recusa cumprir o contracto celebrado com arrhas, si fôr o comprador perderá o que deu, e, si fôr o vendedor perderá o que recebeu accrescido de outro tanto, ainda que nada se haja declarado em relação ao signal (Inst. 3, 23, pr.).

Como se vê, da acção do direito romano, onde parece que o instituto se não accentuou bem, resultou essa vacillação que elle accusa na actualidade, olhado através das legislações.

## § 22

### OBRIGAÇÕES DIVISIVEIS E INDIVISIVEIS

As obrigações cujas prestações são susceptiveis de um cumprimento parcial, se dizem *divisiveis*; e aquellas cujas prestações só podem ser cumpridas por inteiro, se dizem *indivisiveis*. Este modo de comprehender a divisibilidade e indivisibilidade, conforme com a lei romana (D. 45, 1, fr. 2) e com a doutrina, já teve uma consa-

gração legal no código civil argentino, art. 667, e é, por certo mais claro e mais logico do que o conceito envolvido no art. 1217 do código civil francez.

A divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações só apparece, em toda a luz, e só offerece interesse juridico, havendo pluralidade de credores ou de devedores. Havendo unidade, nem mais de um devedor obrigado a sómente um credor, as obrigações são em regra indivisiveis, porque nem o credor é obrigado a receber pagamentos parciaes, nem o devedor a fazel-os, salvo si outra cousa foi estipulada. Quem se obrigou a dar uma cousa qualquer, deve-a integralmente, e sómente entregando-a toda se desobriga. Mas, egualmente, chegado o momento de realisar a prestação ou antes dessa epocha, não tem o dever de submeter-se à vontade do credor que julgue mais conveniente receber por partes o seu debito, salvo si tal proposta lhe convier. Comprehende-se, porém, prestações existem que se não podem parcellar, que são, por sua natureza, indivisiveis, emquanto que outras admittem uma divisão na execução, um cumprimento por partes. Sómente em relação a estas ultimas é possível o accordo alludido.

Considere-se agora a pluralidade de credores ou de devedores. Já o interesse da divisibilidade ou indivisibilidade das prestações avulta; porque, si é divisivel, cada credor, ou cada devedor, como que se localisa no quociente resultante da divisão; sendo indivisivel, não ha quociente, a divida ergue-se inteira para cada sujeito passivo da obrigação, o credito mantem-se identico, inalteravel para cada sujeito activo. Mas, nem por isso, se confundirá a indivisibilidade com a solidariedade. Será solidaria a obrigação sempre que a necessidade de satisfazer a prestação em sua totalidade provier do título mesmo que a constitue, título que, actuando sobre as pessoas, as unifica, sob o poncto de vista do credito ou

da divida. A solidariedade é subjectiva, está nas pessoas, em virtude da *causa obligationis*. Será indivisível, si a necessidade de cumprir a totalidade da prestação se originar da qualidade da coisa que se não presta a fragmentação. A indivisibilidade é subjectiva-objectiva, porque é unicamente o conteúdo da prestação que lhe adjectiva esse character.

Para dar maior clareza a este assumpto, que ha injustamente adquirido fama de obscuro, sómente porque soprou sobre elle algumas nuvens pardacentas o codigo francez, será util destacar varias hypotheses, que fazem o papel daquella definição consistente em aponctar com o dedo o objecto a definir, a qual um logico dos mais profundos julgava ser a melhor, quando era possível.

Supponha-se uma obrigação de dar. Examine-se desde logo o conteúdo da prestação. É uma somma de dinheiro, uma quantidade outra, são varias cousas da mesma especie em numero correspondente ao dos credores ou ao dos devedores, estamos deante de uma obrigação divisível. Mas si, ao contrario, é um objecto movel considerado em si e não em seu valor, na maioria dos casos, ter-se-á uma obrigação indivisível, pois que, como ponderou Savigny, o mestre, as cousas moveis «apparecem no espaço como unidades, cada uma das quaes constitue um todo independente, seja natural como os animaes, seja artificial como as obras d'arte. Estas unidades são divisíveis em si mesmas, porém debaixo de uma relação juridica, chamamol-as indivisíveis e tractamol-as como taes em dois casos distinctos: 1.º quando a divisão destroe a idéa do todo, de modo que as partes não sejam mais identicas entre si e em relação ao todo, como nos animaes vivos e nas obras de arte; 2.º quando a divisão deixa subsistirem partes identicas, porém com uma diminuição no valor total, como no caso de fraccionarem-se pedras preciosas, crystaes, espelhos, etc.

Restam ainda, depois disto, as cousas moveis cuja divisão não destrua a idéa do todo, nem diminua o valor total, como nas massas de metal bruto» (1).

Os immoveis são, em sua generalidade, objectos divisíveis; mas é concebível uma indivisibilidade para immoveis. Savigny nos dá o caso de uma porção de sólo sobre que repousa uma construção. Claro é que se tem em vista o objecto mesmo e não o seu valor sempre repartível em tantas parcelas quantas forem necessarias. Também tractando-se de immoveis deve ter-se em vista a alteração da forma, a diminuição da utilidade e das energias productoras. De modo que, seja embora physicamente possível o seccionamento do objecto, poderá deixar de o ser, sob certa relação jurídica.

As obrigações de dar corpo certo são consideradas indivisíveis no direito romano (D. 45, 1, fr. 72). Teixeira de Freitas adopta a mesma doutrina e o código civil argentino (art. 679) também achou-a preferível ao que em contrario sustentaram muitos civilistas que, parece, se deixaram emmaranhar nas distincções inconsequentes de divisão material e intellectual, que tem sido a fonte abundante e inexgotável das confusões que ainda não permittiram clarear bem os horisontes desta região. Realmente si introduzirmos ahi a divisibilidade intellectual, si não comprehendermos mesmo que a divisibilidade jurídica, para o effeito das prestações, é alguma coisa differente da divisibilidade material, estafar-nos-emos no improbo e inutil labor de Sisypho, a rolar eternamente o bloco rochoso, que desaba sempre, apesar de seus esforços exgotantes. Intellectualmente, o que deixará de ser divisível? E materialmente, si descermos ás moleculas e aos atomos que objectos corporeos restarão? Assim as cousas que escaparem deste segundo amplexo, dobrar-se-ão, sem duvida, ao primeiro.

(1) Savigny — *Droit des obligations*, § 32.

Mas afastemos esses equívocos, apoiando-nos no direito romano e naquelles espiritos selectos que o souberam interpretar e rejuvenecer. A divisibilidade ou indivisibilidade das obrigações determina-se pela possibilidade ou impossibilidade jurídica de fraccionar a prestação. Somente isto. E' simples e é clarissimo. E diz a sentença: *simplex sigillum veri*.

O mais é construir castellos de cartas que se desmoronam com o halito debil das creanças, é lançar a mais inextricavel confusão na sciencia do direito tam avida de lucidez.

Supponhamos agóra as obrigações de fazer. Serão divisiveis si as prestações forem determinadas por quantidade ou duração de trabalho indicada por dias ou outra divisão do tempo (cod. arg. 670). Mas as cauções, as fianças, outros actos semelhantes são naturalmente prestações indivisiveis, si o contrario não for estipulado. A construcção de uma obra, não tendo o ajuste tomado por base uma unidade metrica qualquer, constitue uma obrigação indivisivel, embóra essa operação componha-se de partes minimas, de secções mais vastas que se junctam, se agrupam, se superpõem, se succedem, para a formação do todo. Mas é que, neste caso, a obrigação visa o resultado final da construcção, concretisado na obra. Uma ponte, uma casa, um palitot, não existem sinão pela reunião de todas as suas partes, a principio desaggregadas, mas que a construcção foi, pouco a pouco, unificando. E, como a construcção é justamente o arranjo dos materiaes dispersos para creação de um todo, é divisivel; mas não o todo que ella creou.

As obrigações negativas, *non faciendi obligationes* serão divisiveis ou indivisiveis, segundo os actos, cuja abstenção prometeu o devedor, podem, em si mesmos, ser executados por partes ou não. Exemplos de Savigny: «Quando alguém estipula com seu visinho, *per te non fieri, neque*

*per heredem tuum quo minus nihil ire agere per fundum tuum liceat*, esta obrigação é indivisível, porque depois da morte do devedor, um obstaculo effectivo pôde provir de todos os herdeiros ou de um delles, e, no interesse do credor, é de todo indifferente saber qual é o auctor. Quando, ao contrario, um devedor estipula com seu credor, *non amplius agi (não demandal-o mais)* e o credor morre, a estipulação divide-se entre seus herdeiros, porque não é possível a cada herdeiro intentar a acção originaria, sinão por sua parte hereditaria, e, por consequente, não pôde violar a estipulação sinão por parte» (1).

As servidões prediaes, não se podendo, em regra, adquirir por parte, si forem objecto de alguma obrigação, esta se tornará indivisível, nos regimens juridicos em que os direitos reaes se não constituem por simples convenção (2). No direito francez, portanto, e naquelles que o tomaram por norma não será este um caso de indivisibilidade, pela simplissima razão de não persistir mais obrigação alguma a cumprir, salvo se for indeterminada a servidão.

Parece-me sufficiente o que ahi fica exposto para que se tenha uma idéa exacta deste assumpto de grande importancia pratica. Para salientar essa importancia é bastante considerar que, si as obrigações forem divisíveis, embóra existam muitos credores, cada um delles só terá direito sobre sua parte no credito; e, sendo muitos os devedores, cada um delles só será obrigado a pagar a parte que lhe esteja assignalada no debito. O contrario se observará no caso de indivisibilidade das obrigações.

Sendo divisível a obrigação, a insolvencia de algum dos condevedores não determinará a satisfacção de sua quota na divida a custa dos restantes. A suspensão da

(1) Savigny,—*Droit des obligations*, § 32; D. 45, 1, fr. 4, § 1.

(2) D. 45, fr. 2 e 72; Pothier,—*Obrigações*, vol. I n.º 289, *in fine*; Cod. argentino art. 683.

prescrição também sendo especial, particularisada a um dos condevedores não aproveita aos outros. E, invertidas as relações, o mesmo se diz dos crededores. Tal se não dará no caso de indivisibilidade da obrigação. A prescrição de uma dívida indivisível aproveita aos condevedores e prejudica aos crededores simultaneamente e conjunctamente. Quanto á insolvência de algum devedor, em nada altera a posição dos outros, porque cada um responde pela totalidade.

Depois de paga a dívida pela qual estavam obrigados conjunctamente diversos devedores, fosse ella divisível ou não, repartir-se-á pelos outros condevedores que se constituem devedores daquelle que primeiro pagou. A quota pela qual cada um responderá, então, será a que constar do título ou, nada havendo para determiná-la, a que resultar da divisão do débito restante pelo número dos devedores restantes. O mesmo em relação aos crededores conjunctos. Recebendo um delles a totalidade da prestação, deverá indemnizar os outros, segundo a parte que cada um tem no crédito; e, não havendo parte designada, entender-se-á que são interessados por títulos eguaes.

### § 23

#### OBRIGAÇÕES CONJUNCTIVAS

No parágrafo anterior, já fizeram-se referencias ás conjunções obrigacionaes, sendo certamente a indivisibilidade das prestações uma das modalidades mais interessantes por que ella se revela. Antes de abordar uma outra feição egualmente curiosa de conjunções obrigacionaes, é util que me detenha um momento para considerá-las em si, desbravando assim o caminho a seguir, em demanda da solidariedade ou correalidade nas obrigações.

A conjuncção pôde ser *objectiva ou subjectiva*. É objectiva, quando se applica exclusivamente ás prestações. Um devedor está obrigado a muitas prestações, e tem de cumprir todas necessariamente, para libertar-se do vinculo obrigacional. Essa obrigação é, objectivamente, *conjuncta ou conjunctiva*. É subjectiva, quando a colligação se estabelece em relação a varias pessoas que podem ser concredoras ou condevedoras. Esta conjuncção subjectiva poderá ser *solidaria*, o que se apreciará em parographo posterior, *indivisivel*, o que já foi precedentemente examinado, ou *simples*, do que vão tractar as linhas seguintes.

Si for simplesmente conjuncta a obrigação, quero dizer de conjuncção subjectiva simples, o credito ou a divida, conforme a pluralidade fôr de credores ou de devedores, partilhar-se-á entre as pessoas por quotas eguaes, si o titulo da obrigação não dispuzer de outro modo. Essas fracções da obrigação consideram-se como obrigações independentes. O devedor que pagar a totalidade ficará constituido em credor dos seus condevedores, mas nada o coage a que desembolse por elles. Suas obrigações são independentes e sujeitam-se aos principios que já foram expostos em relação ás obrigações divisiveis.

Quanto á obrigação objectivamente conjunctiva, nada é necessario dizer mais do que o contido na definição.

## § 24

### OBRIGAÇÕES SOLIDARIAS

«Obrigações solidarias, define Savigny, são aquellas que se referem completamente e sem partilha, a cada um dos credores ou dos devedores individualmente» (1).

Os romanistas preferem chamar correalidade a esta

(1) Savigny, — *Op. cit.*, vol. I, p. 152.

excepcional situação, em que cada um dos credores pôde agir por si só em relação á totalidade da prestação, para recebê-la, para extingui-la, e em que, egualmente, cada um dos devedores pôde ser accionado pela divida inteira, libertando os outros o pagamento feito por elle. Aceitarei, entretanto, a denominação de solidaria para esta figura de relações obrigatorias, apezar de vaga e excessivamente extensa, porque está geralmente admittida e já tomou, na sciencia do direito, uma significação technica determinada.

A solidariedade é de excepção, se não deve jámais presumir <sup>(1)</sup>, nem passará aos herdeiros do credor ou do devedor com o caracter de solidariedade (cod. civ. argentino, art. 712). Deve ser expressamente constituida por um dos fundamentos seguintes: um contracto, uma disposição testamentaria; a determinação da lei como nas sociedades em nome colectivo (cod. commercial brasileiro, art. 316), nas letras de cambio, quando ha mais de um sacador ou endossador (cit. cod., art. 422), nos arrendamentos de bens nacionaes e nas fianças, quando expressamente não for estipulado o contrario (ord. 4, 59 § 3).

Quando a solidariedade se refere aos credores, sendo a mesma prestação devida, em sua totalidade, a cada um de muitos credores providos de eguaes direitos, a solidariedade se diz activa, e os concredores são corrêos *credendi*, agindo cada um delles na qualidade de mandatario ou representante dos outros. Quando, ao contrario, a solidariedade se refere aos devedores, sendo a mesma prestação devida, em sua totalidade, por cada um de muitos devedores, se diz que é *passiva*, sendo os sujeitos, sobre os quaes ella recáe, corrêos *debendi*. Em

---

(1) No direito inglez, porém, a solidariedade é de pleno direito, nas obrigações conjunctas. Para evital-a, é preciso afastal-a por uma clausula formal.

uma terceira hypothese, a correalidade será, ao mesmo tempo, activa e passiva, havendo conjuncção de credores e de devedores.

Seja em primeiro logar considerada a solidariedade activa. Como cada credor tem direito de exigir a totalidade da prestação, segue-se que a divida poderá ser exigida, indifferentemente, por todos junctos ou por um só dos credores. Porém, si algum dos concredores já tiver demandado o devedor, não terá mais este a liberdade de fazer o pagamento a outro sinão áquelle que o demandou em primeiro logar. Si todos os concredores têm direitos eguaes, a iniciativa de um colloca-o, forçosamente, em primeiro plano, agindo como representante legal dos outros, e o devedor não póde, por seu arbitrio, excluil-o ou afastal-o (1).

Uma outra consequencia que deflue da solidariedade é que a novação, compensação, ou remissão da divida feita por qualquer dos credores extingue a divida. Esta consequencia é recusada por Marcadé e por outros juristas francezes, porque, realmente, não encontra apoio no codigo Napoleão, nem no hollandez, nem noutros que se vasaram pelo molde do francez. A doutrina franceza estabelece que a remissão da divida feita por um só dos credores solidarios, só liberta o devedor da parte de credito que a este caiba (cod. civ. francez, art. 1198, e italiano, 1185). Um credor de má fé poder-se-á mancomunar com o devedor em prejuizo dos outros concredores, fingindo uma remissão, para tirarem ambos proveito de sua falsidade, dizem os escriptores em apoio da doutrina franceza. E accrescentám argumentos semelhantes em relação á novação, á compensação e á confusão, a que não se referem claramente os codigos citados.

Mas como distinguir os effeitos da extincção da obri-

(1) D. 45, 2, fr. 16; cod. civil francez, art. 1198; italiano, 1185; hespanhol, 1142; hollandez 1315; argentino, 706.

gação por execução positiva ou negativa em relação a um credor em *hypotheses*, que, por todos os títulos, se equivalerem? A dívida extingue-se por compensação, novação ou remissão, do mesmo modo porque se extingue por pagamento a um só dos credores solidários. Si ha perigo para os outros nas primeiras formas de extinção, será o mesmo na ultima forma. Nem se poderá razoavelmente allegar que, remettendo a dívida, faz o credor solidário, liberalidade com o alheio, porque não ha tal, e porque elle responde perante os outros pelas respectivas porções. Adoptando-se a doutrina contraria, a obrigação perderia seu character de solidaria, todas as vezes que houvesse remissão, confusão ou compensação, por parte de um dos credores, o que seria ostensivamente anarchisar todos os principios reguladores desta materia. Quando a auctoridades se podem oppôr auctoridades, a legislações outras legislações, fica ao estudioso o recurso de pedir, á sciencia do direito e á logica, que lhe sirvam de paraclito nessa embaraçosa emergencia. E ellas dão razão ao direito romano, a Savigny, a Pothier, a Teixeira de Freitas que divergem daquella doutrina, verdadeiramente insubsistente, que julgaram dever patrocinar alguns commentadores do código civil francez (1).

O credor que tiver recebido a prestação ou a tiver remido responderá aos outros pela parte que lhes couber. A solidariedade existe somente nas relações entre devedor e credor, entre sujeitos passivos e activos da obrigação; estes e aquelles, entre si, são apenas responsaveis *pro parte*, salvo si convencionarem outra cousa. Outr'ora

(1) Savigny, — *Droit des obligations*, § 18, mostra, com a sua conhecida superioridade, a equivalencia dos varios modos de extinguir as obrigações solidarias. Pothier, — *Obrigações*, n.º 265, § 4, é do mesmo parecer, assim como Teixeira de Freitas, em seu *Esboço*, art. 1913. Quanto ao direito romano, v. as *Institutas*, 3, 29, § 1 e D. 46, 4, fr. 16. Acrescentem-se o código civil argentino, art. 707, o hespanhol, 1143, e o chileno.

discutiu-se este ponto em direito romano, mas venceu, afinal, a opinião segundo a qual os concredores disputam, no caso de que agora se tracta, das acções *pro socio*, de gestão de negocios e de mandato, para haverem seu quinhão na prestação recebida; assim como o devedor, que pagasse por todos, podia exercer as mesmas acções e mais a cessão de acção, para fazer-se indemnizar do que houvesse dado pelos outros. E' tambem esta a doutrina dos modernos como se póde ver no codigo civil argentino, art. 703, e hespanhol, 1143.

Considere-se a solidariedade *passiva*. Em virtude da conjuncção solidaria, o credor poderá pedir o cumprimento da obrigação a qualquer dos condevedores, sem que este possa allegar o beneficio da divisão. Si, porém, preferir, tem a faculdade de fazer valer o seu direito a todos simultaneamente, abrangendo-os sob o mesmo golpe de acção. Permite-se-lhe ainda escolher, apalpar a força de resistencia dos devedores. Demandando um que se não mostra em boas condições de satisfazer-o plenamente por debilidade patrimonial, lhe é licito recuar voltando-se para outro a ver se offerece mais solidez (1). Ainda não termina ali o conjuncto de direitos do credor em tangencia com as obrigações solidarias passivas. Assim como se lhe consente experimentar, por uma ou mais tentativas, qual o condevedor mais solido, se lhe concede renunciar a solidariedade em beneficio de um, de alguns ou de todos os condevedores, desatando a cadeia que os jungia, somente em proveito de um, de muitos ou de todos (2).

Depois de haver pago, tem o devedor direito de exigir, de cada um de seus consocios na divida, sua parte res-

(1) Codigo civil francez, art. 1204; italiano, 1190; hollandez, 1320; argentino, 705; federal suizo das obrigações, 163.

(2) Codigo civil francez, art. 1211; italiano, 1196; argentino, 705; Pothier—*Obrigações*, n.º 277.

pectiva, distribuindo-se igualmente, por todos, a porção insolúvel que porventura restar (1).

Si o objecto da divida perecer, sem culpa do devedor que o tinha no momento sob sua guarda, a obrigação extingue-se para todos. Si, porém, houver culpa ou constituir-se o devedor em mára, responderão todos pelas perdas e damnos occasionados, sendo esta nova obrigação, a de indemnisação, igualmente solidaria (2). O código civil do Chile e o italiano, art. 1191 estatuem que essa indemnisação seja somente exigida do devedor culposo ou moroso. Mas os obrigados por delictos o são solidariamente, e, na hypothese, os condevedores são mandarios e representantes mutuos. Além disso, as perdas e damnos vêm substituir ou completar a obrigação principal que desappareceu ou mutilou-se; devem constituir, portanto, uma obrigação da mesma natureza; quero dizer, cercada das mesmas garantias. Em todo o caso, como o nosso direito é silente a respeito e a solidariedade se não deve presumir, o ponto parecerá duvidoso a quem se não lembrar de preencher as falhas da legislação patria com as regras dominantes nas outras legislações ou nos livros de doutrina, e com os subsidios da logica.

O devedor demandado, de preferencia aos outros, poderá oppôr á acção do credor as excepções que lhe forem pessoas e aquellas que forem communs a todos os seus consocios de divida; mas é intuitivo que as pessoas de qualquer dos outros não lhe poderão, de modo algum, aproveitar, porque referindo-se particularmente a uma pessoa são intransmissiveis, inirradiaveis (3).

Qualquer acto que interrompa a prescripção em relação

(1) Cod. civ. francez, 1214; italiano, 1199; argentino, 717.

(2) Cod. civ. francez, art. 1205; argentino, 711; hespanhol, 1147.

(3) Cod. civ. francez, art. 1208; italiano, 1193; hollandez, 1327; argentino, 715; Federal suizo das obrigações, 164; hespanhol, 1148.

a um dos condevedores, prejudica a todos, assim como a interrupção por um dos credores solidarios se reflecte sobre os mais (1).

Ditas estas palavras sobre a solidariedade, no caso em que ha muitos credores e no em que se encontram muitos devedores, é inutil accrescentar mais phrases em relação a pluralidade dupla de credores e devedores. Os principios são os mesmos, porque identicas são as relações de direito.

## § 25

### OBRIGAÇÕES FACULTATIVAS

O devedor é obrigado a cumprir uma certa prestação, mas se lhe concede a faculdade de substituil-a por outra, egualmente indicada. Essa obrigação é facultativa.

Nesta situação particular de direito, o que deve prender principalmente a atenção de quem a examina, é a obrigação determinada e não a meramente possível que jaz, até o ultimo instante envolvida em nevoas. Si, portanto, a obrigação determinada for nulla, nullo será o vinculo estabelecido, ainda que se tenha realmente dado a substituição e a prestação escolhida se mostre extreme de vicio, porque a natureza da obrigação já se não póde alterar, uma vez firmada pela constituição inicial que, na hypothese, é insubsistente.

Perecendo o objecto da prestação primordial, ou tornando-se impossivel a sua realisação, sem culpa ou móra do devedor, extingue-se a obrigação. Havendo culpa ou móra, porém, poderá o credor escolher entre a obrigação suppletoria e um equivalente da primordial, porque essa situação poderia ter sido dolosamente procurada; e, para

(1) *Codex repetitae praelectionis*, 8, 40, 1, 5; cod. civ. francez, art. 1199; argentino, 713.

que o devedor não lucre com a propria fraude, toma o direito essa providencia.

A perda ou a deterioração da cousa, a impossibilidade da acção ou da omissão objecto da prestação suppletoria não terão influencia alguma sobre a existencia da obrigação principal. Essa é que é a verdadeira obrigação; a outra vem-lhe adjuncta sómente para facilitar o devedor a desobrigar-se, na supposição de lhe ser mais conveniente a prestação suplementar, o que nem sempre acontecerá. Alguem deve certo numero de arrobas de assucar a dar no fim de um anno; mas em vez disso poderá, no mesmo tempo, dar um certo predio ao credor. O que se deve realmente é o assucar; ainda que o predio pereça, a obrigação subsistirá; ainda que esta segunda promessa não tenha validade á primeira ficará de pé. Deixará sómente a obrigação de ser facultativa, então.

## § 26

### OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

São muitas prestações distinctas, independentes, das quaes uma tem de ser cumprida ficando a escolha ao arbitrio do devedor ou, anormalmente, do credor <sup>(1)</sup>. Essa obrigação ondulante e indeterminada em seus fundamentos é denominada alternativa, nome que talvez lhe não quadre muito bem.

Si um dos objectos promettidos se não poder realisar, a obrigação restringir-se-á aos outros restantes, podendo acontecer que, de exclusão em exclusão, se chegue ao reconhecimento de que sómente um é possível. Será esse o conteúdo da obrigação. Si, porém, nenhum, afinal, restar em condições de ser satisfeito, por culpa do de-

---

(1) Cod. civ. francez, arts, 1189, 1190 e 1194; hollandez, 1312 e 1316; argentino, 637 e 641; fed. suiso, 82.

vedor, terá este sempre a obrigação de indemnizar o credor, pelo valor da prestação escolhida. Essa escolha deverá ser feita para cada anno, quando a obrigação constar de prestações annuas.

E' facil de ver como se tocam estas duas variedades de obrigações, a alternativa e a facultativa, sendo, ás vezes, embaraçoso decidir-se o julgador. Prevendo essa possibilidade e consciös, talvez, da improficuidade das regras apresentadas para a distincção dessas duas categorias de vinculos obrigatorios, alguns legisladores estatuiram que, em caso de duvida, se suppuzesse ser alternativa a obrigação (cod. argentino, art. 651; chileno, 1507).

As regras que a jurisprudencia offerece para distinguir-se a alternacão da facultade, além do criterio offerecido pelas definições, com as quaes se devem cotejar os casos occorrentes, cumpre que sejam conhecidas, embóra, algumas vezes, produzam o effeito de reagentes innocuos. Resumindo, lembrarei o que a este respeito escreveram outros.

A obrigação facultativa comprehende uma só prestação que é determinada, mas substituivel; enquanto que a alternativa contém uma prestação indeterminada, porque sua escolha é deixada ao devedor ou ao credor. Dahi resulta que a obrigação suppletoria, na facultativa, não caracteriza a obrigação, não influe sobre ella de um modo apreciavel, sinão depois de adoptada. Como ha uma obrigação unica devida, unica exigivel, esta é que imprime seu caracter á obrigação, muito embóra, no momento da execucao, o devedor possa afastal-a para substituil-a por outra. Mas assim não acontece com a alternativa. Sua caracterisacão mantem-se indecisa, em suspensão, até que se verifique o pagamento; só nesse momento ella se determina pela prestação escolhida. Mas o vicio que, porventura, exista nessa prestação é impo-

tente para annullar a obrigação, restando outros objectos isemptos de nullidade.

Si a escolha, na obrigação alternativa, for deixada ao devedor, terá o credor de pedir a execução das diversas prestações, porque todas ellas se acham contidas na obrigação; mas ao devedor resta o direito de eleger uma dentre ellas. Si se deixar a escolha ao credor, elle poderá pedir a prestação que lhe convier, sem que o devedor possa excusar-se ao seu cumprimento. Nada disso occorre na facultativa, porque nella o credor só tem direito a pedir a execução da prestação principal; e porque ao devedor se mantém sempre a liberdade de preferir a accessoria, si assim lhe aconselharem seus interesses. Para extinguir-se a obrigação alternativa, não se tractando de execução, será preciso que pereçam ou se tornem impossiveis todos os objectos das varias prestações. Para extinguir-se a facultativa, é sufficiente que a prestação principal perca o seu objecto.

### § 27 -

#### OBRIGAÇÕES PRINCIPAES E ACCESSORIAS

*Principaes* são as obrigações que subsistem por si ou fazem o fundamento mesmo da relação juridica.

*Accessorias* são as que dependem da principal, della resultam como consequencias ou a ella se ajuntam, para completal-a ou substituil-a em dadas emergencias. Na compra e venda, a obrigação principal é, para o vendedor, dar o objecto vendido. Garantir o comprador contra quaesquer perturbações, vicios ou evicções, será objecto de obrigações accessorias. A fiança, a hypotheca e outras garantias com que se asseguram os cumprimentos das obrigações presuppõem todas uma divida que corroborem, e, muitas dellas, só apparecerão no caso de não ser satisfeita a obrigação primaria.

## § 28

## OBRIGAÇÕES PRIMITIVAS E SECUNDARIAS

Obrigaçào *primitiva*, desde que a queiramos distinguir de principal, será aquella que primeiro se contrahiu. *Secundaria* é a que apparece depois ou por novaçào ou por não cumprimento da primaria como no caso de clausula penal e, em geral, de indemnisaçào por não cumprimento das obrigações contrahidas.

Em Pothier encontram-se, ainda, outras divisões de obrigações, *privilegiadas*, *hypothecarias*, *chirographarias*, *executivas*, *liquidadas* e *illiquidadas*, cuja exposiçào, entretanto, não se me afigura de grande interesse, para complemento da theoria nem para a clareza dos capitulos seguintes deste livro, sendo, além disso, manifesto que algumas dellas se acham, ao menos parcialmente, fóra do circulo delle. Direi, entretanto, alguma cousa das obrigações *liquidadas* e *illiquidadas*, porque, realmente, ha o que respigar nesse restolho.

## § 29

## OBRIGAÇÕES LIQUIDAS E ILLIQUIDAS

Segundo as prestações são de cousas certas e positivamente determinadas ou não, distinguem-se em *liquidadas* e *illiquidadas*. Nas primeiras, vem claramente indicadas a qualidade, a quantidade e a natureza do objecto: *ex ipsa pronuntiatione, apparet quid, quale, quantumque sit* (D. 4, 5, 1, fr. 74). Nas segundas, a prestação ainda não está perfeitamente accenctuada ou ainda depende de alguma circumstancia: *non apparet quid, quale, quantumque sit in stipulatione* (fr. 75, h. t.).

As dividas por perdas e damnos, emquanto não são estes taxados; as alternativas, emquanto o devedor, ou

o credor, não faz a escolha; as prestações não determinadas; e as de fazer e não fazer, porque se reputam resolúveis em obrigações de perdas e danos, são exemplos de obrigações illíquidas.

Não é indifferente saber si a obrigação é líquida ou illíquida, porque são diversos os direitos que defluem de uma e de outra. Pothier faz notar que o credor da divida líquida, pôde, quando tem titulo executivo, penhorar os bens do devedor, procedendo executivamente, e não assim o credor illíquido, e mais que o credito de uma quantia líquida, pôde ser opposto em compensação de uma divida egualmente líquida, o que não é admissível em relação a credito de divida sem esse caracter (1). Accrescente-se ainda que, sómente a obrigação líquida e certa tem, no direito commercial, força para determinar a abertura da fallencia (dec. de 24 de Out. de 1890, art. 1.º). Consideram-se liquidas e certas as dividas de um corpo certo, de quantidade fixa, de somma determinada, como as que constam de escripturas publicas e instrumentos equipolentes, as obrigações ao portador, os *warrants*, as contas mercantilmente extrahidas de livros commerciaes com as formalidades legaes e judicialmente verificadas, as notas assignadas pelos corretores, os recibos dos trapicheiros, as letras de cambio, os conhecimentos de fretes e ainda algumas outras indicadas no regulamento 737 art. 247 combinado com o dec. de 24 de Outubro cit. art 2.º.

---

(1) Pothier, — *Obrigações*, n. 179. O dec. n. 848 de 11 de Out. de 1890, art. 139, diz em que casos, perante a justiça federal, tem logar a acção executiva.

## CAPITULO IV

### Efeitos das Obrigações

#### § 30

##### IRRADIAÇÃO DO VINCULO OBRIGACIONAL.

O effeito que decorre immediatamente da obrigação e o que mais avulta é a sua execução. Na falta della surgem consequencias tambem importantes que se vão prender, mais ou menos directamente, á sua inexecução. Esses effeitos, entretanto, por seu valor e extensão, pela necessidade de observal-os nas varias situações em que se apresentam elles, ordinariamente, solicitam uma analyse mais detida, com a qual se preoccupará o capitulo seguinte. Agóra enfrentarei outros effeitos secundarios, accessorios ou suppletorios que são repercussões ou irradiações da obrigacionalidade.

A relação de direito creada pelo vinculo obrigacional é, em geral, transmissivel aos herdeiros das pessoas primitivamente vinculadas, tanto em sua face passiva e restrictiva da personalidade quanto em sua feição activa e ampliadora. Consequentemente, a obrigação não se extingue pela morte do credor nem pela do devedor, ao menos que outra cousa não resulte de disposição de lei, do contracto ou da natureza mesma da prestação. Realmente ha obrigações personalissimas, em que a qualidade das pessoas é particularmente attendida, e essas não se poderão transmittir aos successores do obrigado, como

egualmente aquellas cuja transmissibilidade as leis ou os proprios contractos vedam.

O devedor não é obrigado a executar a obrigação pessoalmente, sinão quando, no contracto, se teve em vista sua acção individual, seu prestigio, sua habilidade ou alguma outra consideração que lhe seja pessoal. Fóra desta hypothese, a execução poder-se-á fazer por um terceiro, independentemente do assentimento do credor.

Si, porém, o devedor não póde executar pessoalmente a obrigação que contrahiu, tendo sido procurado por algumas daquellas considerações a que alludi ha pouco, poderá ser solicitado um extranho para executal-a, sem que seja necessario o consentimento do devedor. Mas este poderá impugnal-a, protestando cumpril-a. Si, não obstante, o credor persiste, o devedor está desobrigado, a despeito de sua opposição (*projecto* de cod. civil allemão, art. 227).

O devedor só tem o direito de executar a obrigação parcialmente, si no titulo constitutivo della se estipulou essa faculdade. Como já ficou dicto, havendo a dupla unidade de credor e devedor, a prestação é indivisivel.

Muitos effeitos das obrigações ainda existem, como o direito de retenção e outros que irão apparecendo opportunamente nos logares proprios, e sobre os quaes é inutil insistir. Deveria, entretanto, accrescentar algumas phrases para não encerrar este paragrapho sem firmar o logar e o tempo da execução dos contractos e em geral das obrigações, quando nenhuma dessas circumstancias se acha determinada nem pela lei, nem pelo acto juridico, nem pela propria natureza da prestação. Entretanto melhor situado se achará este assumpto, quando for chegado o momento de expor a theoria da execução ou do pagamento das obrigações.

## § 31

## AS OBRIGAÇÕES NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O vinculo obrigatorio não produz effeitos somente dentro das raias do systema juridico onde foi creado. Com as relações, dia por dia mais numerosas, entre os povos occidentaes, muitas vezes terão as obrigações de echoar longe, no vasto circulo da sociedade internacional. Além das normas geraes do direito internacional privado que nos fornecem meios de solver as difficuldades suscitadas pela transposição da obrigação, de um para outro systema juridico, e além de algumas normas particulares que ha de o leitor encontrar no curso destas paginas, é mister deixar traçadas, neste momento, algumas noções elucidativas.

As obrigações convencionaes, tendo como lei fundamental, sob todas as relações, a intenção das partes, quando esta não contraria prescrições prohibitivas ou imperativas do direito, será sempre essa a fonte a que se deve recorrer em caso duvidoso. E o mesmo se deve affirmar em relação ás obrigações que nascem da vontade agindo unilateralmente, nos casos em que sua acção produz vinculos juridicos.

Mas si a fonte da obrigação for omissa sobre algum poncto, e travando-se litigio entre compartes pertencentes a nacionalidades diversas, será necessario determinar que lei regulará o assumpto. Os escriptores e as legislações ainda não assentaram uma regra fixa e geralmente adoptada. Antes uma inconciliavel divergencia ahi reina pujante, procurando cada opinião cobrir-se com as melhores armas.

Savigny entende que, dado o conflicto legal, deve a controversia decidir-se pelas normas juridicas vigorantes no logar da execução. Bar pronuncia-se, de preferencia,

pelo direito que dominar no domicilio do devedor, e é por esta doutrina que se manifestam maiores sympathias na jurisprudencia allemã. Asser opina que é mister distinguir: para fixar o vinculo obrigacional, o *vinculum juris*, falará a lei do logar do contracto; para regular tudo o que disser respeito ao cumprimento da prestação terá imperio exclusivo a lei vigente no logar onde tiver de se realisar a execução (1). Mas, como a applicação da primeira dessas leis procede da presumpção de que foi tacitamente acceita, si as circumstancias destruirem esse presupposto, pactuando, por exemplo, as partes em logar differente daquelle em que estão domiciliadas, pensa o mesmo escriptor que nos devemos guiar pela lei do domicilio, o que, entretanto, não parece muito logico, visto como ha motivos para suspeitarmos de que se pretendeu afastar a lei domiciliar na hypothese figurada. Ainda neste caso, deve-se recorrer a lei do logar em que o acto se estabeleceu. Claro está que, si essa lei contrariar algum dispositivo imperioso da nacional, não poderá ser acceita, e não havendo unidade de vistas, será impossivel o contracto, ao menos com repercussão nos dominios juridicos da lei nacional oppoente.

Si dos auctores passarmos ás legislações não será menos vacillante a doutrina. O codigo da Prussia §§ 256 e 257 e o da Saxonia § 11 preferem a lei do logar convencionado para a execução, coincidindo a delles com a doutrina de Savigny. O codigo civil d'Austria §§ 36 e 37 é favoravel á lei do logar do contracto; o commercial hollandez, art. 498 consagra a distincção de Asser. O civil italiano estabelece que, até prova em contrario, se presume terem as partes adoptado a lei do logar onde contrahiram a obrigação (art. 9). Sendo, porém, da mesma nacionalidade os contrahentes, á presumpção é que

---

(1) Asser, — *Éléments de droit int. privé*, § 33.

submitteram-se á sua lei nacional. Com esse modo de estatuir coincide o código federal suíço das obrigações, art. 822 e seguintes, embora tenha em vista, particularmente as letras de cambio.

A mais razoavel e mais completa é a doutrina contida no novo código commercial portuguez, art. 4 e civil argentino, arts. 1205 e seguintes:—a substancia e effeitos das obrigações serão regulados pela lei do logar onde forem celebrados os actos que as originaram, salvo convenção em contrario, offensa ao direito nacional dos pactuantes e á ordem publica. O modo de sua execução obedecerá á lei do logar onde esta se realizar. E' verdade que o código d'Argentina aberra da sã doutrina que expôz, dizendo, art. 1210, que os contractos celebrados naquella republica, para terem cumprimento fóra della, serão julgados, emquanto a sua validez, natureza e obrigações, pelas leis e usos do paiz em que devem ser cumpridos, sejam os contractantes nacionaes ou estrangeiros. Mas não ha razão plausivel para essa excepção.

As obrigações *ex lege*, *ex delicto*, *quasi ex contractu*, *quasi ex-delicto*, estão naturalmente submettidas á lei do logar onde se deu o facto em virtude do qual nasceram ellas, onde se realisa a situação que lhes deu nascimento (1). Savigny, entretanto, observa que, em relação ás obrigações *ex delicto*, se deve applicar a lei do tribunal primeiramente provocado a conhecer do facto delictuoso.

---

(1) Asser, — *op. cit.* § 40.



## CAPITULO V

# Extincção das Obrigações

### § 32

#### EXECUÇÃO VOLUNTARIA

Entre os modos pelos quaes se extinguem as obrigações, occupa o primeiro logar a sua execução voluntaria, por ser o mais natural, o que foi visado no momento de atar-se o vínculo, e o que melhor corresponde à teleologia social que evocou, do cahos originario, a prodigiosa força que se envolve sob as formas dos contractos e de todas as obrigações.

A execução voluntaria consiste no cumprimento, espontaneo ou solicitado, da prestação que incumbe ao devedor. «A obrigação extingue-se pela solução do que se deve,» sentenciava a nossa vetusta lei de 22 de Dezembro de 1761. Solução é até uma traducção melhor de *solutio* do que pagamento, pois que esta palavra tem um sentido que se acha radicado na linguagem commum e contra o qual difficilmente arcarão os esforços de uma technologia rigorosa, a par de outra accepção mais lata e mais reservada aos livros juridicos. No primeiro sentido, pagamento é o modo de cumprir as obrigações de dar, ou mais particularmente, de dar sommas de dinheiro. No segundo é a satisfacção do promettido ou devido em qualquer variedade de obrigação.

Póde a validamente solver obrigação o devedor, tendo

capacidade civil <sup>(1)</sup>, ou pessoa por elle encarregada. Nas obrigações de dar, é preciso que o devedor possa legalmente dispor do objecto dado em pagamento. Porém, si elle for consumivel, ainda que alheio, o pagamento se torna valido, desde que o credor exgottou o aggregado de forças condensadas no objecto. Subsistirá, porém, por parte do verdadeiro proprietario, o direito de accionar o solvente; civilmente, para haver a indemnisação daquillo com que elle pretendeu injustamente locupletar-se, e, criminalmente, para conseguir a repressão do delicto commettido.

O pagamento poderá tambem ser feito por um terceiro sem mandato, mesmo sem o conhecimento do devedor e, o que é mais forte, até contra sua vontade, comtanto que o faça em nome e por conta d'elle. Gaius deixou escripto: *Solvere pro ignorante et invito cuique licet: cum sit jure civile constitutum, licere etiam ignorantis, invitoque meliorem conditionem faciat* (D. 46, 3, fr. 53). O mesmo pensamento se reproduz nesta outra passagem: *Liberatur inim et alio solvente, sive sciente sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat.*

Quanto á solução *pro invito*, contra a vontade do devedor, o codigo civil argentino, art. 728 e o hespanhol, art. 1158, estatuem que o terceiro officioso só terá direito para cobrar do devedor aquillo em que lhe tivesse sido util o pagamento. É perfeitamente justo este dispositivo, porquanto, si o pagamento trouxe uma real vantagem, um commodo incontestavel ao devedor, ainda que não solicitado e mesmo a contra gosto, si houve uma grata violencia para retiral-o de uma situação espinhosa e quiçá insustentavel, ordena a equidade, falando, desta vez, pela bocca terrena do direito, que, passado o arrufo, o capricho ou qualquer outro estado de consciencia

(1) O codigo civil d'Austria, art. 1121, permite soluções de obrigações por pessoas impedidas de administrar seus bens.

semelhante, indemnisse ao pagador gracioso que não quiz levar seus sentimentos benevolos até o poncto de carregar sósinho com o peso da divida. Enriquecer-se-ia indebitamente com o alheio si não o fizesse; e o direito profliga essa especie de aquisição. Mas circumstancias occorrerão que auctorisem o devedor a retardar o pagamento, mantendo-se perfeitamente dentro do que é estrictamente legal, circumstancias occorrerão mesmo que auctorisem-no a recusar o pagamento. A intrusão de um extranho que vier derramar na bolsa do credor, a quantia que elle sentia legalmente afastada de seu patrimonio, temporaria ou definitivamente, será visivelmente damnosa para o devedor, ou, pelo menos, trará uma perturbação nociva em suas relações economicas em frente ao credor. Seria revoltante que, depois disso fosse ainda coagido a indemnisar a quem o damnificou.

Sendo a obrigação de fazer, o credor não está obrigado a receber a prestação por um extranho, quando tiver interesse em que esta seja realisada pessoalmente pelo devedor, segundo já foi observado (1).

### § 33

#### A QUEM DEVE SER FEITO O PAGAMENTO

O pagamento deve ser feito: 1.º, á pessoa em cujo favor tiver sido constituído o credito ou a seu legitimo representante, si não tiver havido cessão da divida; 2.º, a qualquer dos concredores, si a obrigação for indivisivel ou solidaria, não se tendo estabelecido a preferencia, entre elles, pela iniciativa tomada por algum; 3.º, a cada um dos credores conjunctos si a obrigação for divisivel, e pela quota correspondente; 4.º, aos legitimos successores do

(1) Código civil francez, art. 1237; italiano, 1239 argentino, 730; hollandez, 1118; hespanhol, 1161.

credor, e na proporção da successão; 5.º, ao subrogado ou cessionario legal ou contractual; 6.º, sendo a obrigação ao portador, a quem apresentar o titulo de credito, salvo o caso de furto ou de graves suspeitas de não pertencer o titulo a quem o detém na occasião; 7.º, ao terceiro indicado na convenção ou auctorizado por lei ou determinado por sentença, como acontece no sequestro. Em termos mais breves, se poderia dizer que a solução é validamente feita ao credor originario ou a quem occupa o seu lugar por qualquer titulo justo. E todas as hypotheses se viriam alojar no bojo dessa formula synthetica. Mas, nem por isso, é ocioso recorrer a formula analytica, ao menos a titulo de elucidação.

O pagamento ao possuidor do credito é valido, ainda, que, posteriormente, seja este vencido em juizo sobre a propriedade da divida (1). Apparentemente era esse o credor, e o direito lhe reconhecia e garantia essa qualidade, emquanto se não demonstrasse que, em verdade, lhe não cabia ella por lei. Até que chegue esse momento, não ha outro a quem pagar. E, feito o pagamento durante o decurso de tempo em que o individuo era juridicamente o sujeito activo da obrigação, sem animo doloso, sem outra intenção, é obvio que o pagamento está valida e irrevogavelmente feito. Ao possuidor, porém, que assim recebeu o que se veio a verificar não lhe pertencer, cumpre restituir o que, por equivoco, lhe foi ás mãos.

O pagamento feito a um terceiro que não tinha poder para recebê-lo, será valido, si se converter em utilidade do credor ou si este, por acto seu, ratificar o recebimento (2). Esta hypothese é outra. A pouco, a solução era apresentada a quem apparentemente, embóra não realmente, era credor. Agóra é um extranho, sem titulo ou com titulo visivelmente inefficaz que, se interpõe, fazendo as vezes

(1) D. 5, 3, fr. 31 § 5; cod. civ. francez. art. 1240; argentino, 732; hespanhol, 1164.

2) Codigo civil francez, art. 1239; italiano, 1241; argentino, 733; hespanhol, 1163.

de agente da obrigação. Intuitivamente não offerece validade, é claramente insubsistente uma tal solução. Mas si ella, ainda assim, reflectiu favoravelmente sobre o credor, proporcionando-lhe as mesmas vantagens que poderia haurir si pessoalmente funcionasse no cumprimento da prestação, é perfeitamente equitativo que se considere como realmente desatado o élo da cadeia obrigacional que jungia o devedor.

O pagamento deve ser feito a pessoa capaz de administrar os seus bens, pois que, por elle, se extinguem direitos. Si for feito a um incapaz só será valido em tanto quanto converter-se em utilidade d'elle (1). A razão de decidir, nesta segunda proposição, é a mesma que militou a favor do terceiro de que se tractou, a pouco.

Si a divida estiver penhorada ou judicialmente embargada, não terá o credor competencia para recebê-la, em prejuizo dos executantes ou accionantes. A estes pagará novamente o devedor o que lhes couber, restando-lhe, entretanto, o recurso de repetir do credor quanto houver dado em duplicata (2).

No direito commercial, é nullo, de pleno direito, o pagamento feito ao negociante fallido, depois de publicada a sentença da declaração da fallencia (dec. de 24 de Out. de 1890, art. 28, b).

### § 34

#### DO OBJECTO DO PAGAMENTO

O devedor não satisfaz a obrigação sinão entregando o objecto que prometteu dar, praticando o acto ou se

(1) Inst. 2, 8, § 3: *si male consumperit, aut furto amiserit nihil proderit debitori doli mali exceptio*; cod. civil francez, art. 1241; italiano, 1243; hollandez, 1122; argentino, 734; hespanhol, 1163.

(2) Codice civil francez, art. 1242; italiano, 1244; hollandez, 1123; argentino 736. Vide o reg. 737, arts. 521-523.

abstendo da acção, segundo se obrigou a uma prestação positiva ou a uma negativa. No caso de ser impossível essa entrega, a acção ou a omissão, satisfará, subsidiariamente, dando a estimação e as perdas e danos (1). Seria excessivo rigor coagir, como faz-se algumas vezes no direito inglez, ao cumprimento forçado das obrigações de fazer, nos casos em que, sendo possiveis, a ellas, no emtanto, se recusam os devedores. Essa hypothese, portanto, se equipara á impossibilidade, para substituir-se a prestação pela indemnisação.

As prestações parciaes só são admissiveis, quando auctorisadas pelo titulo de credito ou si nellas consentir o credor (2). Tambem no caso de ser divisivel a divida, os herdeiros do devedor não respondem sinão pelas quotas distribuidas successorialmente a cada um, e, nessa emergencia, o pagamento será executado por prestações parciaes. Ainda o será no caso de adjudicação dos rendimentos de um predio, quando for elle de valor superior ao duplo da divida (3).

Si a divida é de cousa certa, solver-se-á pela entrega no estado em que se achar na occasião, não sendo o devedor responsavel pelas deteriorações, a não ser que se ache incurso em culpa ou móra. Tractando-se de uma divida mixta de liquida e illiquida, poderá o credor exigir a solução da parte certa e liquida, aguardando-se para embolsar-se do restante, quando dissiparem-se as duvidas que o tornam incerto ou obscuro. Si a divida não é determinada sinão pelo genero, o devedor não é obrigado a dar o que de melhor haja, segundo já foi observado em outra parte, sendo este paragrapho, em suas linhas geraes, uma recapitulação condensada do que se andou dispersamente affirmando por ahí agures.

(1) Mello Freire, 4, 5, § 3.º; C. da Rocha.—*Instituições* § 146.

(2) D. 46, 3, fr. 9 § 1.º; código civil francez, art. 1244; italiano, 1246; argentino, 742 federal suisso das obrigações, 78; hespanhol, 1169.

(3) C. da Rocha, op. cit. § 146; reg. 737, art. 664.

Quando o pagamento se fizer em prestações parciaes e periodicamente, a quitação correspondente ao ultimo periodo faz presumir que, nos anteriores, foram regularmente feitas as prestações devidas. E, si a quitação em qualquer divida abrange o capital em sua totalidade, presume-se que os juros foram incluidos (1). Tem, neste caso, applicação o brocardo: *plus favemus liberationibus quam obligationibus*. Além de que a obrigação de pagar juros é sempre accessoria.

O pagamento de uma divida consistente em somma de dinheiro deve ser effectuado em moeda corrente no lugar de sua realisação, sem agio, ou desconto, diz o cod. commercial brasileiro, art. 195, ao curso do dia, preceitua o fed. suizo das obrigações, 97. Poderão, estretanto, os contractantes ajustar outra cousa, e se observará o que for entre elles estabelecido (2).

Moeda corrente é uma expressão generica; por isso ventila-se a duvida si nella estão comprehendidos os bilhetes de banco. Si têm curso forçado, não ha razão, para não equiparal-os ao papel moeda do Estado. Entretanto, o codigo federal suizo das obrigações, art. 98, e o hespanhol, art. 1170 referem-se directamente á moeda de prata ou ouro, que não podem ser substituidas «por bilhetes de banco ou papel moeda» diz o primeiro dos citados codigos.

---

(1) Codigo civil francez, art. 1908; italiano, 1834; argentino, 746; federal suizo, 103. Quanto ás despesas com o pagamento, deverá supportal-as o devedor (cit. cod. francez, art. 1248; italiano, 1259).

(2) Vide *Consolidação das leis civis*, art. 822 e notas, onde vêm indicadas longamente disposições de direito financeiro patrio. Observa-se mais que as moedas de prata «não serão admittidas nem na receita e despeza das estações publicas, nem nos pagamentos entre particulares (salvo o caso de mutuo consentimento) sinão até a quantia de vinte mil réis» (dec. n. 625 de 28 de Julho de 1849).

## § 35

## LOGAR DO PAGAMENTO

A execução voluntaria da obrigação deve ser realisada no logar designado em seu titulo constitutivo. Não havendo designação, no domicilio do devedor, ao tempo do cumprimento da obrigação preceitavam muitos codigos, salvo si tractar-se de obrigação de dar cousa certa, porque, neste caso, o logar do cumprimento será aquelle em que existia o objecto ao tempo da formação do vinculo obrigatorio (1). Sendo o pagamento de somma de dinheiro, entenderam os escriptores e as legislações que deveria submeter-se a outras normas. Pena é, porém, que não hajam encontrado um modo de ver capaz de aggremiar todos os espiritos. O codigo federal suiso das obrigações, prefere, nessa hypothese, o domicilio do credor na epocha do pagamento (art. 84 § 1.º). Identico dispositivo no direito inglez. O codigo civil argentino, estatue que, si tal somma provier da alheiação de alguma cousa pelo credor, deverá ser paga no logar da tradição (art. 749). Parecem-me inuteis estas distincções, mormente a que, por ultimo, estabelece o codigo da republica platina.

Estabeleça-se, de accordo com a maioria das legislações, que o domicilio do devedor é o logar da execução da obrigação, (cod. comm. brazileiro, art. 430) ou se prefira o do credor, e, na hypothese de mudança, para não diffcultar essa execução, dê-se a permissão de effectual-a no domicilio primitivo de um ou de outro, conforme a

---

(1) Codigo civil francez, art. 1247; italiano, 1249; da Luiziania, 2153; hespanhol, 1171; portuguez, 744. O hollandez, porém, prefere o domicilio do credor, no caso em que os codigos citados se pronunciam pelo do devedor. O fed. suiso, art. 84 § 3 acompanha os outros codigos quanto a preferir o credor, no caso de que agora se tracta, mas quer que o pagamento seja feito no domicilio que este possuia ao tempo da criação do vinculo.

opinião adoptada, e é quanto basta. Embaraçar a theoria e obscurecer os direitos, é só o que consegue a lei casuística, em sua pretensão de acompanhar as flexuras serpentinadas dos factos da vida real.

### § 36

#### O TEMPO DA EXECUÇÃO

Não é necessario indagar sinão do tempo em que deve ter logar o cumprimento d'aquellas prestações cujos titulos constitutivos silenciaram sobre essa circumstancia.

E' obvio que, sendo pura e simples a obrigação, não tendo condição que a suspenda, nem prazo que lhe acarrete dilação, a necessidade do cumprimento segue-se immediatamente ao travar do vinculo, e, portanto, desde o momento em que o credor o exigir, é necessario que seja satisfeito. E nem haverá vexame para o devedor, visto como, firmando elle a obrigação pura, sabia que entrava logo a necessidade de cumpril-a. Sendo-lhe, por qualquer consideração gravosa essa execução immediata, estipularia um prazo dilatorio. Entretanto é muito possivel que surjam, inopinadamente, difficuldades que se não poderiam normalmente prever. Ao juiz, então, será justo facultar, como faz o nosso direito (ord. 4, 50 § 1.º), que, apreciando o caso com as circumstancias que o acompanham, conceda um prazo razoavel para o pagamento. Será de dez dias no minimo, pelo nosso direito.

Haveudo condição ou prazo assignalado para o vencimento da divida, ao credor não é licito antecipar-se, pedindo a satisfação da divida antes do vencimento. O codigo philippino até o pune por essa incabida exigencia, com o pagamento em dobro das custas da demanda que tiver proposto e com a delonga tambem igual ao duplo do tempo que tinha de esperar ainda,

quando accionou o devedor. Testemunham, porém, os nossos praxistas e civilistas que esta segunda parte da punição do credor nimiamente insoffrido, tem cahido em abandono.

Nas dividas hypothecarias, porém, permite a lei (dec. de 19 de Janeiro 1890, art. 4.º § 3.º) que perecendo o immovel hypothecado ou soffrendo deterioração que o torne insufficiente para a segurança da divida, possa logo demandal-a o credor, si o devedor recusar o reforço da hypotheca.

Tambem, declarada a fallencia, tornam-se exigiveis todas as dividas passivas do fallido, sejam commerciaes ou civis, excepto as condicionaes que entrarão no rateio, sendo, porém, seu pagamento deferido para o tempo em que se verificar a condição (dec. de 24 de Outubro de 1890, art. 23 e § 2.º).

Fallindo o fiador, como cessa a garantia do debito, torna-se elle desde logo exigivel. Manda assim decidir a mesma razão que levou o legislador a auctorisar a cobrança immediata da divida cuja garantia hypothecaria desaparecesse ou diminuisse consideravelmente.

Afóra destes casos excepçionaes, o sujeito passivo da obrigação só tem de cumpril-a na epocha do vencimento. Mas é um direito este de que poderá abrir mão. E si pagar antes do vencimento não terá direito nem de repetir o que tiver desembolsado antes de tempo, nem de exigir desconto por parte do credor. Abrem os escriptores uma excepção para a obrigação condicional suspensiva que, por equivoco, tiver sido paga antes de acontecida a condição a que se acha subordinada. Até então não existe obrigação. Esta se firma sómente com o apparecimento da condição. A repetição do pagamento, nesta hypothese, é de rigorosa justiça; porque poderá não verificar-se o evento estabelecido por condição, o que importa dizer: — talvez o laço obriga-

cional não se venha a dar. E, em tal caso, não conceder a restituição do indevidamente pago, seria contrariar uma das mais comensuráveis regras de direito.

### § 37

#### IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO

A pessoa obrigada por muitas prestações da mesma espécie tem a faculdade de declarar, ao tempo de cumpri-la, qual dellas quer solver (1). Esta escolha, porém, só poderá referir-se a dividas liquidas e vencidas. Havendo capital e juros, o pagamento se imputará primeiramente nos juros, e, só depois de exgotados estes, recahirá sobre o principal (2).

Não fazendo o devedor a escolha nos casos em que esta lhe é permittida, observar-se-ão as normas seguintes. Começará a ser feita a imputação pelas dividas de prazo simultaneamente vencido que forem mais onerosas ao devedor, por serem accrescidas de juros ou reforçadas por clausula penal. Mas, como não se deve attender exclusivamente ao interesse de uma das partes, si essas dividas forem justamente as mais garantidas, por um penhor, hypotheca, fiança ou qualquer outro meio assecutorio, será necessario fazer a imputação a começar pelas prestações menos garantidas. Entende-se bem que, na primeira como na segunda hypothese, deverão ter preferencia as dividas primeiro vencidas (3). A solução aqui adoptada

(1) D. 46, 3, fr. 1: *Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum*; Cod. civil francez, art. 1253; hespanhol, 1172; italiano, 1255; argentino, 773.

(2) D. 46, 3, fr. 5 § 2.º: *prius in usuras nummum solutum acceptum ferendum*; cod. civil francez, art. 1254; italiano, 1256; argentino 776 e 777; federal suizo, 99; hespanhol, 1173.

(3) D. 46, 3, fr. 5, pr. e 103; cod. hespanhol, 1174; francez, 1256; italiano, 1258; argentino, 778, e suizo das obrigações, 101.

é uma razoavel combinação de duas tendencias divergentes, uma preocupando-se exclusivamente com aligeirar as condições do devedor e a outra com tornar mais solida e mais resistente a posição do credor. Entre o código civil argentino, representante da primeira tendencia e o federal suíço, representante da segunda, foi adoptada a linha media, que aliás, se não distancia do direito romano, ao qual força é volver.

Porém não havendo motivo preferencial, por serem todos os debitos da mesma natureza, *si omnia nomina similia fuerint*, como diz Ulpianus, e por serem vencidas ao mesmo tempo, ou ao mesmo tempo venciveis, a imputação se deve fazer *pro rata*, segundo opinam todos.

Cumprido, finalmente, observar que, embóra a faculdade concedida ao devedor para preferir a divida em que deve ser imputado o pagamento, nos termos em que foi exposto, uma vez feita a escólha e passado o recibo, não poderá mais desdizer-se e pedir a imputação sobre outra divida, a não ser que possa allegar surpresa ou dolo da parte do credor.

### § 38

#### PAGAMENTO POR CONSIGNAÇÃO (1)

Consignação é o deposito judicial da somma devida que o sujeito passivo da obrigação faz, por alguma das razões seguintes: 1.º porque o credito é duvidoso; 2.º porque o credor é incapaz de receber, recusa aceitar o pagamento (2) ou não quer dar quitação; 3.º ou acha-se

(1) Coelho da Rocha,—*Instituições* §§ 150 e 151; código civil francez, arts. 1257—1264; italiano, 1259—1266; suíço das obrigações, 107—109; argentino 756—766; hespanhol, 1176—1181; portuguez, 759—764; *projecto* allemão, 272—280; *projecto* Coelho Rodrigues, 540—547; Pothier, ns. 531—544.

(2) Pelo direito inglez, o pagamento offerecido e recusado importa em pagamento perfeito, sem mais formalidades (Glasson, *Inst. d'Angleterre*, VI, p. 379).

ausente em lugar remoto ou não sabido, sem ter deixado um procurador; 4.º e mais, si for incerto ou moroso em receber a divida. São estes os casos aponetados pelos escriptores patrios e portuguezes. O codigo civil argentino, entretanto, accrescenta ainda outras clausulas. E' permittida a consignaço: 1.º, quando a divida fôr embargada ou retida em poder do devedor e este quizer exonerar-se do deposito; 2.º, quando se tiver perdido o titulo da divida; 3.º, quando o devedor do preço de immoveis quizer remir as hypothecas com que elles estiverem gravados. Esta ultima hypothese está, hoje, excluída de nosso direito, assim como de muitissimos outros. Em relação a remissão de hypothecas, observa-se, actualmente, o que dispõe o dec. de 19 de Janeiro de 1890, art. 10. (1)

Para que a consignaço proceda e tenha força de pagamento, será preciso que concorram, em relação às pessoas, objecto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quaes o pagamento não pôde ser valido. Não concorrendo elles, o credor não estará obrigado a acceitar o offerecimento de pagamento, impugnando a consignaço. Não tendo procedencia essa impugnaço e sendo por isso, vencida na lide proposta, ou não apparecendo ella, a

(1) Quem adquirir um immovel onerado por hypotheca e quizer remil-o, deverá fazer a notificação dos credores hypothecarios, dentro dos trinta dias seguintes á transcripção do titulo pelo qual lhe foi transferida a propriedade do immovel. Si não o fizer, nesse prazo, ficará obrigado: «às acções que contra elle propozarem esses credores para indemnisação de perdas e damnos; às custas e despezas judiciaes; á differença do preço da avaliação e adjudicação, si esta houver logar. O immovel será penhorado e vendido por conta do adquirente, ainda que elle queira pagar ou depositar o preço da venda ou avaliação. Salvo: si o credor consentir; si o preço da avaliação ou da venda bastar para o pagamento da hypotheca. A avaliação nunca será menor do que o preço da venda». «Si o adquirente quizer garantir-se contra o effeito da execução da hypotheca, notificará judicialmente, dentro de trinta dias, aos credores hypothecarios, o seu contracto, declarando o preço da alienação ou outro maior para ter logar a remissão. A notificação será feita no domicilio inscripto ou por editos, si o credor ali se não achar».

«O credor notificado pôde requerer, no prazo assignado para a opposição, que o immovel seja licitado».

consignação será julgada por sentença, e, desde então, produzirá todos os effeitos do pagamento, que na realidade é, embora sob um aspecto anormal.

As custas judiciaes e as despezas feitas com o deposito correrão por conta do credor si, oppondo embargos á consignação, estes não vingarem, ou si quedar-se inactivo ante a operação consignativa e esta se realisar, por ser caso della. Correrão, ao contrario, por conta do devedor, si a consignação não fôr legal, ou si por elle fôr retirado o deposito.

Poderá o devedor retirar o deposito antes da sentença que tiver de julgar valida a consignação ou enquanto o credor não acceital-a. Retirado o deposito nestes dois casos, incorrerá o devedor nas despezas e custas, e sua obrigação recobrará o estado primitivo com todos os accessorios.

Si tiver havido sentença julgando valida a consignação, o devedor não poderá mais retirá-la, nem com o consentimento do credor, quando desse acto possa resultar prejuizo a condevedores ou a fiadores. Mas, effectuando-se, não obstante, a retirada, ficarão esses isemptos de toda responsabilidade.

Tractando-se de corpo certo, antes de effectuar o deposito, deverá o devedor intimar judicialmente o credor,

---

«São admittidos a licitar: os credores hypothecarios; os fiadores; o mesmo adquirente».

«Não sendo requerida a licitação, o preço da alienação, ou aquelle que o adquirente propuzer, se haverá por definitivamente fixado para a remissão do immovel, que ficará livre de hypothecas, pago ou depositado o dieto preço».

«O adquirente que soffrer a desappareição do immovel ou pela penhora, ou pela licitação, que pagar a hypotheca, que pagal-a por maior preço que o da alienação por causa da adjudicação ou da licitação, que supportar custas e despezas judiciaes, tem acção regressiva contra o devedor».

«A licitação não poderá exceder o quinto da avaliação».

«A remissão da hypotheca terá logar, ainda não sendo vencida a divida». (Dec. cit. art. 10, §§ 3 a 10 inclusive).

Nas dividas hypothecarias, póde tambem ter logar a consignação, si, na epocha do pagamento, o credor se não apresentar. (Dec. cit., art. 11, § 7).

Vide, para o direito anterior, a ord. 4, 6.

para recebê-lo no lugar onde o objecto se achar, pois que é esse o lugar do pagamento. Não apresentando-se o credor, nem se fazendo representar para o recebimento, então, segundo a doutrina geralmente aceita, é que deve o sujeito passivo da obrigação obter da justiça a permissão para fazer o depósito em qualquer outra parte <sup>(1)</sup>. Correm por conta do devedor os transportes do objecto, si este não estiver no lugar onde devera ser entregue; mas não as despesas da consignação, que recahirão sempre sobre o credor, sendo ella feita regularmente.

Tractando-se de cousas indeterminadas, cuja escôlha foi facultada ao credor, o devedor fará a intimação judicial para que a eleição se effectue. Si, recusar-se a isso o credor, caberá fazê-la ao devedor auctorizado pelo juiz, depois do que intimará o credor para o recebimento. Não se realisando este, seguir-se-á o depósito <sup>(2)</sup>.

### § 39

#### PAGAMENTO COM SUBROGAÇÃO

Subrogação é a transferencia dos direitos do credor para o terceiro que solveu a obrigação. «Em principio, diz Laurent, o pagamento extingue a obrigação de um modo absoluto, isto é, em relação a todas as pessoas interessadas, e com todos os seus accessorios, fianças, privilegios, hypothecas» <sup>(3)</sup>. Um terceiro effectuando o pagamento, o resultado é o mesmo, a divida extingue-se; mas o terceiro terá, em relação ao devedor, a acção *in rem verso*, com que se possa resarcir até a concurrencia da utilidade que o devedor fruiu. Em alguns casos ser-lhe-á licito usar de acções mais latas, como a de mandato, ou a de gestão de negocios.

(1) Código civil francez, art. 1264; italiano, 1266; argentino, 764.

(2) Código civil argentino, art. 766.

(3) Laurent, *Cours élémentaire*, vol. III, n. 32.

Qualquer dellas, entretanto, não offerece garantias plenas ao terceiro, *maxime*, si se encontrar com um devedor que relucta em pagar ou que se acha em difficuldades para fazel-o. E o interventor pagante não agindo por mera officiosidade merecia ter seus direitos melhor resguardados. Agindo por mera officiosidade, sem tomar as cautelas que a prudencia aconselha, é natural que acarrete com as consequencias de sua imprevidencia; mas, não sendo assim, devia cobril-o a egide do direito. Nasceu dessa necessidade a subrogação, pela qual o terceiro se poderá prevalecer do credito originario e dos direitos do credor a quem pagou e a quem passa a substituir, investido das mesmas garantias.

Ha duas especies de subrogação, a convencional e a legal; a primeira concordada entre as partes e a segunda presupposta por lei, podendo, entretanto, ser afastada por convenção. Nosso direito fala expressamente da subrogação legal do fiador que paga pelo devedor directo, para o qual se transferem os direitos e garantias do credor originario (cod. commercial brasileiro, art. 260). Os tractadistas acrescentam outros casos que se fundam no direito romano ou nos principios geralmente aceitos pelas legislações modernas <sup>(1)</sup>. Destacam-se os seguintes: 1.º, em beneficio do credor que paga a outro credor do devedor commum, achando-se o segundo abroquelado por direito preferencial; 2.º, em prol do herdeiro que, aceitando a herança a beneficio de inventario, pagou dividas da herança com dinheiro seu. Um caso particular de subrogação se encontra nas leis patrias em favor do subrogado no credito hypothecario,

(1) Cod. romano, 8, 14, l. 22, e tit. 18, l. 1, 5 e 8; só o credor hypothecario posterior que pagava o anterior era protegido pela subrogação legal nos direitos delle, porém não o simples credor chirographario ou um terceiro não credor. As legislações modernas são menos restrictivas. Apoiam a doutrina do texto: Coelho da Rocha, § 153; codigo civil francez, art. 1251 § 1.º, hespanhol, 1210; italiano, 1273-ns. 1 a 4; argentino, 768, ns. 1 e 5; hollandez, 1438; suisso das obrigações, 126 § 2.º.

o qual exercerá sobre o immovel, os mesmos direitos que competem ao subrogante (dec. de 19 de Janeiro de 1890, art. 13). É uma subrogação mixto de convencional e legal (1).

O codigo civil francez, o italiano, o argentino e ainda outros consagram outros casos de subrogação, que não se coadunam com a indole de nossa legislação, e que se não estribam no direito romano. O codigo civil portuguez só conhece um caso de subrogação legal, que é o do fiador ou interessado por qualquer outro modo em que o pagamento se faça, clausula muito vaga e que poderá ser restringida ou alargada, segundo o modo de comprehender o valor daquelle vocabulo (art. 779, 1.º). O codigo suisso das obrigações, *schweizerisches Obligationenrecht*, contempla o individuo que compra um penhor por elle constituído em garantia da divida de outrem (cit. art. 126, § 1). E assim, vê-se, não ha nas legislações a unidade de vistas que seria para desejar. Acrescente-se ainda que o direito inglez, não admitindo transportes de creditos nem de direitos, salvo abrandamentos da equidade, desconhece a theoria da subrogação, no sentido em que ella é exposta nos codigos europeus continentaes e latino-americanos. «Admitte-se, entretanto, diz Glasson, que, quando um devedor toma emprestado dinheiro para pagar um credor primitivo, *póde* dar ao mutuante todas as seguranças deste ultimo, sob a condição de uma cessão formal» (2). É uma subrogação convencional, a qual convém que seja tambem considerada, neste momento.

A subrogação convencional se dá em dois casos: 1.º quando um terceiro empresta dinheiro para pagar a divida, com a declaração de ficar subrogado em todos

(1) Como o direito hypothecario não se enquadra neste livro, remetto o leitor a Lafayette, — *Direito das cousas*, § 252.

(2) Glasson, — *Hist. cit.*, vol. VI, p. 379.

os direitos do credor originario, que, aliás, não necessita de figurar no contracto. É a hypothese prevista pela jurisprudencia ingleza, dispensada a cessão formal pelo direito romano (cod. 8, 19, 1) e por varios codigos vigentes (1); 2.º quando o credor recebe o pagamento de um terceiro e lhe transmite expressamente todos os seus direitos a respeito da divida. Neste segundo caso, a intervenção do credor é de necessidade, constituindo ella o que se denomina, em linguagem juridica, cessão de credito.

Seja a subrogação legal ou convencional, o subrogado não poderá exercer os direitos e acções do credor, sinão até a concorrência da somma que elle realmente desembolsou para desobrigar o devedor. Além disso, na convencional, é admissivel que o credor ou o devedor, conforme as hypotheses, estabeleçam restricções nos poderes do subrogado, não transferindo-lhe a totalidade dos direitos e acções, que eram o sequito de que se acompanhava o credito solvido. É a isso que se chama subrogação parcial. Póde ella provir da simples vontade dos contrahentes ou do facto de ter sido o credor pago somente em parte, o que só poderá ter logar nas obrigações divisiveis.

Sendo o credor pago somente em parte e dando-se, em consequencia, a subrogação parcial, qual dos dois tem direito preferencial para haver seu pagamento da parte do devedor, o credor originario pelo restante ou o subrogado pelo que adeantou?

Parece fóra de duvida que o credor originario está collocado em primeiro plano, sendo sua divida anterior e não devendo passar para o subrogado sinão os direitos que de sua pessoa se desprendem relativamente ao credito. Mas si os haveres do devedor não forem sufficientes para satisfazerem a divida restante do devedor e a nova

---

(1) As citações que se vão seguir abrangem os dois casos de subrogação convencional: Código civil francez, art. 1250; italiano, 1252; argentino, 769 e 770; portuguez, art. 780.

do subrogado, excepcionam os codigos da Italia, art. 1254 e d'Argentina (772), deverão concorrer ambos com direitos iguaes para o pagamento do que lhes é devido.

## § 40

## DAÇÃO EM PAGAMENTO

Em principio, o devedor só se desobriga com a execução da prestação devida. Entretanto, si o credor consentir, poderá ser dada em pagamento alguma cousa que não seja dinheiro, em substituição ao que se devia. E' a isso que se chama dação em pagamento, *datio in solutum*. *Tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solberit*, dizem as Institutas (3, 29, pr.)

Em direito romano, se discutia si a obrigação se solvia, *ipso jure*, com a dação em pagamento, ou si o devedor apenas tinha direito de repellir o credor com a excepção *doli mali*. Mas venceu, afinal, a doutrina dos sabinianos que assimilava os effeitos da *solutio* directa com os da indirecta (*datio in solutum*), como se verifica do trecho das Institutas acima transcripto.

Deve-se restringir a designação—*datio in solutum* á substituição da prestação por cousa que não seja dinheiro, porque este é uma medida geral de valor, na qual se podem facilmente ajustar todas as prestações, e o que caracteriza a especie de que se tracta é ser ella uma substituição, uma transferencia. Havendo taxação de preço, ou porque se dê dinheiro ou porque se o determine pelo valor da cousa dada em pagamento, ha realmente um acto de compra e venda, a regular-se pelas normas estabelecidas para esse contracto.

Póde acontecer que o bem dado em pagamento não seja realmente da propriedade do devedor e dar-se a evicção.

Em tal hypothese, pergunta-se: restabelece-se o credito primitivo ou transformou-se elle pelo simples facto da aquiescencia e do recebimento do credor ?

No direito romano encontram-se duas soluções divergentes, uma de Marcianus que Accarias julga mais conforme com a exactidão dos principios e outra de Ulpianus, dictada antes pelo interesse dos terceiros. Marcianus diz: *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Et, si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non ea accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret* (D. 46, 3, fr. 46, pr.). Subsiste a obrigação-primitiva, tal como si nada tivesse occorrido, quer a evicção do bem dado em pagamento fosse total quer parcial. A razão, a logica e a equidade alicerçam esta decisão de Marcianus.

Ao contrario, Ulpianus ensina que o recurso que deve ser exercido pelo credor é uma acção util *ex empto: imo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit* (D. 13, 7, fr. 24). Por esta opinião de Ulpianus se pronuncia tambem o codigo civil argentino, art. 783: «Si o credor for vencido em juizo, sobre a propriedade da cousa dada em pagamento, terá direito para ser indemnizado como comprador, porém não poderá fazer reviver a obrigação primitiva.»

## § 41

### DO PAGAMENTO INDEBITO

E' um dos principios cardeaes da theoria das obrigações — que a ninguem é licito locupletar-se com o alheio <sup>(1)</sup>. Si alguem induzido em erro, quer de facto quer

(1) *Nam hoc natura equum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore*, diz Pomponius (D. 12, 6, fr. 14).

de direito, se julgar em dívida para com outrem, sua obrigação é meramente putativa, não real. Persistindo o seu equívoco, até effectuar o pagamento e, só então, verificando o engano em que laborára, terá o direito de repetir o que pagou.

O erro é o fundamento da annullação do pagamento. Assim havendo obrigação, embóra de mera equidade, não terá logar a repetição. Aquelle, por exemplo, que pagou uma dívida prescripta ou pagou antes do vencimento do prazo, não será recebido a demandar o que assim pagou. *Si pœnae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet: et ideo solutum repeti non potest*, estatue o fr. 19, *pr.*, D. 12, 6. E' uma regra geral que abrange a hypothese da dívida prescripta e varias outras, bem que não seja bastante ampla para claramente abranger todos os casos de obrigações de equidade. Acrescentem-se, portanto, outros casos em que, apesar de não ser exigível a prestação pelos meios legais, não obstante prevalece o pagamento feito. Tal é a situação d'aquelle que paga uma dívida resultante de acto nullo exclusivamente por defeito de forma externa, não substancial (*Landrecht* prussiano, art. 184). Tal é tambem a situação d'aquelle que contrahindo uma obrigação, ao tempo em que era incapaz, vem a solvel-a, expontaneamente, depois de adquirida a capacidade (citado *Landrecht*, art. 170). Tal é ainda a situação d'aquelle que cumpre um dever moral com a prestação que executou (*schweizerisches Obligationenrecht*, art. 72).

Equipara-se ao caso de erro, dando logar á repetição do pagamento, não obstante haver realmente dividida ao menos em muitos casos: 1.º, si a obrigação for condicional e o devedor executal-a antes de verificada a condição; 2.º si a obrigação fôr de dar cousa certa, e o devedor entregou outra, ou sendo de fazer, prestou um facto por outro, ou sendo negativa, absteve-se de um acto por outro; 3.º si a

prestação é divisível e o devedor a cumpriu como si fosse indivisível ou solidaria. No primeiro destes casos, a obrigação está suspensa pela condição, ou, mais correctamente, espera pela condição para começar a existir. Qualquer pagamento feito antes do advento della, é indevido e, portanto, pede restituição. Nos outros casos, existe realmente obrigação, porém não a que se cumpriu por engano.

O pagamento de uma obrigação fundada em causa torpe, illicita ou contraria aos bons costumes, poderá ser repetido, haja ou não erro. Mas é preciso que a torpeza ou immoralidade seja imputavel sómente ao recipiente. *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam res secuta sit, repeti potest*, diz-se no D. 12, 5, fr. 1 § 2. No fragmento terceiro *ejusdem tituli*, accrescenta-se: *ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti diximus*. Quando é o solvente quem revela torpeza, como si der alguma cousa para obter um fim illicito ou immoral, tambem não terá jús á restituição (codigo suisso das obrigações, art. 75).

Realizado o pagamento indevido ou o accipiente estava de boa fé ou não. No primeiro caso, deve restituir sómente a cousa que recebeu com os fructos estantes ou sua estimação. E' um possuidor de boa fé; não responde pela perda nem pela deterioração <sup>(1)</sup>. No segundo caso, deve restituir a cousa ou sua estimação, ainda que haja perecido por acontecimento fortuito, salvo si este tambem occorresse necessariamente conservando-se em poder do proprietario. Quanto aos fructos, os pendentos, os percebidos e os que se devem naturalmente esperar da cousa, são todos devidos <sup>(2)</sup>.

Havendo o accipiente de boa fé alienado o immovel que lhe foi dado em pagamento indevido, terá o solvente

(1) e (2) Codigo civil francez, arts. 1378 e 1380; italiano, 1147 e 1149; argentino, 786 e 788.

direito de reivindicar-o do poder de quem quer que o detenha. E' uma consequencia rigorosa dos principios, porque a propriedade se não extinguiu com a creação da obrigação putativa. Se o apoio do direito romano não é franco á este modo de decidir, é somente porque recorria elle a uma desnecessaria ficção, suppondo que o credor putativo adquirira a propriedade, pela tradição erronea, embóra se tornasse devedor do recebido (1).

Quanto ás despesas feitas cumpre distinguir. Esteja elle de boa ou de má fé tem direito ás que fez com a conservação da cousa. As uteis ser-lhe-ão indemnizadas até a concurrencia do augmento que trouxeram ao valor do objecto, observando-se os principios em relação aos melhoramentos, que não apresentam peculiaridade, nesta especie.

### § 42

#### DO BENEFICIO DE COMPETENCIA

Os codigos, do Chili, arts. 1625 e 1626, e d'Argentina, arts. 799 a 800, estabelecem, sob o fundamento do direito romano, D. 42, 1, frs. 16 a 19 e 50, 17, fr. 173, o beneficio da competencia, em virtude do qual se deixam a certos devedores, cujo passivo cobre o activo, o necessario a sua subsistencia, sob condição de devolução, quando melhorarem de fortuna. *In condemnatione personarum*, deixou escripto o jurisconsulto Paulus no ultimo fragmento citado, *quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant*.

Não são quaesquer credores que se acham em con-

(1) O Codigo civil francez, art. 1380, e o italiano, 1149, falam sómente da restituição do preço da venda e da cessação da acção para obter o pagamento; mas o argentino, 787, concede a reivindicção, pela qual tambem se pronunciam Duranton e Marcadé.

dições de merecer este favor; mas sim os ascendentes e descendentes; o conjuge não estando divorciado por culpa sua, os irmãos que não hajam incorrido em falta capaz de desmerecer o beneficio; os consocios, nas obrigações que nasçam do contracto de sociedade; o doador, si a doação o reduz a indigencia, caso expressamente previsto em nosso direito; o devedor de boa fé que fez cessão de seus bens e que depois é perseguido, naquelles que posteriormente adquiriu, pelos mesmos credores a que fez a cessão.

Falam em prol de todos elles, tam valiosas razões de equidade e tam nobres sentimentos fundamente arraigados na psychê humana, que ociosas seriam quaesquer explanações justificativas (1).

### § 43

#### CESSÃO DE BENS

Ao terminar o paragrafo anterior houve uma referencia á cessão de bens. Cumpre, desde logo, dizer o que tal seja, e sob que relação poderá esse modo excepcional de pagamento ter logar em nosso direito.

Distinga-se a materia civil da commercial.

No direito civil, verificada «a insufficiencia dos bens do devedor para pagamento de suas dividas, tem logar, entre os credores chirographarios, preferencia e rateio», escreve Teixeira de Freitas (Consolidação, art. 833). Havendo hypotheca e penhor, seguir-se-ão as execuções hypothecarias e pignoraticias estatuidas pelo reg. 737 de 25 de Novembro de 1850, combinado com o dec. de 19 de Janeiro de 1890 e regulamento de 2 de Maio do mesmo anno. «Será iniciada a acção pela expedição de mandato

---

(1) Contra a existencia do beneficio de competencia entre nós, vide Teixeira de Freitas, notas 131 e 661 da *Doutrina das Acções* de Correia Telles.

para que o réo pague *in continenti*, e, na falta de pagamento, se proceda á penhora no immovel ou immoveis hypothecados, dispensando-se o sequestro como preparatorio da acção» (reg. ultimamente citado, art. 383). Este sequestro, porém, resolver-se-á em penhora, si o devedor, occultando-se, tornar impossivel a prompta intimação do mandato executivo (art. 384).

Dada a insolvencia de uma sociedade de credito real, proceder-se-á, por decreto judicial, á sua liquidação forçada.

A nenhuma dessas operações se dá, em nosso direito, a designação de— *cessão de bens*, mas terá ella, realmente desaparecido de nosso direito, como affirmaram alguns de nossos juristas. Outrora a *cessão de bens* era um meio de evitar a prisão por divida civil, a qual, aliás, já não tem mais logar, *ex vi* da lei de 20 de Junho de 1774 § 19 <sup>(1)</sup>, salvo casos excepçionaes, como de insolvencia dolosa (cod. penal, art. 839). Por excusado, desapareceu de nosso direito um tal recurso asseveram. Apesar de ser essa opinião patrocinada pelos dois mais insignes civilistas dentre portuguezes e brasileiros, Mello Freire e Teixeira de Freitas, não a julgo verdadeira, mesmo porque temos hoje novas razões em contrario que não existiam ao tempo em que elles escreveram.

Restabeçam-se os termos da questão. Consiste a cessão de bens no abandono que faz o devedor de todo o seu patrimonio a seus credores para o pagamento de suas dividas. A ord., liv 4, tit. 74 concedia que os devedores insolventes, de boa fé, recorressem a esse expediente, demonstrando elles que haviam sido infelizes, mas não dolosos. Por sentença judicial ou por accordo com os credores, eram-lhes conservados alguns bens para se alimentarem, sem que, aliás, ficassem de todo exonerados do pagamento do restante que, porventura,

---

(1) Vide Teixeira de Freitas,—*Consolidação*, nota 24 ao art. 839.

ainda subsistisse de obrigações. E assim ficavam os devedores insolventes isentos de prisão. Mas esta pena de prisão por dividas, desapareceu, com a já citada lei de 20 de Junho de 1774 § 19.

D'ahi concluíram Pereira e Souza, Coelho da Rocha e Loureiro, além dos dois civilistas já citados, que a cessão de bens e seu annexo, o beneficio de competencia, não tinham mais razão de ser. Visivelmente, essa argumentação só se poderia dirigir á cessão *judicial* e não á *voluntaria*, nada impedindo a que os credores concordassem na acceitação dos bens do devedor para indemnisação de seus debitos, com as condições e resalvas que entendessem.

Mas, em relação mesmo á cessão judicial, havia a ponderar que a ord., liv. 4, tit. 74 não fôra revogada, a não ser em parte. Não havia necessidade de lançar mão do recurso da cessão para evitar a prisão; mas ainda havia necessidade ou, pelo menos, utilidade, para tranquillisar a consciencia do devedor. Eram dessa opinião Correia Telles, Silva Lisbôa, Almeida e Souza, Candido Mendes e Francisco de Assis e Almeida (que escreveu uma longa memoria sobre o assumpto).

Accrescente-se que a prisão por dividas civis subsiste, quando o executado esconder os bens para não serem penhorados ou por dolo deixar de os possuir, e quando se constituir em insolvencia occultando ou alheitando maliciosamente seus bens ou simulando dividas em fraude de seus credores legitimos, sem falar na fallencia propriamente dicta ou commercial. Na primeira das hypotheses referidas, a prisão prolongar-se-á até que o devedor faça entrega dos bens occultos ou alheitados dolosamente; ou até um anno, si antes não entregar (reg. 737, art. 525 e dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890). Na segunda hypothese, a pena será de prisão cellular de seis mezes a dois annos (cod. penal, art. 337).

Evitadas ficarão estas duas hypotheses si der-se a cessão de bens; a judicial, certamente em desuso no civil, ou a voluntaria. Principalmente para afastar de si a imputação de insolvencia dolosa que o codigo penal capitula actualmente entre os crimes contra a propriedade particular, é de maxima vantagem a cessão de bens. Assim como no commercio, a cessão de bens é, actualmente, um modo de conjurar a bancarota, tambem no civil, subsiste ella como um recurso contra a insolvencia capitulavel como dolosa, demonstrando o devedor que, sem fraude ou simulação de sua parte, se acha na dura contingencia de não poder cumprir, por inteiro, as suas obrigações.

Não é identica, em todos os seus pontos, á cessão de bens do codigo philippino, a que estabeleceu o dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, art. 131. E' um dos modos de prevenir e obstar a declaração de fallencia, de que póde lançar mão o commerciante com firma inscripta no registro do commercio, antes de interposição de protesto por falta de pagamento de obrigação mercantil ou dentro de quarenta e oito horas precisas, depois desse protesto. Consiste este recurso na solicitação, ao juiz competente, para emittir os credores na posse da totalidade dos bens presentes do devedor requerente, para que por elles se paguem e o desonerem de toda a responsabilidade. Esta cessão de bens, depois de definitivamente julgada, importa em quitação ao devedor; mas não obsta á responsabilidade civil nem criminal, si, posteriormente, verificar-se que procedeu improbidosa e fraudulentamente (citado dec., arts. 137 e 138).

A differença fundamental entre a cessão civil e a commercial é que a segunda exonera de toda a responsabilidade o devedor, salvo dolo de sua parte, emquanto que a outra não <sup>(1)</sup>. Mas, ainda assim, é util a cessão civil,

(1) Orlando, — *Codigo commercial*, nota 58 ao art. 28, 3.ª edição, refere um julgamento a respeito. Rev. n. 8501 de 4 de Junho de 1874.

porquanto, sem ella, o devedor executado por dividas superiores a seu patrimonio, não terá sempre direito a ficar com certos bens «com que razoadamente se possa manter, segundo seu estado e condição, em maneira que não pe- reça de fome, segundo o arbitrio de bom juiz» (ord. citada pr., *in fine*),

O codigo civil francez, arts. 1265 e seguintes, e o hespanhol, art. 1175, occupam-se deste assumpto, similhan- temente ao que preceitúa o nosso codigo philippino. O direito inglez tambem admite a cessão judiciaria de bens, com o effeito de livrar o insolvel da prisão e sem exonerar os bens futuros de ulteriores perseguições dos credores ou, conforme a lei de fallencias, com essa exone- ração, similhanamente ao que viu-se estatuido pelo de- creto brasileiro que regula tambem a fallencia.

#### § 44

##### PROVA DO PAGAMENTO

Feito o pagamento tem o devedor o direito de exigir qui- tação ou recibo, e, si a divida fôr extincta integralmente, a entrega ou inutilisação do titulo em que ella se funda- menta (*Landrecht prussiano*, art. 86; cod. suisso das obri- gações, 102). Si o credor recusa-se a passar quitação, poderá ser a isso compellido pelo juiz, servindo mesmo esse despacho condemnatorio do juiz, em logar de um verda- deiro recibo, pois que a prova do pagamento está feita de um modo authenticico (ord. 4, tit. 19, § 2.º)

As obrigações, que só se podem legalmente contrahir por escriptura publica, exigem quitação por escripto pu- blico, e aquellas, que se firmam por escriptos particulares, tambem por esse modo terão prova para seus pagamentos. *Eo modo quidquam dissolvere quo colligatum est. E'*

tambem o que preceitua o codigo philippino, liv. 3, tit. 59 § e § 3.º (1).

Quando o pagamento deve ser feito em prestações parciaes e em periodos determinados, a quitação passada em referencia ao ultimo periodo, sem ressalva alguma, faz presumir o recebimento das prestações vencidas nos periodos anteriores, e a quitação do capital suppõe-se que abrange os juros quando não ha reservas que afastem essa supposição (2). *Plus favemus liberationibus quam obligationibus*. Comtudo, não sendo essas supposições *juris et de jure*, admittem prova em contrario.

A entrega do titulo ao devedor faz egualmente suppôr a extincção da obrigação (3).

Si o credor affirma ter perdido seu titulo, e por esse motivo deixa de entregal-o ao devedor que acaba de pagal-o, deve passar-lhe uma declaração authentica ou devidamente legalisada de que a divida extinguiu-se e de que deixa de ter valor o seu titulo constitutivo.

As dividas hypothecarias extinguem-se de um modo especial. Só o averbamento, no respectivo registro, da extincção da divida dá-lhe a sufficiente efficacia; e, portanto, só a certidão desse averbamento poderá provar a extincção do onus hypothecario (dec. de 19 de Jan. de 1890, art. 11 § 6).

As letras de cambio, os titulos ao portador e á ordem tambem se annullam por modos que lhes são peculiares, mas não exigem uma explicação particularisada.

(1) Entretanto não se deve levar muito longe o rigor deste principio, e os nossos juristas attestam que, na pratica, se vae julgando sufficiente a quitação pelo punho do credor, lançada no verso da escriptura ainda que publica. Por outro lado, uma vez que são admissiveis presumpções, é claro que servirão outros quaesquer meios de prova, na falta dos que são naturalmente indicados pela natureza da obrigação. E o art. 432 do cod. commercial brasileiro reforça este modo de pensar.

(2) Codigo civil francez, art. 1908; suiso das obrigações, 103, argentino, 746; e como fundamento geral o *codex repetite protectionis*, 19, 22, 1., 3.

(3) Codigo civil francez, arts. 1282-1284; suiso citado, 104; prussiano, 99.

## § 45

## REMISSÃO E RENUNCIA DA DIVIDA

Remissão é o perdão, a liberação graciosa da divida. Poderá ser feita pela entrega ao devedor, do titulo constitutivo da obrigação ou por outro qualquer modo capaz de traduzir a vontade de desobrigar o devedor, por se despir o credor dos attributos que lhe davam direito a exigir a execução da obrigação.

Renuncia da divida é o acto pelo qual o credor abre mão de seu direito, ou substituindo-o por outro, e, neste caso, será um contracto oneroso, ou sem indemnisação alguma, e, então, será um acto de liberalidade.

Remissão e renuncia gratuita importam no mesmo quanto a seus resultados, extinguindo-se por ellas as dividas como si se tivesse effectuado o pagamento. Para remittir ou renunciar uma obrigação é preciso que o individuo seja capaz de dar a titulo gratuito.

Podem ser remittidas e renunciadas todas as obrigações attinentes a interesses proprios do credor, mas não as referentes a direitos estabelecidos mais em attenção a ordem publica e ao interesse da collectividade. O marido não póde renunciar seu poder marital, nem o pae seu patrio poder.

A renuncia não se presume, mas poderá deixar de ser expressa, da mesma forma que a remissão.

O perdão concedido ao devedor principal, por qualquer destas duas formas, aproveita ao fiador. Não é verdadeira, porém, é reciproca. Feito a um dos fiadores solidarios, beneficiará os outros si não houver declaração em contrario; não sendo elles solidarios a duvida seria impossivel.

A devolução voluntaria do objecto recebido em penhor, não importa na remissão da divida, mas simplesmente

na do credito pignoratício. E' a decisão de varios codigos (1), contra os quaes, entretanto, se pronuncia o hespanhol art. 1191, presuppondo a extincção conjuntamente da divida principal e da garantia pela devolução do objecto empenhado.

Não ha forma especial para a renuncia ou remissão expressa, nem para a redução convencional de um credito, embóra a constituição da obrigação exija certos requisitos formaes. A *common law*, porém, exige um *acto sob sello*, do contrario seria sem causa e nulla a remissão.

### § 46

#### NOVAÇÃO

Novação é a conversão de uma obrigação em outra. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* (D. 46, 2, fr. 1). E' um modo de extincção do vinculo obrigatorio, pela criação de outro que absorve o primeiro.

Para se dar uma verdadeira novação com o assignalado effeito de extinguir a primitiva obrigação, são necessarios os seguintes requisitos: 1.º, consentimento e, portanto, capacidade dos que contraem o novo vinculo (D. 46, 2, frs. 2 e 3); codigo civil francez, art. 1272; argentino, 805); 2.º, animo de novar, seja expresso ou, ao menos, deduzido claramente dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, devem subsistir ambas as obrigações, vindo a segunda roborar a primeira, segundo se estatuiu no direito romano, seguido pelos codigos modernos (2);

(1) Codigo civil francez, art. 1286; italiano, 1280; argentino, 836; e fr. 3, D. 2, 14: *Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est; ni i specialiter contrarium actum es. e probetur.*

(2) D. 46, 2, fr. 2; cod. civil francez, art. 1273; federal suizo, 113; hespanhol. 1201 portuguez, 803; argentino, 812; italiano, 1269.

3.º, que a obrigação nova seja valida e que a condição se verifique, no caso de ser dependente de alguma, sem o que não se estabelecerá vinculo novo nem se alterará, de modo algum, o primeiro; 4.º, que tambem a obrigação anterior seja valida, pois que a novação a presuppõe. Uma obrigação de simples equidade poderá transformar-se em obrigação civil, uma annullavel, susceptível de confirmação, reerguer-se-á limpa de vicios por virtude da novação, mas não assim uma radicalmente nulla por macula insanavel, nem a já extincta (1). São obrigações mortas, uma ao nascer e outra por exgottamento da força vital, que se não poderão galvanisar por operação juridica alguma.

A novação opera-se por tres modos principaes: 1.º, contrahindo o devedor para com o credor uma obrigação nova em substituição á primeira; 2.º, substituindo-se o devedor primitivo por um segundo que assuma toda a responsabilidade; 3.º, substituindo-se o antigo credor por outro, em relação ao qual somente passe a estar vinculado o devedor (2).

A substituição do primitivo devedor poderá ser feita sem seu assentimento, nos termos em que sem sua intervenção opera-se o pagamento. Mas não se effectuará essa mudança sem aquiescencia do credor, pois a solvabilidade dos devedores muito lhe importa, e elle não terá acção regressiva contra o primeiro, si a não estipular, a menos que não haja dolo na constituição da obrigação substitutiva ou que esta não seja insubsistente (3).

Extincta a obrigação pela novação, com ella desapparecem as accessorias, si não houver reserva expressa

(1) *D. eod. fr.* 1 § 1; código civil argentino, 892; hespanhol, 1208; Pothier,—*Obrigações*, n. 583.

(2) Código commercial brasileiro, art. 438; civil francez, 1271 e 1273; italiano 1267; hollandez, 1149; suizo das obrigações, 142; hespanhol, 1203; portuguez, 802.

(3) Código civil francez, 1274 e 1276; hespanhol, 1205 e 1206; portuguez, 804 e 805, argentino, 815 e 816; hollandez, 1452.

para mantel-as. Si for envolvido na relação algum terceiro, cujas obrigações sejam conservadas apesar da substituição novatoria, será necessario que o consentimento d'elle dê validade ao acto. Entre os accessorios estão, por um lado, as garantias do credor e, por outro, as excepções do devedor, as quaes só poderão ser oppostas si disserem respeito à segunda obrigação (D. 46, 2, fr. 33).

Os devedores solidarios se desoneram todos pela novação feita entre um delles e o credor (cod. commercial brasileiro art. 438, al., e civil portuguez, art. 809).

Não é a novação, em rigor, um meio de interromper a prescripção, como se affirma no art. 453, I de nosso codigo commercial, pois que, sendo valida a segunda obrigação, deixa a primeira de existir, e não seria possivel contar para a segunda o tempo decorrido com a primeira.

## § 47

### COMPENSAÇÃO

Quando duas pessoas reúnem as qualidades de credor e devedor conjuncta e reciprocamente, dá-se a compensação, modo de extinguir obrigações, que, Zachariæ, definiu pelo modo seguinte: «a extincção de obrigações reciprocas que se pagam uma por outra, até a concurrencia de seus respectivos valores, entre pessoas que são devedoras uma da outra.»

Para se dar a compensação, necessarios serão os requisitos em seguida indicados: 1.º, que cada um dos obrigados, o sendo por obrigação principal e por credito principal, queira extinguir essa obrigação e o faça por direito proprio; 2.º, que as dividas sejam de dinheiro, de cousas fungiveis, da mesma especie e qualidade ou reductiveis a sel-o por estimação; 3.º, que sejam exigiveis, vencidas e liquidas; 4.º, que, sendo de cousas indeter-

minadas, pertença, aos dois devedores ou aos dois credores, a escolha; 5.º, que sobre nenhuma das dividas tenha terceiro direitos em virtude dos quaes possa, legitimamente oppor-se ao seu pagamento (1)

Apezar de exigir-se que a compensação se opere por direito proprio, comtudo é admissivel que o garante de uma divida opponha compensação, ao credor que o persegue, com o que esse mesmo credor deve ao seu afiançado.

Indicadas as dividas compensaveis, nem por isso ficarão conhecidas todas as que se não prestam a esse modo de extincção, pois algumas ha que, contendo os requisitos acima aponctados, comtudo não se eliminam por encontro. Estão neste caso: 1.º, as dividas provenientes de uma causa illicita, como o furto ou roubo que se não compensam com outras de objecto equivalente mas oriundas de facto licito, nem por outro modo (ord. 4, 78, § 2); 2.º, o que é devido por deposito é incompensavel (ord. cit. § 1); 3.º, as dividas de alimentos, e outras privilegiadas, só se compensam com outras de igual natureza (ord. cit. § 3) as da fazenda nacional, estadual ou municipal só se compensam, quando expressamente a lei o permite (ord. cit. § 5). Nestas disposições do codigo phillipino abundam os codigos modernos (2). A vontade das partes interessadas poderá, entretanto, annullar algumas destas restricções, quando a lei a isso não se oppõe.

O effeito da compensação é extinguir as duas dividas encontradas, em parte, até concorrente quantia, si são deseguaes, ou totalmente, si são eguaes, e isso desde o momento em que começou a mutualidade dos vinculos obrigatoriaes, independentemente da vontade dos deve-

(1) Codigo civil argentino, art. 819; hespanhol, 1196; francez, 1291 e 1298, commercial brasileiro, 439.

(2) Codigo civil, argentino, arts. 824 e segs.; suisso das obrigações, 132; francez, 1293; hespanhol, 1200.

dores. Mas pôde o devedor renunciar o direito de compensar, reputando-se renuncia o facto de ter pago, apesar de se saber credor. É uma facilidade, um beneficio? Ninguém é coagido a aceitar favores. Por outro lado, cada um conhece bem os seus interesses e renunciando um certo modo de extinguir suas obrigações, é presumível que lhe não seja vantajoso esse modo nas circumstancias em que se acha. Assim, é prudente o dispositivo contido no art. 139 do código suíço das obrigações.

Havendo muitas dividas compensaveis entre duas pessoas, observar-se-á a ordem da prioridade no vencimento, si não se fizer declaração de quaes se compensam, ou attender-se-á a uma justa combinação dos interesses de ambos os obrigados.

### § 48

#### CONFUSÃO

Dá-se confusão, quando as qualidades de credor e de devedor se reúnem na mesma pessoa. Extingue-se então a obrigação, porque o vinculo, dobrando-se sobre si mesmo, desfaz-se. A relação que presuppõe duas pessoas diferentes não pôde mais existir, quando só uma resta. A antithese immanente na idéa de direito obrigacional — poder de um lado e dever de outro — são quantidades contrarias que, dadas certas circumstancias, se eliminam.

A confusão se pôde operar por herança, por cessão de creditos ou por qualquer causa, comtanto que convirjam divida principal e credito principal. Si a confusão se realisa sómente na obrigação accessoria esta desaparece, mas não se exonera o devedor. *Reus non liberatur*, diz Ulpianus occupando-se desta hypothese (D. 46, 3, fr. 43). No direito inglez, a confusão tem um campo de acção muito restricto. O casamento é propriamente o meio

unico de confusão extinctiva de obrigação, quando a devedora espósa o credor; em materia de successão não se produz ella; nem por outro modo juridico dos admittidos nas legislações occidentaes como capazes de gerar esse effeito.

Não é preciso que todo o elemento activo e todo o passivo da relação obrigatoria se concentrem numa só pessoa para operar-se a confusão. Póde ella ter applicação sómente a uma parte do debito. Quando o credor, por exemplo, não for herdeiro unico do devedor, ou o devedor não for herdeiro unico do credor, ou um terceiro não for chamado sósinho á successão dos dois, credor e devedor (D. 46, 1, fr. 50 e cod. civil argentino, art. 865).

A confusão entre um dos credores solidarios e o devedor, ou entre um dos devedores solidarios e o credor commum, só extingue a obrigação em relação a essa pessoa com a qual se deu a confusão e não aproveita aos outros devedores, nem ao devedor isolado da primeira hypothese, sinão na parte correspondente á pessoa submettida ao effeito da confusão (codigo civil francez, art. 1301; hespanhol, 1194; argentino, 866).

Si a confusão vier a cessar, não sendo de caracter permanente o facto que a produziu, renascerá a obrigação (codigo da Prussia, art. 479; suisso das obrigações, 139; argentino, 867). Um exemplo que offerecem alguns civilistas para mostrar, em concreto, a relação que intenta regular esta regra, é o do testamento que, creando direitos dos quaes originou-se a confusão, vem depois a ser annullado.

### § 49

#### TRANSACÇÃO

A transacção é um acto juridico pelo qual as partes, fazendo-se concessões reciprocas, extinguem obrigações

litigiosas ou duvidosas. É da essência deste acto a reciprocidade, sem a qual haverá doação. É também de sua essência haver duvida, litigio ou contestação nos direitos respectivos, como já doutrinava Ulpianus: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit* (D. 2, 15, fr. 1). Identico é o conceito que resalta das disposições dos codigos vigentes (1).

Não é a transacção um simples contracto, embóra contenha os elementos constitutivos dessa especie de actos juridicos, podendo até rescindir-se por lesão enorme em nosso systema juridico (ord. 4, 13, § 6), si bem que isso não se coadune com o seu tanto de aleatorio que encerra a transacção. Mas, por seu objecto, por seu fim, a transacção é realmente um modo de extinguir obrigações. Assim ao envez dos verdadeiros contractos que tem sempre por objectivo crear obrigações mutuas ou unilateraes, a transacção se dirige a extingui-las. Por isso, embóra em sua constituição obedeça ás normas reguladoras das convenções, quanto á capacidade de agir, objecto, modo, fórma, prova, comtudo julgo que melhor localisada se acha ella entre os varios modos pelos quaes se extinguem as obrigações (2).

Impugnando a transacção por lesão enorme, deve o reclamante depositar previamente tudo o que recebeu em virtude della. E' um caso de *clausula depositaria* admittido pelo nosso direito (lei de 31 de Maio de 1774).

Não podem transigir: 1.º, os tutores em relação aos

---

(1) Codigo civil francez, art. 2044; italiano, 1764; portuguez, 1819; hespanhol, 1809; da Luiziania, 3038; hollandez, 1888; austriaco, 1383; prussiano, 410 e 411; argentino, 832; *projecto allemão*, art. 666; Coelho Rodrigues, 678. O *shweizerisches Obligationenrecht* passa em silencio sobre este assumpto.

(2) Também não é um contracto o compromisso que consiste na decisão arbitral de um terceiro sobre as contestações d'aquelles que invocam seu officio. E' um julgamento, uma sentença.

negócios dos pupilos, nem os curadores em relação aos do interdicto, sem autorisal-os o juiz; 2.º, o procurador que não tenha para isso poder especial; 3.º, os incapazes, e em geral, os que não podem alienar, pois que a transacção importa em extinção de direitos e obrigações.

Pode-se transigir sobre quaesquer direitos duvidosos que sejam de interesse privado, que não affectem a ordem publica e que recaiam sobre objectos que estão no commercio (1).

Assim as questões relativas ao estado das pessoas, legitimidade de matrimonio, patrio poder, poder marital, filiação, não se prestam decentemente a que sobre ellas sejam entabuladas negociações. Não são direitos patrimoniales, posto que dêem nascimento a proventos. Esses proventos, porém, podem ser transaccionados, quando o estado da pessoa for duvidoso ou contestado, não versando jámais sobre elle a transacção. Entretanto, tractando-se de alimentos futuros, só com a permissão do juiz é dado transigir. Assim dispunha o direito romano (D. 2, 15, fr. 8 pr.) *ne aliter alimentorum transactio rata esset quam si auctore praetore facta*. Assim egualmente estatuem alguns codigos vigentes. E' uma derrogação do principio da liberdade individual que se não justifica bem. Querem evitar as consequencias funestas da prodigalidade, como se vê claramente da lei romana — *facile transigerent contenti modico praesenti* (2).

A transacção tem por effeito extinguir os direitos e obrigações que as partes por ella renunciaram, operando com a auctoridade de coisa julgada, muito embora se não possa confundir a transacção com a sentença, e não podendo haver della appellação (ord. 3, 78, § 1). Feita por

(1) Comtanto que não sejam illicitos ou prohibidos, como tambem acontece com os contractos, a cujas regras se submete a transacção.

(2) E' corrente a doutrina romana entre os nossos juristas. Pereira e Souza *Processo civil*, nota 895, Correia Telles, *Doutrina das acções*, § 99; Coelho da Rocha, *Instituições*, § 746.

um dos interessados, em regra não aproveita nem prejudica os consortes nem a terceiros; comprehende exclusivamente os transigentes e seus herdeiros. Mas o fiador ficará desobrigado, extinta transaccionalmente a obrigação principal entre o credor e o devedor, pois que o accessorio não subsiste desapparecendo o principal.

Feita com um dos devedores solidarios beneficia os outros, e, reciprocamente, concluida com um dos credores solidarios, deve exonerar o devedor em relação aos outros concredores. Deve-se attender ao caracter da obrigação. Si a solidariedade faz dos credores conjunctos ou dos devedores conjunctos uma só pessoa, não se concebe uma extinção parcial, a menos que não haja a isempção do encargo trazido por essa situação excepcional (como na confusão, por exemplo).

Dada a evicção do objecto renunciado por uma das partes transigentes, ou por ella transferida á outra, a perda correrá por conta de quem o recebeu? Pela affirmativa responde o codigo civil argentino, art. 854. Pela negativa responde Teixeira de Freitas, em seu *Esboço*. Si fosse um verdadeiro contracto a transacção, teria plena razão o jurista brasileiro, mas sendo ella antes um modo de reconhecer direitos, de extinguir obrigações, não haja hesitação em adoptar-se a doutrina contraria que, aliás, é a de Pothier, Tropolong, Aubry e Rau, e, principalmente, do direito romano que estatue: *Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quaestionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit: nihil petere potes*. Mas a parte transigente que assim perde o que recebeu sem poder exigir o que deu nem restabelecer a situação juridica anterior, não ficará espoliada, porque poderá accionar a outra por perdas e danos.

Si umas das partes na transacção adquire novo direito sobre o objecto renunciado ou transferido, não será impedida no exercicio desse novo direito em attenção ao acto

de transacção anteriormente consummado (cod. civil francez, 2050, argentino, 856).

A transacção poderá ser judicial ou extrajudicial, segundo o direito civil portuguez. A primeira só produzirá effeito depois que passar em julgado a sentença que homologal-a. O codigo civil portuguez manda applical-a necessariamente sempre que a pendencia estiver em juizo (art. 1711). Mas é ociosa esta distincção, sendo a homologação do juiz dispensavel, bem que, em todo o caso, util em qualquer das hypotheses. Nem pelo nosso, nem pelo francez nem por outros systemas juridicos, tem a transacção, forma solemne. Deve ser redigida por escripto (codigo civil francez, art. 2044), e é quanto basta, a não ser em certos casos em que se exigem algumas formalidades mais, como no do tutor transigindo sobre os bens do pupilo.

E' admissivel a pena convencional em corroboração da transacção (D. 2, 15, frs. 15 e 16).

### § 50

#### DISTRACTO

E' o distracto um accordo entre duas pessoas obrigacionalmente vinculadas, para o effeito de extinguir-se a obrigação contrahida, por convenção. Segue em tudo as mesmas regras do contracto, do qual é antithese directa, exigindo escriptura publica todas as vezes que se referir a um contracto que necessitar dessa forma, para sua validade (1) E' o *consensus contrarius* de que nos falam os romanistas.

Coelho da Rocha § 170 chama indistinctamente — *distracte* e *mutuo dissenso*. Não tenho por correctá essa

(1) T. de Freitas, — *Consolidação*, art. 370; ord. 3, 59, pr. e §§ 3.º e 11.

synonimia. Dissenso é desaccordo. Si for mutuo e anterior impossibilitará o contracto projectado. Si posterior e mutuo impossibilitará o distracto, pois que este presuppõe o accordo em fazer cessar a obrigação consequente ao contracto. Si occorrer entre a offerta e a acceitação, isto é, quando houver o avanço de uma parte e a inclinação sympathica da outra, mas, antes de se dar o connubio das duas vontades, recuaram ambas, houve, certamente dis-sentimento reciproco, mas perfeitamente innocuo em relações a obrigações que não chegaram a firmar-se.

## § 51

## IMPOSSIBILIDADE DO PAGAMENTO

A obrigação tambem extingue-se, quando a prestação, que forma seu conteúdo, se torna legalmente impossivel, sem culpa do devedor. *Extingui obligationem si inciderit in eum casum a quo incipere non potest* (D. 45, 1, fr. 140, § 2.º) (1). Incorrendo em culpa ou móra o devedor, então sua responsabilidade é manifesta, porém, como não poderá mais cumprir a prestação tornada impossivel, esta se transforma para elle em obrigação de pagar perdas e damnos. Entretanto, si é culpado apenas de móra, e o caso fortuito que tornou impossivel a prestação de dar, teria egualmente occorrido estando o objecto em poder do credor, poderá allegal-o em seu favor.

Tornada impossivel a obrigação nos contractos bilateraes, «o devedor, por esse factio exonerado, deve restituir o que recebeu da outra parte em consequencia do vinculo obrigacional extinto, salvo os casos em que os riscos são por conta do credor desde antes da execução» (cod. suiso das obrigações, art. 145, al.).

(1) Código civil francez, art. 1302, italiano, 1298; suiso das obrigações, 145, argentino 888.

## § 52

## PRESCRIPÇÃO

O transcurso do tempo é também um modo de extinguir obrigações. É a esse resultado que se dá o nome de prescrição extinctiva ou negativa, a qual se opera, ordinariamente, em relação aos direitos obrigacionaes, si a inacção do credor durar trinta annos, contados do dia em que deviam ser cumpridas as prestações (1). Discutem os nossos escriptores juristas sobre a necessidade da bôa fé como requisito da prescrição extinctiva. Mello Freire, Correia Telles, Rebouças entendem que é indispensavel a bôa fé do prescribente; e a ord. parece lhes dar razão, estatuinto que—*esta lei não haverá logar nos devedores que tiverem má fé*. Mas, si attendermos a que a razão desta disposição foi—*não se dar occasião de peccar*, e nos recordarmos de que a supposição de peccado como motivo das leis patrias se deve ter por não escripta, em virtude da lei de 18 de Agosto de 1769 § 12, veremos que melhores razões tiveram Coelho da Rocha, Teixeira de Freitas e Lobão (2), assegurando ser dispensavel o requisito da bôa fé na prescrição extinctiva. E si militavam argumentos nesse sentido, no antigo regimen, o que de-

(1) Ord. 4, 79, pr. O prazo ordinario e geral para as obrigações mercantis é de vinte annos (cod. commercial brasileiro, art. 412). As letras e as acções de terceiro contra socio não liquidante, suas viúvas, herdeiros ou successores, prescrevem em cinco annos. As acções dos socios entre si e contra liquidantes, prescrevem, não sendo a liquidação reclamada, dentro de dez dias depois de sua communicação (art. 411). As dividas provadas por contas correntes e contas de vendas entre commerciantes, presumidas liquidas, prescrevem no fim de quatro annos (art. 415). O direito para demandar o pagamento de mercadorias fiadas, sem titulo escripto assignado pelo devedor, prescreve em dois annos, sendo o devedor residente no mesmo Estado, em tres, si residir noutro, e, em quatro, si no estrangeiro (416). Estas acções, si forem resultantes de actos provaveis sómente por testemunhas, prescrevem em dois annos (416). Muitos e variados outros prazos são indicados no codigo commercial. Faz-se necessario a elle remetter o leitor.

(2) Coelho da Rocha, *Instituições*, nota T; T. de Freitas *Consolidação*, art. 853 e nota; Lobão, *Dissertações*, 4.

vemos dizer, no actual, de completa secularisação do direito? Accrescente-se que o codigo commercial brasileiro não se preoccupou com esse elemento da boa fé, o qual difficilmente se poderá encontrar, pois que, ordinariamente, o devedor terá certeza de suas obrigações e de não havel-as pago. O fundamento da prescripção é a negligencia em usar do direito, o abandono em que é deixado o interesse juridico. Esse existe, de accordo com a mesma ordenação citada; portanto a prescripção deflue d'elle naturalmente. Por outro lado é certo que a prescripção acquisitiva trintenaria (Cod. 7, 39, ls. 3 e 8), a *praescriptio longissimi temporis*, independe da boa fé e do justo titulo. Mesmo o possuidor de má fé tem direito de invocal-a, como excepção, como um meio de defeza contra a reivindicação do proprietario, embóra não como um modo de adquirir a propriedade. Não serão identicas as situações do possuidor e do devedor, para se abroquelarem com a excepção de prescripção? Finalmente, si consultarmos a legislação comparada, tambem ella nos fará considerar inutil a exigencia da boa fé.

Começarei pelo codigo civil portuguez por seu proximo parentesco em relação ao nosso direito. No art. 535 determinava elle: «Aquelle que se achar constituido para com outrem na obrigação de prestar ou fazer alguma cousa pôde livrar-se dessa obrigação, si não tiver sido exigida *por espaço de vinte annos*, e o devedor se achar *em boa fé*, quando findar o tempo da prescripção, ou por *trinta annos*, *sem distincção de boa ou má fé*, salvo nos casos em que a lei estabelecer prescripções especiaes». O codigo civil hespanhol, art. 1961, diz em termos concisos: as acções prescrevem pela simples expiração do tempo fixado em lei. O codigo civil francez, art. 2244, e o italiano, art. 2118, dizem, pelos mesmos vocabulos que «se pôde prescrever contra o proprio titulo», para o fim de libertar-se da obrigação. O austriaco, art. 1478, o hollandez, 2004, o suiso

das obrigações, art. 146, e o argentino, 3949, e 4017, só pedem transcurso de tempo para a prescrição liberatoria. No mesmo sentido o Projecto allemão, art. 154 e segs., e o do senador Coelho Rodrigues, art. 249. Ha, portanto, accordo completo entre todos esses systemas juridicos e entre outros ainda. E porque havemos de, contra expressa determinação de lei, manter o obsoleto theologismo do codigo philippino, quando tudo nos induz antes a expurgal-o dessa falsa orientação?

Além da prescrição trintenaria das obrigações, a qual me referi até agora, outras muitas existem no direito patrio. O direito de rescindir o contracto por lesão enorme prescreve em quinze annos a contarem-se do tempo em que foi elle celebrado (ord. 4, 13, § 5 e *Consolidação*, art. 859); o de recusar a cousa comprada, por motivo de vicio redhibitorio, prescreve em um mez, que se começará a contar do dia da entrega, estando os contractantes no mesmo lugar, e em dois mezes achando-se em logares differentes (ord. 4, 17 § 7). Estando o vendedor no estrangeiro, o comprador fará seu protesto, podendo accional-o dentro de um mez depois que voltar.

A acção de soldada dos criados prescreve em tres annos, depois que elles se retirarem da casa dos patrões (ord. 4, 32, pr.). Sendo elles menores, os tres annos começarão a ser contados do dia em que entrarem na maioridade. Servindo, porém, ao mez, não lhes é facultado pedir o salario depois de decorridos tres mezes de inacção. Os salarios dos advogados, procuradores e escrivães prescrevem tres mezes apóz a sentença final (ord. 1, 79, § 18; tit. 84 § 30, tit. 92, § 18); mas, uma vez reduzidas a contracto escripto as estipulações desses salarios, a prescrição é a trintenaria. A obrigação de pagar o damno causado prescreve em trinta annos apóz a pratica do acto delictuoso (lei de 3 de Dez. de 1841, art. 36). As dividas passivas da fazenda nacional pedem cinco annos para sua

prescrição e as activas, quarenta (dec. de 12 de Novembro de 1851, arts. 1.º e 12). Os depositos de ausentes nos cofres publicos são adquiridos para a fazenda nacional, si até trinta annos depois da entrada não forem reclamados.

A prescrição interrompe-se pela citação feita ao devedor, ainda que perante juiz incompetente, (Reg. 737, art. 59), pelo protesto lavrado pelo credor e pelo reconhecimento expresso ou tacito da divida, offerecido pelo devedor.

A prescrição não corre contra os menores de quatorze annos; depois dessa idade supportarão elles o onus da prescrição, porém lhes resta, no direito civil, não no commercial, o recurso extraordinario da restituição (ord. 4, 79 § 2). Nem tambem correrá contra os que se acharem a serviço militar, por occasião de guerra. A estes concede a lei, além do tempo da duração da guerra, mais um anno de sobrecellente, para, sómente depois d'elle, começar-se a contar a marcha da prescrição (cod. commercial brasileiro, art. 452) (1).

A prescrição só pôde ser renunciada depois de adquirida; mas, ainda assim, essa renuncia, sendo feita por um dos devedores solidarios ou por um dos condevedores de credito indivisivel, não poderá ser opposta aos outros, porquanto, em ambas as hypotheses indicadas, cada con-

(1) O codigo suizo das obrigações accrescenta á categoria dos direitos imprescriptiveis, os creditos dos esposos, enquanto durar o casamento, os dos impedidos de fazel-os valer perante um tribunal suizo, e aquelles de que o devedor é usufructuario, enquanto durar o usufructo (art. 153). Tambem não prescrevem as obrigações garantidas por penhor. As hypothecarias são regidas pelo direito cantonal (art. 146), que, é desfavoravel a prescrição desta especie. O codigo civil de Zurich não admittre prescrição contra creditos hypothecarios (art. 425). Por nosso direito a prescrição das hypothecas é a mesma da obrigação principal (dec. 997, art. 11 § 7, 2.ª parte e seu regulamento, art. 231).

Tambem na Inglaterra como na França, na Italia, etc., não corre a prescrição contra os menores. O direito inglez isempta igualmente a mulher casada, os alienados, os ausentes além dos mares (*beyond seas*), apezar de terem representantes, e esse favor estende-se até dez annos depois de cessado o impedimento. Valerá, comtudo, contra essas pessoas a prescrição de quarenta annos (a prescrição

socio na passividade da obrigação tem competencia para melhorar, mas não para peiorar a condição dos outros. E igualmente a renuncia do credor principal não prejudicará ao fiador (1).

A prescrição deve ser allegada pela parte a quem aproveita e não supprida pelo juiz, porque é um favor que pôde ser rejeitado e que não deve ser imposto á vontade daquelle a quem beneficia (2). Infundadamente Troplong critica esta doutrina que nos foi legada pelo direito romano, dizendo que todas as acções são temporarias e, portanto, o juiz não deveria acceitar aquella que, pelo lapso de tempo, extinguiu-se, a menos que o beneficiado expressamente recusasse acceitar a prescrição. Mas, além da razão em contrario a que acima alludi, apoiado no character beneficente da prescrição donde resulta o principio estatuido no direito romano *invito non datur beneficium*, pondere-se que a inacção prolongada do credor é que determina a prescrição da divida, e essa inacção cumpre ser demonstrada, ignorando o juiz si ella se deu, não podendo a *prima facie* affirmal-a sómente pela inspecção das datas.

A prescrição têm echoado no direito internacional privado, provocando conflictos legaes, oriundos da variação dos principios adoptados para regulal-a nos diversos

---

commum do direito inglez é de vinte annos). Além disso, começando a correr uma prescrição contra pessoa capaz, não se interromperá pela superveniencia da incapacidade. Si o devedor ausenta-se da Inglaterra antes de vencida a divida, o prazo da prescrição conta-se de sua volta; si porém, ausentou-se depois, não haverá solução de continuidade na successão do tempo. Para interromper a prescrição de um devedor cujo domicilio é desconhecido, o credor cita-o perante a justiça e envia uma cópia da citação ao Supremo Tribunal. (Glasson *op. cit.* vol. VI, p. 334-385).

(1) Código civil francez, arts. 2220 e 2225; italiano, 2107 e 2112; suíço das obrigações, 159; argentino, 3963 e 3965; hollandez 1989 e 1984; da Luiziania, 3429. E' claro que só pôde renunciar a prescrição quem pôde alienar.

(2) O cod. civil hespanhol silencia sobre este ponto, mas, dos termos de suas disposições, se conclue a doutrina opposta que mereceu os applausos de Troplong. Porém a generalidade dos outros codigos auctorisa a doutrina exposta no texto: cod. civil francez, art. 2223; hollandez 1987; da Luiziania, 3425; italiano, 2109; suíço das obrigações, 160. No mesmo sentido o direito inglez..

systemas juridicos. E' facil, realmente, que as leis se ponham, reciprocamente, em antinomia, pois que não se acham em accordo em muitos de seus pontos fundamentaes. O prazo da prescripção negativa ou liberatoria, é de trinta annos em nosso direito, pelo francez, pelo italiano; é de vinte pelo inglêz; de dez pelo russo, não falando sinão do preceito geral. O requisito da boa fé acha-se rejeitado pela grande maioria dos codigos, em respeito á prescripção de que agora me occupo; no emtanto, o portuguez exige essa condição, quando o transcurso de tempo não attinge a trinta annos. O direito francez, como o italiano, aceita a interrupção da prescripção pela propositura da acção perante o tribunal incompetente, mas não a tolera quando a citação se acha inquinada por um vicio de forma. Segue a mesma doutrina o codigo hollandez. O argentino, porém, não faz essa distincção, nem tambem o suizo das obrigações.

Sobre quaesquer desses pontos, que são essenciaes na theoria da prescripção, são faceis e têm sido frequentes os conflicts legaes e as duvidas. E' necessario, portanto, que o julgador tenha um criterio seguro para fazer ressaltar o direito nitido e forte do embate dos interesses.

A jurisprudencia franceza tem adoptado, como norma, que a prescripção das obrigações se regule pela lei em vigor no domicilio do réo, (1) ou, melhor, do devedor, no momento em que a acção é intentada. Este modo de decidir funda-se no principio verdadeiro de que o vinculo obrigacional, silenciando as partes, determina-se pelo direito do lugar em que se constituiu a obrigação e o concernente á execução pelo direito do lugar onde esta se opera. Mas pode-se arguir: a prescripção não estará tam intimamente relacionada com o vinculo obrigacional, de modo a

---

(1) Decisão do tribunal civil do Sena, no *Journal de droit international privé*, 1894, p. 145; outra decisão do mesmo tribunal, *ibidem*, p. 511. Similhanamente sentenciou a commissão judiciaria russa no Levante, *ibidem*, 1893, p. 619.

alteral-o pelo simples transporte da obrigação de um para outro systema juridico? Alguem acceita uma obrigação de outrem, certo de que sómente depois de um certo numero de annos se extinguirá ella. Conserva-se despreoccupado e quieto, aguardando os ultimos momentos da vitalidade de seu direito, para revigoral-o, interrompendo a prescripção, ou fazel-o effectivo pelo recebimento do que lhe é devido. Mas, nesse meio tempo, o devedor domiciliou-se em um paiz cujo prazo prescripcional era mais curto, e, quando o credor desperta e vem em seu encalço, elle responde, abroquelado com a lei local, que está isempto da obrigação contrahida. E, penso eu, não deve o direito internacional privado, que é um depurado transumpto da justiça humana, relativa sim, mas tendendo a um ideal de perfectibilidade, não deve o direito internacional privado patrocinar a causa desse devedor que não tem por si a justiça.

Supponha-se uma interrupção de prescripção dada em systema juridico que a considera valida, ainda que a citação contenha vicio de forma susceptivel de ser coberto. Essa interrupção deve produzir seus naturaes effectos, ainda que o devedor mude seu domicilio para um paiz onde tal modo de interrupção seja inconsequente. Mas, então, ver-se-á um poncto secundario da theoria e um incidente da marcha da prescripção originando effectos mais latos e mais seguros do que um poncto fundamental da theoria e um elemento essencial da marcha dessa mesma prescripção.

Acredito que melhor decisão seria aquella que julgasse a prescripção de accordo com a constituição do vinculo obrigacional, regulando-se pela lei do logar em que originou-se a obrigação.

---

## CAPITULO VI

### Consequencias da inexecução das obrigações

#### § 53

##### PERDAS E DAMNOS

Não cumprindo a obrigação ou cumprindo-a imperfeitamente, responde o devedor por perdas e danos, a menos que não prove achar-se isempto de culpa ou falta. Nas obrigações de fazer, poderá, de preferencia, ser auctorisado o credor a fazer executar a prestação á custa do devedor. Similhanamente, nas obrigações negativas poderá fazer-se auctorisar a supprimir, á custa do devedor, a contração de que este se tornou culpado <sup>(1)</sup>

Ordinariamente o devedor responde por toda falta de que resulte prejuizo ao credor, mas deve essa responsabilidade ser menos rigorosamente apreciada, quando se tracta de uma liberalidade sua. Embóra a vontade manifestada entre os contractantes tenha para elles força de lei, comtudo, como não é admissivel que, por seu alvedrio, possam derogar preceitos de ordem publica, serão nullas as estipulações tendentes a eximir previamente o devedor de toda responsabilidade por seu dolo ou culpa grave.

Chamam-se perdas e danos ou perdas e interesses, os prejuizos occorridos ao credor, tanto os que effectivamente lhe diminuem o patrimonio (*damnum emergens*), quanto os simplesmente previstos no momento de celebrar-se o contracto (*lucrum cessans*). *Quantum mihi abest, quantumque lucrare potui*, disse Paulus (D. 46, 8, fr. 13).

---

(1) Codigo civil francez, arts. 1143 e 1145; federal das obrigações, 112; italiano, 1221 e 1222.

Avaliam-se esses prejuizos de accordo com as circumstancias.

A imperfeição da execução pôde resultar de defeitos ou vícios da cousa (desde que sejam da natureza dos chamados *redhibitorios*) da prestação incompleta e da *mora*.

Chamam-se vícios redhibitorios os defeitos do objecto quando ignorados e de ordem a tornal-o improprio para o uso a que é destinado. Pôde o credor rejeitar o objecto que achar-se nessas condições, ou, encampando-o, pedir a diminuição proporcional do preço.

Mora é o retardamento na execução da obrigação. Não se tendo fixado um prazo para o seu início, opera-se a mora, por direito patrio, desde a interpellação, embóra extra-judicial. E' costume estipular que se pagarão juros depois da mora, mas, não havendo estipulação, é preciso que haja interpellação judicial, para começarem a correr os juros da lei (cod. commercial brasileiro, arts. 138 e 248). Inutil parece alongar-me sobre estes dois casos, sobre os vícios redhibitorios e sobre a mora, porque mais opportunamente irão sendo considerados, nos logares convenientes, a proporção que forem surgindo as hypotheses.

Para obter essas indemnisações consequentes à inexecução ou execução imperfeita da obrigação, é o credor provido de acção competente contra o devedor relapso. Vencido este na demanda, será obrigado a pagar ou nomear bens a penhora, nas vinte e quatro horas seguintes (reg. 737, art. 507; dec. 848, art. 256). Não o fazendo effectuar-se-á sempre a penhora, passado o respectivo mandado, recalhando ella em tantos bens quantos bastem ao pagamento (reg. cit. art. 513; dec. cit., art. 262). O executado que occultar bens para não serem penhorados, ou, por dolo deixar de os possuir, será preso, até que delles faça entrega ou do equivalente; ou até um anno, si antes não entregar (cit. reg. art. 525; cit. dec. art. 268). Nosso

direito não admitte mais a prisão por divida a não ser neste caso, no de insolvencia dolosa que lhe é semelhante (codigo penal, art. 337) e no de fallencia fraudulenta ou culposa (cit. codigo, art. 336) para cuja declaração podem concorrer dividas civis com as commerciaes. A' mesma orientação obedeceram as legislações occidentaes com excepções raras (1).

A declaração de fallencia é outra consequencia da inexecução de obrigações, mas applicando-se, por direito patrio, sómente aos commerciantes, e por effeito de não pagamento de obrigação mercantil liquida e certa, embóra com ellas seja admissivel que concorram as civis, que só por si não auctorisam, entretanto, a constituir alguém em estado de fallencia.

---

(1) A *contrainte par corps* foi supprimida em França, pela lei de 22 de Julho de 1867; na Belgica, pela de 27 de Julho de 1871; na Suiça, pelo artigo 59 do estatuto de 9 de Maio de 1874; na Noruega, pela lei de 3 de Junho do mesmo anno; na Suecia, pelo codigo de processo civil (10 de Agosto de 1877); na Italia, pela lei de 6 de Dezembro de 1877. Entretanto restam ainda em todas essas legislações, como na brazileira, alguns casos excepçionaes de execução pessoal (Vide o *Annuaire de legislation étrangère*, vol. VII, p. 418 e segs.).

Na Inglaterra, porém, ainda subsiste a prisão por dividas, em muitos casos; não mais como pena e sim como meio compulsorio de conseguir o pagamento da divida (Vide Glasson, *op. cit.*, vol. VI. Pag. 410 e segs.).





SEGUNDA PARTE



# SEGUNDA PARTE

## CAUSAS GERADORAS DAS OBRIGAÇÕES

### SECÇÃO PRIMEIRA

#### Theoria geral das causas geradoras das Obrigações



### CAPITULO I

#### Theoria dos Contractos

Der Tauschverkehr lässt sich als die oekonomische Vorschung definiren, welche jedes Ding (Sache, Arbeitskraft) an den Ort seiner Bestimmung bringt.

JHERING: *Der Zweck im Recht.*

### § 54

#### FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRACTO

O preclaro jurista inglez, a quem tanto deve a archeologia juridica, disse, uma vez, que a sociedade moderna distinguia-se, principalmente, da antiga pela grande parte que n'ella occupam os contractos. «Entre os povos primitivos, accrescenta elle, o individuo cria bem poucos direitos e deveres; as regras a que obedece surgem das condições em que nascem ou das ordens dadas pelo chefe de sua familia, restando pouco espaço para os contractos. O dever de manter a propria palavra, é uma das conquistas mais lentas da civilisação» (1).

(1) Sumner Maine, — *L'ancien droit*, trad. de C. Seneuil, p. 238.

Não constata o trecho, que acaba de ser transcripto, sómente uma situação economica; caracteriza tambem um estado ethico. O collectivismo social, traduzindo-se economicamente, pela communhão dos haveres, não permittia os pactos individuaes; nem o senso moral havia ainda inclinado os espiritos no sentido de julgar-se uma deshonra o menoscabo pela palavra empenhada.

Os grupos primitivos preferiam tomar aquillo de que necessitavam a obtel-o por troca. Gaius nos atesta que os romanós consideravam de melhor titulo a propriedade que tomavam aos inimigos. Mas esse reinado de luctas continuas não poderia perdurar indefinidamente, sem que fosse sacrificada a humanidade. Foi preciso achar caminhos por onde se podesse salvar a sociabilidade, condição essencial para a vida humana. Quem diz vida humana diz implicitamente co-existencia social. Entre os diversos factores que concorreram para esse resultado, occupa logar saliente o contracto, ou, si preferirem, o commercio, tomada esta palavra em uma accepção mais lata do que a que lhe é commumente assignada em direito.

Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoismos em lucta. E' certamente esta a primeira e mais elevada função social do contracto. E, para avaliar-se de sua importancia, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguem dirá que seja o contracto o unico factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal d'elles, o mais geral e o mais forte; mas impossivel será desconhecer que tambem lhe cabe essa nobre função civilisadora. Vêde uma creança em tenra idade. Appetece um objecto com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebatá-lo, n'um impeto de insoffrido

egoismo, das mãos frageis que o detém. A experiencia, porém, pouco a pouco, lhe ensina que encontrará resistencias, sempre que assim proceder. Sua conducta vae amoldando-se ás circumstancias e, em vez de apoderar-se á força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, exgottados os meios brandos, passará, então, á violencia ou aos gritos, ultimo recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, si não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião publica, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a féra que cada homem traz dentro de si.

Individualizado o contracto, obteve outra significação que se veio collocar ao lado da primeira. Passou a ser um dos modos de affirmar a individualidade humana. Quanto mais variam os contractos, quanto maior é o numero de bens sobre que elles versam, tanto mais forte e extensa é a personalidade individual, tanto mais vasto é o granel de utilidades que ella tem a seu dispor.

Desprendida a personalidade individual da nebulosa do collectivismo primitivo, robustecida, enlarguecida, toma o vôo, como uma prole implumada que abandona as calenturas enervantes do ninho, e começa, por meio dos contractos, na faina de aproximar as utilidades creadas ou apprehendidas das necessidades sentidas. E para realizar essa empreza vae progressivamente estendendo o circulo de sua acção. Hoje um povo, amanhã um grupo de nações visinhas, mais tarde um continente e finalmente o globo inteiro recebem as malhas vigorosas da rede immensa do commercio.

Por meio do contracto, o habitante do extremo da Asia ou da Australia e o que vive sob o céu americano, onde brilha a luz branca da estrella polar ou onde resplandece a constellação do cruzeiro, constata a congruencia de seus interesses, associam-se, ainda que momentanea-

mente e sem que jamais se vejam, entram numa cooperação para o fim de satisfazerem ás proprias necessidades. Embóra não se conheçam, si não como armazens de onde se expedem e para onde se dirigem mercadorias, a confiança se estabelece entre ambos, longa e profunda, facilitando as transacções, centuplicando as energias.

Assim, para ser applicada em sua maior latitude a grande lei economica da divisão do trabalho, necessita de vasar-se pela fieira dos contractos. E igualmente para receber força intensiva terá de recorrer, forçosamente, ao mesmo e inevitavel expediente. Na mesma construcção, na mesma fabrica, num estabelecimento industrial de qualquer natureza, os diversos individuos chamados ao seu serviço, operam em combinação, porque seus interesses coincidem. Sem essa combinação de esforços, sem essa convergencia de interesses, não teria andamento a empreza. Mas para constatar praticamente esses interesses e fazel-os subordinar ao fim visado pelo empregario, só ha, hoje, um meio que é o contracto.

Claro é que em todas as hypotheses aqui figuradas, os egoismos que entráram em accordo, poderão passar á divergencia, é mesmo natural que assim aconteça. Cada qual tentará extrahir, do outro, a maior somma de utilidades possivel, em tróca da menor quantidade de mercadorias, de dinheiro ou de serviço. Poderá mesmo cessar, para um dos lados, todo o interesse para a execução do contracto, uma vez que já hauriu delle as vantagens que ahi fôra buscar, em quanto que a outra parte, cujo interesse não se alterou, desde o momento da formação do contracto, que ainda não colheu os beneficios almejados, se não poderá resignar a que a convenção se dissolva, nesse momento, porque tal dissolução seria o vilipendio de seus esforços e de suas aspirações, em relação ao objecto do contracto. A intervenção do direito se faz necessaria nesse momento em que a falta de congruencia actual dos inte-

resses ameça impedir a execução das obrigações contrahidas. (1)

Em nome de um interesse mais alto, elle vem sustentar o contracto uma vez firmado; sem elle, os accordos raramente se executariam, quando constassem de alguma relação mais extensa do que uma simples permuta concluida num só acto.

E como as partes contractantes querem assegurar seus *desiderata*, pondo-os a coberto das nuanças, das variações dos interesses e da coacção da força physica, recorrem ao poder publico, isto é, ao direito.

### § 55

#### NOÇÃO DE CONTRACTO

Os actos humanos ou se realisam dentro da esphera do direito, em harmonia com elle, produzindo effeitos juridicos e, por isso, denominam-se *actos juridicos*, ou emergem fóra do ambito do direito, embóra nelle possam echoar por suas consequencias, e merecem, então, o nome de *extra-juridicos*. Estes ultimos, algumas vezes, contrariam os fins do direito e offendem as normas leaes: são os *actos illicitos*. Outras vezes se passam sem repercussão directa na abobada acustica do direito: são os *actos juridicamente indifferentes*. Ainda outras vezes ladeiam os actos juridicos, roborando-os, modificando-os, confundindo os respectivos echos ou, inversamente embaraçando-os, combatendo-os, mas sempre tendendo a uma harmonia finalistica ulterior, não raro despercebida: são os *actos moraes*, no sentido restricto da expressão.

Os actos juridicos apparecem por todas as secções do direito, publico ou privado, externo ou interno, consti-

(1) Conf. Jhering, — *Der Zweck im Rech*, I B., p. 72.

tuindo a parte activa e funcional do direito, cuja dilatação, intensidade e vigor delles directamente dependem. Os varios modos pelos quaes as nações ou os individuos adquirem, modificam ou extinguem direitos, são actos juridicos. Sua organização systematica é a physiologia do direito.

Entre os actos juridicos, estão os contractos, por meio dos quaes os homens combinam os seus interesses, constituindo, modificando ou solvendo um vinculo juridico (1).

Costumam os tractadistas notar que o contracto se distingue da pollicitação, porque nelle se dá um concurso de vontades, emquanto que, nesta ultima, não ha mais do que uma promessa não acceita ainda, ou mesmo cuja accettazione é irrealisavel. *Pollicitatio est solius offerentis promissio*. Entretanto, a pollicitação, quer tome-se a palavra, na accepção geral de proposição inicial de um contracto, quer na de promessa a uma cidade, significação technica do direito romano, poderá produzir vinculo obrigatorio, como se verá melhor, no segundo capitulo desta secção do presente livro. Convém, entretanto, desde já consignar que, para a nomeação de prazos e para doações puras feitas por escriptura publica, o direito patrio dispensa a accettazione do beneficiado para a perfeição do acto (ord. 4, 37 § 2 e 63, pr.).

Outros como Vidari, Gerber e Thoel, lembram que o contracto tambem differe da promessa de um futuro contracto, o qual não produz effeitos juridicos, salvo si houve indicação exacta da natureza e das condições porque, então, haverá logar para a indemnisação de perdas e danos, como se vê no codigo civil geral d'Austria,

---

(1) O ultimo membro desta definição, é, com alteração minima, tirado do codigo civil italiano, art. 1098, onde se define o contracto *l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere un vincolo juridico*. Para o codigo civil argentino, o contracto é o *acuerdo sobre una declaracion de voluntá comum, destinada a reglar derechos*. As noções dadas pelo codigo civil francez e pelo portuguez são incompletas.

art. 936 (1). Não é mais uma hypothese de promessa unilateral produzindo uma relação obrigatoria de direito. E' antes uma obrigação de equidade, resultante de um acto licito em principio, mas que propende para um reprovavel e damnoso desprezo da boa fé com que uma das partes entrou para a formação desse acto.

Os romanos distinguiam a convenção, o pacto e o contracto. Convenção era um termo geral, o genero, dentro do qual se incluíam as especies: — pacto e contracto. *Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt* (D. 2, 14, fr. 1 § 3). O pacto era uma convenção incapaz de produzir, em rigor, força juridicamente vinculante, por lhe faltar a sancção da lei civil. *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus* (D. 2, 14, fr. 1 § 2). Si, porém, o direito civil havia reconhecido a convenção, dando-lhe uma forma, attribuindo-lhe effeitos obrigatorios e munindo-a de uma acção sancionadora, então, a convenção era um contracto, cuja função de vincular, é bem claramente indicada pelo vocabulo — *contractus* (de *contrahere*, — unir).

Estas distincções, não têm mais hoje cabimento. Mesmo no direito romano, ellas se annullaram quasi, nos ultimos tempos, com os pactos pretorios, os legitimos e os adjectos, que eram providos de sancção e cuja criação restringiu, sobremodo, o dominio dos pactos nus que, aliás, podiam servir de base a uma excepção. *Nuda pactio obligationem non parit*, proclama o direito romano, *sed parit exceptionem* (D. h. t. fr. 7 § 2).

(1) Vidari. — *Diritto commerciale*, Vol. III, p. 193; Gerber, — *System* § 164.

## § 56

## CONDIÇÕES NECESSARIAS PARA A VALIDADE DOS CONTRACTOS

Para que os contractos tenham efficacia juridica, será necessário que se perfaçam, segundo certas normas e condições que dizem respeito, umas aos contractos propriamente e outras aos contrahentes, pelo que se podem chamar as primeiras condições e normas *objectivas* e as segundas, *subjectivas*.

As condições *objectivas* essenciaes são: 1.<sup>a</sup>, que o contracto se revista de uma forma talhada pelo direito, quando, para sua validade, ou, siquer para sua prova, tal fór exigido. Ha contractos que se completam pelo simples accordo dos interessados; outros exigem a forma escripta, particular ou publica; finalmente um existe, no direito privado, que reclama solemnidades especialissimas:—é o casamento; 2.<sup>a</sup>, que a obrigação resultante do contracto tenha, por objecto, alguma coisa determinada, ainda que de modo generico, possível, licita, não contraria á lei nem ao direito de terceiro.

As condições *subjectivas* são: 1.<sup>a</sup>, a capacidade das partes contractantes; 2.<sup>a</sup>, o seu accordo ou consentimento reciproco.

O codigo civil francez, arts. 1108 e 1131, o italiano, 1104, o hespanhol 1261, e o nosso commercial, 129 § 3.<sup>o</sup> acrescentam, como condição para a validade dos contractos, — uma causa licita para a obrigação que por elle se estabelece. E' ociosa essa clausula e sómente propria para gerar confusões em um assumpto juridica e psychologicamente claro. Si a causa de que se tracta pôde ser distincta do motivo do contracto, o que é já um pouco subtil, em que poderá consistir?

E deve distinguir-se mesmo, pois que o motivo dos contractos é geralmente calado, sendo na maioria dos

casos o interesse vario de cada um dos contractantes, e, em casos raros, um impulso altruistico. De que se tracta então? Nos contractos bilateraes, dizem os escriptores francezes, secundando o codigo Napoleão nas obscuridades atiradas sobre toda a theoria das obrigações, nos contractos bilateraes, a causa se duplica, sendo, ao mesmo tempo, causa e effeito. Para cada uma das partes contractantes é a cousa que a outra se obriga a dar-lhe. Singular causa esta que não antecede a seu effeito, co-existindo com elle, com elle surgindo n'uma simultaneidade que pouco recommenda a logica dos juristas que a postulam pelo modo exposto. Nos contractos unilateraes mais patente se revela ainda a incongruencia de similhante doutrina. « Qual é a causa da obrigação do mutuario? interroga Laurent. Sua obrigação de restituir a cousa tomada por emprestimo, responde elle, tem sua causa na entrega que della lhe fez o mutuante » (1). Mas quem não vê que a causa dessa obrigação é o contracto mesmo? E si a causa da obrigação é o contracto, porque scindil-a e deslocal-a por essa forma desastrosamente illogica? Ainda mais. Nos contractos beneficos, diz gravemente Domat « a obrigação do que dá tem seu fundamento em um motivo razoavel e justo, como um serviço prestado, ou, simplesmente, o prazer de fazer o bem ». Mas isso é o motivo do contracto, não o da obrigação, é o fundamento da cónvenção, a causa que a determinou, e não absolutamente causa da obrigação, a qual está, exclusivamente, no contracto benefico realisado. E' tal a incongruencia desta theoria que o citado Laurent, depois de expol-a, couvém em que ella seja pouco exacta e pouco juridica. Merece que seja posta de lado essa argucia. E assim pensaram os auctores do codigo civil argentino, do codigo suiso das obrigações, do projecto allemão

---

(1) Laurent, — *Cours élémentaire de droit civil*, vol. II, p. 586.

e mesmo do código civil portuguez, que não contemplaram essa condição da causa para a validade dos contractos.

### § 57

#### DA CAPACIDADE PARA CONTRACTAR

«Capacidade, escrevi n'outro livro, é a aptidão que tem a pessoa para exercer por si os actos da vida civil. E' um attributo essencial da personalidade; é o modo pelo qual ella se exercita. Si em todo o vigor se manifesta a personalidade, a capacidade é plena, si enfraquecida por qualquer circumstancia, è menos plena. A capacidade é a regra geral, as incapacidades devem ser declaradas por lei» (1).

Em relação aos contractos são feridos de incapacidade: os menores, os alienados, as mulheres casadas, os prodigos interdictos e os commerciantes fallidos (2).

Os menores e os maiores privados de sua capacidade se poderão entretanto obrigar, por intermedio de seus representantes legaes, exclusivamente ou com auctorisação do juiz.

Devem distinguir-se os menores orphans dos filhosc-familias. Aquelles estão sob tutela e são representados pelos tutores, em quanto impuberes, ou simplesmente auctorisados a figurar nos actos da vida civil, si ja alcançaram a puberdade. Nos actos de grande relevancia, além do consentimento do tutor, é necessaria a licença do juiz, para que o acto tenha validade juridica. Os menores filhosc-familias estão sob o patrio poder e são, por isso, incapazes de praticar validamente os actos da vida civil; mas, em

(1) *Licções de legislação comparada*, p. 40.

(2) Nossa lei não consagra, em materia de contracto, a incapacidade do surdo-mudo que não sabe dar-se a entender por escripto, o que aliás é estabelecido pelo código civil argentino, art. 51 § 4 e 1160; pelo hespanhol, art. 1263, e outros. Mas é claro que, em attenção a fórma dos contractos, poucos serão facultados a esses surdos-mudos.

relação a seus bens próprios e exclusivos (os chamados peculios castrense e quasi castrense), os filhos podem contrahir responsabilidades *ex vi* da ord. 4, 50 § 3, bem que o código commercial lhes negue capacidade para contractarem (art. 1.º § 3). Esta antinomia, resulta de que as ordenações legislaram para um tempo em que a maioridade não dava capacidade, e, pois, tinha uma explicação a theoria dos peculios. Também, si tiverem dezoito annos e forem auctorisados por seus paes, tornam-se capazes de commerciar e portanto, de contractar livremente, como si fossem maiores (Cod. commercial brasileiro, art. 1.º n. II).

A mulher casada é considerada capaz em relação aos bens que lhe forem doados ou deixados por herança, sob a condição de ter ella a livre disposição delles; em relação áquelles que, por pacto antenupcial lhe forem reservados com a mesma clausula; e em relação áquelles que reivindicar da concubina do marido (1). Acresce ainda que a mulher pôde ser curadora de seu marido interdito, por demencia ou prodigalidade, e, neste caso, tem capacidade para alheiar bens moveis, fazer as compras necessarias para a manutenção da familia e praticar actos de administração (ord. 4, 103 §§ 1 a 3). A mesma faculdade lhe é conferida, quando o marido se acha em logar remoto e não sabido (ord. 1, 90). Finalmente, a mulher commerciante, nos termos do código commercial, art. 1.º n. IV, tem capacidade para exercer todos os actos de commercio. Porém só áquellas que já antes do casamento eram commerciantes, será permittido hypothecarem os bens dotaes (dec. de 24 de Jan. de 1890, art. 60).

A incapacidade dos prodigos interdictos, só se estende ao que affectar sua propriedade. Pódem, portanto, celebrar

---

(1) Ord. 4, 46, pr. e 4, 66. Vide mais detalhadamente sobre a capacidade restricta da mulher casada, Lafayette. — *Direitos de familia*, §§ 41 a 49 e minhas *Licções de legislação comparada*, p. 122 a 125, onde se indicam os principios geraes sobre essa incapacidade.

quaesquer contractos que não envolvam compromissos em relação aos bens; pôdem, por exemplo, contrahir casamento, celebrar pactos antenupeiaes, não sendo para regular o regimen dos bens no casamento, e outros.

A incapacidade do fallido se restringe exclusivamente ao que se refere directa ou indirectamente aos *interesses, direitos e obrigações da massa fallida* (dec. 917 de 24 de Outubro de 1890, arts. 17 a 35).

As pessoas juridicas contractam por intermedio de seus syndicos ou administradores.

Além dessas incapacidades de carácter geral, outras ha de caracter puramente parcial. Assim é que, a certas pessoas, perfeitamente capazes, vêda-se o exercicio do commercio. Estão nestas condições os governadores ou presidentes dos Estados, o presidente da Republica, os commandantes das armas, os magistrados, os officiaes de fazenda dentro dos districtos em que exercerem as suas funções, os officiaes militares de terra e mar, salvo si forem reformados e os dos corpos policiaes (Cod. commercial brasileiro art. 2.º; Cod. penal, art. 233). Esta prohibição, porém, não se estende aos contractos civis nem á posse de acções de companhias mercantis, salvo si, por taes actos, essas pessoas vierem a se constituir devedoras de algum subalterno, tomal-o por fiador ou contrahir com elle obrigação pecuniaria, porque, nestes casos, incorrerão nas penas do art. 234 do codigo penal (1).

Assim tambem o tutor não pôde adquirir, por si ou por interposta pessoa, por contracto particular ou em hasta publica, os bens de seu pupilo. Será nullo o acto, e o tutor incurso nas penas do art. 232 do codigo penal. A mesma prohibição e as mesmas penas são decretadas para os peritos, avaliadores, partidores, contadores, juizes, escrivães, testamenteiros, administradores de massas fallidas

---

(1) Suspensão do emprego por tres a nove mezes e multa de 5 a 20 %, da quantia da divida, fiança ou obrigação.

que procurarem *entrar em especulação de lucro ou interesse ou haverem para si* bens em cuja administração, disposição ou guarda devam intervir em razão do cargo.

Finalmente, os paes não podem validamente contractar com os filhos, quando desses contractos resultar fraude às legitimas dos outros filhos ou descendentes.

As incapacidades de contractar são mais extensas no direito inglez. Além dos menores, das mulheres casadas, dos alienados, dos surdos mudos e dos fallidos, include a lei ingleza, no numero dos incapazes de contractar, os cegos, as pessoas em estado continuo de embriaguez, os estrangeiros cuja nação achar-se em guerra com o povo britannico, os condemnados e certas associações que não estão em estado de corporação. O legislador britannico, em relação aos menores, leva seu rigor ao ponto de isemtal-os de toda acção ainda que, depois de maiores, reconheçam uma divida ou ratifiquem um contracto subscripto durante a menoridade (1).

Na Italia, o condemnado ao *ergastolo* ou à reclusão por um tempo excedente a cinco annos é, durante a execução da pena, collocado em estado de interdicção legal, e, quanto á administração de seus bens, lhe são applicaveis as leis da curatela. Além disso, fica o condemnado ao ergastulo privado do patrio poder, da auctoridade marital, da capacidade de testar. E' o restabelecimento da morte civil que havia sido retirada das legislações modernas, com excepção da Russia. Não penso que mereçam muitos applausos esses castigos draconianos da lei italiana (cod. penal, art. 33), apesar de vel-as adoptadas no projecto do codigo criminal para a Republica dos Estados-Unidos do Brazil, art. 62, trabalho do illustrado criminalista patrio, Dr. João Vieira de Araujo.

Em Zurich (cod. civil art. 730), tambem os condem-

---

(1) Glasson, — *Op. cit.*, vol. VI, pag. 373.

nados à reclusão são incapazes, que incidem sob tutela, mas não mortos civis. Perante o direito penal brasileiro vigente, a prisão celluar maior de seis annos acarreta interdicção, mas sem reflexo sobre os direitos de propriedade e de familia (cod. penal, art. 55).

Em relação á incapacidade dos menores, o direito americano do norte é menos rigoroso do que o inglez posterior ao estatuto de 7 de Agosto de 1874, cujas prescripções já foram indicadas. Os menores, nos Estados-Unidos da America do Norte, onde vigora o direito commum, respondem pelos contractos celebrados para a obtenção de alimentos, roupas, remedios, instrucção, e por aquelles que lhes trouxerem proveito, dependendo a qualidade e a quantidade dessas satisfacções das circumstancias e da fortuna do menor. Além disso, o menor, chegando á maioridade, poderá confirmar ou repudiar, expressa ou tacitamente, o contracto celebrado na menoridade, e, ratificado elle, produzirá todos os effeitos juridicos (1).

A capacidade dos estrangeiros, para contractarem, será estabelecida pelas leis dos respectivos paizes (Reg. 737, art. 3.º § 1.º, *Consolidação*, art. 408 e nota; cod. suiso das obrigações, art. 822).

## § 58

### DA PROPOSTA E DO CONSENTIMENTO

Na formação dos contractos, como na de outros actos licitos, destacam-se momentos da elaboração interna ou meramente psychica e momentos de elaboração externa.

Eu sinto-me inclinado a comprar um objecto que vi e do qual me convém ser proprietario. Resisto ou cedo logo ao impulso do desejo que me arrasta para o objecto, discuto as vantagens e desvantagens da obtenção e, afinal, minha

(1) Smith, — *Elements of the laws*, p. 141 a 146.

vontade, cedendo á solicitação dos motivos mais fortes, vae a traduzir-se em acto. Suppondo que venceu o desejo de possuir o objecto em questão, eu começo a externar minha volição, propondo, a alguém que possui o que eu ambiciono, que se resolva a m'ò ceder. Na mente desse alguém suscitará a minha proposta as mesmas phases de elaboração psychica por que o pensamento passou em meu espirito, até que sua vontade convirja ou não para o ponto em que estacionou a minha. Si convergir, será que nossos interesses, ou o que se nos afigura tal, realisáram seu encontro harmonico, acham-se em congruencia actual. Para mim era mais util, no momento, possuir o objecto em questão do que a somma a desembolsar ou o serviço a prestar; para o possuidor do objecto, era mais vantajoso do que possuil-o receber o que eu lhe offerecia. Com a manifestação em convergencia de nossas vontades inicia-se o contracto. Virão em seguida a sua forma juridica, sua modalidade, as condições, as obrigações decorrentes, a execução, as acções que asseguram a exigibilidade das obrigações, os incidentes da recisão, da nullidade, da prova.

Desta exposição vê-se que a elaboração do contracto transpõe o mundo mental com a proposta, offerta ou promessa, embóra se lhe sigam outros momentos internos realisados no espirito do solicitado. E, si a proposta é a força, psychica embóra, que vae determinar uma serie de movimentos por parte do solicitado, movimentos que podem ir até alterar o estado de seu patrimonio, é obvio que não deve ser recuada, arbitrariamente, da parte de quem a faz. E' a primeira conclusão a tirar da exposição que acaba de ser feita.

A outra conclusão é que a manifestação congruente das vontades, o consentimento reciproco, prendendo-se ás phases anteriores da elaboração psychica em cada individuo, sendo como que a natural eclosão a que chegaram

ellas, por um desdobraimento logico, participará forçosamente da pureza ou dos vicios que ahí se descobrirem. Muitas vezes acontecerá que a seriação das phases mentaes anteriores á declaração da vontade seja meramente illusoria, apparente, substituindo-se os élos que faltam por outros artificiaes e enganosamente engendrados, como nos casos de erro ou dolo, de violencia ou intimidação. Não se dá, nessas hypotheses, a concatenação natural e logica dos momentos psychicos, nem entre estes e os externos, de modo que estes ultimos se desprendam dos primeiros, por um desenvolvimento que attinge a seu periodo de floração. Tambem não se dá essa mesma elação necessaria á pureza dos contractos nos casos de simulação. O consentimento não é real nestes casos, não existe, ou, então, apresenta-se conturbado por elementos viciados. De um ou de outro modo, um dos elementos essenciaes ao contracto vem a diluir-se.

E' necessario, porém, encarar esses vicios do consentimento em separado, para melhor se mostrarem elles em funcção.

### § 59

#### DO ERRO

Erro é toda noção falsa sobre um objecto. Póde ser *essencial* ou *accidental*.

O erro essencial vicia o contracto em sua substancia. Os romanos diziam: *non videntur qui errant consentire*. Para que o erro se considere essencial, viciando substancialmente o contracto, é necessario que recaia sobre a natureza mesma do contracto, sobre o objecto a que elle visa, sobre as circumstancias que determinaram, principalmente, sua formação, sobre a pessoa,

quando foi em attenção a ella que se formou o contracto (1).

O erro accidental versa apenas sobre as qualidades secundarias do objecto, sobre os motivos do contracto, quando não são elles as circumstancias que o determinaram principalmente. Um erro desta categoria não tem força para infirmar o contracto (2).

O erro sobre o valor do objecto da convenção não será motivo para sua annullação; salvo si for tal que dê lugar a recisão por lesão enorme. Dando-se apenas um simples erro de calculo, terá logar a correção do erro, subsistindo o contracto (3).

Não me refiro ao erro de direito, porque elle, em regra, não aproveita a quem o commette, salvo si for um menor ou uma mulher, segundo as excepções do direito romano que se pôdem manter, pessoas que, aliás, são, ao menos em parte, feridas de incapacidade para contractar. Para a generalidade das pessoas vigora inflexivel a regra — *error juris nocet*, bem que não traduza ella absolutamente a realidade, pois que, no estado actual das legislações, é muito maior o numero dos que ignoram do que o dos conhecedores da lei. Nem se compadece com os nossos habitos mentaes e sentimentos esse rigorismo que nos legou o direito romano.

Quanto á distincção entre ignorancia e erro, bem que real, sob o poncto de vista da theoria dos conhecimentos, não offerece vantagem alguma para o direito, uma vez que os effeitos desses dois estados da consciencia, são perfeitamente identicos em relação á vida juridica.

(1) Código civil francez, art. 1110; italiano, 1109 e 1110; suiso das obrigações, 19 e 20; Coelho da Rocha, — *Inst.* § 100.

(2) Pothier, — *Obrigações*, vol. I, ns. 18 e 20; cód. suiso, art. 21.

(3) Cod. suiso, art. 23; hespanhol, art. 1236, 3.ª parte; projecto Coelho Rodrigues, art. 3.º.

## § 60

## DO DOLO

Entende-se por dolo o artificio ou expediente astucioso, empregado para conseguir-se a pratica de um acto, em proveito do proprio auctor da machinação ou de terceiro. Labeo definiu o dolo, de accordo com a noção aqui apresentada, pelos termos seguintes: *omnis caliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum; decipiendum alterum, adhibita* (D. 4, 3, fr. 1 § 2.<sup>o</sup>). E Ulpianus sub-screveu essa definição por consideral-a verdadeira.

O dolo realisa-se por omissão ou por commissão, e é principal ou incidente. Principal é o que foi causa efficiente do contracto: *Nullatenus contracturus si dolus defuisset*. E' incidente quando intervém accessoriamente ou indirectamente. Somente o dolo essencial annulla o contracto; o incidente dá logar somente á indemnisação por perdas e damnos, segundo edictam os codigos e doutrinam os escriptores (1). Tambem deve ter sido obra do contractante ou de terceiro conluiado com elle, para que vicie o contracto (2). Alguns codigos acrescentam que deve ser grave e occasionar um damno importante (cod. civil argentino, art. 932; hespanhol, 1270). Si o dolo é reciproco, elimina-se, e o contracto subsiste (cods. citados, mesmos arts.).

O dolo, como qualquer outro vicio do consentimento, deve ser provado. A boa fé sempre se presume, emquanto

(1) Coelho da Rocha,—*op. cit.* § 101; Pothier,—*op. cit.*, vol. I, n. 31; codigo civil argentino, art. 934; francez, art. 1116; italiano, 1115; proj. Coelho Rodrigues, 328.

(2) Pothier,—*op. cit.*, n. 32; codigo suizo das obrigações, art. 25; argentino, 935, 941 e 943; projecto Coelho Rodrigues, 332. «O dolo commetido pelo representante de uma das partes obriga o representado a restituir o proveito colhido do respectivo acto, mas dá-lhe acção regressiva para indemnizar-se do damno resultante dessa obrigação, contra o representante doloso, sem prejuizo da acção criminal que, contra o mesmo, possa competir, á outra parte no caso occurrente.» (cit. proj. art. 333).

um facto positivamente não nos auctorisa a affirmar sua inexistencia (1).

Antes de abandonar o assumpto deste paragrapho, sinto necessidade de fazer uma ligeira referencia ao hypnotismo que pôde ser um modo porque se manifeste a acção dolosa. Está longe de meus intuitos entrar na liça onde combatem as escholas de Nancy e da Salpetrière, o que seria descabido nesta occasião, si acaso eu tivesse competencia para dar o meu voto num debate em que especialistas como Delboeuf, Charcot, Morselli, Gilles de la Tourette, Liégeois, Liébault, se não acham de perfeito accordo. Apenas uma consignação da influencia possivel da hypnose sobre a formação dos contractos, é o que pretendo.

Admittindo que não seja facil illudir sempre com successo, como se poderia ser induzido a crer, jurando nas palavras de Bonjean (2), nos premunindo mesmo contra o que chama Delboeuf a legenda da obediencia passiva dos hypnotisados e de seu esquecimento em relação aos actos praticados no somno hypnotico, é irrecusavel que a vontade dos pactuantes poderá, em muitas circumstancias, ser dominada pela força extranha da suggestão hypnotica, que um contracto seja obtido subrepticamente durante o somno artificial. E, perante o direito civil, taes contractos como quaesquer outros actos juridicos realizados nas condições suppostas, estão maculados pelo vicio do dolo essencial, ao qual se junctou o da coacção moral.

Accresce que, já o nosso direito penal (cod. art. 269), collocou o hypnotismo entre as modalidades da violencia pela privação das faculdades psychicas. E, si o hypnotismo pôde constituir violencia no direito penal, onde, aliás, sua

(1) Teixeira de Freitas, — *Consolidação das leis civis*, nota ao art. 358. O dolo e a simulação podem ser capitulados entre as figuras criminaes do codigo penal brasileiro, art. 338 §§ 1 a 3, 5, 7, 8 e 9, conforme as circumstancias que se verificarem na realisação do acto fraudulento ou doloso.

(2) Bonjean, — *L'hypnotisme, passim*.

acção se me afigura menos perigosa, não será mais do que harmonisal-o com o civil, extender até este a noção desse estado mental.

Em conclusão, qualquer que seja a decisão que a sciencia pronuncie sobre este assumpto, é fora de duvida que o hypnotisador póde abusar do hypnotisado, para delle obter um titulo de divida, contra o qual muitas vezes será até difficil allegar boas razões, como si elle apparecer apoz a morte da victima dessa espoliação.

### § 61

#### DA INTIMIDAÇÃO E DA VIOLENCIA

Intimidação é a apprehensão de um mal imminente. Acarreta ella a prostração do espirito, o abatimento das forças activas do individuo, fazendo-as convergir para uma direcção unica, onde lhes bruxoleia a possibilidade de subtrahir o paciente á acção deprimente e dolorosa do mal em perspectiva. Esse meio de salvação que se impõe ao espirito perturbado, sendo a prestação de um consentimento, este será dado, forçosamente dado, si a intimidação for bastante energica, para amordaçar as tendencias que lhe forem contrarias.

Para que a intimidação seja capaz de viciar e infirmar o consentimento, deve resultar da apprehensão de um mal consideravel e presente, ameaçando a propria pessoa cujo consentimento se pretende extorquir, sua propriedade, sua honra, a pessoa, a propriedade ou honra de alguém que lhe seja muito chegado e muito caro, como o seu consorte, os seus descendentes, os seus ascendentes (1).

---

(1) Codigo civil francez, arts. 1112 e 1113; suiso das obrigações, 27; hespanhol, 1267, 2.ª parte; argentino, 937; italiano, 1113.

Violencia é a coacção physica actual a força moral irresistivel agindo no momento sobre o paciente, pois que ambos podem produzir a mesma situação mental. A violencia empregada por terceiro ainda que não mancomunado com o contractante a quem ella favoreceu, invalida o contracto, desde que tenha sido bastante forte para perturbar o animo do coagido (1). O codigo da Baviera limita-se a conceder recurso contra o terceiro auctor da violencia ou intimidação (e para ambos os casos a razão de decidir subsiste a mesma); mas não annulla o acto (art. 25). O d'Austria (art. 875) só annulla o acto, quando o coactor procedeu de accordo ou por instigação de uma das partes.

O *temor reverencial*, não sendo acompanhado de ameaças ou coacção physica, nem tornando-se uma verdadeira força moral irresistivel, é impotente para viciar o contracto (2). Tambem a ameaça de fazer effectivo o direito não póde ser a causa sufficiente para invalidar um contracto, salvo si o agente abusar da situação critica da outra parte, afim de extorquir-lhe vantagens excessivas; mas, neste caso, por nosso direito, o recurso natural é o da rescisão por lesão, emquanto que nos systemas

---

(1) E' a doutrina do direito romano (D. 2, 4, fr. 9 § 1) com a qual se conformaram o codigo civil hespanhol, art. 1268; argentino, 941; francez, 1111; hollandez 1353. Coelho da Rocha, *Inst.* § 736, *escholio*, abandona arbitrariamente a doutrina romana para seguir o codigo civil d'Austria. Pothier, *obrigações*, vol. I, n. 24, com Puffendorf e Pomponius (D. loco cit. § 2), faz uma excepção: si algum aluga uma casa para livrar-se da violencia de terceiro. Si, porém, a promessa for excessiva, accrescenta, deve ser reduzida. Mourlon, *Repetitions*, vol. II, n. 1954, pronuncia-se contra essa limitação.

(2) Coelho da Rocha, — *op. cit.* §10; Mourlon, — *op. cit.*, n. 1053; codigo civil francez art. 1114; hespanhol, 1267; argentino, 940; italiano 1114. O *projecto* Coelho Rodrigues, art. 350, colloca, entre os meios de coacção moral, as suggestões hypnoticas ou magneticas (?), quando a pessoa a quem forem attribuidas tiver o *habito* de pratical-as (art. 350). Porém essa exigencia do habito não se comprehende bem. Compreender-se-ia perfeitamente, si, collocando-se n'outro poncto de vista, falasse o *projecto* da victima *habituada* a soffrer a acção hypnotisadora de alguém, porque, neste caso, a submissão é mais facil, dobrando-se as energias amamicas ao influxo extranho a que já se adaptáram.

Achei preferivel agitar a questão do hypnotismo, no paragrapho consagrado ao

juridicos em que esse recurso não é admittido, o abuso, na hypothese figurada, equivale ao dolo (cod. suisse das obrigações, art. 27, 2.<sup>a</sup> parte).

## § 62

### DA SIMULAÇÃO

Diz-se que ha simulação, quando se encobre o caracter juridico de um acto, praticando-o sob a capa de um outro ostensivo, que não é feito para produzir os seus naturaes effeitos, mas simplesmente para, á sua sombra, realisarse outro que as partes não queriam ou não podiam praticar; quando, por elles, se transmittem direitos a pessoas interpostas que não são aquellas para as quaes, na realidade, se constituem e transmittem; quando, emfim, convencionarem as partes, maliciosamente, o que realmente não queriam convencionar. A simulação, uma vez provada, tornará annullavel o acto (ord. 3, 34 § 1; 3, 59 § 25 e 4, 71), e, conforme as circumstancias, será capitulada entre as fraudes do codigo penal, art. 338 (1).

Os simuladores não poderão exercer acção alguma entre si, nem em relação a terceiros; mas estes ultimos poderão exercer acção contra elles.

---

dolo, para não fazer suppôr que tenho como provado que, apoz o somno hypnoico, subsiste a suggestão latente, para irromper num momento dado. E' possivel esse phenomeno? Affirmam-nos alguns, negam-no muitos outros e dos mais auctorisados.

E' possivel que haja exagero de um e outro lado, e o opusculo de Wundt faz-nos vacillar. Mas não nos precipitemos nós outros os juristas. Esperemos que a psychologia, a physiologia e a pathologia pronunciem a sua sentença.

(1) A ord. 4, 71, punia a simulação, em todos os contractos (avença, convença, escambo, permutação, alforamento, renda, apenhamento, promissões, estipulações etc.), com a annullação do acto, a perda do objecto ou quantia sobre que elle versasse, degreδο para o Brazil ou Africa. Estas penas não feriam aos que, tomando parte na simulação viessem denuncial-a, perante a justiça real. Mas, tanto as penas quanto o respectivo perdão, não têm mais applicação. Deve-se apenas attender ao que estatue, a respeito, o codigo penal. (Vid. T. de Freitas, — *Consolidação*, nota ao art. 358.)

A simulação póde visar não somente a prejudicar a terceiros, mas, egualmente, a defraudar o pagamento de impostos ou illudirem a disposição de qualquer lei. Cabe, então, ao ministerio publico promover a annullação do acto e a cobrança dos impostos devidos com as multas comminadas.

### § 63

#### MODOS DO CONSENTIMENTO

O cõsentimento póde ser expresso ou tacito, segundo admittiram as legislações, desde o direito romano. E' expresso, quando se manifesta verbalmente, por escripto ou, mesmo, por outros signaes inequívocos, pelos quaes se possa externar o pensamento. E' tacito, quando sua existencia é induzida da pratica de actos ou factos, de acções ou omissões que não teriam logar, si não houvesse, da parte do agente, o animo de aceitar a proposta que lhe foi feita.

Não é, porém, admissivel o consentimento por simples inferencia, nos casos em que a lei exige uma expressa manifestação da vontade, e quando as partes previamente estipularem que suas obrigações não sejam consideradas como definitivamente estabelecidas, sinão depois de preenchidas certas formalidades. Pela inconsistencia do consentimento meramente inferido, por não ter elle a facilidade de concretisar-se n'um momento preciso e por prestar-se a subterfugios, deviam as legislações ou banil-o completamente, ou restringil-o, pelo menos, a um pequenissimo numero de contractos. Ter-se-ia, por esse modo, maior segurança na vinculação das obrigações.

## § 64

DO MOMENTO EM QUE SE FORMA O VINCULO OBRIGATORIO,  
NOS CONTRACTOS ENTRE PRESENTES

Nos contractos entre presentes, a acceitação poderá ser dada immediatamente ou dentro de um prazo determinado. Fixado o prazo, si dentro d'elle não fór dada a acceitação, o proponente estará desobrigado de sua offerta e, portanto, o contracto não chegou a concluir-se; mas, emquanto não se exgotta o prazo fixado, deve o proponente manter firme a sua offerta, sob pena de responder por perdas e damnos. E' a doutrina do codigo suisso das obrigações, art. 3.º, e que tem por si a razão juridica. Ou a sollicitação, que faz um individuo a outro, é seria, e deve ser mantida, durante o tempo designado para ser-lhe dada a resposta, ou não é, e, então, sejamos logicos e digamos que, não obstante a acceitação, ella não é capaz de produzir um vinculo juridico. Eu proponho a alguem, para comprar-lhe um objecto, por certa quantia, e marco o prazo de oito dias para que elle me responda. Eu que estipulei esse prazo, não posso impunemente desprezar a minha palavra dada e procurar outra collocação para meu capital. Certo posso arrepende-me, si reconhecer que fui inconsiderado na proposta que fiz, offerecendo mais do que o objecto valia; mas sujeito-me a satisfazer perdas e damnos, por que, nesse meio tempo, o dono do objecto poderá ter perdido, por minha causa, algum negocio, ou, suppondo que minha offerta era firme, poderá mesmo ter feito despesas necessarias para a entrega do alludido bem, despesas que não faria, a este tempo, si não tivesse de entregal-o a outrem. O contracto ainda não se acha firmado, seu vinculo obrigatorio ainda não se forjou, mas atou-se provisoriamente um outro élo, egualmente respeitavel, porque envolve interesses juridicos respeita-

veis, e que, em dadas circumstancias, poderão avultar muito.

Não sendo determinado prazo algum, o proponente ficará desobrigado de sua promessa, si no mesmo acto, não fôr dada a acceitação (cod. suisso das obrigações, art. 4.º; civil portuguez, art. 650).

### § 65

#### DO MOMENTO EM QUE SE FORMA O VINCULO OBRIGATORIO NOS CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA

Nos contractos entre ausentes, o prazo, para a acceitação é forçoso, inevitavel, devendo ser maior ou menor segundo a distancia em que se acham as partes contractantes. Neste caso, como nos contractos de que me occupei no paragrapho anterior, o pollicitante é obrigado a manter sua offerta, até a extincção do prazo, e, não apparecendo, dentro d'elle, a acceitação, desaparecerá, *ipso facto*, a offerta. Entretanto pôde ser esquecida essa circumstancia, e na ausencia de um prazo estipulado, a promessa deve ser mantida e por ella obrigado o proponente, até o momento em que poderia razoavelmente chegar a resposta d'aquelle a quem se dirigiu, attendendo-se ás condições de distancia e facilidade de communicações (cod. suisso das obrigações, art. 5.º; portuguez, art. 652). Si, porém, a acceitação expedida a tempo chegar tardiamente ao auctor do offerecimento e este se julgar, pelo decurso do tempo, desprendido de sua pollicitação, deverá informar disso, ao acceitante, ao *Oblat*, como o designam os juristas allemães, sob pena de incorrer na obrigação de indemnizal-o pelas perdas e danos occasionados por seu silencio (codigo suisso citado, art. 5.º; 2.ª parte). Si a offerta chega ao conhecimento do oblato, ao mesmo tempo em que lhe é communicada

a desistencia della, não pôde ter logar a conjuncção das vontades, porque a segunda manifestação do pollicitante appareceu antes que a primeira podesse actuar no animo do solicitado. Egualmente, si a manifestação do arrendimento do solicitado chega ao conhecimento do proponente, ao mesmo tempo que a acceitação, esta se deve necessariamente considerar como inexistente (cit. codigo suiso, art. 7.º).

Com estes principios se resolvem as duvidas mais communs nos contractos por correspondencia, mas é preciso saber, ainda, em que momento preciso se deve considerar como formados esses contractos. E' uma interessante e curiosa questão em que se tem exercido a argucia de muitos juristas, sem que um vigoroso jacto de luz illuminasse ainda todas as sinuosidades dos factos (1).

Duas escholas principaes partilham os espiritos; e dentro d'essas mesmas escholas ergueram-se dissidencias. Não seria possivel discutir aqui toda essa exuberancia do espirito analytico; mas seria imperdoavel falha não consignar-lhe algumas phrases.

*Primeira opinião:* o vinculo obrigacional só se forma no momento em que o pollicitante toma conhecimento da acceitação enviada por aquelle a quem elle se dirigiu, porque, só então, ha concurso das vontades. E' a theoria da *cognição* ou da *informação*, segundo os escriptores francezes costumam traduzir o vocabulo allemão *Vornehmung*. E' preciso que o proponente conheça o assentimento do acceitante; é preciso que seja informado de sua vontade. Em outros termos, é preciso que o pollicitante haja lido a carta do acceitante, para que se consorciem suas vontades e deste consorcio nasça a obrigação convencional, pois que, sem esse accordo de vontades, não ha

---

(1) Pôde ser proveitosamente consultada a monographia de Arthur Girault, — *Traité des contrats par correspondence*, trabalhada com erudição e senso juridico.

contracto. Por esta opinião se declararam o código civil d'Áustria, § 862, o argentino, 1150, o commercial argentino, art. 204, o *avant-projet* de Laurent, art. 1051. E' tambem a opinião de Troplong, Merlin, Toullier, Wurth, suffragada pela jurisprudencia dos tribunaes na França, na Belgica e mesmo na Allemanha. Alguns auctores, acceitando, em principio, a theoria da cognição, fazem-lhe modificações. A acceitação presuppõe-se nos actos de pura liberalidade, mas é duvidosa nos contractos onerosos; consequentemente, no primeiro caso, basta que a acceitação se dê, e no segundo é preciso mais que a acceitação seja conhecida do acceitante. E' uma distincção proposta por Grotius. Outros escriptores, acceitando a theoria da cognição em geral, exceptuam d'ella alguns contractos (o mandato, a commissão mercantil). Assim pensam Waechter e Delamare e Lepoitvin. Larombière entende que, si uma das partes morre ou torna-se incapaz, depois da acceitação, mas antes que esta chegue ao conhecimento do pollicitante, não obstante, deve subsistir o contracto. «Mas isto diz Arthur Girault é mais do que uma reserva feita á theoria da cognição, é a negação mesma dessa theoria em sua consequencia mais directa. No systema da informação, com effeito, é essencial que as partes estejam vivas e capazes, no momento em que o pollicitante toma conhecimento da carta de acceitação, pois que é nesse momento somente que o contracto se forma» (1).

Contra esta theoria da cognição, já em 1844, o jurisconsulto Cadrés levantava esta objecção que, até hoje, não foi respondida satisfactoriamente: Si o contracto deve esperar que a acceitação chegue ao conhecimento do proponente para formar-se, pela mesma razão deve esperar que chegue ao conhecimento do acceitante a permanencia da

(1) Giraultop.—cit. pag. 71.

vontade do proponente, e assim nunca haveria concurso de vontades em negocios tractados por correspondencia, pois que se estaria assim procurando o fim do circulo, mas sempre debalde.

*Segunda opinião:* o vinculo obrigacional se forma no momento em que a vontade do solicitado juncta-se, encontra-se com a do solicitante. Não é facil provar, de accordo com o systema antecedente, o momento em que realmente formou-se o contracto, pois que, si é possível provar que a carta chegou ao poder do proponente, é mais que embaraçoso affirmar em que momento elle a passou pelos olhos, mesmo quando seja encontrado o envelope dilacerado. E é tam simples fazer desaparecer qualquer vestigio da carta recebida, e é tam simples não abril-a sequer!... São difficuldades praticas contra as quaes se abalrôa a theoria da cognição. Recorreram, por isso, os juristas a outro systema, o da *agnição* ou *declaração* (*Aeusserungstheorie*), consagrada no codigo suisso das obrigações, art. 8.º, onde se estatue: «quando um contracto é celebrado entre ausentes, começa a desenvolver seus effeitos, a datar do momento em que a acceitação foi expedida; e, quando uma acceitação expressa não é necessaria, os effeitos do contracto cômecem, a datar da recepção da offerta não recusada». No mesmo sentido, se pronunçiam o codigo commercial allemão, art. 321 e o nosso, art. 127, cujas palavras convem recordar. «Os contractos tractados por correspondencia epistolar, diz o art. citado, reputam-se concluidos e obrigatorios, desde que o que receber a proposição expedir carta de resposta, acceitando o contracto proposto, sem condição nem reserva». Infelizmente o codigo commercial brasileiro accrescenta: *até esse puncto é livre retractar a proposta*. Mas pergunta-se simplesmente: como sabe o pollicitante desse momento? Si dermos esse arbitrio para a retirada das propostas corremos o risco de pôr por terra a segurança dos con-

tractos. Certo o pollicitante não se prende irremissivelmente á offerta feita, quando lhe resta o meio de desfazer sua proposta por um meio de transmissão do pensamento mais expedito, um proprio, um telegrapha. Por outro lado, si elle quer simplesmente sondar o animo do oblato, sem comprometter-se, nada mais simples do que dizer isso mesmo na carta em que faz a offerta (cod. suisso das obrigações, art. 6.<sup>o</sup>). Assim para não collocarmos o codigo commercial brasileiro em antinomia comsigo mesmo e com o systema que adoptou em seu art. 127, devemos entender que elle apenas faculta a retractação, sob a condição de que ella chegue ao conhecimento do acceitante antes de este expedir sua resposta.

A jurisprudencia ingleza, nestes ultimos tempos tem sempre decidido que a troca dos consentimentos se opera e o contracto se conclue, a partir da remessa da resposta do acceitante, em congruencia com a offerta <sup>(1)</sup>. Demolombe, Aubry et Rau, Savigny, Serafini, Boistel, Lion Caen, Girault, entre outros, deram suas preferencias ao systema da declaração.

Ha subtheorias particulares que se enquadram nos traços geraes deste systema. O contracto forma-se, desde que a carta de acceitação se escreve, porque, desde esse momento, dizem, o consentimento deixa de ser um simples *propositum in mente retentum*. E' o parecer de Puchta, de Scheurl e de outros. Mas si o acceitante não expedir a carta? Esta simples interrogação desvela a fraqueza dessa theoria. O contracto conclue-se, pretendem outros, no momento em que a acceitação chega ao pollicitante. O codigo saxonio, § 815, adoptou este systema que toma o nome particular de theoria da recepção (*Empfangstheorie*). Girault inclue o projecto de codigo civil allemão nas dobrás desta subtheoria, mas não comprehendendo bem

(1) Glasson,—*op. cit.*, p. 372; *Journal de droit international privé*, 1880, p. 597.

porque. Leio no art. 87, ao qual se refere o escriptor francez, para fundamentar seu juizo: «a convenção conclue-se no momento da acceitação da offerta». E' claro que o systema da declaração ou agnição foi o vencedor entre os redactores desse projecto; mas porque dizer que inclinaram-se elles pela modalidade menos pura do systema, quando nos arts. 81 a 87 vêem-se reproduzidos os conceitos exarados nos arts. 3.º a 7.º do codigo federal suisso, que, com o codigo commercial allemão constitue o mais forte apoio legislativo e doutrinario para a theoria da declaração? Realmente a theoria da recepção se approxima singularmente da da cognição, deixando de confundir-se com ella por uma quasi-subtileza. O contracto se forma no momento em que a carta de acceitação chega ás mãos do proponente. Porque não dizer logo:—no momento em que o proponente toma conhecimento da acceitação? Mas, ou a simples coexistencia das vontades basta para determinar a formação do contracto e não ha motivo para esperar pelo momento em que a carta de acceitação alcance o seu destinatario, devendo antes dizer-se que elle formou-se, desde que encontraram-se as duas vontades, isto é, quando o acceitante externou a sua vontade congruente com a do offertante, ou, então, é preciso um verdadeiro concurso das vontades e cahiremos no impasse do systema da cognição, debatendo-nos, inutilmente, por esse momento inatingivel em que as duas vontades se fecundam pelo concurso. Outros, finalmente, explicando melhor o systema da declaração, fazendo-o flexionar-se de accordo com as necessidades do commercio e das transacções, dia a dia mais numerosas, entre praças distantes, dizem que o contracto se deve julgar concluido e firmado *no momento em que o acceitante se desapossar de sua resposta*, deitando a carta no correio, fazendo funcionar o telegrapho. E' a theoria da expedição. E' tam simples e tam natural, isto, é tam logico e tam incisivo, que não demanda eluci-

dações nem commentarios, para impôr-se aos espiritos despreocupados de conceitos aprioristicos. O codigo suiso das obrigações, art. 8.º, o commercial allemão, art. 321 e o nosso, art. 127, consagram essa theoria em termos claros, como já se viu.

Winscheid e Koeppen, não se conformando com os systemas precedentes, afadigaram-se em constituir novas doutrinas. Passarei em silencio pela do primeiro por não ser mais do que uma combinação de varios dos subsystemas a que me tenho referido. Albert Koeppen nos dá a sua doutrina como emanando directamente do direito romano, quando em geral se suppõe que os fragmentos do Digesto e as leis do Codigo fornecem pouquissimos subsidios para a solução destas duvidas. Só isto basta para despertar a curiosidade mais romba de quem quer que tenha uma iniciação juridica. Este notavel jurista desloca-nos do poncto de vista do consentimento, cuja noção entende elle que é impropria para determinar o momento da formação do contracto, e nos dá, por base de operações, a promessa que elle considera *a declaração de uma obrigação sob a condição da acceitação*. «A acceitação não é mais do que a realisação da condição suspensiva a que estava subordinada a existencia do contracto», diz-nos Girault, expondo o pensamento de Koeppen. E' por certo engenhosa esta theoria, que se liga á questão moderadamente agitada da promessa unilateral como geradora de obrigações. Koeppen leva-a, porém, muito longe, querendo aniquilar a doutrina do consentimento e explicar a força coagente que se desprende de todos os contractos pelas simples virtude da offerta. Terei ainda occasião de voltar sobre esta questão. Agóra só me resta dizer que, para Koeppen, os contractos por correspondencia devem se julgar formados, desde o momento em que a proposta é feita.

Até aqui tenho considerado sempre a correspondencia

epistolar. O mesmo se deve dizer em relação aos outros meios de transmissão, a distancia, do pensamento, isto é, o telegrapho e o telephone. A theoria da expedição julgada a mais razoavel e a mais juridica, tractando-se de missivas, continúa a sel-o, tractando-se de correspondencia telegraphica e telephonica. Verdade é que, nesta ultima, falta um dos requisitos na convenção *inter absentes*, que é o *tractus temporis*, e, por isso, equivalerá a correspondencia telephonica, a um debate entre presentes. Porém muitas vezes o telephone funcionará entre duas cidades e restará a questão de saber onde foi concluido o contracto. Adoptada a doutrina da expedição, não ha mais duvida a esse respeito: o logar em que formou-se o *vinculum juris* é justamente aquelle onde o acceitante deu a sua resposta. Quanto á correspondencia pelo telegrapho electrico, encerra todos os requisitos das convenções entre ausentes. E' apenas um meio mais expedito e tambem, muitas vezes, menos fiel do que a carta.

Mas o nosso direito reconhece a correspondencia telegraphica, pergunta-se, de modo que ella se ache cercada de todas as garantias? Não tem fundamento algum a duvida, visto como a legislação patria regulou minuciosamente o modo da expedição dos telegrammas, garantindo o segredo do que elles contemham, assegurando a identidade do expedidor dentro de certos limites compativeis com a liberdade da transmissão dos recados telegraphicos. Não tem fundamento, visto como os poderes publicos servem-se do telegrapho para transmittirem seus actos com força obrigatoria, e as nossas leis acceitam a procuradoria por esse modo constituida (dec. de 24 de Out. de 1890, art. 38 § 3.º). Não tem fundamento, em conclusão, porque, os usos, os costumes e as leis dos povos cultos adoptaram geralmente o telegrapho, para um dos meios communs da formação dos contractos a distancia.

Sobre este assumpto, apresentou o Dr. Carlos de Carvalho, ao *Instituto dos advogados* do Rio de Janeiro, umas conclusões eruditas e bem meditadas das quaes extráio o trecho seguinte, com que concluirei esta discussão: «Nas obrigações *quæ consensu contrahuntur*, o momento da formação do contracto por correspondencia telegraphica, isto é, de contracto *inter absentes* (D. frag. 2, § 2.º liv. 44, tit. 7), determina-se pelo art. 127 do codigo commercial, regra geral de direito fundada na theoria da expedição, subordinada á retractação do consentimento aos arts. 165 e 167 do decreto, n. 1663 de 30 de Janeiro de 1894». (1)

### § 66

O MOMENTO EM QUE SE FORMA O VINCULO OBRIGATORIO NOS CONTRACTOS POR CORRESPONDENCIA, EM FACE DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.

Já tive occasião de agitar a questão de saber, perante o direito internacional privado, qual é a lei a que se devem submeter as obrigações convencionaes. Para determinar o *vinculum juris*, a substancia e os effeitos das obrigações, vigorará a lei do logar onde forem celebrados os contractos, salvo convenção em contrario, foi a solução julgada preferivel dentre as muitas propostas. Mas qual é o logar da celebração nos contractos realísados por correspondencia? Adoptado o systema da expedição, que é o de nosso direito (cod. comm. art. 127), esse logar é aquelle de onde partiu a acceitação. *Videtur consumari contractus in loco ubi acceptatio facta est, quia illic utriusque consensus coivit*. Adoptado outro systema, o de cognição, será o logar da residencia ou, antes, do domicilio do pollicitante que será o da celebração do contracto.

(1) No *Diario Official*, n. 180, de 5 de Julho de 1894.

Toda a questão se reduz a isto: a lei nacional ou domiciliar de um dos contractantes preceitua o systema da cognição e a do outro estatue, ao contrario, o da expedição, e, como essas pessoas não declararam, expressa nem implicitamente, qual das leis antinomicas preferiram, é preciso que a sciencia se encarregue de fazel-o. Sem pretender entrar agóra numa analyse detalhada do assumpto, mesmo porque o mais deploravel retalhamento de opiniões se tem sobre elle derramado, apresento somente o meu modo de ver.

Sejam os dois contrahentes da mesma nacionalidade e se achem ambos no estrangeiro ou um na patria e outro no estrangeiro, sejam elles de nacionalidade differente, entendo que o principio deve se manter sempre o mesmo: o logar do contracto será aquelle donde foi expedida a resposta de acceptação. Si a lei do pollicitante manda preferir o systema da cognição, ao passo que a do acceptante adopta o da expedição, a presumpção natural é que aquelle submetteu-se a lei deste ultimo, não devendo ignoral-a. Si é antes a lei do pollicitante que estabelece o systema da expedição diversamente do que dispõe a do acceptante, será então esta ultima que se dobrará e se eliminará, deixando que a relação juridica seja regulada pela primeira.

Só duas soluções se impõem para responder á difficuldade. Ou havemos de dizer com Savigny que «cada parte fica submettida ao direito de seu domicilio» (1), o que importa em nada resolver, pois que é manifestamente impossivel regular, cummulativamente, por duas regras juridicas diversas, a mesma relação; ou, então, havemos de nos pronunciar pela lei do logar do contracto, quando se tractar de determinar a natureza e os effeitos da obrigação contractual, pois que, tractando-se da execução

(1) Savigny, — *Système de droit romain*, vol. VIII, p. 254.

della, dominará a *lex loci solutionis*. Todas as mais distincções, que enxameiam nos livros dos internacionalistas, se me afiguram superfluas e desviadas do alvo <sup>(1)</sup>.

## § 67

### DA LESÃO

Os prejuizos soffridos pelos contractantes, nos pactos a titulo oneroso, tomam o nome de *lesão*, porque se entende que o equilibrio dos interesses, sobre o qual se apoiam esses contractos; faltou de um modo completo, dando-se assim uma offensa ao direito de uma das partes. Deante da pura equidade e da moral, a lesão exige reparação compensadora ou resilição do contracto.

Mas não deve haver a mesma facilidade em decidir dentro da orbita do direito, pelos embaraços que um tal modo de revogação dos contractos determina na vida social; porque é ocioso recorrer á lesão quando ha erro, dolo ou fraude, e não havendo nenhum desses vícios, é injustificavel esse recurso; e porque, finalmente, poderá acontecer que, procurando beneficiar uma das partes contractantes, facultando a rescisão por lesão, a lei vá, muitas vezes, produzir graves prejuizos a outra.

Uma vista d'olhos, embóra rapida, sobre a historia deste incidente na formação dos contractos, é sufficiente para dar evidencia ao que acaba de ser affirmado.

Em Roma, appareceu a lesão auctorizando a rescisão

---

(1) Girault, — *Des contrats par correspondence*, p. 115 e segs., propõe nada menos que tres soluções differentes, para a difficuldade de que se occupa o nosso parographo: a lei domiciliar, a nacional e a do logar do contracto. Mas é impossivel encontrar firmeza para as relações juridicas nessa ondulação de regras. E nem se diga que fazer da *lex loci contractus* uma regra geral é restabelecer a doutrina do direito feudal, pois que ella póde ser afastada pela vontade das partes, e será naturalmente differente esse logar quando entrarem em relação dois contractantes, cujas leis estatuirem o systema da cognição e quando houver divergencia nas disposições das leis de ambos a esse respeito.

dos contractos, pelo tempo dos imperadores Deoclecianus e Maximilianus. Mas limitava-se esse favor aos contractos de compra e venda de immoveis, beneficiando exclusivamente ao vendedor, e quando a lesão fosse maior do que a metade do preço. A commiseração pelos desprotegidos da fortuna que, aguilhoados pela necessidade, fossem coagidos a dispor de seus bens por preço derisorio, foi o impulso gerador desse preceito juridico consagrado na lei 2, C. 4, 44. A' acção derivada desse direito, não assignaláram as fontes romanas um termo de duração, o que era, sem duvida, uma grave lacuna.

Os escriptores, posteriormente, requintáram de sentimentalismo, ampliando essa faculdade a outros contractos e abrangendo as duas partes pactuantes.

O codigo wisigothico não se internou pela senda iniciada pelo direito romano, e, antes, se oppoz a que as vendas se desfizessem pela razão da desproporção entre o valor real e o preço obtido (liv. 5, tit. 4, lei 7). Mas a influencia dos romanistas se fez sentir nas leis posteriores da peninsula iberica, na *lei das sete partidas* em Hespanha e nas *ordenações* portuguezas. As *affonsinas* (4, 45) consagrâram a generalisação da faculdade recisoria por lesão, aos contractos commutativos, quando a differença entre o valor e o preço fosse excedente a este ultimo.

As manuelinas (4, 30) accrescentáram, apenas, que a acção derivante dessa faculdade recisoria prescreveria em quinze annos. As philippinas additáram a distincção entre lesão enorme (maior do que a metade do valor) e enormissima (§ 10), concedendo a esta ultima uma acção real para a restituição do objecto vendido, com seus fructos, desde o momento da alienação. Mas, não definindo a lesão enormissima, deu logar a opiniões diversas sobre a sua determinação, querendo uns, como Correia Telles, que seja ella a que prejudica o contractante em dois terços do valor, opinando outros que ao

arbitrio do juiz, cabe exclusivamente fazer essa classificação.

Segundo o código civil francez, art. 1674 e segs. a lesão, para motivar recisão do contracto, deve ser maior que  $\frac{7}{12}$  do valor dos bens immoveis <sup>(1)</sup>, prescreve a acção por lesão em dois annos, aproveita somente ao vendedor, e é nulla a renuncia desse favor, assim como a declaração de que se faz renuncia do excesso. O código civil francez, faz menção especial da partilha, como tambem o faz o philippino. Na partilha, quando a lesão é de mais de um quarto do justo valor ou da quantidade da herança do prejudicado, tem logar a restituição perante o código civil francez (art. 887). Pelo direito patrio, a lesão é causa para emenda das partilhas, já concluidas, quer seja enorme quer mesmo somente da sexta parte do que por direito deve caber ao herdeiro reclamante, mas não para recisão. Os herdeiros repõem somente o que demais levaram em detrimento do outro. A differença essencial que ha entre a lesão enorme e a da sexta parte, nas partilhas, é que a acção para pedir a indemnisação da primeira perdura, como nos outros casos de contractos commutativos, por quinze annos, emquanto que para pedir a indemnisação da segunda, não vae além de um anno <sup>(2)</sup>. Os menores podem reclamar a recisão da partilha, mas em virtude de seu direito de restituição por inteiro <sup>(3)</sup>.

O código civil francez, art. 2052, exclue a transacção do beneficio da recisão por causa de lesão. Neste ponto, como em tudo mais, é este código acompanhado pelo italiano (art. 1172), salvo quanto à quantidade determi-

(1) O código philippino, porém, não faz exclusão dos moveis para o effeito das recisões por acto lesivo. Por nosso direito, nem a transacção, nem as partilhas estão a coberto deste beneficio. Mas o está a venda em hasta publica, feita com as solemnidades legais, salvo havendo dolo, erro ou lesão enormissima (*Consolidação das leis civis*, notas ao art. 569.)

(2) Ord. 4, 96 §§ 18 e 19; T. de Freitas, — *Consolidação*, arts. 1179 a 1183.

(3) Ord. cif. § 21; *Consolidação*, art. 1184.

nadora da lesão, que é a do direito romanô, e, portanto igual a nossa enorme (art. 1529 e segs.).

O código prussiano (1.<sup>a</sup> parte, tit. 11, §§ 59, 60, e 250) concede somente o benefício da restituição por lesão ao comprador, mas prescrevendo, em tres annos, para os immoveis situados no campo, em dois, para os situados nas cidades, e, em seis mezes, para os moveis.

O código civil geral d'Austria, amplia o benefício a todos os contractos bilateraes, mas permite a sua renuncia, o que não é tolerado no systema do direito patrio, nem no do francez, porque tal concessão importa realmente na completa annullação do recurso.

Só por estas exemplificações se vê que reina a maior vacillação nas idéas a respeito deste assumpto. Por isso mesmo, alguns códigos passaram por elle em silencio, como fez o hollandez, entre os de data mais afastada. Quanto aos mais modernos, como o portuguez, o argentino, o hespanhol, o federal das obrigações, esses dão-nos a expressão da tendencia actual da jurisprudencia, que é pôr de parte essas recisões por lesões. Essa via já fôra trilhada pelos códigos commerciaes que, em geral, aboliram esses privilegios nocivos á marcha celere e á segurança das transacções mercantis. Só quando a lesão é acompanhada de erro, dolo ou simulação, é que o nosso direito commercial (cod. art. 220) lhe dá força para resilir os contractos.

Em relação aos menores, o benefício é mais amplo assim pelo nosso, como pelo direito francez (cod. art. 1305), italiano (art. 1301), e outros, permitindo-se a restituição, desde que sejam elles lesados de qualquer modo juridicamente apreciavel e fallecendo-lhes um recurso ordinario com que restabeçam os seus direitos. Este benefício extraordinario pôde ser pedido até quatro annos depois de alcançada a maioridade, salvo si, por legitimo impedimento, não poderem, nesse prazo, exercer essa facul-

dade aquelles a quem é ella conferida (ord. 3, 41, § 6 e resolução de 31 de Out. de 1831). Não participam dessa vantagem os filhos familias que commerciam com auctorisacão dos paes, em relação aos actos commerciaes que praticarem (cod. comm. brazileiro, art. 26), os supplementados de idade, os casados que tenham vinte annos e as viuvas (Consolidação, arts. 22 e 159). Tambem não podem allegar-a aquelles que, com intenção fraudulenta, se declararam maiores (1).

Tambem é tendencia do direito moderno eliminar as restituções, que se não justificam realmente deante da pureza dos principios do direito. E já o codigo civil portuguez, nos arts. 38 e 297, recusou-se a reconhecer este extraordinario privilegio ás pessoas juridicas e aos menores, sem que se ache isolado neste modo de decidir.

## § 68

### DOS VICIOS REDHIBITORIOS E DA EVICÇÃO

Chamam-se vicios *redhibitorios* aquelles defeitos occultos que tornam a cousa impropria para o uso a que é destinada ou que a tornam por tal forma frustanea que o contracto se não teria realisado, si estivessem elles claros. Dados estes vicios ou faltas, o accipiente tem o direito de engeitar o objecto, exigindo a restitução do que houver dado em troca. Na compra e venda, na troca, na dação em pagamento e em todos os contractos tendentes á translação do dominio, posse ou uso, tem cabimento a acção de rejeição fundada em vicio redhibitorio. Faz-se uma excepção para a doação, a qual, entretanto, tem de supportar-a quando for remuneratoria, quando for com encargos, quando for propter nupcias, quando for

---

(1) Vide mais sobre estas excepções T. de Freitas, — *Consolidação*, nota ao art. 13.

dote e quando o doador expressamente convencionar que assume essa responsabilidade<sup>(1)</sup>.

O mesmo se deve dizer em relação à *evicção* que consiste na perda da posse de uma coisa, em virtude de sentença que a garante a alguém que a ella tinha direito anterior. Quando o comprador, o donatario com encargo, o marido no contracto dotal soffrem evicção, têm direito a reclamar uma indemnisação da parte do vendedor, doador ou dotador os quaes respondem por ella.

Pódem as partes renunciar ou reforçar por convenção esta garantia, obrigando-se ao pagamento do duplo si o objecto for evicto, dando fiador ou recorrendo a outro expediente que as circumstancias aconselharem (ord. 3, 45 §§ 3 e 4, 5, pr.). Dada, porém, a renuncia da garantia, não importa ella a não restituição do preço em caso de evicção, salvo si o adquirente sabia do perigo da evicção e declarar expressamente, no instrumento do contracto, que toma sobre si o risco (cod. comm. brasileiro, art. 214; cod. civ. francez, 1629; italiano 1485). Nossa lei, para resalvar o direito dos que contractam de boa fé, permite, ao comprador que for informado de ser alheia a coisa que lhe vendem como propria, a suspensão do pagamento já iniciado ou a sua não effectuação, si nada ainda houver feito nesse sentido, para o fim de assegurar-se contra a evicção, ou a exigencia de garantias sobre bens de raiz que o vendedor tenha desembargados, ou em falta delles, por não os possuir o vendedor, por meio de um fiador idoneo (ord. 4, 5 pr.).

Si a evicção for total, o contracto deve ser resilido, havendo a restituição daquillo que foi dado pelo objecto

---

(1) Ord. 4, 17, §§ 8 e 9; *Consolidação* de T. de Freitas, arts. 556 a 559 e nota ao art. 425. As diversas legislações occupam-se deste assumpto, geralmente no capitulo das vendas; mas, como tracta-se de uma doutrina geral referindo-se a muitos contractos, é de melhor methodo encarral-a como tal nestes-preliminares, embora sob a reserva de retomal-a quando oportunidade para isso apresentar-se.

evicto e a indemnisação das despesas com elle realisadas, pelo adquirente, de cujo poder foi elle judicialmente retirado. A esse respeito preceitua o nosso codigo commercial: «Si o comprador for inquietado sobre a posse ou dominio da cousa comprada, o vendedor é obrigado á evicção em juizo, defendendo, á sua custa, a validade da venda: e, si for vencido, não só restituirá o preço, como os juros e custas do processo, mas poderá ser condemnado á composição das perdas e damnos consequentes, e até as penas criminaes, quaes no caso couberem. A restituição do preço tem lugar, posto que a cousa vendida se ache depreciada na quantidade ou qualidade, ao tempo da evicção, por culpa do comprador ou força maior. Si, porém, o comprador auferir o proveito da depreciação, por elle causada, o vendedor tem direito para reter a parte do preço que for estimada por arbitradores» (art. 215). Estes principios são egualmente applicaveis ao direito civil, e não são restrictos a venda, pois que na mesma situação se podem achar os que celebram outros contractos, em que ha translação da posse, da propriedade ou do simples uso, como nos arrendamentos <sup>(1)</sup>.

## § 69

### DOS CONTRACTOS CONCLUIDOS POR TERCEIRO

Até aqui têm sido os contractos considerados como sempre concluidos pelas proprias partes contractantes.

(1) Sobre a garantia em caso de evicção, no contracto de compra e venda, o codigo suisso das obrigações, arts. 235 a 242; civil francez, arts. 1625 a 1640; hespanhol, 1475 a 1483; portuguez, 1046 a 1055; italiano, 1482 a 1497. No arrendamento, codigo suisso citado, arts. 281 e 314; francez, 1743 a 1751; italiano, 1597 a 1602. O codigo civil argentino, mais methodicamente do que os precedentemente citados, considerou a evicção em um titulo especial, abrangendo todas as transmissões de direito a titulo oneroso e as partilhas ou divisões de bens, e destacou os seus casos especiaes, na compra e venda, na permuta, na sociedade, na doação, na cessão de creditos e direitos (arts. 2089 a 2163). Quanto ao caso especial do dote *vide* o meu *Direito da família*.

Entretanto são elles, muitas vezes, realizados por meio de representantes devidamente auctorizados, os quaes apenas apparecem funcionando na formação do contracto e desaparecem, eliminam-se em seguida, para deixarem o vinculo obrigatorio enlaçar o representado, para quem constituiu-se o credito ou a divida. Si o terceiro não tem mandato nem poder legal em virtude do qual possa obrigar a pessoa em nome da qual contracta, esta só achar-se-á vinculada, si ratificar o contracto. *Ratiabitio mandato comparatur*, ensina a jurisprudencia romana (D. 50, 16, fr. 152 § 2). Si a pessoa, não representante convencional nem legal, comprometteu-se a conseguir a ratificação e esta não se dá, responderá, por perdas e damnos, perante a outra parte contractante, porque se constituiu, nessa hypothese, uma verdadeira obrigação por parte do promittente, e si elle não pode contribuir com a prestação promettida, a ratificação do negocio, d'elle sómente foi a culpa (1).

## § 70

### FORMA DOS CONTRACTOS

Forma dos contractos é o aspecto pelo qual se objectiva a manifestação das vontades dos contractantes, ou, melhor, é o revestimento por meio do qual apparecem elles no mundo juridico. Ha formas *intrinsecas* ou visceraes, que constituem a parte interna e essencial dos contractos, como, por exemplo, a vontade das partes; e ha formas *extrinsecas*, que são as exterioridades que affectam os actos juridicos ao se concretisarem pela celebração ou que devem assumir para serem provados. Neste ultimo caso, a forma toma o nome de *probante*; assim como denomina-

(1) Conf. Pothier, — *Obrigações*, vol. I, n. 75; código civil francez, art. 1120; italiano, 1129.

se *habilitante* aquella que, como a auctorisação marital, ou paternal, apenas serve para adjectivar capacidade a quem realmente não a teria perante a lei, sem esse influxo auxiliar. Vê-se, d'ahi, que a formalidade *habilitante* é uma feição especial da forma intrinseca.

Depois de haver sido exposta a parte intima e anatomica dos contractos, na qual teve entrada o que aqui se denominou forma intrinseca, é chegada a occasião de examinar a estrutura externa d'elles, sua forma extrinseca em relação ás solemnidades e á prova que a lei lhes prescreve, sua morphologia, n'uma palavra.

Em geral, no direito privado moderno, os contractos se podem constituir sob qualquer forma externa, independentemente de solemnidades especiaes, para gerarem obrigações (1). Entretanto, é certo que alguns contractos necessitam de uma forma especial, o escripto publico ou particular, que os constate, ou a tradição, que os complete, e ainda ha outros que reclamam forma especialissima, como o casamento (2).

Quando a lei, para acautelar os interesses de terceiro, ou por outras considerações de ordem social mais elevada, determina uma forma externa especial para os contractos, esta se consubstancia com o elemento interno, anatomico do contracto, applicando-se, então, em seu pleno rigor a maxima—*forma dat esse rei*. Casos ha, porém, em que o contracto subsiste completo, em condições de produzir os seus effeitos, e, apenas para sua prova, quando sua existencia for contestada, a lei exige que elle se submetta a uma certa forma. Então a forma externa não apresenta aquelle character de obrigatoriedade ir-

---

(1) T. de Freitas, — *Consolidação das leis civis*, nota 26 ao art. 366; codigo civil hespanhol, art. 1278; suiso das obrigações, art. 9; francez, 1341—1348; portuguez, 686; argentino, 974.

(2) Os contractos de direito publico internacional, mais propriamente denominados *convenções e tractados*, submettem-se aos principios geraes dos contractos, mas não muito obedientemente, além de que têm seus moldes peculiares.

recusavel, de transubstanciação notado na hypothese precedente.

A consequencia pratica resultante da distincção que acaba de ser feita, é que será nullo o contracto feito sem as solemnidades prescriptas, si estas forem exigidas para a formação do acto, para a sua existencia; si, porém, forem ellas demandadas simplesmente para a prova do acto, este subsistirá valido e producente de effeitos, emquanto não apparecer contestação, e podendo mesmo a confissão judicial do devedor, substituir a forma probante exigida (1).

No direito civil, já não falando da tradição necessaria aos contractos reaes, as formas a que se podem reduzir os contractos são a escriptura publica, a particular e a forma verbal, além da que deriva da correspondencia epistolar, telegraphica e telephonica. A hypotheca exige inscripção e transcripção, além de varias outras formalidades preliminares; mas está fóra do quadro deste livro, por constituir um direito real. Ainda a letra de cambio tem um modo peculiar de formação, mas tambem está fóra do quadro deste livro o contracto cambial.

## § 71

### CONTRACTOS QUE SE DEVEM FAZER POR ESCRIPTURA PUBLICA

Escriptura publica denomina-se a que é lavrada por official publico (2), em territorio sobre o qual se estende a sua competencia, e segundo as formas que a lei prescreve ou não prohibe.

(1) Ord. 3, 25 § 9, 59 § 10; reg. 737, art. 261 e segs.; *Consolidação*, art. 366 e nota, e art. 377. Vide a interessante dissertação do Dr. H. Milet: *O penhor mercantil pode ser provado independentemente de escripto?*

(2) O tabellião é o official publico a quem, ordinariamente, cabe passar essas escripturas; em casos especiaes serão outros, como, por exemplo os escriptores de chancellaria nos consulados.

A escriptura publica é essencial para a celebração do contracto, é, como diz o codigo philippino, de sua substancia (1), em relação aos seguintes: 1.º, ás doações que tenham de ser insinuadas; 2.º, aos aforamentos (ord. 4, 19, pr.); 3.º, aos contractos esponsalicios e pactos antenupticiaes (lei de 6 de Outubro de 1784 § 1.º, e dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 31); 4.º, ás hypothecas conventionaes (dec. de 29 de Abril de 1890, art. 4.º § 6.º e seu regul. art. 130; cod. comm. art. 265); 5.º, á compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceder a duzentos mil réis (lei de 15 de Setembro de 1850, art. 11); 6.º, áquelles contractos nos quaes concordarem expressamente as partes lavrar escriptura publica (ord. 4, 19, pr. e § 1.º).

Quando o contracto exige escriptura publica para a sua constituição, suas modificações e seu distracto devem subordinar-se á mesma formalidade (2).

## § 72

### CONTRACTOS QUE SE FAZEM POR ESCRIPTO PARTICULAR

Podem ser feitos por escripto particular, todos os contractos em que a escriptura publica não for de sua substancia (dec. 79, de 26 de Agosto de 1892, art. 2.º). Todas aquellas pessoas que se acharem no gozo pleno de seus direitos civis, todos os capazes, têm a faculdade de redigir e escrever os instrumentos com que quizerem firmar obrigações e compromissos, *qualquer que seja o valor da transacção* (dec. cit. art. 2.º, 1.ª parte). É claro, porém, que nas alienações dos bens de raiz, inferiores a duzentos mil réis, como nas superiores, o marido necessita da Outhorga da mulher (ord. 4, 48, pr.).

(1) Ord. 4, 19, fr.; T. de Freitas,—*Consolidação*, art. 367; Candido Mendes,—nota, ao codigo philippino no titulo citado.

(2) T. de Freitas,—*Consolidação*, art. 376;—cod. suizo das obrigações, art. 10.

Estes escriptos particulares completam sua firמידão, valendo contra terceiros, com o reconhecimento das firmas e com o registro em notas do tabellião, ou com a apresentação em juizo ou repartição publica, ou com a morte de algum dos signatarios (cit. dec. art. 3.º).

No direito civil, tornou-se inapplicavel a distincção entre a necessidade da escriptura publica para a essencia, *ad solemnitatem*, e para a simples prova, *ad probationem*, porquanto a lei faculta a todos os que estão habilitados para os actos da vida civil a que contractem por instrumento particular, feito e assignado de seu punho e subscripto por duas testemunhas, sobre obrigações e compromissos de qualquer valor. Apenas exceptuam-se, desta faculdade geral, os contractos em que «a escriptura publica é da essencia delles». Si a lei concede esse direito, não ha mais razão para que, na contestação do contracto, se peça a prova do instrumento publico em que elle se consolidou, a não ser nos casos em que este seja de sua essencia: o instrumento particular é sufficiente para dar ao acto plena efficacia em todos os mais casos.

Subsiste, entretanto, a distincção, no direito commercial, por ter o decreto citado visado regular sómente os contractos civis (art. 3.º).

### § 73

#### CONTRACTOS NULLOS

Quando os contractos não são celebrados por pessoas capazes, quando lhes faltam as condições essenciaes á manifestação exacta das vontades, quando não revestem a forma prescripta pela lei, ou recõem as obrigações delles emergentes sobre objecto prohibido, não estão em condições de viabilidade juridica, e, ou são considerados absolutamente nullos, isto é, como inexistentes, ou sim-

plesmente annullaveis, isto é, dependentes de uma acção de nullidade.

São nullos de pleno direito: 1.º, os contractos celebrados por pessoas inhabeis para contractar, como os menores, os alienados, os fallidos, dentro das raias de sua incapacidade (reg. 737, art. 684 § 1.º e cod. commercial, art. 129); 2.º, os que a lei veda a certas pessoas, como nos casos do cod. commercial, art. 2.º e cod. penal, art. 234 (reg. cit. e cod. comm.); 3.º, aquelles que recahirem sobre objectos prohibidos pela lei; 4.º, ou cujo uso ou fim for manifestamente offensivo á sã moral e aos bons costumes, como os contractos que recahirem sobre coisa litigiosa (1), os pactos successorios, *de succedendo ou de non succedendo* (2); 5.º, aquelles em que fôr preterida solemnidade substancial, para a existencia do contracto e fim da lei, como si não existe escriptura publica nos casos em que esta é da substancia do contracto, si o official publico que a lavrou era incompetente, si não está datado nem subscripto pelas testemunhas exigidas ou pelas partes o instrumento publico ou particular (reg. cit. § 2.º) (3).

(1) Consideram-se faes aquellas cousas sobre as quaes, segundo as expressões do codigo philippino, é movido litigio em juizo, quer se tracte de acção real de dominio, hypothecaria ou de servidão, quer se tracte de acção pessoal reipersecutoria ou para pagamento de alguma quantidade (ord. 4, 10 pr. e §§ 1 a 9; *Consolidação*, arts. 344 e 345. Consideram-se litigiosas, desde o inicio da acção, as cousas sobre as quaes incide acção dominial; as outras, desde a contestação da lide (cit. ord. § 10). Não existe o vicio da litigiosidade, quando a demanda é injusta, indebita, calumniosa, nem tambem em relação à transacção para terminar a lide (Candido Mendes, n. 3 ao § 3.º da ord. cit.). Tambem não procede esse vicio em relação aos dotes, aos aforamentos e ás partilhas (ord. cit. § 11; *Consolidação*, art. 351). A *commom l'avo* tambem veda a transmissão *inter vivos* de direitos litigiosos (Smith, *Elements*, p. 117).

(2) Alguns systemas juridicos não estigmatizam, como o nosso, os pactos successorios. Na Suissa, na Allemanha e na Inglaterra, é permitido tractar sobre uma successão futura.

(3) Ha outras nullidades especiaes ao direito commercial, constantes do respectivo codigo, art. 129 § 5.º (contractos feitos por commerciantes que vierem a fallir dentro de quarenta dias anteriores á declaração da quebra; art. 656 (cambio marítimo); 677 (seguro marítimo). As disposições, porém, deste ultimo artigo podem ter applicação ao seguro terrestre, feitos os necessarios temperamentos.

## § 74

## DOS CONTRACTOS ANNULLAVEIS

São annullaveis, sujeitos à acção recisoria, os contractos validos na apparencia, mas nos quaes se deparam vicios de fraude, simulação, erro e violencia (reg. 737, art. 685).

Emquanto ao dolo, cumpre observar que o principal torna o contracto annullavel e o incidente dá sómente logar a perdas e damnos. Quanto á coacção, accrescente-se, ao que já foi dicto quando tractou-se dessa materia, que são por causa della annullaveis os contractos feitos por pessoa retida em carcere privado, além de cahirem os detentores nas malhas do codigo penal, arts. 181 a 183; porém não assim os celebrados pelos presos dos carceres publicos (ord. 4, 75, pr. e § 2), salvo si contractarem com a pessoa que os fez prender, não tendo precedido auctorisação do juiz (ord. cit. e 1, 7 § 11).

A lesão enorme e, maiormente, a enormissima são causas de recisão dos contractos celebrados entre as pessoas capazes, e qualquer lesão sel-o-á nos contractos em que forem prejudicados os menores, como já foi expellido no parographo 67, deste livro.

A nullidade de uma só clausula, não substancial, do contracto, não tem força para prejudicar as outras disposições validas, sempre que sejam reparaveis.

Os contractos annullaveis produzem effeitos de validos e como taes se reputam, até que sejam rescindidos, e sómente se terão por nullos, desde o dia da sentença que os invalida (reg. 737, art. 686 § 1.º). Estes contractos podem ser purificados do vicio que os macúla, por meio da ratiificação ou confirmação da pessoa a quem cabe o direito de propor a acção recisoria. A confirmação retroage ao dia

em que teve logar a celebração do contracto, sem prejuizo dos direitos de terceiros (1).

### § 75

#### PROVA DOS CONTRACTOS

Os contractos se provam por instrumento publico, instrumento particular, correspondencia epistolar ou telegraphica, confissão judicial ou extra-judicial das partes, presumpções legaes e testemunhas. No direito commercial, accrescentam-se as notas dos corretores, certidões extrahidas dos protocolos dos mesmos e os livros dos commerciantes (cod. comm. art. 122).

Os contractos para os quaes a lei determina uma forma especial, não se julgarão provados, si não se apresentarem sob esse aspecto, modelados segundo as normas prescriptas.

No fôro commercial, a prova testemunhal só é admissivel sobre contractos cujo valor não exceda a quatrocentos mil réis, ou, subsidiariamente, em transacções de maior quantia (cod. comm. art. 123 e 140; reg. 737, arts. 182 e 183) (2).

(1) Reg. 737, art. 688; cod. civil francez, 1338; argentino, 1059 a 1065; Aubry et Rau § 337.

(2) No direito inglez, «os contractos não estão submettidos a forma alguma, diz Glasson, nem para sua constituição, nem para sua prova. Todavia, os contractos relativos à venda do direito de propriedade litteraria, a venda dos navios, aos effeitos do commercio e actos susceptiveis de endosso, devem ser redigidos por escripto». Em muitos outros casos, como na venda de moveis excedentes em valor a dez libras esterlinas, de administração, de fiança, a lei estatutaria pede uma prova por documento escripto, o que modifica de modo consideravel a regra da lei costumeira. Em definitiva, sob o puncto de vista da prova, quasi todos os contractos devem ser redigidos por escriptos (Glasson, *op. cit.* vol. VI, p. 378).

## § 76

## INTERPRETAÇÃO DOS CONTRACTOS

Pothier bebeu, no direito romano, os principios fundamentaes da hermeneutica dos contractos e, por intermedio do codigo civil francez, art. 1156 e seguintes, fel-os echoar nas legislações que tomáram por modelo aquelle corpo de leis. Essas regras se podem, entretanto, sem prejuizo, reduzir as seguintes:

1.<sup>a</sup>— Nas convenções, devemos indagar, de preferencia, qual foi a vontade commum das partes, em vez de prender-nos ao sentido litteral das expressões, as vezes inexactas, por ignorancia de quem as empregou ou por má fé (1). É o que diz tambem o D. 50, 16 fr. 219: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*.

2.<sup>a</sup>— As palavras e clausulas ambiguas e as omissões se devem interpretar, segundo o uso recebido no paiz ou no logar onde é celebrado o contracto. *Sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur* (2).

3.<sup>a</sup>— Na duvida que resistir ás regras estabelecidas precedentemente e á penetração do espirito esclarecido pelo bom senso e pela bôa fé, decidir-se-á em favor do devedor. *Fere secundum promissorem interpretamur* (3).

## § 77

## CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRACTOS

As classificações que se fazem dos contractos variam com o ponto de vista em que se colloca o observador e as

(1) Pothier, — *Obrigações*, vol. I, n. 91; codigo civil francez, art. 1156; italiano, 1131; suizo das obrigações, 16.

(2) D. 50, 16, fr. 34; Pothier, — *op. cit.*, n. 94; cod. commercial brasileiro, arts. 130 e 131 § 4; civil francez, 1159 e 1160; italiano, 1134 e 1136.

(3) D. *h. t.*, fr. 99; Pothier, — *op. cit.*, n. 97; cod. commercial brasileiro, art. 131 § 5; civil francez, 1162; italiano, 1137.

diversas classificações propostas se penetram, se cortam, se cobrem ou se chocam muitas vezes.

I—Em relação à esphera do direito dentro da qual se perfazem, dizem-se *publicos* ou *privados*, subdivididos estes em *civis* e *commerciaes*.

II—Considerando-se a sua forma externa, elles são *reaes*, *consensuaes* e *solemnes*. Reaes são aquelles que se concluem pela tradição do objecto sobre que versam, a qual deve seguir-se ao accordo das partes, mediata ou immediatamente. O deposito, o mutuo, o commodato, entram nesta classe. Consensuaes são os que nada mais pedem para sua perfeição do que o consenso das partes, manifestado por escripto ou verbalmente. A venda é um contracto consensual. Solemnes são aquelles que exigem certas modalidades obrigatorias de manifestação juridica. A doação excedente à taxa da lei, é um contracto solemne (1).

III—Ainda considerando a forma pela qual os contractos apparecem no mundo juridico, são elles escriptos ou verbaes, (podendo a escriptura ser publica ou privada, por correspondencia, entre presentes ou entre ausentes).

IV—Segundo a natureza das obrigações que delles procedem, distinguem-se elles: a) em *unilateraes* e *bilateraes* ou *synalagmaticos*; b) *gratuitos* ou *beneficos* e *onerosos*; c) *commutativos* e *aleatorios*. Unilateraes são os contractos em que sómente uma das partes é obrigada; bilateraes ou *synalagmaticos*, aquelles em que as obriga-

---

(1) A divisão romana feita sob este poncto de vista, era a seguinte: reaes, verbaes, litteraes e consensuaes, segundo elles se celebravam pela tradição de um objecto, por palavras solemnes, por escripto ou pela simples troca do consentimento expresso ou tacito. *Quatuor species sunt, aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu* (Inst. 3, 13, § 2). Para haver contracto real (*re contracta obligatio*), fazia-se necessario que a convenção fosse acompanhada da tradição de uma cousa ou da prestação de um facto (*aliquid datum aut factum*). As palavras constitutivas dos contractos verbaes eram sacramentaes, expressas na lei. Os escriptos geradores dos contractos litteraes deviam tambem conter certas phrases consagradas, nas quaes sómente acreditavam que houvesse a virtude vinculante,

ções são para ambas as partes contractantes, por quotas eguaes ou não. Gratuitos, são aquelles em que uma das partes obtem uma vantagem sem conquistá-la por uma prestação correspondente; a título oneroso, aquelles em que as expansões do patrimonio são obtidas por correspondentes limitações. Commutativos, serão os onerosos, quando houver equivalencia, approximada ou exacta, entre as prestações das duas partes contractantes; aleatorios, si as vantagens a obter são incertas e vacillantes, podendo ser maiores, eguaes ou menores do que as prestações realisadas para obtel-as ou mesmo absolutamente nullas.

V— Si forem os contractos considerados em si mesmos, segundo o modo porque existem, dir-se-ão *principaes* ou *accessorios*; e si attender-se ao objecto a que visam receberão varios nomes, como *antenupciaes*, *dotaes*, *successorios*, todos tirados, em regra, desses mesmos objectos.

VI— *Nominados* e *innominados* podem ser chamados tambem, conforme receberam ou não, no direito, uma designação especial. Pothier julga que esta divisão não tem mais applicação hoje; porém, si os seus effeitos, actualmente não são os mesmos que lhe assignava o direito romano, é incontestavel que ella ainda tem sua razão de ser, porquanto os contractos que têm um nome especial, além dos principios geraes communs, supportam outros que lhes são exclusivos, enquanto que os innominados só se regulam pelas normas geraes e por aquellas peculiares aos nomeados com os quaes têm maior similitude (1).

---

depois de terem sido simplesmente as averbações dos livros domesticos (*codices expensi et accepti*). Esse rigido formalismo não tem mais hoje razão de ser, e os nomes foram conservados pela jurisprudencia moderna, com significações mais consentaneas com a indole do direito actual.

(1) Moulon, — *Répétitions écrites*, Vol. II, n. 1034; cod. civil argentino, art. 1143. É tambem o parecer de Duranton que o esclarece com o exemplo de dois vizinhos que, tendo cada um seu boi, o emprestam um ao outro por semanas revezadas, e mostra o civilista francez que não se tracta, na hypothese, nem de aluguel, nem de commodato, nem de troca, nem de sociedade, mas de uma convenção innominada, assimilando-se a todas essas especies nomeadas.

VII—Existe ainda o *contracto abstracto*, especie de molde proprio a receber variós conteúdos, a modo da *stipulatio* dos romanos, sem que com ella se confunda aliás. A promessa e o reconhecimento de divida, objecto dos arts. 683-684 do *projecto* allemão e os titulos ao portador entram nesta categoria.

VIII—Estas distincções se encontram na generalidade dos systemas juridicos, mais ou menos assignaladas, mais ou menos completas. Ha, porém, no direito anglo-americano, uma classe especial, que não corresponde exactamente a qualquer das que se encontram nos outros systemas juridicos. Refiro-me aos contractos sob sello (*deeds or specialities*), em opposição aos contractos simples (*agreements*). E' uma classificação sob o poncto de vista da forma, mas com peculiaridades dignas de reparo, pois que o *deed* não é uma escriptura publica. E' um manuscripto ou impresso em papel ou pergaminho, sobre o qual dá-se apposição do sello dos contractantes, por meio de lacre ou cêra, em signal de consentimento solemne. Outr'ora costumavam as partes recortar os papeis em que estavam escriptos esses contractos, si, intervindo muitas partes contractantes, era necessario tirar copias. A essas copias dentadas se dava o nome de *indentures*. Si havia um só escripto, era chamado *deed poll*, porque não se dava recorte.

O *deed* presuppõe duas solemnidades successivas: a apposição do sello e as palavras solemnes que devem pronunciar os pactuantes. Eram originariamente muitas as differenças entre o *deed* e o contracto simples; hoje são mais notaveis: o prazo para a prescripção que é de vinte annos, si o contracto é sellado e de seis, si é simples; o prazo para registro que é de quatorze dias, si o contracto é simples e de dois mezes, si é sellado. Aliás o registro é formalidade puramente fiscal; não póde, sem elle ser o escripto apresentado em justiça. O contracto por sello não

é imposto pela lei para determinados contractos. São os particulares que o escolliem ou não segundo seus interesses (1).

### § 78

#### DA APPLICAÇÃO DA LEI EXTRANGEIRA A FORMA DOS CONTRACTOS

A forma externa ou instrumental dos contractos celebrados no estrangeiro, deve obedecer á lei estrangeira, embóra sua execução tenha de ser feita no paiz. Para examinar o vinculo obrigacional, sua natureza e effeito, no direito internacional privado, é á lei do logar em que o contracto foi celebrado, que se deve consultar, no silencio d'elle a respeito; para determinar a capacidade das partes contrahentes, a lei de sua nacionalidade; para estabelecer o tempo e o logar já tive occasião tambem de pronunciar-me pela lei do logar onde se forma o acto. E' ainda essa mesma lei que nos deve esclarecer, quando tivermos de indagar si a forma do acto é a prescripta pelo direito (2).

Tem applicação, neste caso, a regra *locus regit actum*, discutindo os escriptores, si esta regra deve ser facultativa ou obrigatoria, quando se tracta de actos a que não é imposta uma forma authentica, porque, em relação a estes, a obrigatoriedade do principio é irrecusavel. A con-

(1) Glasson,—op. cit. Vol. VI, pag. 365 e segs. Nos Estados Unidos da America do Norte os principios são os mesmos com pequenas alterações. Vide Smith, *Elements*, pags. 115 e segs., onde se expõem todos os requisitos do *deed*.

(2) Ord. 4, 59, § 1; reg. 737, art. 3 § 2; dec. de 24 de Jan. de 1890, arts. 47 e 108; cod. civil francez, arts. 47, 170, 999; prussiano, § 11; lei allemã sobre letras de cambio, § 85, al. 3.º; cod. suizo das obrigações, art. 823; argentino, art. 12; hespanhol, 11; chileno, 18 do tit. preliminar; italiano 19 das disposições preliminares; commercial portuguez, art. 4.º Vide, a este respeito, as minhas *Licções de legislação comparada*, pags. 46 e seguintes.

troversia restringe-se aos actos realizados sem forma solenne.

Apezar de ser esta a doutrina geralmente acceita, soffre ella algumas limitações. Entre nós, o regulamento 737, art. 4.º, diz que os contractos commerciaes que se celebrarem no estrangeiro, para produzirem direitos ou obrigações no Brazil, devem obedecer á lei brazileira. Em materia de casamento, tambem é admittido que os nacionaes casem no estrangeiro, segundo a lei brazileira, mas perante a auctoridade consular ou diplomatica do Brazil, forma de casamento a que, por illogismo injustificavel, os paizes, onde elles são celebrados, não reconhecem efficacia legal (1).

Mas, afastando essas hypotheses mais ou menos extranhas ao objectivo do presente livro, affirme-se que, em relação aos contractos realizados no estrangeiro, é a lei estrangeira que os regulará quanto á sua forma. E' uma regra geral que não infirmam aquellas nem outras modificações.

E existem estas outras modificações. Assim, não poderão produzir effeito no Brazil os contractos immoraes realizados no estrangeiro, nem aquelles de cuja execução resalte offensa aos direitos do Brazil ou dos brazileiros ou violação directa de nossas leis, embóra não sejam prohibidos no lugar onde tiverem origem. Por uma reciproca de equidade, devem igualmente ser tidos por nullos os contractos realizados no Brazil, que importem na violação directa da lei estrangeira, sob cujo imperio tenham elles de cahir (2).

---

(1) *Journal du droit international privé*, 1893, p. 880, sentença do tribunal do Seine; *idem* p. 664, resolução identica tomada pelo governo suiso que declarou não dar a lei suissa valor legal aos casamentos celebrados pelos consules estrangeiros; *idem*, 1892, p. 417.

(2) E' uma applicação do dec. 6982 de 27 de Julho de 1878, art. 2.º, que deve ser attendido na especie; codigo civil argentino, arts. 1207 e 1208.

## § 79

## EXCLUSÕES E INCLUSÕES

Não se encontrarão, nos capitulos que se vão seguir, aquelles contractos que tendem á constituição do penhor, da hypotheca, da antichrese e outros direitos reaes, porque, resultando immediatamente desses contractos, uma vez concluidos, segundo as formalidades da lei, não simplesmente uma obrigação de dar, mas tambem um vinculo real, sua posição natural está assignalada na parte do direito civil, que se occupa do direito das cousas, segundo tem sido geralmente entendido. Quanto á parte puramente contractual dessas relações juridicas, é, porém, fóra de duvida, que se submete aos principios geraes que acabam de ser expostos no capitulo que agora finda com este paragrapho, combinados com as normas especiaes que a lei creou para as regular.

As figuras geraes dos contractos, em geral, terão ingresso neste livro, não só as classicas, como algumas outras que se têm tornado nimamente interessantes.

Para extendel-as á vista do leitor, começarei pelos contractos unilateraes e gratuitos, irei, paulatinamente marchando para os onerosos e bilateraes, por intermedio dos que o forem imperfeitamente ou accidentalmente, e, depois, abordarei os accessorios. Pareceu-me que, dogmaticamente, era essa a ordem melhor.

---

## CAPITULO II

### A Promessa Unilateral

Das Treibende bei der Obligation, nicht die abstracte Idee des Willens, oder was derselbe sagt: der formale Begriff des Versprechens ist, sondern der praktische Zweck.

JHERING: *Zweck im Recht.*

#### § 80

##### DO VALOR E ALCANCE DA PROMESSA JURIDICA

Talvez que a epigraphe inscripta no topo deste capitulo, já tenha desfeito quaesquer equivocos suscitados pelas palavras que o intitulam. Não é a soberania da vontade individual que se pretende proclamar. E' antes sua deposição de um pedestal sem bases que aqui se postula, para determinar-lhe a verdadeira posição no kosmos juridico, e, em particular, neste departamento delimitado do direito das obrigações.

Desde que o jurista não se deixe influenciar pela suprema auctoridade da vontade, não considerará o concurso della com outra uma condição indispensavel, para a criação das obrigações de origem licita, e cessará, então, a difficuldade de ser acceita a promessa unilateral, como força productora de vinculos obrigatorios.

Por certo a promessa é uma declaração da vontade individual, mas, si nesta repousasse ella exclusivamente, si a ella sómente obedecesse, seria vacillante, inconsistente e mudavel, como certamente o é a vontade humana. Com estes caracteres seria a promessa de todo inapta para crear relações juridicas, si uma força outra não viesse amparal-a e transformal-a, dando-lhe corpo e caracteres que

lhes não são essenciaes. Essa força extranha se manifesta ordinariamente, quando a acceitação vem transformar a simples promessa em contracto. Mas não foi certamente a acceitação que trouxe, por virtude propria, o elemento da irrevogabilidade que caracteriza os contractos, porquanto a acceitação é tambem uma offerta, uma promessa de executar a prestação. Pelo menos assim é visivelmente nos contractos bilateraes. Tambem nos puramente beneficos, nas doações simples, á vontade do donatario não é que se deve attribuir a irrevogabilidade da vontade do doador, porque, entre duas vontades equivalentes, perante o direito, não ha motivo para que uma prepondere sobre a outra, e porque essa mesma vontade do donatario é impotente deante da vontade contraria do doador, já depois de concluido o contracto, e já depois de produzir seus effeitos, onde se permite a revogação das doações por quaesquer causas. Seria illogismo grosseiro suppor que essa mesma vontade, que succumbe na hypothese da revogação das doações, revista-se de uma virtude maravilhosa na occasião da formação do contracto.

Força é convir que essa virtude tem outra origem: necessario é reconhecer que ella nasce do interesse social que se acha em jogo nos contractos e que pede a seriedade na offerta e na procura, na promessa e na acceitação. E' esse interesse que dá estabilidade á vontade dos contractantes, a qual é por natureza ambulatoria. E é tal a acção da utilidade collectiva sobre as mesquinhas manifestações do eu individual, que a promessa, uma vez externada, mediante certas condições, petrifica-se, juntando o individuo á prestação do prometido, muito embóra já não seja mais essa absolutamente a sua vontade, muito embóra o afastem desse leito de Procusto os seus mais exigentes interesses. E é claro que essa energia que assim crystallisa a promessa, quando se conjuga com outra promessa, póde perfeitamente dispensar o appare-

cimento de uma dellas, para operar, isoladamente, sobre a outra. Externada a promessa independentemente de outra, mas sufficientemente desprendida da pessoa que a manifesta para accordar interesses extranhos, póde a sociedade intervir para que ella seja mantida, attendendo ao valor desses mesmos interesses assim soerguidos, porque nelles se traduz uma das faces de sua existencia.

A promessa unilateral, effectivamente, mostra-se com força obrigatoria, na formação dos contractos em geral e na de outros actos licitos que não se podem classificar entre os contractos, por lhes fallecer o accordo de duas vontades, em transfusão mutua para a consecução de um fim. Taes são as promessas de recompensa, as offertas publicas, os titulos ao portador, e ainda esse caso especial do direito allemão, a promessa de fundação, que é uma promessa obrigatoria em relação, não mais a uma pessoa determinada, porém extranha á formação do pacto, não mais a uma pessoa indeterminada, como nos titulos ao portador, porém a uma cousa.

A simples indicação da theoria e a indicação das figuras que abrange, são sufficientes para revelar que ella não foi coagmentada, segundo os moldes romanos. Antecedentes romanos se podem aponctar, como verdadeiras manifestações prodromicas desta theoria, pois que vê-se a declaração da vontade, obrigar o individuo nas promessas de recompensa, na pollicitação, tomada esta palavra no sentido technico de promessa a uma cidade, no *rotum* ou promessa aos deuses e mesmo na *dotis dictio*, em alguns casos, pelo menos (1). Foi, porém, já em nossos dias e partindo da jurisprudencia allemã, que a theoria da promessa unilateral extendeu os seus alicerces, preparando

(1) Diz Jhering: Erst in der christlichen Zeit durch Theodos und Valentinian wirt das Dotalversprechen als solches, d. h. ohne die Geschäftsförm der Stipulation als klagbar anerkannt (op. cit. p. 289).

os vastos alojamentos, em que se vieram collocar modalidades obrigacionaes, que appareceram com as necessidades novas da vida moderna. Mas, formulada nesse glorioso paiz, onde o pensamento juridico adquiriu mais intensidade e mais largueza, reflectiu-se a theoria na França e em outros centros de grande cultura (1). E não pôde mais hoje o direito das obrigações recusar-lhe ingresso, sob pena de se mostrar lacunoso e em desharmonia com a sciencia e com a realidade juridica, tal como se manifesta nos costumes, nos quaes haure a lei o sopro vital que a anima.

Nos paragraphos seguintes destacarei as hypotheses mais notaveis, em que a força obligatoria da promessa unilateral se faz sentir, algumas das quaes seriam enigmas juridicos indecifraveis, si essa interpretação não fosse encontrada. Algumas vezes, como em relação ás estipulações para terceiro, dissentirei da opinião victoriosa, mas não o farei sem apresentar meus motivos. E é por isso que não excluirei as figuras indicadas pelos escriptores, como sendo casos de declaração unilateral obligatoria da vontade.

### § 81

#### A PROMESSA UNILATERAL NOS CONTRACTOS

Quando foi estudada a materia dos contractos, a cujos principios geraes se subordina necessariamente a promessa unilateral, teve melhor cabimento a exposição do assumpto deste paragrapho. Limito-me, neste momento, a recordar que, feita a declaração da vontade pelo pollici-

(1) São os principaes promotores desta nova doutrina, na Allemanha, além de Koeppen; Kuntze:—*Die Lehre von den Inhaberpapieren*; e Siegel:—*Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*; na França, René Worms; *de la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*. Tarde nas suas *Transformations du droit* se lhe mostra muito sympathico.

tante, fica este por ella obrigado, até o exgottamento do prazo, por elle fixado, para ser dada a acceitação, e, na ausencia de prazo estipulado, ficará elle desobrigado de sua promessa si, no mesmo acto, em seguida á proposta, não apparecer a acceitação, ou, tractando-se de ausentes, si, escoado um lapso de tempo sufficiente para chegar a resposta do solicitado, esta não vier. Este assumpto, com as curiosas nuanças que apresenta, foi exposto, quando appareceu a oportunidade de examinar em que momento se forma o vinculo obrigatorio nos contractos <sup>(1)</sup>. Viu-se, nessa occasião, que, realmente, a promessa unilateral coage o promittente a mantel-a dentro de certos limites e realisadas certas condições. Disse Siegel que a offerta impõe duas obrigações a quem a faz: a de honrar a sua palavra, não a retirando num prazo determinado; e a de manter o seu compromisso, desde que a outra parte acceita a sua proposta, executando a prestação prometida. Póde parecer subtil a distincção, mas é de uma perfeita exactidão.

## § 82

### A ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO

Dá-se estipulação em favor de terceiro, todas as vezes que uma pessoa, o estipulante, convenciona com outra, o promittente, para conferir um direito a um terceiro, que se denomina beneficiario. No mandato, na assignação ou delegação, na doação acompanhada de encargos em proveito de terceiro, na constituição de renda, quando se tem egualmente em vista gratificar alguem, que não entra, ao menos intervindo directamente, no contracto, ou quando esse beneficiado obteve, por alguma prestação, a promessa

(1) Parte segunda, secção primeira, capitulo primeiro, §§ 63-64 deste livro.

da venda, ha estipulação para terceiro. Em qualquer desses contractos, no aspecto em que aqui são considerados, descobre a analyse uma relação dupla, constituindo como que uma geminação contractual. O promittente firma um contracto com o estipulante; em um dado momento, a figura deste esváe-se e apparece a do beneficiario, que o substitue, para exigir aexecução da obrigação contrahida.

E', porém, nos seguros de vida, contractados em favor de terceiros, que, quasi sempre, são as pessoas da familia do estipulante, é nos seguros de vida, que esta especie de estipulação se nos revela, não só de um modo mais nitido, como sob um aspecto, actualmente, mais importante, por se tractar de uma especie juridica que sómente em nossos dias assentou as bases definitivas de sua construcção, aliás, ainda não terminada.

Imagine-se que alguém contracta com uma companhia de seguros, dar-lhe periodicamente certas quantias ou premios, para o fim de esta, depois da morte do estipulante, entregar, a seus filhos, uma certa somma. Os juristas francezes deante da letra do respectivo codigo civil, andáram porfiando em subtileza, para bem determinarem a posição do estipulante em tal hypothese, de mode que a convenção fosse plenamente efficaz. Porém, fóra da prisão de qualquer dispositivo de lei e encarando exclusivamente as relações juridicas, segundo ellas se tecem na vida e se ostentam aos nossos olhos, ver-se-á, parece-se claro, que a companhia contrahiu a obrigação de pagar a somma estipulada, si o estipulante morrer antes do beneficiario. No calculo de probabilidades, sobre o qual se estribam as companhias destinadas a explorar essa industria, esse elemento é posto em linha de conta. Como quer que seja, existe ahi uma obrigação condicional suspensiva; a morte do estipulante é o acontecimento que vem tornar exigivel a prestação da companhia promittente. Não se realisando ella, nada deve; e ella não se realisará,

desde que a morte prematura do beneficiario se der, tornando impossivel a observancia do estipulado, fazendo desaparecer o fim, a *causa finalis* do contracto. Assim, com a ausencia da condição, se consorciam a ausencia da possibilidade e a da finalidade.

Mas supponha-se que a condição realisou-se, o que é mais natural e mais frequente. Para dar cumprimento á sua obrigação, o que tem de fazer a companhia promittente? Evidentemente, é pôr á disposição do beneficiario a somma promettida, á qual tem este inconcusso direito, não por successão, mas *ex stipulatu*, de modo que essa quantia não deve entrar na partilha, não virá á collação, não tornará inofficiosa a quota de algum herdeiro necessario. Para o computo das quotas hereditarias de cada um delles, havendo entre varios herdeiros legitimarios, necessarios, algum aquinhoado com seguro de vida, contar-se-ão sómente os premios pagos pelo *de cujus*, porque foram realmente donativos, mas nunca a somma assegurada, porque essa não sahiu do patrimonio do estipulante.

Admira que a jurisprudencia tenha reluctado algum tempo em reconhecer o direito do beneficiario, em sua plenitude e nudez. Quantas outras relações juridicas, oriundas de convenções, não criam posições perfeitamente semelhantes. Alguem doa certa porção de bens a outrem, com o encargo de manter um subsidio a certa outra pessoa indicada na convenção. A posição do beneficiario em relação ao donatario, não é perfeitamente a mesma que se estabelece entre o beneficiario do seguro e a companhia que recebeu do estipulante as prestações, para o fim exclusivo de dar certa somma á pessoa em favor de quem foi feita a estipulação? Eu vendo um predio a outrem, por um preço que ajustamos, porém incluo, no contracto, a clausula de que parte desse preço será dada a terceiro, em momento prefixado, de modo certo ou incerto. Ainda é

semelhante a relação creada por essa clausula adjecta, e nem ella nem a doação com encargo são novidades no direito classico.

O principio que se allega em contrario é tam fragil e tam estrassalhado se acha pelos factos em contrario, que se não pôde mais fazer delle uma arma. *Res inter alios actas nec prodest nec nocet* é o principio a que alludo, e ao qual nem mesmo o direito romano, com a sua rigorosa personalisação das obrigações, dera uma applicação inflexivel, pois que elle admittiu a estipulação para terceiro, conferindo a este um direito directo (cod. 8, 45, l. 3). Pothier que consolidou, em seu livro sobre as *Obrigações*, a tradição romana, tambem reconhece que um contracto possa, por virtude propria, dar um direito a alguém que nelle não tomou parte. «E' a equidade natural, diz elle, quem forma esse compromisso» (1).

Esta doutrina, afinal é hoje corrente, encontrando apoio em disposições de lei, no codigo suiso das obrigações, art. 128, por exemplo. E Habertisch, discutindo-a escreve: «Assim, pelo facto da conclusão do contracto, o devedor é obrigado, e em relação ao seu co-contractante, a cumprir a obrigação estipulada em proveito de terceiro. Mas o terceiro não torna-se, *ipso facto*, credor das obrigações resultantes do contracto. Aquelle que estipulou tem ainda poder de desligar o devedor de sua obrigação. Este poder cessa, desde o momento em que o terceiro declarou querer fazer uso de seu direito» (2)

Do que acaba de ser dicto resulta que, nas estipulações em favor de terceiro, em geral, e nos seguros de vida, em particular, o promittente obrigando-se para com o estipulante, obrigou-se, ao mesmo tempo, para com o terceiro beneficiario. Mas este não interveio no contracto, embóra mais tarde venha tornar irrevogaveis as obrigações delle

(1) *Obrigações*, Vol. I, n. 72.

(2) *Droit fédéral des obligations*, trad. de Gilliéron, vol. I, p. 260.

decorrentes, dando o seu consentimento. Antes mesmo desse consentimento, a obrigação existe, da parte do promittente, e só o estipulante o poderá exonerar della, como podel-o-á, mais tarde o beneficiario, depois da acceitação. Além disso, julgo indifferente que se trate de terceiro determinado ou indeterminado, para a validade da obrigação de dar ou de fazer que contrahiu o promittente, visto como o objecto da prestação é preciso, é certo. No momento opportuno terá de satisfazel-a, e só então, é necessário que se tenha certeza da pessoa a quem aproveitará ella. Finalmente, em nosso direito, o consentimento presume-se nas doações simples, e póde até ser dado por outrem, como já tive occasião de dizer e ainda se verá. Não é extraordinario, portanto, que se o presuma egualmente nas estipulações em favor de terceiro.

Ora, si a obrigação existe por parte do promittente, independentemente de qualquer acto do beneficiario, teremos, na estipulação para terceiro, um caso de obrigação oriundasimplesmentede vontade unilateral? René Worms, responde pela affirmativa: «O promittente tomou, para com o beneficiario, uma obrigação, sem que houvesse, entre ambos, concurso de vontades; esta obrigação o coage por si mesma, sem que o beneficiario tenha de acceitar uma offerta qualquer do promittente; por consequinte, o promittente acha-se ligado por uma declaração unilateral de vontade». E a conclusão a que chega é a mesma, si se julgar indispensavel a acceitação do beneficiario. «O promittente está ligado para com o beneficiario, pela declaração de sua vontade simplesmente, porque este ultimo só tem que acceitar a offerta do estipulante, para tornar effectiva a obrigação do promittente, desde o dia em que a contrahiu» (1).

O raciocinio não me convence. Por certo, não houve

---

(1) *La volonté unilatérale*, pags. 114 e 115.

concurso da vontade entre o promittente e o beneficiario: mas não vejo que aquelle se tenha obrigado pela mera declaração de sua vontade unilateralmente feita. O que se deve dizer é que a estipulação em favor de terceiro molda o contracto por um typo que não é o commum, transferrindo, ao beneficiario, a acção de exigir a execução da obrigação, a qual competia naturalmente ao estipulante. E' um caso de despersonalisação do vinculo obrigacional, e não de formação desse vinculo, por acto unilateral do promittente. O promittente é o poneto de liga do duplo pacto, o poneto de conjuncção do contracto geminado, que existe em toda estipulação por terceiro. Para com o estipulante elle contractou fazer ou dar alguma cousa. Está completo o contracto, desde que houve o accordo das vontades, e, quando o estipulante cumpriu as suas prestações, solidificou-se, ainda mais, a obrigação do promittente. Quando chegar o momento da execução, em vez de operar-se um movimento de refluxo sobre o estipulante, opera-se um de propulsão, de projecção, em direcção ao beneficiario. Este, firmado nas prestações do estipulante, que chama a si, por sua acceitação, adquire o direito de exigir a execução do promettido.

Assim estipulante e beneficiario intervêm, nesta forma juridica, de um modo incompleto, si considerarmos cada um de per si; mas de um modo completo, si os considerarmos conjunctamente, porque um termina o que o outro inicia, um prepara o que o outro aproveita, um faz valer o direito cujas bases o outro lançou.

### § 83

#### DOS TITULOS Á ORDEM E AO PORTADOR

Considerarei agóra a mesma questão em attinencia com os titulos á ordem e ao portador.

*Título á ordem* é um escripto constatando a obrigação que alguém contrahia, de pagar a outrem, ou *a sua ordem*, uma certa somma. Póde ser *civil* ou *commercial*, segundo a obrigação de que procede, a causa que o originou é civil ou commercial. E nisto differe o genero — títulos á ordem, da letra de cambio que é uma especie de bilhete á ordem, visto como presta-se a endosso. Além disso, o título á ordem só presuppõe, originariamente, duas pessoas, o subscriptor e o beneficiario, portanto uma vez que existe já presuppõe a acceitação, que na letra de cambio é um elemento essencial, porém, posterior á expedição do título. Mas estas distincções não me preoccupam agóra, e remetto o leitor aos commercialistas, para melhor as apurarem. O que importa, nesta occasião, é determinar a natureza juridica do título á ordem.

Dizem uns: é uma estipulação em favor de terceiro, a qual tanto póde ser feita a titulo gratuito quanto a titulo oneroso; mas uma estipulação de character particular, pois que é, ao mesmo tempo, para si e para outrem que estipula o acceitante, quero dizer o tomador. E' visivelmente forçada esta explicação, pois que o terceiro não é nenhumamente considerado na occasião de formar-se o contracto; póde mesmo não apparecer em tempo algum. Não é absolutamente para elle que se estipula.

Dizem outros: é uma obrigação decorrente da manifestação unilateral de uma vontade. Mas visivelmente ha um equivoco neste modo de pensar. Si o emissor do bilhete affirma dever a alguém, a quem está prompto a pagar, ou se apresente pessoalmente ou transfira seu credito a outrem, constata, no proprio titulo, que houve um previo contracto com os seus elementos essenciaes em funcção, — a proposta e a acceitação. E foi justamente a obrigação assim contrahida que o collocou na contingencia de cumprir a sua prestação, a quem se lhe apresentasse como designado pelo tomador originario. E' uma consequencia

de um contracto vasado em moldes mais largos do que os da jurisprudencia romana, mas, ainda assim, uma consequencia forçosa e natural da convenção celebrada, a obrigação em que se acha o subscriptor de pagar ao portador, mediata ou immediatamente, designado pelo beneficiario primitivo.

Uma doutrina, mais antiga do que as duas precedentes, explica o mechanismo juridico do titulo á ordem, assimilando-o, dentro de certas raias, á cessão de credito. Creio que a verdade está com os que assim pensam. Allega-se, em verdade, contra esta theoria, uma dissimilhança fundamental entre a cessão de creditos e a transmissão pela clausula á ordem. Na primeira, as excepções que se podiam oppor ao cedente continuam opponiveis ao cessionario (cod. civil argentino, art. 1474). Por exemplo, o devedor allegaria compensação ao cedente; allega-a-á, com egual direito, ao cessionario. Mas não succederá assim em relação ao titulo á ordem; o portador do titulo apresenta-se, por direito proprio, e contra elle não valem defezas do genero a que acabo de alludir.

E' verdade. Porém, nem por isso o caracter de cessão desaparece da relação juridica, que agóra se analysa. Pela clausula *á ordem*, o subscriptor pactuou a cessão. Deve submitter-se a ella, *ex vi* de seu proprio contracto que é de caracter complexo. Ao mesmo tempo, obrigou-se a pagar ao credor e concordou com elle que fizesse a cessão de seu credito, si a isso o aconselhassem conveniencias, que estaria prompto a cumprir sua prestação para com o pactuante ou para com aquelle que o substituisse. E' isso que significa a clausula a ordem, e isso explica a razão, porque as excepções pessoaes ao cedente não se applicam aqui ao cessionario. Na cessão propriamente dicta, a transferencia apparece por acto exclusivo do cedente; no titulo á ordem ella foi estipulada, contractada.

E si é exacto o que acaba de ser affirmado, ainda nesta

especie não temos applicação de vinculação obrigacional, oriunda de uma declaração unilateral de vontade.

Tel-a-emos nos titulos ao portador?

*Titulo ao portador*, é um escripto constatando a obrigação, que alguém contrahiu de pagar uma certa somma, a quem quer que se lhe apresente como detentor do mesmo titulo. E' um exemplo commum desta especie o bilhete de banco. O que caracteriza o titulo ao portador é que elle se transmite por simples tradição manual, sem significação ao devedor, sem auctorisação especial de quem primeiro o tenha acceito, sem endosso, por isso mesmo que o subscriptor é obrigado, não em relação a um credor determinado, mas em relação ao portador, seja quem for. Si houve abuso de confiança ou furto na obtenção do titulo, o portador deixa de ser o verdadeiro proprietario, e este possuirá acção contra elle. Mas nada importa essa ponderação. E' no dominio do puramente legal que a questão deve ser posta, para determinar-se a natureza da relação juridica, representada pelo titulo ao portador. Além de que por aquelles actos illicitos, que subtrahiram o titulo ao legitimo proprietario, não fica o subscriptor, perante alguns systemas juridicos, desobrigado para com o portador (projecto allemão, art. 686). E' uma questão a liquidar entre os portadores successivos, á qual, em rigor, é extranho o subscriptor (1).

Para explicar o mecanismo juridico do 'titulo ao portador, ainda maior tem sido a divergencia entre os theoristas, do que para explicar o mecanismo do titulo á ordem. E' um contracto celebrado com o publico diz

(1) A este respeito diz o *projecto* allemão, art. 687: «O subscriptor não pôde recusar o pagamento ao portador, por que este adquiriu illegalmente» salvo si o titulo é falso ou nullo (art. 690). A camara dos *lords* em 4 de Abril de 1892 decidiu que o proprietario de titulos ao portador, que os haja perdido por abuso de confiança, não poderá reivindicar-os, contra terceiros possuidores, que se achem de boa fé. Consequentemente reivindicar-os-á contra o adquirente doloso (*Journal du droit international privé*, 1893, p. 433). Entre nós, regula o dec. n. 149 B—de 20 de Julho, de 1893, que faculta, ao proprietario de titulo: ao portador, meios de impedir que

Einert; com os portadores, afirma Goldschmidt; é uma cessão de créditos, uma estipulação para terceiro, uma assignação, uma subrogação convencional, uma successão a título singular, pretendem outros; é uma declaração unilateral de vontade, obtempera René Worms. Parece que, attendendo á similhaça entre o título á ordem e o título ao portador, devia pronunciar-me pela theoria da cessão. Mas não. Certamente ha cessão de créditos nas translações manuaes; mas não é esse o nucleo fundamental da relação, porque quaesquer portadores têm direitos eguaes e simultaneos, o que não se dá com o título á ordem, onde ha uma pessoa determinada que transmite seus direitos, por escriptos, por endosso, a terceiro, e este, successivamente, a outros. O direito de todos está causalmente ligado ao do primeiro beneficiario; si este for incapaz, o título invalida-se. No título ao portador, não ha, propriamente, primeiro beneficiario, pois que nenhum nome é nelle designado, nenhum credor é nomeado em primeiro plano.

Afastada a theoria da cessão, só nos restam, com apparencias de bom fundamento, a de Goldschmidt e a de Worms. Mas o contracto com todos os portadores indeterminadamente não se comprehende sinão como uma obrigação unilateralmente contrahida, pois que, na realidade, esses portadores possiveis não contractaram com o emissor, como o faz o primitivo beneficiario do título á ordem. Consequentemente as duas theorias se vêm a confundir em uma só.

E' um caso interessante de obrigação para com uma

---

outrem illegitimamente os façam valer, afim de receber o capital e os rendimentos. O proprietario declarará, ao juiz ou tribunal do domicilio do subscriber, que foi illegalmente desapossado de seus títulos e pedirá que o subscriber, ou seu representante, seja intimado para que não pague nem o capital, nem os juros, nem os dividendos; que egualmente sejam intimados o presidente da juncta dos corretores, para que não sejam os títulos admittidos em negociação na praça, e o detentor dos títulos ou quem interessado for, para allegar o que lhe convier (arts. 1.º a 3.º).

pessoa indeterminada, o titulo ao portador, e obrigando-se para com uma pessoa indeterminada, sem ser em consequencia de obrigação contrahida com outrem, como na estipulação para terceiro, o devedor não podia deixar de fazel-o sirão por uma declaração unilateral, como dil-o bem o citado Worms (1). E' tambem essa a doutrina que resalta do art. 685 do *projecto* de codigo civil allemão, onde se edicta que pela obrigação ao portador, «o subscriptor se compromette, para com o portador da obrigação, quem quer que elle seja, a lhe fazer a prestação, conforme á promessa contida no acto».

## § 84

## DA PROMESSA DE RECOMPENSA

«Alguem, mediante uma publicação, promette uma recompensa a quem executar um trabalho ou qualquer outro acto indicado na publicação» (*projecto* allemão, art. 581). E' a esta relação juridica que se dá o nome de *promessa de recompensa*. Esta promessa liga o promittente indeterminadamente e, por si sómente, para com quem quer que execute o trabalho, nas condições estipuladas, sendo indifferente que o acto tenha sido praticado em vista das offertas publicadas, salvo si o promittente tiver expressamente exigido um acto propositalmente realisado apoz e por causa de sua solicitação.

O offertante poderá revogar a sua proposta por um acto que seja tam publico quanto o da promessa, mas sómente antes de executada a prestação. Si ella ainda não estava executada, mas iniciada, tendo a pessoa que se destinava a cumpril-a prejuizos com a revogação, poderá, segundo as circumstancias, merecer uma indemnisação. E' ver-

(1) *La volonté unilatérale*, p. 163.

dade que o projecto allemão não allude a esta hypothese; mas ella é possível e a equidade pede que não se permitta assim a qualquer ludibriar do publico.

Quando muitas pessoas concorrem simultaneamente a cumprir o acto de que tracta a offerta, ou cada uma terá direito a uma parte igual na recompensa, ou si a distribuição não for possível, recorrer-se-á, então, á sorte (projecto allemão, art. 583).

De quanto fica exposto, resalta que, nesta especie, a obrigação resultou simplesmente da manifestação unilateral da vontade do promittente. E tanto é assim que, si alguém cumprir o acto pedido, não é mais possível a revogação da offerta sob pena de perdas e danos, e isso antes de haver accordo ou concurso. Si ella estiver subordinada a um prazo, não poderá ser retirada antes do advento do termo respectivo. Tudo quanto se disse em relação á offerta, á proposta nos contractos, em geral, tem applicação nesta hypothese, como em todas as de promessa a pessoa indeterminada.

Por exemplo, uma companhia de transporte publica a tabella de seus preços. Antes de publicamente revogal-a, não terá direito a recusar quem quer que legitimamente pretenda seus serviços. Digo legitimamente, não só para resalvar as condições impostas pela companhia, como, tambem, prevendo situações especiaes em que possa achar-se a pessoa que vier utilizar-se do transporte. Póde haver algum motivo superior que aconselhe a companhia a recusar seus serviços; póde haver mesmo um motivo pessoal, por se tractar de um individuo suspeito, ou por outra circumstancia de igual ponderação. Desta rapida resenha, se vê que, segundo meu modo de pensar, em muitas figuras de relações juridicas, a promessa unilateral é força juridicamente vinculante, é elemento gerador de obrigação, por si, independentemente da conjunção com outra vontade.

## CAPITULO III

### Outras figuras de causas

#### § 85

##### DOS ACTOS ILLICITOS

Acto illicito é aquelle que, não fundando-se em direito, causa damno a alguém, ou seja uma omissão ou uma commissão.

Os crimes e as contravenções estão incluídos entre os actos illicitos. Podem elles determinar uma consequencia dupla, repercutindo no direito penal e no direito civil, acarretando a applicação da pena e a satisfacção do damno.

O nosso codigo penal, (art. 69 b), diz que a condemnação produzirá a *obrigação de indemnizar o damno*, e, no § unico desse mesmo artigo, diz que, havendo mais de um criminoso, a obrigação será solidaria.

Houve tempo em que a pena pecuniaria foi largamente e preponderantemente applicada, as composições, o *fredus*, o *Wehrgeld* tendo applicabilidade á massa geral dos crimes (1). Hoje está circumscripta ás multas e as indemnizações que apparecem nos actuaes systemas penaes, como uma parte complementar e accessoria. Mas ha quem pense, como Spencer, que, na satisfacção do damno causado pelo crime, se ache o unico meio repressivo racionalmente applicavel (2).

A indemnização do mal causado será regulada pelo direito civil, segundo determina o art. 70 do codigo penal

(1) Sobre as varias phases da evolução da pena, consulte-se a obra eruditissima de Alimma *I limiti e modificatori dell' imputabilità*.

(2) Sobre a satisfacção do damno, vide o *Commentario* do codigo criminal brazileiro pelo Dr. João Vieira de Araujo, pags. 418 e segs.

vigente, e para garantil-a, concede a lei hypotheca legal sobre os immoveis do criminoso, em favor do offendido ou seus herdeiros (dec. 169 A, art. 3.º § 7.º). Esta acção para pedir a reparação dos damnos prescreve em trinta annos, a contar do dia em que o delicto for commettido (reg. n. 120, de 31 de Jan. de 1842, art. 274).

Mas não são somente crimes e contravenções que podem dar logar á obrigação de indemnisar. Muitos outros actos illicitos ha que, não entrando na categoria dos actos puniveis criminalmente, exigem, não obstante, uma reparação, pois que constituem lesões a direitos.

O dominio desses actos illicitos que não se acham sob a sancção do direito penal é vastissimo e de difficil caracterisação, muitas vezes. Cabe ao juiz, apreciando os casos emergentes, por seus moveis, pelas circumstancias que o acompanham, pelo alcance que tiveram, decidir si, realmente, o acto que lhe é apresentado, deve ser classificado entre os illicitos.

Resumindo os principios que melhor podem orientar neste terreno algum tanto movediço, preceitua o *projecto de codigo das obrigações* allemão, art. 211: «Aquelle que usa de seu direito nos limites que elle comporta, não tem que reparar o damno que póde resultar, para um terceiro, do exercicio desse direito. Do mesmo modo ninguem é responsavel pelo damno acontecido a um terceiro pela razão de que se tenha abtido de praticar um acto, a menos que a obrigação de agir não decorra de relações juridicas. Pelo contrario, todos são obrigados a se abster de quaesquer actos que causariam, sem direito, um damno a outrem».

Esses actos constituem os *delicta privata* do direito romano (*furtum, rapina, damnum injuria datum, injuria*) e os quasi delictos; porém mais ainda alguma cousa, pois

as idéas romanas, se não achavam bem methodisadas, neste puncto (1).

O individuo não responde civilmente, só por seus actos dolosos ou culposos, que determinem damno a outrem; responde tambem por actos de pessoas que estão sob sua guarda, auctoridade e direcção. O pae, por exemplo, é responsavel pelos damnos causados por seus filhos menores, que habitarem com elle. A mesma responsabilidade pesa sobre a mãe, quando, pela morte do marido, se acha ella investida do patrio poder. O tutor egualmente responde pelos actos damnosos do pupillo que reside em sua casa; os patrões, amos e committentes, respondem pelos damnos causados pelos criados, empregados e prepostos, no exercicio das respectivas funcções (2).

O codigo suisso das obrigações condensa, numa synthese feliz, as varias modalidades de actos illicitos, praticados por terceiro, mas cuja responsabilidade recae sobre aquelles que os deviam evitar, por sua posição em relação aos agentes. Diz o art. 61 do citado codigo: «Aquelle a quem incumbe legalmente a guarda de uma pessoa de sua casa, é responsavel pelo damno que esta causar, ao menos que não justifique ter exercido a necessaria vigilancia da maneira usada e com a attenção que as circumstancias exigiam». Diz o art. 62: «O patrão é responsavel pelo damno causado por seus operarios ou empregados, na execução de seus trabalhos, a menos que não justifique ter tomado todas as precauções necessarias para prevenir esse damno».

(1) As hypotheses de quasi-delictos aponctadas pelas Institutas, são as seguintes: 1.º o juiz profere uma sentença manifestamente injusta ou contraria a lei, por dolo ou impericia; 2.º alguém atira, imprudentemente, à rua algum objecto que vae, em sua queda, offender um transeunte, ou suspende, sobre quaesquer logares de passagem, um movel que venha ou não a tombar sobre desprecavidos passeiantes; 3.º o capitão de um navio, o dono de um hotel ou de cavallariça não impedem que seus empregados causem prejuizos aos passageiros, hospedes ou viajantes. Quaesquer dessas pessoas, em taes emergencias, praticaram quasi-delictos; diriamos hoje crimes culposos, infracções de policia.

(2) Mourlon, *Repétitions écrites*, II, ns. 1692-1693.

Ainda vae além a responsabilidade originaria de um acto illicito culposo. Aquelle que detém um animal responde pelo damno que esse animal causar, si não provar que o vigiou, com o cuidado conveniente (citado cod. art. 65). Mas si o animal foi excitado por terceiro ou por animal pertencente a outrem, o detentor que foi responsabilizado pelo damno, tem direito de recurso contra esses a quem se prende visivelmente o vinculo da responsabilidade.

«O proprietario de um edificio ou qualquer outra obra, é responsavel pelo damno causado pela falta de conservação ou por vicio da construcção (citado codigo, art. 67).

São estas as regras principaes sobre este assumpto e que se encontram nos diversos codigos civis. Si de preferencia alludí ao suisso das obrigações, foi porque nelle notei mais nitidez nas idéas, e não porque não se achem ellas nos outros.

Convem notar, em conclusão, que a solidariedade nas obrigações *ex delicto* estatuida pelo codigo penal, abrange todas as que procedem de actos illicitos, sem mesmo haver necessidade de distinguir entre auctor e complice, quando se tracta da satisfacção do damno. O juiz apreciará si e em que limites aquelle que cumpriu a obrigação civil oriunda *ex delicto* ou *quasi ex delicto* deve ter acção reversiva contra seus co-obrigados (1).

## § 86

### OUTRAS FONTES DE OBRIGAÇÕES

Além dos contractos, da vontade unilateral e dos actos illicitos em geral, algumas outras fontes de obrigações existem que, ao menos de passagem, devem ser indi-

---

(1) Haberstisch, — *Droit fédéral des obligations*, Vol. I, p. 226.

cadás. Ha os chamados quasi contractos, o deposito presumido dos hoteleiros, a gestão de negocios, o enriquecimento illicito, que aliás se approxima antes dos actos illicitos (1) e cujo caso mais commum é o do pagamento indebito. De todas essas hypotheses julguei mais conveniente occupar-me em addição complementar ás figuras de relações juridicas das quaes são arremedos. Outros dos chamados quasi contractos, a tutela, a curatela, a indivisão, acham-se naturalmente excluidos destas paginas, pois que noutras secções do direito privado encontrarão elles sua collocação conveniente.

E o mesmo devo dizer de todas as fontes de obrigações que, por pertencerem ao direito de familia, ao das cousas e ao successoral, são extranhas ao das obrigações.

---

(1) O principio geral do direito em relação ao enriquecimento illicito é formulado pelo codigo suíço das obrigações, art. 70, nos termos seguintes: « Aquelle que, sem causa legitima, enriqueceu-se a custa de outrem, é obrigado á restituição ». « Não ha, porém, restituição d'aquillo que foi dado em vista de um fim illicito ou immoral » (art. 75). Além do pagamento indevido propriamente dicto, comprehende o genero enriquecimento illicito ainda outras especies, como a prestação feita em virtude de uma causa que já cessou de existir ou que não chegou a realisar-se.



SECÇÃO SEGUNDA  
Dos Contractos em particular



CAPITULO I  
Das Doações

§ 87

NOÇÃO DE DOAÇÃO E SEUS CARACTERES

*Doação* é o contracto unilateral, gratuito e consensual, pelo qual uma pessoa (o doador) desloca, do seu para o patrimonio de outra (o donatario), uma vantagem que vae augmentar a fortuna do segundo, na proporção em que decresce a do primeiro.

Na expressão *contracto*, se indica a conjunção das vontades, a do offerante ou doador e a do acceitante ou donatario, pois, em regra, é certo que a liberalidade deve ser acceita expressa ou tacitamente, por aquelle a quem visa beneficiar. Algumas vezes, porém, acontece que a doação se realisa efficazmente, sem que a venha fecundar a acceitação: a lei a presuppõe emquanto não ha manifestação positiva em contrario. Savigny, para demonstrar a possibilidade desta hypothese, recorda a doação em forma de pagamento de uma divida do donatario<sup>(1)</sup>. Pode-se dizer, contra o douto romanista, que o accordo das vontades era tam necessario para a efficacia das doações em direito romano que, si alguém desse a outrem um objecto e o be-

---

(1) Savigny, — *Système de droit romain*, vol. IV § 160.

neficiado o tomasse como emprestado, não haveria doação (D. 12, 1, fr. 18), o que é ainda corroborado pela regra de Paulus—*invito non datur beneficium* (D. 50, 17, fr. 69), e pela de Ulpianus—*non potest liberalitas nolenti adquiri* (D. 39, 5, fr. 19 § 2). Mas é certo igualmente que a promessa aos deuses (*rotum*) e a *dictio dotis* independiam de acceitação para sua completa realisação. No direito patrio, é um facto admittido e consagrado a vigencia da doação sem a acceitação do donatario, sendo ella pura e simples. Mas o tabellião póde supprir esse acto substituindo-se ao donatario, e, como o tabellião, outra pessoa que, *por direito ou em seu nome, póde acceitar*, diz a ord. 4. 63, pr. Esta acceitação presumida, que se vê reproduzida no projecto de código civil do Dr. Felicio dos Sanctos, art. 2374, que não é extranha ao direito suisso (1) nem ao direito allemão (projecto, art. 438) e que o código civil portuguez consagra (art. 1478), é um forte argumento em favor da theoria de Siegel e Koepen, que vêem na promessa unilateral uma segura fonte de obrigações. Entretanto, na sua generalidade, os codigos modernos exigem acceitação expressa ou tacita de todas as doações, salvo, ainda assim, o dote e outras liberalidades para casamento (2).

Mas, como afinal, exceptuados casos limitados, a acceitação é um elemento necessario para dar á doação o seu character contractual, mesmo quando ella é feita conjuntamente a varias pessoas, só produzindo effeito em relação ás que realmente acceitarem-na, cabe perguntar: si o doador fallecer antes de manifestada a acceitação por parte do donatario, estará, de pleno direito, extincta a

---

(1) Schneider,—*Privatrechtliches Gezezbuch für der Kanton Zürich*, 4.º commentario ao § 423.

(2) Código civil francez, art. 932 e 1087; italiano, 1957; hespanhol, 623; argentino, 1792.

liberalidade? Certamente, nos casos em que tal acceitação é indispensavel (1).

E, si morrer o donatario antes da acceitação, poderão os seus herdeiros subrogar-se-lhe nesse acto? Por direito patrio, devemos fazer uma distincção semelhante a que acaba de ser recordada em relação à hypothese da morte do doador. Tractando-se de doação modal, si o donatario morrer antes de acceital-a, não houve mais que uma offerta inutil, um acto sem effeito juridico. O codigo civil da Prussia admite a acceitação pelos herdeiros (§ 1062); porém a verdadeira doutrina, é a do codigo civil argentino art. 1796: «Si muere el donatario ántes de aceptar la donacion, queda esta sin efecto y sus herederos nada podrán pedir al donante».

A doação é um contracto *unilateral e gratuito*. Importa isto dizer que somente á uma das partes cabem obrigações, e que somente para uma dellas ha vantagens reaes. Consequentemente, as doações remuneratorias, as reciprocas e as modificadas por encargos, não são verdadeiras doações, por lhes faltar o character de liberalidade, ao menos em parte. Rigorosamente, o *animus donandi* está desvirtuado, nessas hypotheses. E', portanto, perfeitamente correcta a doutrina do *Repertorio das ordenações*, p. 182, acceita por Teixeira de Freitas (*Consolidação*, art. 417 §3, nota), que exclue da insinuação as doações das especies indicadas. E o codigo portuguez accrescenta, desenvolvendo e completando a doutrina implicitamente contida no direito anterior, que a doação onerosa, só póde ser considerada doação na parte em que exceder o valor dos encargos impostos (2).

(1) E' a doutrina do codigo civil portuguez arts. 1465 e 1478, que está de accordo com os principios do direito, dos quaes se afastou o codigo civil argentino, art. 1493, baseando-se em Demolombe.

(2) Codigo civil portuguez, art. 1455, o francez, art. 894, o italiano 1051 e o projecto Coelho Rodrigues 991, dispõem de outro modo.

Ficou affirmado que a doação, é um contracto *consensual*, isto é, que não exige a entrega de um objecto para completar-se. Isto não quer dizer que, por direito patrio, a transferencia da propriedade se effectue pela simples conclusão da doação. Já tive occasião de dizer, ao tractar das obrigações positivas de dar, que essa translação necessita ainda de um acto de desaggregação da posse do primitivo proprietario, necessita da tradição. Antes d'elle existe apenas, para o doador, a obrigação de entregar o bem doado, e, para o donatario, o direito de pedil-o por uma acção.

No direito romano antigo, a promessa liberal acceita, devia ser acompanhada por um meio translaticio da propriedade (tradição), ou tomar mesmo a sua forma e figura (estipulação, mancipação, acceptilação). No direito justiniano, encontramól-a com o character de pacto legitimo, sancionado por uma acção, porém, mesmo então, não tem ella o poder de deslocar a propriedade, si não pela tradição. E' este o principio que ainda vemos dominar no direito patrio, inglez, allemão, suiso, norte-americano.

Do que affirma a ultima parte da definição, resulta que a doação importa em diminuição do patrimonio do doador e consequente enriquecimento do donatario. Faltando qualquer destes dois requisitos, o acto deixará de ser uma doação. Si alguém fizer renuncia de uma herança, legado ou doação, ainda não acceita, embóra com intenção de gratificar um terceiro; si renunciar a *hypotheca* ou fiança por divida ainda não paga; si deixar de cumprir uma condição a que esteja subordinado um direito eventual, ainda que com essa omissão tenha em vista beneficiar alguém; si, por inacção voluntaria, deixar prescrever uma divida, ou deixar de interromper a prescripção, ou renunciar a ella, tendo-a alcançado; si prestar qualquer caução ou exonerar o seu caucionador; si prestar um serviço pes-

soal, gratuitamente, ainda que seja da natureza daquelles que, ordinariamente, se pagam; si pagar divida não vencida; emfim, si praticar actos pelos quaes se transfere a posse, sem pretender transferir o dominio, como no deposito, no commodato, não fará doação (1). Falta a todos esses actos, ora o enriquecimento do donatario, ora o empobrecimento do doador.

Por faltar o *animus donandi*, tambem não se considera doação o acto pelo qual alguém se despe de um direito, com o qual se enroupa o primeiro vindo, sem ter entrado sequer em contacto com o demissionario. Um thesouro é atirado ao mar, mas é posteriormente apanhado. Constituiu esse acto um abandono, uma derelicção da propriedade, não uma doação.

Quando a doação é feita a diversas pessoas conjuntamente, deve-se entender que é feita por partes eguaes, e não dará direito de accrescer em favor de qualquer donatario, salvo si da redacção do acto se concluir que outra foi a intenção do doador (codigo civil argentino, art. 1798; hespanhol 637). O codigo hespanhol exceptúa desta regra a doação feita conjunctamente a marido e mulher, na qual o accrescimento se dará, a menos que o doador não haja disposto diversamente. Esta excepção attende á situação especial dos esposos que formam uma como unidade biologica secundaria, a *caro una* de que fallam os livros ecclesiasticos. São duas pessoas cujos interesses se transfundem reciprocamente, os interesses moraes e os economicos. A offensa a uma d'ellas irrogada fere as vezes mais gravemente a outra; do mesmo modo os beneficios, com que uma é gratificada aproveitam á outra. Isto que diz a razão é uma consequencia forçosa do direito, quando o regimen dos bens no casamento é a communhão ou a sociedade dos acquestos.

(1) Savigny, — *Système*, vol. IV. §§ 105 e segs.; projecto Felicio dos Sanctos, art. 2386; cod. civil argentino, 1791; projecto allemão, 439.

## § 88

## CLASSIFICAÇÃO DAS DOAÇÕES

Antes de proseguir, convém que faça a classificação das doações, visto como se submettem ellas a principios differentes, conforme pertencem a esta ou aquella categoria. A divisão mais geral das doações é a que as distingue em *inter vivos*, as quaes me tenho principalmente referido no paragrapho anterior, e *mortis causa*.

A primeira destas classes, contém diversas especies: *puras, modaes, mutuas, inofficiosas, de prestações periodicas, de bens moveis, de bens immoveis* (1).

## § 89

## DOAÇÕES ENTRE VIVOS

Doação entre vivos, é a que tem por fim realizar uma liberalidade irrevogavelmente, salvo os casos exceptuados na lei, pela entrega actual ou aprazada de uma cousa, pela prestação de um serviço, ou pelo pagamento de uma divida.

Esta classe de doações esteve muito em uso entre os gregos, mas tendo, por objecto, somente cousas mobiliarias. Doações de campos ou de predios eram muito raras e, quasi sempre, acompanhadas de condições e encargos. Na Germania, si as doações entre esposos eram frequentes e variadas, não se coadunavam com o espirito do direito nem com os costumes ali dominantes, as liberalidades para com extranhos, salvo em relação aos prin-

---

(1) O direito russo colloca n'uma posição a parte as doações de utilidade publica denominadas *offerendas*, as quaes não estão submettidas ás regras, as vezes vexatorias, desse systema juridico em relação ás liberalidades (Lehr, — *Eléments de droit civil russe*, vol. II, p. 435.

cipes e, mais tarde, em benefício das igrejas (*ad piam causam*) (1). No direito romano, as doações *inter vivos*, a principio, não se destacaram como um verdadeiro instituto, necessitando de tomar a forma dos meios outros translaticios da propriedade. Mas, afinal, as doações obtiveram sancção legal, erigindo-se em pactos legitimos, e o instituto se desenhou em formas accentuadas, que nos foram transmitidas, modificadas algumas, intactas quasi todas.

O codigo civil francez, o italiano e outros occuparam-se da doação entre vivos conjunctamente com a materia de testamento. A razão deste erro de exposição está, segundo os juristas francezes, em que a doação e o testamento repousam sobre o direito de propriedade e sobre a liberdade que tem o individuo de dispor do que é seu, segundo entender, como si não fosse tambem esse o fundamento dos contractos em geral. Mas o legislador francez separou as doações dos outros contractos, para cercal-a de solemnidades excessivas e regras restrictivas, dessa mesma liberdade invocada, revelando-se hostil a esse modo de alienação da propriedade.

Em nosso codigo philippino, a materia das doações tambem não se acha exposta com methodo e clareza, nem os escriptores, patrios ou reinóes, se preoccuparam cuidadosamente com assumpto de tanta magnitude como é este.

---

(1) A *affatonia* ou *adfatonia*, sobre a qual não estão, aliás, de accordo os historiadores do direito, era antes uma instituição de herdeiro, pela forma contractual da *fe tuca*, do que uma doação. Perante a assembléa do povo ou perante o tribunal do rei, um proprietario, que não tinha filhos, atirava a *festuca* a um amigo que, por esse facto, se tornava proprietario de todos os bens do primeiro, mas devia restituil-os, a titulo de usufructo, ao primitivo dono, para rehavel-os com a morte d'elle (Vide na *Grande Encyclopédie*, um art. de G. Paturet).

## § 90

## QUE PESSÓAS PODEM DOAR

Podem doar todas as pessoas que podem contractar. O pae e a mãe podem fazer doações a seus filhos, ainda que submettidos ao patrio poder, devendo, porém, taes doações vir á collação para que sejam imputadas na legitima, salvo si forem simples despesas para auxilio do casamento (ord. 4, 97, §§ 3 e 10), ou si, cabendo na terça, forem n'ella incluídas. Si a doação fôr superior á legitima, o excesso será tirado da terça do pae doador. Si ultrapassar o valor da legitima e da terça, o donatario terá de repor a differença, considerando-se a liberalidade *inofficiosa* no excedente (ord. cit. §§ 3, 4 e 5). Si a doação tiver sido feita por ambos os conjuges, entende-se que cada um contribuiu com a metade (ord. cit. § 1).

O homem casado poderá fazer doações, mas, si ellas forem de immoveis, deverão ser precedidas do consentimento da mulher. Si forem de moveis communs, sem accordo da esposa, será o valor delles imputado na meiação do doador, excepto si forem remuneratorias, ou por esmola, não sendo excessivas (ord. 4, 64). Não poderá doar a mulher casada, si para esse acto não for auctorisada por seu marido, qualquer que seja o regimen do casamento, salvo quanto aos bens reivindicados á concubina do marido, sobre os quaes poderá *fazer tudo que lhe aprouver, como si não fora casada*, e quanto áquelles dos quaes, por pacto antenupcial, ou por outro fundamento, lhe foi reservado o direito de livre alienação (1).

Os filhos-familias só podem doar com auctorisação de seus paes. O direito romano (D. 39, 5 fr. 7, pr. e §§ 1,

(1) Lafayette, — *Direitos de familia* §§ 41 e 42; ord. 4, 65, e 4, 46.

2, 3 e 4) permittia que os filhos-familias fizessem livremente doações de seus peculios *castrans et quasi castrans*. Essa doutrina concebe-se como abrandamento a um regimen que mantinha os filhos indefinidamente sob o jugo da auctoridade quasi illimitada do pae. Mas hoje, que a maioridade começa aos vinte e um annos, habilitando o individuo para todos os actos da vida civil e que a concessão da liberdade de disposição aos emancipados que não attigiram aquella idade soffre limitações, parece que a verdadeira doutrina, é a que nega aos filhos-familias o direito de alienar seus bens a titulo gratuito, sem auctorisação dos paes. O codigo civil francez, art. 903, interdiz, ao menor sob tutela ou sob poder parental, e ás pessoas a elle equiparadas, o direito de fazer doações, salvo por contracto antenupcial. Nem ha disposição mais garantidora e mais justa do que esta. Entretanto, em alguns codigos modernos, subsiste aquella absoluta distincção romana (codigo civil argentino, art. 1807).

Si se restringe a liberdade dos menores que estão sob a direcção de seus paes, para que não possam, a seu bel prazer, alienar gratuitamente, com razão dobrada deve-se restringil-a aos tutelados.

Os tutores não podem dispor dos bens dos menores a titulo gratuito, nem os paes dos de seu filho.

Alguns regimens juridicos consideram incapazes para doar validamente os reclusos e condemnados, assumpto que já foi exposto, quando tractou-se da capacidade das partes contractantes.

A capacidade do doador deve existir, como diz Déglin, em todos os momentos, isto é, por occasião da offerta, da celebração do accordo e da entrega do objecto doado. E' a doutrina que egualmente consagra, entre outros, o codigo civil argentino, art. 1807, fundado em Demolombe.

## § 91

## DOS QUE PODEM SER DONATARIOS

As pessoas por nascer, isto é, já concebidas porém ainda não dadas á luz, e as pessoas physicas, em geral, podem receber por doação. Mas si essas pessoas ainda não têm o necessario desenvolvimento mental, como os menores, ou por outros fundamentos são consideradas incapazes, como os loucos e as mulheres casadas, necessitam da auctorisação de seus representantes legaes ou da justiça para darem sua acceitação (1).

Os tutores e curadores não podem receber bens das pessoas que estiverem a seu cargo, sinão depois de extinta a tutela ou curatela, prestadas e liquidadas as respectivas contas definitivas (2).

As doações, ainda que disfarçadas em venda, feitas por homem casado á sua concubina ou a mulher com quem tenha tido affeição carnal, podem ser annulladas pela mulher do doador ou pelos herdeiros necessarios della (ord. 4, 66).

A capacidade do donatario deve existir no momento da acceitação, salvo si tractar-se de uma doação sob condição suspensiva, porque, neste caso, basta que a capacidade exista ao tempo do cumprimento da condição (3).

---

(1) Remetto o leitor para o paragrapho 56, onde se tractou da capacidade para contractar.

Por direito francez (lei de 31 de Maio de 1854, art. 3.º) não podem os condemnados receber doação, a não ser para alimentos. O estrangeiro tambem era ferido de incapacidade para collher doações, mas o art. 912 do código Napoleão foi abrogado pela lei de 14 de Julho de 1819. Os filhos naturaes não podem receber por doação mais do que lhes caberia por successão; o adulterino e o incestuoso apenas poderão receber alimentos.

(2) Ord. 1, 83; cod. penal, art. 232; código civil francez, art. 472; italiano, 307; argentino, 1808, n. 4.

(3) Demolombe, n. 695 e segs.; código argentino, art. 1809.

## § 92

## QUE COUSAS PODEM SER DOADAS

Podem ser doados todos os bens alienáveis, propriedade, propriedade, servidões, créditos; mas si a doação abranger todos os bens do doador, sem reserva de usufructo ou do necessario para a subsistencia, será nulla (ord. 4, 70; cod. civ. portuguez, art. 1460). Por direito romano, a principio, as doações podiam ser illimitadas, podendo o cidadão dispor, por esse modo, desde que elle adquiriu foros de cidade, de todo o seu patrimonio. Depois, no meiado do seculo sexto de Roma, a lei *Cincia* restringiu essa faculdade a uma taxa que não podia ser excedida. Essa lei, porém, cahiu em desuso, e suas limitações não subsistiram no direito justiniano (cod. 54, 8, l. 35).

Em quasi todos os systemas juridicos veda-se a doação de bens futuros, como se vê no codigo civil francez, art. 943; italiano, 1064; hollandez, 1704; argentino, 1800; portuguez, 1453; hespanhol, 635. Por bens futuros entendem-se aquelles que, não se acham em poder do doador, ou a que elle não tem direito ao tempo da doação. Nosso direito, além da limitação indicada no inicio deste paragrapho, só prohibe pactos sobre bens futuros, si forem de successão ainda não aberta. Entretanto, é judiciousa uma distincção que a este proposito faz Darlington. Só podem ser doadas ou por outro modo alienadas, as cousas sobre as quaes temos uma propriedade actual ou potencial, ao menos <sup>(1)</sup>. A doação da safra de meu engenho, recae sobre uma propriedade potencial, sendo uma cousa futura, mas que espero ter, attendendo somente ao

---

(1) Darlington,—*Personal property*, p. 55: It is impossible, for a man, to make a valid grant in law of that in which he has no actual or potential property, but which he only expects to have.

curso natural das cousas. A doação da safra de algum engenho, que eu acaso venha a possuir, já não offerece a mesma base de segurança, e mais parece uma reprovavel restricção á liberdade ou um acto sem a exigivel seriedade, do que uma convenção (1).

### § 93

#### DA FORMA EXTERNA DAS DOAÇÕES

Quando as doações adquiriram figura e vida proprias no direito romano, apresentáram-se sem formas obrigadas. Foi já no baixo imperio, que as constituições imperiaes vieram impor certos moldes, dentro dos quaes, se deveriam vasar as liberalidades dos doadores. Constantinus exigiu que as doações fossem constatadas por acto escripto, e pela assistencia de testemunhas e mais que se terminassem pela tradição do objecto doado. Antes disso, já Constancius Chlorus presêvera a necessidade da insinuação *in actis publicis judicis*, isto é, da inscripção nos registros publicos do magistrado. Theodosius e Valentinianus dispensáram a formalidade da escriptura e Zenon abandonou a exigencia das testemunhas (cod. 8, 54, ls. 29 e 31). Subsistiu a insinuação que, pelo direito justiniano, é somente necessaria quando a doação excede a quinhentos solidos (cod. h. t. l. 34, pr. e 36 § 3, Inst. 2, 7 § 9). Dispensáram-se de insinuação as doações para resgate de prisioneiros, para a reconstrucção de uma casa incendiada, em beneficio do imperador, os dotes e as

---

(1) Perante a lei russa, somente os bens adquiridos, moveis ou immoveis, podem ser doados. Os bens patrimoniaes, só poderão ser transmittidos por doação aos herdeiros legitimos e na medida de sua quota hereditaria. Os morgados tambem não podem ser alienados gratuitamente. Em algumas provincias, porém, estes preceitos não têm applicação, particularmente nas do Baltico, cujas leis se aparentam com as do mundo occidental (Lehr, — *Droit civil russe*, II, pags. 429 e segs.).

doações imperiaes (cod. h. t. ls. 34, 36 pr. e §§ 1 e 2; cod. 5, 12, l. 31).

Nosso direito actual mantém a doutrina romana, em seus traços fundamentaes. Não estabelece solemnidades externas especiaes, para ás doações inferiores a 360\$000, sendo feitas por varão, ou a 180\$000, sendo feitas por mulher. As que excederem a essa taxa, necessitam de ser feitas por escriptura publica e de ser submettidas á insinuação, sem o que não valerão (ord. 4, 62; *Consolidação*, arts. 411 a 413). Entretanto, as doações e dotes entre parentes, no caso da ord. 3, 59, § 1, exigem escriptura publica, mas são dispensadas da insinuação (ord. cit. §§ 11 e 21; *Consolidação*, art. 413, nota 4).

São isemptas de insinuação: 1.º As doações ou dotes que os paes façam aos filhos, não excedendo ás respectivas legitimas e mais á taxa legal. Como tal computo só poderá ser feito apoz inventario, por morte do pae doador, segue-se que este principio do dec. de 21 de Julho de 1797 serve, exclusivamente, para saber-se, então, si são efficazes, em toda a sua extensão, as alludidas liberalidades (1). 2.º As nomeações de bens aforados, si o fofreiro reserva para si o usufructo durante a vida. 3.º As doações remuneratorias e com encargos, que não são actos de pura liberalidade (2).

Os dotes, não sendo feitos pelos paes, devem ser insinuados para que valham contra terceiros (dec. de 19 de Janeiro de 1890, art. 3.º). Esta disposição abrange tambem as doações entre conjuges futuros, feitas nos pactos antenupciaes. «Os dotes ou contractos antenupciaes, não valem contra terceiros, sem escriptura publica, . . . e sem insinuações nos casos em que a lei a exige», diz o citado decreto.

---

(1) Vide o que a tal respeito escreve T. de Freitas, — *Consolidação*, nota ao art. 417 § 1.º.

(2) *Repertorio das ordenações*, p. 182; *Consolidação*, notas aos arts. 417 § 3.º e 418.

A insinuação deve ser requerida aos juizes de primeira instancia e averbada no livro próprio. Sua razão de ser, segundo a nossa lei, é verificar si a doação foi espontaneamente feita, sem captação, sem artificio. E' uma inutil formalidade, essa da insinuação, *maxime*, tractando-se de immoveis, cuja alienação deve ser transcripta. E quanto aos moveis, si a escriptura publica serve de base ás doações, para que essa exigencia de serem ainda insinuadas?

Pelo codigo civil portuguez e pelo hespanhol a doação de objectos moveis poderá ser feita verbalmente, comtanto que seja acompanhada da tradição; sem este complemento, só valerá a doação si for feita por escripto (cod. portuguez, art. 1458; hespanhol, 632). As doações de immoveis, si não excederem a cincoenta mil réis, poderão ser feitas por escripto particular, diz o codigo civil portuguez, e, excedendo, necessitam de escriptura publica. Devem estas doações ser transcriptas em registro publico, para produzirem effeito em relação a terceiros (cod. art. 1459). Na Hespanha, todas as doações de immoveis devem ser realisadas por acto publico, e, si a acceitação constar de acto separado, deve igualmente revestir-se de forma authentica (cod. art. 633).

O direito francez entrou a liberalidade dos doadores com excesso de formalidades, e nisto foi sempre acompanhado pelo italiano. Todos os actos de liberalidade entre vivos, devem ser passados perante notario, sob pena de nullidade (cod. francez, art. 931; italiano, 1056). A acceitação deve ser feita em termos expressos; si o notario não mencional-a, o acto será nullo, mas é permittido que seja exarada em instrumento publico separado (cod. francez, art. 932; italiano, 1057). As doações feitas a corpos mores, só poderão ser acceitas com auctorisação do governo (cod. francez, art. 937; italiano, 1060). As doações de bens susceptiveis de hypotheca, estão sujeitas á transcripção (cod. francez, art. 939).

O código civil de Zurich admite, como o portuguez e o hespanhol, as doações verbaes acompanhadas da tradição (art. 437). As promessas devem ser redigidas por escripto, para originarem uma acção efficaz.

O código argentino exige instrumento publico para as doações de immoveis, as remuneratorias, as modaes, as reciprocas, e as de prestações periodicas ou vitalicias. Sendo, porém, de cousas moveis ou de titulos ao portador, podem ser feitas sem acto escripto, pela simples tradição (arts. 1810 e 1815). O código civil hollandez consagra theoria identica em relação ás doações manuaes de moveis corporeos e de effeitos ao portador (art. 1724).

Ha casos em que a doação se presume em direito argentino: 1.º, quando alguém dá qualquer cousa a pessoa a quem tenha o dever de beneficiar; 2.º, quando é a doação feita de irmão a irmão ou a descendentes deste, no que está de accordo com o código de Zurich, art. 427; 3.º, quando se dão cousas de pouco valor a pessoas pobres, o que está aliás, nos costumes de todos os povos cultos; 4.º, quando se dá alguma cousa a estabelecimentos de caridade (art. 1818).

Em nosso direito não é exotica a presumpção liberal, embóra não haja lei que expressamente a regule (1).

A recente lei do cantão de Basilea cidade (20 de Abril de 1891) diz que as doações entre vivos se completam, obtendo effeitos juridicos, com a acceitação e entrega do objecto ou da prestação (art. 97), exigindo-se, apenas, a transcripção, si versarem ellas sobre immoveis ou direitos reaes. Mas a simples promessa de dar não confere acção alguma para obter-se a sua execução (art. 101).

O direito russo quer que as doações de immoveis obedeçam ás formas prescriptas para todos os actos transla-

---

(1) Coelho da Rocha, *Instituições*—§ 751; Correia Telles, — *Digesto portuguez*, 3, art. 83.

tivos da propriedade immobiliaria, devendo o valor do bem ser *conscienciosamente* indicado. Para os moveis, a simples tradição é, em geral, sufficiente; mas, mesmo antes da tradição e desde que houve accordo entre as partes, está creado o vinculo juridico de onde resulta, para o doador, a obrigação de dar (1).

## § 94

## DOAÇÕES PURAS E MODAES

Si a doação é feita, sem outro fim além do que visa um puro altruismo, sem quaesquer modificações na sua constituição ou para a sua execução, denomina-se *pura e simples*; no caso contrario é *modal*. As modalidades das doações provêm de condições, de encargos que se lhes impõem, das causas que as motivaram e de certas clausulas que se lhes adjectivem. Assim ellas podem ser *condicionaes*, a *termo*, com *encargos*, *remuneratorias* e mediante *clausula de reversão*.

Doações condicionaes são as que estão subordinadas a condições. Estas, como os encargos, poderão variar infinitamente, segundo o arbitrio do doador, comtanto que sejam possiveis e licitas. As condições e os encargos impossiveis e contrarios ao direito ou á moral annullam a convenção (2). As condições suspensivas e resolutorias que deixam ao doador a faculdade de revogar as doações, neutralisal-as ou restringil-as arbitrariamente, tambem determinam a nullidade do acto (3).

O não implemento das condições ou dos encargos acarreta a nullificação da liberalidade.

Doações remuneratorias são as que têm por fim recom-

(1) Lehr,—*op. cit.*, pags. 437 e segs.

(2) Cod. italiano, 1065; francez, 903; argentino, 1802. Vide mais o que se disse em relação as obrigações condicionaes.

(3) Demolombe, vol. XX, n. 416; codigo argentino, art. 1802, 2.ª parte.

-pensar algum serviço estimavel economicamente, pelo qual, porém, o donatario não poderia exigir seu pagamento judicialmente, por não constituir uma verdadeira divida (cod. civil portuguez, art. 1454 § 4.º). A causa desta obrigação é visivel: eis a sua peculiaridade. Mas si a divida fosse exigivel, o acto não seria uma doação, e sim uma dação em pagamento ou outro acto.

O codigo civil argentino, art. 1822, apoiando-se em Zachariæ, torceria o conceito de doação, tornando, nesta hypothese, possivel a rejeição por vicios redhibitorios e a evicção? Caso é este para duvidas, porquanto á doação repugnam esses incidentes, a menos que ellas não sejam dotes ou participem da natureza dos contractos synallagmaticos imperfeitos. E é o que realmente acontece na doação remuneratoria, pois que ha prestação de parte a parte, embóra em actos disjunctos. Ha, comtudo, entre elles, um vinculo de causalidade apreciavel.

Mais claro ainda é o character da bilateralidade das doações com encargo, que são até chamadas onerosas por alguns codigos (civil portuguez, art. 1454). Na parte em que as doações onerosas excederem aos encargos são ellas verdadeiras liberalidades, e, como tal, obedecem aos principios geraes das doações. Emquanto ao mais, porém, são actos onerosos e se devem adstringir ás regras para elles estabelecidas. E' a doutrina do codigo civil portuguez, art. 1455; do hespanhol, 622; e a que se coaduna com a realidade dos factos, como bem o comprehendeu o agudo senso juridico de Teixeira de Freitas.

A clausula da reversão consiste na reserva que estipula o doador para que, no caso de morte do donatario ou de seus herdeiros, voltem os bens doados ao seu patrimonio. E' esta antes uma clausula usada nas doação *mortis causa* do que nas *inter vivos*, sem que, aliás, repugne a estas. O codigo civil portuguez, art. 1473, não admite reversão em proveito de terceiro.

O fim também modifica as doações. Elle deve ser licito e possível, e equivale a uma condição. Uma doação feita a alguém para que se case, determinando-se, de modo certo, o fim, que é, visivelmente, uma condição (si casar) e um encargo, será considerada uma doação a título oneroso. Estão isentas de revogabilidade as doações desta natureza, cumprida a condição, mas resolvem-se naturalmente, si esta não se cumprir (1).

### § 95

#### DOAÇÕES MUTUAS

Doações mutuas são as que duas ou mais pessoas fazem umas ás outras em um só acto. Nada de particular encerra esta especie, a não ser que a nullidade, por incapacidade de uma das partes ou por vicio de forma a seu respeito, acarreta a nullificação de todo o acto; mas não assim a revogação por ingratição ou inexecução das condições, quando somente a um dos donatarios se podem attribuir taes factos.

Algumas legislações, como a franceza (codigo civil, art. 1097) e a argentina (codigo civil, art. 1820), não permitem doações mutuas entre conjuges; mas tal prohibição não está em nosso direito nem merece applausos.

### § 96

#### DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO DOADOR E DO DONATARIO

O doador tem, por primeiro dever, entregar o objecto doado. Não o fazendo, responderá pelos fructos produ-

---

(1) Vide o codigo civil hespanhol, arts. 1327 a 1335. Quanto ao dote, que é uma doação *propter nuptias* de character especial, que é um instituto com vida propria, cabe ao direito da familia traçar-lhe as normas.

zidos, desde o momento em que se constituiu em móra, e, perecendo a cousa, por culpa sua, tem obrigação de indemnisar o donatario. Mas não responde pela evicção nem pelos vicios redhibitorios, salvo as excepções já apontadas, quanto ás remuneratorias, com encargos e semelhantes (ord. 4, 17 § 9).

O donatario tem acção para haver do doador, ou de seus herdeiros, a execução da doação (1). Quando a doação é sem encargos, cabe-lhe o dever de prestar alimentos ao doador, do qual dever se poderá eximir restituindo os objectos doados. Si as doações contiverem encargos o donatario tem a restricta obrigação de cumpril-os, quando forem estes de interesse para o doador ou para terceiro.

### § 97

#### REVOGAÇÃO DAS DOAÇÕES

As doações não são revogaveis a bel prazer dos doadores, mas ha casos de revogação especificados taxativamente nas leis.

Por nosso direito, são causas de revogação:

I—A ingratição do donatario para com o doador. No antigo direito romano, quando um patrão fazia doação a um liberto, podia revogal-a, segundo seu alvedrio. *Onnis donatio, mutata voluntate patronum revocanda sit*, dizem os fragmentos do Vaticano, § 272. Mais tarde essa faculdade foi restricta aos casos de ingratição do liberto e superveniencia do filho ao patrão. Constantino extendeu a revogação por ingratição as doações de ascendentes e descendentes; Justiniano fel-a abranger todas as doações (cod. 8, 56, l. 8 e Inst. 2, 7, § 2.º).

(1) O codigo baltico concede hem uma acção para a execução da doação, mas não os juros da móra nem os fructos percebidos, o que realmente é mais consentaneo com a indole desse acto de pura liberalidade.

São causas de revogação por ingratidão, em nosso direito: *a*) a injúria grave do donatário para com o doador (ord. 4, 63 § 1.º); *b*) os ferimentos e injúrias phisicas nas mesmas condições (ord. cit. § 2.º); *c*) perda grave na fortuna do doador occasionada pelo donatário ou siquer machinada, sem que o doloso intuito haja ainda produzido as consequencias previstas e ambicionadas (ord. cit. § 3.º); *d*) as tentativas contra a vida do doador (ord. cit. § 4.º). Si a doação for feita por binuba a seu filho do primeiro leito, as causas de ingratidão se reduzem á tentativa de morte, offensas phisicas e machinação contra a fortuna total, porque, diz a ord. cit. § 6.º *se casou com outro marido depois da doação, facilmente, a seu requerimento, se moveria a revogal-a.*

O direito de revogar as doações por ingratidão não se transmite aos herdeiros do doador nem attinge aos do donatário (ord. cit. § 9); mas aquelles poderão proseguir na acção revogatoria pelo doador iniciada, e estes soffrerão os effeitos d'ella (1).

II—Nas doações modaes, a inexecução dos encargos ou das condições determinam egualmente a revogabilidade do acto (ord. cit. § 5). Si essa inexecução, porém, provier de caso fortuito ou si os encargos e condições só aproveitarem ao donatário, subsistirá a doação.

Alguns civilistas, Mello Freire e Coelho da Rocha entre outros, ensinam que as doações se tornam revogaveis por superveniencia de filhos ao doador, tirando argumento da ord. 4, 65 que mantém a revogabilidade das doações entre conjuges, durante a vida de ambos. Mas não só não se dá a pretendida analogia entre as hypotheses em questão, como é certo que essa doutrina não encontra apoio na lei

---

(1) Alguns codigos accrescentam, entre as causas de revogação por ingratidão, a recusa de alimentos, si o doador tornar-se indigente (cod. civil francez, art. 755 § 3; italiano, 1081, al. 3; argentino, 1858, § 3.º; hollandez 1725 e outros). O que ha em nosso direito, a esse respeito, foi exposto no final do § 96.

patria, nem no direito romano, porquanto ahi somente a superveniencia de filho determinava a revogabilidade da doação, si o donatario era liberto do doador (cod. 8, 56, l. 8), nem na logica, porquanto si, sobrevindo o filho, o pae revoga a doação, poderá logo em seguida doar o mesmo objecto a outrem. E nada mais absurdo, como já observára Vinnius: *nihil absurdius dici potest*.

Assim, a verdadeira doutrina é a que firmou Teixeira de Freitas, no que foi acompanhado pelo erudito editor do codigo philippino (1).

E' verdade que o codigo civil francez, art. 960; italiano, 1083, consagram a revogabilidade por superveniencia de filho, ainda que posthumo, ao doador que não o tinha ao tempo da doação, exceptuando-se desta regra somente as doações para casamento. O codigo civil hespanhol, art. 644, dispõe no mesmo sentido com um accrescimo digno de nota. Eis o seu edicto: «Toda doação entre vivos, feita por uma pessoa que não tem filhos, nem descendentes legitimos ou legitimados por casamento subsequente, será revogada pela realisação de um dos acontecimentos seguintes: 1.º Si o doador, depois da doação, tem filhos legitimos ou legitimados, ou naturaes reconhecidos, sejam elles posthumos; 2.º si o filho do doador, julgado morto no momento da doação, volta vivo. O codigo civil portuguez é mais restricto do que os tres precedentes, não referindo-se como elles aos filhos naturaes reconhecidos.

Mas a orientação desses systemas juridicos não poderá influir para a decisão da duvida em nosso direito pelas razões obvias que passo a expor. As lacunas de nossa lei devem ser suppridas pelo direito romano, de preferencia ás legislações modernas, salvo n'aquillo que constituir uma peculiaridade dos usos e costumes desse povo illustre que mais aperfeiçoou a cultura juridica. Ora, no

---

(1) *Consolidação*, art. 420, nota 14. No *Archivo brasileiro*, Recife 1887, o Dr. José Hygino manifestou-se tambem neste sentido.

direito romano, a superveniencia de filhos não motivava a revogação das doações, sinão no caso unico de haver entre o donatario e o doador a relação subordinativa do patronato, como já ficou dicto com apoio dos textos, e como nol-o confirmam os mais auctorizados interpretes da lei romana (1), logo não ha logar para appellarmos para as legislações recentes, *maxime*, tendo ellas tomado por modelo o codigo francez, que tractou promiscuamente as materias de doações e de testamentos que são radicalmente dissimiles. Além disso, á auctoridade dos codigos citados poderá ser opposta a de outros como sejam o chileno, art. 1424; o argentino, 1868; o de Zurich, 431, que, aliás, admite a revogação por prodigalidade do donatario, além da ingratição; a lei russa, o codigo baltico (2), o hollandez e o projecto allemão. Nenhum desses systemas juridicos consagra a revogação por superveniencia de filho ao doador. E' claro, porém, que essa revogação poderá resultar, em todo o caso, de uma clausula expressa.

«Mais regular, diz um escriptor platino, seria, prohibir, a quem tivesse filhos, a faculdade de fazer doações; pois o que fez uma doação e a revoga por ter-lhe nascido um filho, poderá, sem embargo, dar a outrem a mesma cousa ou ainda objecto de maior importancia». Esta observação põe a descoberto a fraqueza da theoria contraria, e, por tal forma, que seria ocioso insistir sobre este poncto.

As doações feitas em fraude aos credores se devem dizer annullaveis e não revogaveis, como algumas vezes se vê nos tractados de direito civil. No direito commercial, o rigor dos principios vae a poncto de annullarem-se todas as alienações a titulo gratuito, superiores a 360\$000, salvo obediencia á lei, si forem feitas até dois annos antes do

(1) Vejam-se, entre outros, Savigny, — *Système* IV, pag. 236; Mayns, *Cours*, II, p. 378; Bonjean, *Exposition des Institutes*, I, p. 617.

(2) E' preciso reconhecer, entretanto, que na Curlandia, a doação feita por um doador que não tinha filho, pôde ser revogada, si lhe sobrevier algum, até a concorrencia da legitima (Lehr, — *Droit russe*, p. 431)

termo legal da fallencia, ainda que façam parte de contratos onerosos, e ainda que não haja intenção de defraudar os credores (dec. de 24 de Outubro de 1890, art. 29, a). O código da Prussia, § 1129, faculta aos credores annullarem as liberalidades do doador, feitas no ultimo anno anterior á abertura do concurso de preferencia e ainda as anteriores, provando-se que as dividas do doador, ao tempo da doação excediam já a seu activo. O código hespanhol, art. 643, al. presume em fraude dos credores as doações feitas sem reserva de bens sufficientes para pagar as dividas anteriores.

Em direito patrio é semelhante o que existe com fundamento no D. 42, 8, fr. 6 § 11. Si, na epocha em que fez a doação, se acha o doador em estado de insolvencia, ou a elle foi reduzido pela extemporanea liberalidade, houvesse ou não má fé, a doação é insubsistente. Nos outros casos a fraude deve ser provada <sup>(1)</sup>.

Quanto ás doações *inofficiosas*, que são incluídas por alguns civilistas entre as sujeitas á revogação, já foi dicto o que determina o direito patrio. São *inofficiosas* as doações que excedem á legitima do donatario e mais a terça do doador, quando aquelle é herdeiro necessario. Para não haver desfalque na legitima dos outros herdeiros necessarios, o donatario inofficioso reporá o excesso sobre sua legitima e a terça do doador, para que se distribúa entre os outros (ord. 4, 97 § 3).

## § 98

### DOAÇÕES ENTRE CONJUGES

O direito hellenico auctorisava as doações entre conjuges, sendo até de costume muito seguido que o marido

(1) T. de Freitas,—*Consolidação*, nota 14 ao art. 420; Correia Telles—*Doutrina das acções*, § 108, n. 1.

fizesse presentes á sua esposa nos dois ou tres dias seguintes ao casamento. O código de Gortyna fala de presentes dados pelo marido á mulher, «conforme a lei, deante de tres testemunhas maiores e livres».

No direito germanico, os presentes reciprocos entre esposos eram muito frequentes, sobresahindo, entre os dons do marido, o presente do dia seguinte, o *Morgengabe*, que deu origem á communhão de bens na sociedade conjugal, entre muitos povos modernos. No direito romano primitivo, estando a mulher casada, ordinariamente, sob a *manus* do marido, não poderia dar nem receber cousa alguma por doação. Com a introdução dos casamentos livres, permittiu-se, á esposa, concluir com um terceiro, um contracto gratuito, mas não com o esposo. Ulpianus diz (D. 24, 1, fr. 3): *Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent*. Mas essa interdicção que, aliás, parece não ter attingido jamais os pequenos donativos em occasião de regozijos ou de certas solemnidades<sup>(1)</sup>, encontrou, depois, modificações que a foram, pouco a pouco, abrandando.

As doações entre conjuges podiam ser confirmadas por testamento. Mais tarde, si o conjuge predefuncto não havia usado de seu direito, para annullar o acto de liberalidade, subsisteria elle efficazmente, mesmo na ausencia de disposição testamentaria em corroboração, considerando-se ter sido valido, desde seu inicio, si, no momento em que o conjuge doador mórreza perdurava o casamento (cod. 5, 16, l. 25). Além disso, foram tolerados, entre conjuges, as doações *causa mortii*, as *divortii causa*, as *exilii causa*.

Nosso direito recebeu do romano essa desconfiança pelas doações entre marido e mulher. Permittiu-as porém, mediante as condições seguintes: 1.º de serem revogaveis,

(1) Padelletti-Cogliolo, — *Storia del diritto romano*, cap. XIII, nota n.

até o fallecimento do doador; 2.º de annullarem-se por supernascença de filho; 3.º de rescindirem-se por inofficiosidade (ord. 4, 65).

Si o conjuge doador fallecer sem herdeiros necessarios, sua doação ficará confirmada. Si, porém, existirem herdeiros dessa categoria, poderão elles revogar ou antes, annullar a doação no que prejudicarem ás suas legítimas (e nesse desfalque consiste a inofficiosidade), ficando, para o conjuge donatario, o restante (ord. 4, 65; *Consolidação*, arts. 138 e 139).

Havendo testamento em que se não revogou a doação, valerá esta como legado, sempre sem prejuizo das legítimas dos herdeiros necessarios (ord. cit. § 1.º). Estas serão satisfeitas em primeiro logar, seguir-se-á a doação do conjuge, e, depois della, virão as disposições do testador (ord. cit. § 2.º).

E' claro que as doações entre conjuges ficam sem objecto e, portanto, inapplicaveis, no regimen da communhão universal, que resolve mesmo as doações anteriores (ord. cit. pr.; *Consolidação*, art. 147).

Consideram-se, no emtanto, como efficazes e irrevogaveis aquelles actos beneficos: 1.º que não fazem o doador mais pobre, embóra tornem o donatario mais rico; 2.º que diminuindo o patrimonio do doador não augmentam o do donatario, porque nestes dois casos não ha doação; 3.º que constituirem doações modicas ou *mortis causa* (1).

Nas legislações modernas, reina grande divergencia em relação a este assumpto. O codigo civil portuguez equipara as doações entre casados ás feitas por extranhos, com uma restricção: a de serem revogaveis livremente, em-

(1) D. 24, 1, fr. 5 § 16; *Repertorio das ordenações*, p. 176; Borges Carneiro, § 154 n. 21 e segs.; Lafayette, *Direitos de familia* § 99.

quanto viver o doador. E addita-lhes uma clausula favoreadora: não se revogam por superveniencia de filhos (arts. 1178 a 1183). Esta doutrina foi bebida no código civil francez, arts. 1096 a 1181, que egualmente oppõe restricções ás liberalidades entre marido e mulher.

O código italiano, art. 1054, e o argentino, 1807, só permitem entre conjuges as doações *mortis causa*; sendo que o argentino estende a vedação até em relação aos filhos que o conjuge tenha de outro leito, porque pareceria um subterfugio para favorecer de facto ao pae ou mãe desses filhos em contrario á prohibição da lei. Esta mesma doutrina vem consagrada no código civil hespanhol, art. 1334, e no *projecto* do senador Coelho Rodrigues, art. 995 e §§. Tambem o código saxonio, § 1647, inscreve-se entre as legislações contrarias ás doações entre esposos. E' que, em todos esses regimens juridicos, se fez sentir, mais ou menos imperiosa, a doutrina romana (D. 24, 1, frs. 1 e 3).

Diversa é a doutrina do *Landrecht prussiano*, II, 1, §§ 310-313; do código civil austriaco, art. 1246; do direito russo, do código baltico, arts. 110 a 116; da lei de Basiléa, art. 102, do direito norte-americano <sup>(1)</sup> e do *projecto* de código civil allemão. Todos esses corpos de leis se mostraram desprendidos dos preconceitos romanos e franquearam, aos conjuges, a liberdade de poderem dar expansão á sua ternura, por liberalidades a que são naturalmente levados. As leis muito meticulosas não se coadunam com as necessidades de ar e de amplitude que exige a consciencia moderna.

---

(1) No regimen da *common law* são impossiveis os dons entre marido e mulher, pois que ha unidade legal ou, antes, absorção do patrimonio da mulher pelo do marido. Mas «onde o marido está em posição de fazer um presente de seus bens á mulher, e o separa distinctamente da massa de sua propriedade, para uso della, a doação é valida perante a equidade, ainda mesmo que nenhum curador haja intervindo» (Darlington, — *Personal property*, p. 73).

## § 99

## DOAÇÕES MORTIS CAUSA

Doação *mortis causa*, em um sentido mais largo, é a feita em vista da morte de qualquer dos contrahentes. Mas a doação *mortis causa*, propriamente dicta, é a feita sob a condição de que o doador não sobreviva ao donatario, ou indeterminadamente ou passado um certo acontecimento que elle suspeita lhe poder acarretar a morte. Por isso dizem as Institutas que ella é realisada *propter mortis suspicionem*. E porque tem somente de tornar-se definitiva, apoz a morte do doador, participa da natureza dos actos de ultima vontade, no facto de ser revogavel, até que tenha logar a morte do promittente.

O direito grego antigo não desconheceu este modo de doar, como se sabe pela Odysséa, canto XVII, verso 77, onde se fala de Telemacho doando a Pireu, que recebe os presentes com a condição de restituil-os, si o doador sahir victorioso do combate em que se vae empenhar com os pretendentes: «Mas si eu delles der cabo, como é justo, tu me restituirás tudo, associando-te á minha alegria». As mulheres athenienses, embóra não podessem testar, tinham direito de fazer doações *mortis causa*.

Entre os romanos, data de muito cedo este instituto. Quanto ás formalidades, era a doação *mortis causa* assimilada á *inter vivos*, necessitando, para seu complemento, da tradição ou de uma estipulação, ou de uma acceptilação. Foi sujeita á insinuação por Constancius Chlorus; Constantinus prescreveu-lhe a necessidade da forma escripta e de testemunhas. Mais tarde, porém, permittiram-se as doações *mortis causa*, por palavras de bocca, segundo se diz em lingua ingleza, e Justinianus dispensou-as da formalidade da insinuação, mas exigiu a presença de cinco testemunhas.

Originariamente distincta do legado, a doação *mortis causa* foi-se, pouco a pouco, aproximando d'elle, pela acção dos costumes, da jurisprudencia e das constituições imperiaes, de forma que, nos ultimos tempos, em geral, as regras eram communs às duas especies.

Em poucas palavras, a theoria romana é esta: a doação *mortis causa* é feita sob a condição resolutoria da morte do doador, ou esta aconteça de um modo qualquer, ou sobrevenha em resultado de um acontecimento previsto. Si o donatario morrer antes do doador, caducará, por esse facto, a doação. E' revogavel *ad nutum donatoris*, pôde abranger a totalidade do patrimonio, inclusive os bens futuros e é valida entre esposos.

Estes principios passaram para o direito patrio, mesmo na ausencia de leis que expressamente os consagrassem; porém, por uma extensão analogica, chamaram-se doações por causa de morte, ainda, todas aquellas liberalidades cujo effeito é adiado para depois da morte do doador. Taes liberalidades não são, porém, verdadeiros contractos; mas sim disposições de ultima vontade que não dispensam as formalidades testamentarias (1).

Entrou em duvida si, como as doações *mortis causa* do direito romano, eram isemptas da insinuação essas outras de que agora se tracta. Sim, pois que são revogaveis. Nem é possivel outra resposta, depois do que acabou de ser dicto sobre a natureza dessas disposições de ultima vontade.

Os codigos modernos se não têm mostrado favoraveis as doações *mortis causa*. O da Prussia, § 1131, declara irrevogaveis todas as doações, quer se effectuem com transferencia immediata da propriedade, quer tenham de produzir effeito depois da morte do doador. O d'Austria,

---

(1) Teixeira de Freitas,—*Consolidação*, nota 10 ao art. 417 § 2.º Attenda-se bem a que a doação *mortis causa* presuppõe a transferencia dos bens doados ao beneficiado, emquanto que na hypothese a que agora se allude isso não se dá.

art. 956, e a lei de Basilea de 20 de Abril de 1891, art. 103, equiparam as doações *mortis causa* ás disposições de ultima vontade. O francez, o italiano, o portuguez e o hespanhol não se occupam della, mas, accetando a clausula de reversão em proveito do doador, implicitamente accetam uma das modalidades da doação *mortis causa* (1). O argentino admitte esta especie de liberalidade, em duas formas: 1.º para que o donatario restitua os bens doados, si o doador não morrer num lance previsto; 2.º para que as cousas doadas se restituam ao doador, si este sobreviver ao donatario (art. 1803). E' a doutrina romana; mas com uma grave modificação: taes doações, como quaesquer outras, são irrevogaveis, salvo os casos de ingratição e inexecução dos encargos ou condições (art. 1802). Além da doação *mortis causa* da segunda forma, se occupa o codigo argentino, particularmente, da clausula da reversão em favor do doador ou de seus herdeiros, o que não é extranho aos regimens juridicos de quasi todos os povos.

---

(1) Codigo civil francez, art. 951; italiano, 1371; portuguez, 1473 a 1475; hespanhol, 641.



## CAPITULO II

# Do Emprestimo

### § 100

#### DEFINIÇÃO E DIVISÃO

Emprestimo é um termo generico, designando duas especies de contractos que têm de commum concluir-se pela entrega de um objecto, com a obrigação de ser elle restituído em especie ou em genero. Essas duas modalidades são o *commodato* e o *mutuo*, o empréstimo de uso e o de consumo.

### § 101

#### DO COMMODATO

Chama-se *commodato* o contracto pelo qual alguém entrega a outrem alguma cousa, para que este della se utilise gratuitamente, com o encargo, porém, de restituil-a depois, em especie. Este contracto é *gratuito*. A ord. 4, 53, pr. diz que é uma concessão graciosa, para accentuar este caracter do acto de commodar, e, repetindo determinações do direito romano, acrescenta: *si se fizesse por dinheiro, seria aluguel ou arrendamento, e, si fosse por outra cousa que não dinheiro, ou para uso não certo, seria outra especie de contracto.*

E' *unilateral*, porquanto só ao *commodatario* cabem, por elle, obrigações directas. Mas, como poderá crear obrigações reciprocas, os escriptores costumam collocar este contracto entre os *synallagmaticos imperfeitos*.

E' *real*, perfazendo-se exclusivamente com a tradição do objecto, negando até algumas leis qualquer acção baseada na simples promessa de dar em commodato, como preceituava o direito romano. *Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta tibi utenda data est*, dizem as Institutas, 3 § 2. Mas essa tradição não dá, ao commodatario, mais do que a simples detenção para uso pessoal, ficando, ao commo-dante, a propriedade e a posse do objecto, pelo que não tem o primeiro nem direito aos fructos, nem a quaesquer accrescimos sobrevindos ao objecto (1).

Relanceando a vista para a historia desta relação jurídica, deparamol-a, com o appellido de *chresis*, no direito grego, e já distincto do empréstimo de uso ou *commun (daneismos)*, que era oneroso e translaticio da propriedade. Nas grandiloquas orações de Demosthenes, apparece umas duas vezes o commodato na tona da discussão.

Segundo Nachbaur (2), o commodato não é de alta antiguidade em Roma. A entrega de um objecto, sob a condição de restituil-o *in specie*, não era, em principio, sufficiente para originar uma acção contra o *accipiens*, a não ser que este, abusando, commettesse um delicto. Posteriormente, esse contracto começou a ser feito com a solemnidade da *mancipatio* ou da *in jure cessio*, a que se unia o pacto fiduciario (*fiducia cum amico*) pelo qual o commodatario se obrigava a restituir, sob pena de má fé, o objecto que lhe era cedido, na epocha designada pelo *tradens*. Constituiu-se, então, no commodato um *negotium juris*, patrocinado pela *actio fiduciæ*, e, mais tarde, dispensou as rigorosas formalidades da *mancipatio*, perfazendo-se pela simples convenção acompanhada pela tradição do objecto, entrando na categoria dos contractos

(1) Código civil francez, art. 1877; argentino, 2275; italiano, 1087; hollandez, 1778.

(2) *La Grande encyclopédie, verb. commodate.*

reaes, e sendo munido com duas acções, a *commodati directa*, relativa ás obrigações do commodatario e a *commodati contraria*, que tinha por objectivo constringer o commodante a executar quaesquer obrigações, não derivadas propriamente do contracto, mas acontecidas em consequencia delle ou delle indirectamente oriundas.

No direito germanico, egualmente, o commodato se encontra como um contracto real que recebeu seu logar no livro 52 da lei salica.

### § 102

#### QUE COUSAS PODEM SER OBJECTO DE COMMODATO

Podem ser objecto do commodato, somente as cousas infungiveis. A fungibilidade depende da convenção. Por isso, as cousas consumiveis, que se exhaurem pelo uso, podem ser emprestadas em commodato, comtanto que o commodatario as conserve intactas, para, em seguida, restituil-as em especie, individualmente, isto é, as proprias cousas que recebeu. E isto acontece, naturalmente, quando o emprestimo é feito, como dizia a lei romana, somente *ad pompam vel ostentationem*. Supponha-se um livro. Si o dono o assignalou com o seu nome, si o illustrou com algumas observações e notas marginaes, será um objecto infungivel, e, quando emprestado, sempre será com a clausula, expressa ou implicita, de ser restituído o mesmo exemplar, até porque elle é unico em sua especie. Si, porém, é um livreiro que empresta livros a um seu collega, deve naturalmente presuppor que os cede, para serem vendidos, para serem consumidos. Entretanto poderá convençionar que elles apenas appareçam na *vitrine* em certa occasião, *ad ostentationem*; e ahí ter-se-ão os mesmos objectos transmudados de fungiveis em infungiveis, por effeito do pacto, que, na hypothese, é um commodato.

Os bens dos pupillos e curatelados não podem ser emprestados pelos tutores e curadores. Em geral, todos os administradores de bens alheios, não têm poderes para emprestar, salvo si, para isso, receberem auctorisação especial.

### § 103

#### OBRIGAÇÕES E DIREITOS DO COMMODATARIO

Expondo as obrigações do commodatario, indicar-se-ão concomitantemente os seus direitos; mas o complemento natural delles virá quando apparecer a oportunidade de serem expostos os deveres do commodante.

As obrigações do commodatario são as seguintes:

1.º Conservar o objecto, que recebeu por empréstimo, com zelo e solícitude, respondendo até pela culpa levíssima (ord. 4, 53 § 2.º), o que importa dizer que deve cuidar do objecto emprestado como dos seus ou mais attentosamente ainda (1). Não responde, porém, pelo estrago produzido por caso fortuito ou força maior, salvo si houve estipulação em contrario ou se constituiu em mára, ou deu, ao objecto, applicação differente daquella a que era destinado (*furtum usus*), ou si, para o acontecimento fortuito, concorreu com a sua negligencia (2). Sua responsabilidade subsiste ainda, no caso de força maior ou de acontecimento fortuito, si, correndo risco simultaneamente objectos seus e o emprestado, preferiu salvar os primeiros com sacrificio dos segundos (3).

2.º E' obrigado a fazer as despezas ordinarias para

(1) Inst. 3, 14 § 2.º; código civil francez, art. 1882; italiano, 1810; portuguez, 1814; código russo, 2068; código baltico (apud *Lehr*, — *Droit russe*, p. 383).

(2) Ord. cit. § 2.º; Inst. 4, 1 § 6.º; código civil francez, arts. 1881 a 1884; italiano, 1809 a 1812; argentino, 2269; russo, art. cit.; baltico, *loco citato*.

(3) Cod. federal das obrigações, art. 322, 2.º al.; baltico, *loco citato*; francez, 1181.

a conservação do objecto, nomeadamente as de sustento para os animaes (1).

3.º Restituirá o objecto emprestado, findo o prazo estipulado, e, na falta de estipulação a respeito, decorrido o tempo razoavelmente necessario para a utilização que tiveram em vista os pactuantes (2). Quando a detenção e utilidade do objecto são concedidas com a reserva de poder retirá-lo o proprietario, quando lhe aprouver, dar-se-á o que os romanos chamaram *precarium*, e a que o código philippino (4, 54 § 3.º) allude nas palavras — *emquanto lhe aprouver*. O *precario* assimilha-se ao *commodato*, porque, em ambos, se transfere o uso do objecto por certo tempo: mas differe em que o *precarista* tem a posse, enquanto que o *commodatario* não. *Memnisse nos oportet cum qui precarium habet, etiam possidere* (D. 43, 26, fr. 4 § 1.º). Além disso, o *commodato* se applica mais naturalmente aos objectos corporeos, bem que não seja assim por todas as legislações, ao passo que o *precario* póde recahir sobre incorporeos (D. *h. t.* fr. 15 § 2.º). Finalmente, o *precarista* só responde por dolo e culpa lata, enquanto que é mais extensa a responsabilidade do *commodatario*, segundo já foi exposto (D. *cit.* fr. 8 § 3.º).

4.º Si o *commodatario* applicar o objecto a um fim diverso do convencionado, si permittir seu uso a um terceiro, ou si sobrevier ao *commodante* uma necessidade urgente e imprevista do objecto emprestado, poderá ter logar a restituição d'este, antes mesmo de expirado o prazo estabelecido no contracto (3). Eis uma hypothese em que o *commodato* se transforma em *precario*.

5.º O *commodatario* não poderá reter o objecto emprestado, sob o pretexto de que não pertence ao *commodante*,

(1) Código argentino, art. 2282; francez, 1886; italiano, 1813; austriaco, 981; bavaro 4, 2, art. 5.º; suizo das obrigações, 323; portuguez, 1519; hespanhol, 1743.

(2) Ord. cit. pr.; código civil argentino, art. 2271; suizo das obrigações, 325; francez, 1888; italiano, 1815; hespanhol, 1749; portuguez, 1510 e 1511.

(3) Código civil francez, 1889; argentino, 2281; suizo das obrigações, 325 e outros.

nem de que este lhe é devedor, ainda que seja por causa de despezas feitas com o mesmo objecto (1). O código chileno, art. 2184, e o argentino, 2280, admittem uma excepção a este preceito: quando o objecto emprestado é uma arma e o commodatario souber que vae ser applicada a perpetração de um crime. Neste caso, deve fazer entrega da arma ao juiz.

6.º A responsabilidade do commodatario passa a seus herdeiros, que responderão por perdas e danos, si alhearem a coisa emprestada, além de sujeitarem-se á acção penal derivante desse acto delictuoso, na hypothese de o praticarem com conhecimento de causa.

7.º Sendo muitos os commodatarios, serão todos obrigados *in solidum* (2).

### § 104

#### OBRIGAÇÕES E DIREITOS DO COMMODANTE

O commodante não tem obrigações directas, ficando-lhe até um certo arbitrio, na dissolução do contracto, como foi ponderado no paragrapho anterior; mas, para que o commodato exista, é necessario que, emquanto não occorram factos capazes de auctorisar a sua recisão, seja mantido, no uso do objecto emprestado, o commodatario, ou seus herdeiros, emquanto se não exgottar o prazo prefixado para a devolução. O código federal suizo das obrigações, art. 328, preceitua a extincção do commodato com a morte do commodatario, porém a doutrina mais razoavel e mais seguida é a que transfere os direitos e obrigações deste contracto resultantes, aos herdeiros de quem o constituiu,

(1) Código civil argentino, art. 2277 e 2278; chileno, 2183; francez, 1885; *Cod. repetita praelectionis*, 4, 23, l. 4; código baltico, *apud* Lehr, cit. vol. II, p. 384.

(2) D. 13, 6 fr. 5 § 15; código civil francez, art. 1887; italiano, 1814; hespanhol, 1749; portuguez, 1520; baltico, 375).

a menos que não tenha sido elle feito exclusivamente em attenção á pessoa do commodatario (1).

O commodante é obrigado, além disso: 1.º a indemnisar o commodatario das despesas extraordinarias e inevitaveis que elle tiver feito com o objecto, sem que para o pagamento desse debito, lhe seja conferido o direito de retenção (2); 2.º a reparar os prejuizos que o commodatario tenha soffrido, em razão dos defeitos occultos e dissimulados da cousa emprestada (3).

Além dos direitos do commodante, aos quaes se referiu o paragrapho anterior, ao expor os deveres do commodatario, cumpre ainda lembrar que o commodante é credor de dominio, e, como tal, armado com o direito de reivindicção na fallencia do commodatario (4).

## § 105

### DO MUTUO

O emprestimo é de consumo, quando alguém transfere a outrem uma cousa fungivel, com o encargo de lhe ser dada, em pagamento, cousa egual em quantidade e qualidade. Tambem é designado este contracto pelo nome de *mutuo*.

(1) Código civil hespanhol, art. 1742; francez, 1879; argentino, 2233; italiano, 1807; hollandez, 1789; baltico 3751.

(2) Código civil portuguez, art. 1521 § 1.º; francez, 1890; italiano, 1817; suizo das obrigações, 323, 2.º al.; hespanhol, 1751; argentino, 2237; hollandez, 1790; codigo baltico, *apud* Lehr, cit. p. 385.

(3) Código civil portuguez, art. 1521 § 2.º; francez, 1831; italiano, 1818; hespanhol, 1732; argentino, 2286.

(4) Dec. de 21 de Outubro de 1890, art. 68, letra *b*.; reg. 737, art. 620 § 1.º e ord. 4, 54 § 3. Note-se, em conclusão, que o *commodato* pôde ser *contractado*, contrariamente á sua indole, no interesse do commodante e, mesmo, num negocio de aventura. Em tal hypothese, os direitos e deveres das partes contractantes se modificam, porque o contracto se transforma, perdendo o caracter que lhe assigna o direito, para adquirir o de um pacto bilateral ou aleatorio, segundo os casos.

O mutuo é um contracto *real* (1). Exige a entrega do objecto mutuado, a qual importa na translação da propriedade (ord. 4, 50, fr.). Póde ser *gratuito* ou *oneroso*, conforme entenderem os contractantes mais conveniente estipular ou não uma remuneração ao mutuante. Tal remuneração é permittida pelo direito patrio (ord. 4, 67 e lei de 24 Out. de 1832), e pelos codigos modernos (2). Póde egualmente ser *civil* ou *commercial*, segundo é ou não destinado a um fim commercial.

Uma especie de mutuos que tem um tractamento á parte é a de que tracta o dec. n. 165 A de 17 de Jan. de 1890. São emprestimos, a breve termo, feitos pelos bancos, sociedades ou particulares, á lavoura ou a industrias auxiliares della, tendo por fim ministrar quantias em dinheiro, sob penhores de machinas e instrumentos aratorios, de animaes de qualquer especie e de outros objectos ligados ao serviço de uma situação rural, de fructos, em ser ou beneficiados, da colheita futura, da lenha cortada ou da madeira nas mattas preparadas para o corte, de capitaes agricolas em via de producção, de outros quaesquer accessorios não comprehendidos na escriptura de *hypotheca* ou separados d'ella, depois de comprehendidos, com assentimento do credor *hypothecario* (cit. dec. art.

(1) A promessa acceita de fazer um emprestimo gratuito, dizem alguns, não dá acção alguma contra o promittente, porque ainda o contracto não está formado e porque, sendo graciosa a offerta, não justifica, por parte do accitante, reclamações por prejuizos. E' a doutrina sustentada por Pont e acceita pelo codigo civil argentino, art. 2224, mas que se presta a reparos. A promessa acceita de fazer um emprestimo de consumo, oneroso, não sendo cumprida, dará direito a que o accitante demande o promittente por perdas e damnos. Mas não ha poderosos motivos para essa distincção. Esta ultima decisão, da responsabilidade por perdas e damnos do mutuante que se recusa a entregar o objecto promettido, deve ser mantida, quer o contracto seja oneroso quer gratuito. Assim edictaram o codigo suizo das obrigações, arts. 331 e 332, o codigo laltico e outros. O *Landrecht* esthoniano exige mesmo a execução do contracto, si a outra parte dá seguranças sufficientes (Lehr, — *Droit civil russe* p. 363).

(2) Não havendo estipulação em contrario, suppõe-se gratuito o mutuo civil, e o mutuante só poderá exigir os juros da móra e indemnisações por prejuizos (D. 19. 5, fr. 4.) No commercio, porém, se exigem os juros, desde o desembolso, ainda que não sejam estipulados (cod. comm. brasileiro, art. 248).

1.º letra *a*). Mas o que dá feição particular a estes empréstimos é a associação do penhor agrícola, e, portanto, é por ocasião de estudar o penhor que tem melhor cabimento a apreciação desta especie, chamada de credito movel.

## § 106

## NOÇÕES HISTÓRICAS

Mutuo, da raiz *mor* (mor, m—t) significa, etymologicamente, mudar, trocar. Não é exacta, portanto, a formação idiomática de que nos falam as fontes romanas — *de meum tuum fit* (Inst. 3, 14, pr; D. 12, 1, fr. 2 § 2.º).

Em todos os povos cuja historia nos é conhecida, sabe-se que o empréstimo começou muito cedo a ser practicado, sendo uma das formas contractuaes mais antiga. Nos paizes barbaros o premio do empréstimo é sempre exorbitante, porque ali tambem os riscos são maiores e a confiança é diminuta. Segundo se lê em Letourneau (1), os juros, na Cabilia, vão de trinta a cincoenta por cento; na China, a taxa ordinaria é trinta por cento, porém somente por tres annos, dahi em deante o capital não vence mais juros; na Abyssinia, eleva-se, as vezes, a taxa dos juros a cento e vinte por cento. No Egypto, muitas vezes, a irritação dos explorados pelo excesso de cubiça dos usurarios explodiu em graves conflictos sociaes, como em Roma. Bocchoris reduziu o premio do dinheiro a trinta por cento, o que foi um alivio para o tempo. Seria actualmente uma revoltante usura. Na India, si o empréstimo é garantido por um penhor, vencerá doze por cento ao anno, e vinte e quatro, não havendo penhor. E não falo das extorsões das classes privilegiadas em relação ás inferiores.

(1) *Evolution de la propriété*, pags. 450 e segs.

Diz o código de Manú: «Recebe dois por cento ao mez e não mais de um brahmane, tres de um kehatrya, quatro de um vassya, cinco de um sudra, segundo a ordem distincta das classes» (VII, 142). Os livros sanctos dos hebreus condemnavam a usura, mas somente sobre os indigenas. «Não empresta com usura, nem dinheiro, nem grão, nem outra cousa qualquer ao teu irmão, mas somente ao estrangeiro» (1).

Os gregos conheceram e praticaram o mutuo, suppondo alguns escriptores que delles é que receberam-no os romanos. Póde ser duvidoso quanto ao contracto, mas parece exacto quanto ao nome, pois que na Sicilia existia o *moiton*, e, primitivamente, os romanos davam, ao empréstimo, o nome de *res creditae* (2). Ao tempo de Solon, as difficuldades dos mutuarios eram taes e tam generalizadas que este grande reformador entendeu ser de boa politica intervir, cancelando os debitos então existentes, a começar por si mesmo, dispensando dividas de que era credor, no valor de cinco talentos ou mesmo quinze, segundo outros (3).

A forma primitiva do empréstimo em Roma subordinou-se à *mancipatio*, constituindo o *nexum*, no sentido mais restricto do termo, e formando o contracto por excellencia. Provavelmente se mutuavam, em principio, mercadorias somente, e, mais tarde, dinheiro. Depois da lei das XII taboas, adquiriu elle a forma de contracto juridico distincto, por meio da *fiducia*, e foi provido com a sua *conditio* ou acção para restituição. O mutuo podia ser simples ou acompanhado de uma estipulação especial, para o pagamento de juros, e, então, recebia o nome de *fenus*, *impendium*, *usura*. E' de crer que o egoismo romano só muito raramente permittisse o empréstimo gra-

(1) Deuteronomio, XXIII, 19-20.

(2) Padelletti-Cogliolo, *Storia del diritto romano*, cap. XXII, nota 1, p. 226.

(3) Plutarecho—Vol. I, (trad. Alexis Pierron) *vie de Solon*, pags. 199-200.

tuito, apesar do que se possa allegar em contrario, folheando o *Corpus juris*. Os juros variavam de quatro e meio por cento (*fenus semunciarium*) a oito e meio (*fenus unciarum*) e doze, ao anno; obtendo mesmo o *fenus nauticus* a taxa de trinta, por ser aventuroso confiar a sua fortuna á inconstancia dos ventos e á trahição das ondas. Mas, afinal, estatuiu-se que o credor não recebesse, em premio, mais do que dera de principal, de modo que, si o devedor tivesse pago de juros o montante do capital, já não tinha que pagar mais do que esse mesmo capital, sem acrescimos de rendimentos (cod. 4, 32, l. 10; e Nov. 121).

Esta doutrina antiusuraria do ultimo periodo do direito romano, transparece na ord. 4, 67 e 70 § 1.º, porém, mais avigorada já pela acção, imperiosa então, do christianismo. A usura é illicita sob todas as suas modalidades, nomeadamente sob as de *mohatra* e *anatocismo* (1). Devemos ver nesse refreimento da desmesurada expansão do rendimento dos capitaes, uma influencia benefica do direito canonico, do christianismo, que condemnava todo premio que não fosse meramente compensatorio, isto é, motivado pelos lucros cessantes ou damnos emergentes, provindos do emprestimo. Mas conseguido o resultado exigido pela necessidade de equilibrio no interesse das classes sociaes, cumpria suster a reacção, para que o desequilibrio não se desse em sentido opposto.

Foi o que fez, entre nós, a lei de 24 de Outubro de 1832, garantindo, aos contractantes, a liberdade de convencio-

(1) «*Mohatra*, definiu Ferreira Borges, é o nome que alguns casuistas deram ao contracto usurario, que se pratica quando alguém vende, por muito alto preço, a credito, e compra a mesma cousa ao comprador a vil preço». E addita ainda que a jurisprudencia romana não fez menção desse contracto. *Anatocismo* é a accumulção de juros que se capitalisam, vencendo novos juros. O codigo comm. brasileiro diz que não se contam juros de juros; mas somente quando tal se não estipula (art. 253). O codigo fed. das obrigações, art. 355, não admite convenção previa de anatocismo, porém, admite a capitalisação dos juros no commercio em materia de contas correntes, e outras operações analogas.

narem os juros que julgassem sufficientes, e taxando em seis por cento os juros da lei. Na França, Italia e Portugal, os juros legaes não exceedem a cinco por cento no civil e seis no commercio. Na Russia, elevam-se a seis, em geral. Nos Estados-Unidos, é variavel a taxa, sendo communmente vedada a usura (1).

## § 107

## OBRIGAÇÕES DO MUTUARIO

O mutuario tem obrigação:

1.º De restituir cousa igual á que recebeu, em qualidade e quantidade, no prazo estipulado (ord. 4, 50 § 1.º) e o premio, si este fôr convencionado. Este premio poderá ser o da lei, seis por cento ao anno, ou outro a aprazimento das partes. Si o devedor pagou juros, em caso em que o credor não tinha acção para exigil-os, nem por isso poderá repetil-os, nem imputal-os no capital, salvo si excederem á taxa da lei, porque, então, terá direito de repetir o excesso (cod. comm. brasileiro art. 251). «E a quitação do capital, sem reserva de juros, faz presumir o pagamento delles e opera a descarga total do devedor» (2). Nas obrigações mercantis, com prazo certo, não se conta o dia da data do contracto, mas sim o immediato, do qual começa a correr o tempo; mas conta-se o dia do vencimento (cod. comm. brasileiro, art. 135). Esta regra é applicavel ao direito civil.

2.º Não havendo prazo estipulado, o pagamento é exigível dentro de um espaço de tempo razoavel, conforme

(1) Smith, *Elements of the laws*, pags. 137-138.

(2) Cod. comm. brasileiro, art. 252; civil francez, 1908; italiano, 1834.

as circumstancias e a natureza do negocio, nunca inferior, porém, a dez dias (1).

3.º Desde a exigencia do pagamento, findo o prazo, ou, não sendo este estipulado, decorrido o tracto de tempo razoavel a que alludia o periodo anterior, fica o devedor constituido em móra. Mas, por direito patrio, com a interpellação judicial, é que começam a correr os juros da móra, salvo si houve estipulação prevendo a hypothese (cod. comm. brasileiro, art. 138 e 248).

4.º Quanto ao lugar e o modo do pagamento não ha necessidade de agóra ser repetido o que já em outra parte deste livro foi dicto (Parte I, Cap. V, § 35).

5.º Os riscos da cousa mutuada correm por conta do mutuario, desde a tradição. Si ella perecer por caso fortuito, ou por força maior, é elle quem supporta a perda, como estatue o fr. 4, D. 44, 7: *Et ille quidem, mutuum accipit, si quolibet casu, quod accipit amiserit, nihilominus obligatus permanet* (2). Poderão, entretanto, as partes convencionar cousa diversa.

## § 108

### DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO MUTUANTE

O mutuante tem o direito de exigir o cumprimento do contracto, no tempo e pela forma que houver convencionado. Si o devedor soffrer mudança notavel no estado de sua fortuna, poderá, além disso, o credor exigir garantias para reforço de seu credito. Sendo oneroso o mutuo, tem

(1) Or.l. 4, 59 § 1.º; cod. comm. brasileiro, art. 137: *toda obrigação mercantil, que não tiver prazo certo estipulado pelas partes ou marcado por este código, será exequível dez dias depois de sua data*. O cod. suizo das obrigações dá 6 semanas ao devedor para restituir o emprestimo, a contar da primeira reclamação do credor (art. 333).

(2) Código civil francez, art. 1893; italiano, 1820; argentino, 2245; código baltico apud Lehr, *cit.* p. 364.

direito ao premio estipulado; e, mesmo sendo gratuito, lhe são devidos premios depois da móra e indemnisações por prejuizos causados.

E' responsavel o mutuante pelo prejuizo que resultar ao mutuario dos defeitos dissimulados do objecto emprestado, como já prescrevia o direito romano e decretam os codigos modernos (1).

### § 109

#### DO EMPRESTIMO FEITO A MENORES

O emprestimo de dinheiro, ou cousa equivalente, a menores não dá acção contra elles, ainda depois de emancipados os dictos menores, nem contra seus paes ou tutores, nem contra os fiadores do contracto. E' o beneficio do senatus-consulto macedoniano transportado para o nosso direito pela ord. 4, 50 § 2.º, a qual dá as razões do estatuido nas palavras iniciaes do citado §: « *de se emprestar dinheiro aos filhos-familias se dá azos a converterem em usos deshonestos e occasião de serem viciosos, e se pôde presumir que carregados de dividas e apertados por ellas procurem a morte de seus paes ou lh'a dezejem* ». A prohibição, porém, se considera extensiva a quaesquer menores.

Será valido, porém, o emprestimo e por elle se obrigará o pae: 1.º, si o filho estiver em parte remota, por motivo de estudo ou serviço militar, não excedendo o emprestimo às mezadas do costume (ord. cit. § 4.º); 2.º, si o filho commerciar por mandato ou auctorisação do pae, não estando habilitado a fazel-o por conta propria (ord. cit. § 3.º; cod. comm. brasileiro, art. 1.º § 3.º); 3.º, si o pae approvou expressa ou tacitamente o emprestimo (D. 14, 6, fr. 7

(1) Código civil argentino, art. 2224; do Chile 2203; francez, 1898; italiano, 1824.

§§ 12 e 15); 4.º, si o empréstimo foi applicado ao pagamento de uma divida legal ou em proveito do pae (1).

Si o filho-familia ou o menor tornado maior, reembolsa o montante do empréstimo, não poderá repetir o pagamento sob o pretexto de que pagou o indevido, pois que *naturalis obligatio manet*. Si, porém, o filho tiver pago antes de emancipado, o pae poderá reaver do credor o que elle indebitamente recebeu (D. 14, 6, fr. 9 § 1.º) (2).

## § 110

### PROVA DO MUTUO

O mutuo se poderá provar, em nosso direito, por qualquer dos meios ordinarios que o direito reconhece.

O contracto em questão se completa com a entrega do objecto emprestado. A prova deste acto poderá resultar de muitas circumstancias capazes de levar a convicção ao animo do juiz, escriptos, testemunhas, confissão, a menos que não se tracte de juros, os quaes pedem sempre um escripto, pois se não presumem. Quanto á confissão, ha uma peculiaridade em nosso direito que convem notar.

O mutuario poderá dizer que recebeu o objecto mutuado, sem que realmente este lhe tenha chegado ás mãos. A lei concede-lhe o prazo de sessenta dias para reclamar, por si, por seus herdeiros ou fiadores, contra sua propria confissão (ord. 4, 51, pr. e § 3.º). O effeito desta reclamação é desvanecer a presumpção que resultaria do escripto do contracto e da propria confissão do mutuario, de lhe ter sido entregue o objecto. Mas, si o mutuante, intimado dessa denegação, conseguir provar que effecti-

(1) D. 14, 6 frs. 12 e 17; Coelho da Rocha, — *Instituições* § 778.

(2) Remetto o leitor, para complemento do que fica dicto, ao cap. I § 57, secção I, desta segunda parte.

vamente entregou o objecto, será o devedor condemnado nas custas em tresdobro. Si nada conseguir provar, a confissão do mutuário se eliminará por sua denegação posterior e o contracto não terá razão de ser, considerando-se que o mutuante cobra o indevido (ord. §§ 1.º e 7.º).

Não será admittida reclamação si, na escriptura do contracto, o tabellião portar por fé ter sido entregue o objecto na sua presença e na das testemunhas; ou si o devedor reconheceu a divida, começando a pagar (ord. cit. § 4.º). Deve-se acrescentar que, nos contractos a título particular, feitos segundo a auctórisação do dec. de 26 de Agosto de 1892, si as testemunhas depõem affirmando a tradição do objecto mutuado, em um adminiculo do contracto, ou de qualquer modo no seu instrumento, a reclamação não merece attenção, porquanto o valor destes contractos lavrados em escriptos particulares é absoluto, quando a escriptura publica não é da substancia do acto, e porque, além da declaração das testemunhas ha, na hypothese, uma dupla confissão do devedor.

Como se vê, tracta-se da excepção *non numeratae pecuniae*, existente no direito romano e reproduzida por alguns codigos modernos, entre os quaes o baltico. Mas essa excepção tem seus limites e não póde ser invocada contra provas tam convincentes quanto as que resultariam do escripto particular do contracto, acompanhado da deposição accorde das testemunhas e da propria confissão do réo.

## CAPITULO III

# Do Deposito

### § 111

#### NOÇÃO DO DEPOSITO

Deposito é o contracto pelo qual uma pessoa recebe um objecto movel alheio, com a obrigação de guardal-o e restituil-o em seguida. E' geralmente *gratuito* o deposito *civil*; mas nada impede que o depositario estipule uma paga por seu serviço. O deposito *commercial* é, por sua natureza, *oneroso* (cod. comm. brasileiro, art. 282).

Póde ser *voluntario* ou *necessario*. O voluntario é o que resulta da convenção entre as partes, e é um contracto *real*; pois não se considera perfeito sem a tradição do objecto depositado. E' necessario: 1.º, quando tem lugar por hospedagem em hoteis e estabelecimentos similhantès; 2.º por occasião de uma calamidade publica, tal como um incendio, um desabamento, uma pilhagem, um naufragio ou outra circumstancia analoga. Esta ultima especie toma o nome particular de deposito *miseravel*.

Os depositos feitos em bancos se regulam pelas leis especiaes a essas instituições de credito e pelos respectivos estatutos.

Os depositos constituídos em virtude de disposição de lei, de determinação testamentaria, o judicial e das massas fallidas, não se enquadram neste capitulo, por não serem contractos. Si obedecem aos principios geraes reguladores do deposito, comtudo possuem normas especiaes a que se devem submitter.

Uma outra variedade que se acha na mesma situação e sobre a qual se deve dizer o mesmo, é o *sequestro* ou deposito de coisa litigiosa, o qual é, quasi sempre, salariado. Si é feito por deliberação das partes litigantes que concordam em pôr nas mãos de um terceiro o objecto sobre que litigam, é voluntario, quando é determinado por mandado do juiz é *judicial*. Tem de particular o poder recahir sobre immovel e não poder o depositario exonerar-se delle, antes de finda a contenda, excepto si apparecer algum motivo extraordinario (D. 4, 3, fr. 9 § 3; cod. civil francez, art. 1960).

Poderá haver deposito judicial sem que seja sequestro, uma vez que lhe falte o requisito da litigiosidade. Por exemplo: o deposito que o devedor offerece para sua liberação. Não são cousas litigiosas as depositadas; não obstante, para resalvar a sua responsabilidade, o devedor requer a consignação (1).

## § 112

### NOÇÕES HISTÓRICAS

O deposito era de uso frequente entre os gregos que lhe deram o nome de *parakatathéke*, tanto ao contracto quanto á coisa depositada, e o consideraram como especialmente protegido pelos deuses, como tendo alguma coisa de sagrado. Aquelle, que se apropriava do deposito que lhe fôra confiado, era estigmatizado pela opinião publica irritada contra sua vilania, e, a cada momento, devia esperar um rude golpe vibrado pela colera divina. Mas a lei civil fornecia, contra esse delicto, somente uma acção privada, tendente á restituição do deposito, não comminando a pena de atimia ou privação dos direitos,

---

(1) Vide a Parte I, cap. V § 38.

como alguns escriptores erroneamente affirmaram. E era justamente porque a lei se mostrava imprevidente que se fazia preciso o apoio da moral e da religião, em favor da fraqueza do direito. E, ainda por essa mesma razão, eram preferidos, por serem melhor garantidos, os depositos feitos nos templos entregues à guarda incorruptivel dos deuses.

O sequestro, voluntario ou judicial, assim como o appellidado deposito irregular, haviam tambem encontrado localisação nas leis hellenicās.

No direito romano classico, o deposito é um contracto real e de bõa fé, formado pela posição de um objecto sob a guarda de alguém, mas cuja posse e propriedade continuam como irradiações da personalidade do depositante, similhantemente ao que acontece no commodato. O depositario compromette-se a conservar o objecto confiado à sua probidade, mas por conta do depositante a quem ha de restituil-o, com os fructos, à primeira requisiação. Não tem direito à remuneração, por ser o deposito essencialmente gratuito, nem a utilizar-se do objecto depositado, sob pena de commetter um *furtum usus*.

Além das especies conhecidas pelo direito grego, a legislação romana regularizou mais o deposito necessario, feito sob a pressão de uma força maior, de um caso urgente, como um naufragio, um incendio ou outro acontecimento similhante. Nesta hypothese, attendendo a que o depositante não podéra escolher o seu depositario, o edicto do pretor concedeu-lhe o direito de pedir o duplo do valor da cousa depositada, si o depositario negasse dolosamente o facto ou siquer recusasse a entregar o que recebera, antes de ser compellido pela auctoridade.

## § 113

## QUE OBJECTOS PODEM SER DEPOSITADOS

No direito romano, só as cousas moveis se consideravam regularmente depositaveis (1). Entre nós tambem é essa a doutrina acceita. Só os moveis podem ser objecto de deposito, salvo bem entendido, o caso do sequestro que poderá recahir sobre bens de raiz.

Consultando os codigos civis dos povos modernos, encontra-se uma lamentavel divergencia a este respeito, embóra seja doutrina mais geralmente seguida a que não faculta o deposito dos immobiliarios. Ao passo que o codigo civil francez, art. 1918; o italiano, art. 1837; o hespanhol, art. 1761; o portuguez, art. 1431; o suizo das obrigações, art. 475; o hollandez, o da Luiziania, o russo, não permitem deposito propriamente dicto sinão sobre moveis; vê-se o codigo civil argentino, art. 2182, induzido pelas razões de Voët, Domat e outros, manter a doutrina do velho codigo hespanhol das sete partidas, estatuinto que o deposito poderá ferir, indifferentemente, os moveis e os immoveis.

Parece, á primeira vista, que ha uma certa contradicção em permittir que os immoveis se possam sequestrar mas não depositar, quando o sequestro é uma variedade do deposito. Mas si attendermos á natureza do contracto de deposito, ás obrigações que delle decorrem para o depositario, reconhecer-se-á que melhor e mais naturalmente se coadunam com essas condições os objectos de facil transporte e de possivel segregação. Attendendo a essa ponderação é que alguns regimens juridicos afastam do deposito os semoventes, como faz por exemplo, o direito russo.

---

(1) Bonjean, — *Institutes*, II, p. 256.

## § 114

## OBRIGAÇÕES DO DEPOSITARIO

As obrigações da pessoa que recebe alguma coisa em deposito são as seguintes:

1.º Guardal-a com o mesmo cuidado que deve empregar em relação às suas próprias, respondendo por culpa ou dolo. Si, porém, se offerecer para depositario, ou, si o deposito fôr feito em seu interesse, deverá, com rigor maior, ser apurada a sua responsabilidade.

2.º Conservar o deposito sem abril-o, si lhe foi entregue em cofre fechado ou em envolvero lacrado.

3.º Restituir, ao depositante, a coisa depositada, logo que este a reclame, e mais os fructos e accessões, entre as quaes é obvio que não se poderiam contar os juros, o que tiraria ao contracto sua característica. Nem pôde excusar-se da entrega, sob o fundamento de que o objecto é de outro que não o depositante <sup>(1)</sup>, nem a titulo de compensação de divida, salvo si esta proceder tambem de deposito (ord. 4, 78 § 1.º; cod. comm. brasileiro, art. 440). Não entregando o deposito, no prazo de quarenta e oito horas, a contarem-se da intimação judicial, será o depositario preso, até que se effectue a entrega do deposito ou do valor equivalente <sup>(2)</sup>. E' facultado, porém, no deposito civil, o direito de retenção por despesas necessarias,

---

(1) O depositario não pôde exigir que o depositante prove a sua propriedade sobre a coisa que vem depositar. Si, entretanto, chega a saber que a coisa é furtada ou quem é o dono deve denunciar a este o deposito que lhe foi feito, para que o reclame na forma do direito. Sabendo que a coisa é furtada, incorrerá em complicitade, o depositario que acceital-a (cod. penal brasileiro art. 330, combinado com o 21 § 3.º; D. 3, 16 fr. 1 § 3; codigo civil francez, art. 1938; italiano, 1854; hollandez, 1757; argentino, 2215; hespanhol, 1171).

(2) Cod. comm. brasileiro, art. 284; ord. 4, 76 § 5. Esta ord. chama de *burão* e *entilhador* o depositario que por essa forma tam mal corresponde á confiança em que era tido. O codigo civil francez, art. 2030 e o italiano, 2094 só auctorisam a prisão civil no caso de deposito judicial.

diversamente do que acontece no commercial e no judicial (ord. 4, 78 § 1.º; reg. 737, art. 278).

4.º Si se constituiu em móra ou passou a outrem o deposito, responderá até pelo caso fortuito.

5.º O depositario que se apropriar do deposito confiado á sua guarda commetterá um crime de furto ou mesmo de estelionato, conforme as circumstancias (codigo penal brasileiro, arts. 331 § 2.º e 338 § 1.º). (1).

### § 115

#### OBRIGAÇÕES DO DEPOSITANTE

O depositante deve indemnisar o depositario das despesas feitas com a conservação e guarda do objecto depositado, assim como dos prejuizos que o deposito lhe tenha occasionado. Deve tambem satisfazer a remuneração que haja promettido pelo trabalho do depositario.

Para garantia das despesas necessarias, tem o depositario, no deposito civil, como já foi observado, o direito de retenção do objecto. Neste poncto concordam as legislações modernas com o que preceitua o nosso direito. Citarei o codigo civil francez, art. 1948; o italiano, 1863; o hespanhol, 1780; o chileno, 2234.

### § 116

#### PROVA DO DEPOSITO

O deposito deve provar-se por escripto, bastando, porém, o escripto particular, embóra o seu valor exceda á

---

(1) Tractando-se de deposito necessario, cumpre observar que os donos de hospedarias são responsaveis, salvo convenção em contrario, pelos roubos e prejuizos soffridos dentro de seu estabelecimento pelos hospedes e passageiros de cujos moveis e bagagens são elles depositarios. Mas pagando o objecto furtado ao respectivo dono, ficam subrogados no direito ou acção contra o rougador.

taxa da lei. A ord. 3, 30 § 2.º pede escriptura publica para a prova do deposito neste caso; mas o dec. de 26 de Agosto de 1892, facultou que se celebrassem por escripto particular, contractos de qualquer valor, comtanto que para elles não fosse substancial a escriptura publica; consequentemente o deposito, por mais elevado que seja o seu valor, não exige mais do que um instrumento particular, para prova plena.

Os depositos necessarios e miseraveis não exigem, porém, um titulo escripto. E' sufficiente a prova testemunhal ou qualquer outra das que o direito reconhece.

O deposito judicial prova-se com os autos de penhora, embargo ou sequestro assignados pelo depositario (ord. 1, 24 § 21).



## CAPITULO IV

# Do Mandato

### § 117

#### NOÇÃO DE MANDATO

Tem logar o mandato, quando alguém constitue outrem seu representante, conferindo-lhe poderes para que execute um acto ou uma serie de actos juridicos, tendo esse representante de agir em nome e segundo a vontade do representado.

E' um contracto *bilateral imperfeito*, visto como, para o mandante só accidentalmente e *ex post factum*, produzirá obrigações. Poderá ser *gratuito* ou *oneroso*, *civil* ou *commercial*. O mandato civil presume-se gratuito, até provar-se o contrario, e o commercial-é, mais commummente, oneroso.

E' commercial o mandato, quando versa sobre acto ou negocio mercantil, sendo, além disso, commerciante o committente. E' a doutrina de nosso codigo commercial, art. 140, infundadamente criticada por Teixeira de Freitas (1). O mandato mercantil por excellencia é a *commissão*, sob suas diversas modalidades, e da qual se occupa o nosso codigo commercial, arts. 165 e seguintes: Caracterisa a commissão o tractar o commissario em seu proprio nome, embóra por conta do committente, ser, por natureza, acto mercantil e, consequentemente, oneroso, accrescendo que o commissario, por isso que tracta em seu proprio nome, é responsável, para com os terceiros, nos negocios que realisar.

---

(1) *Consolidação*, art. 456, nota 1.

As Institutas, 3, 26 § 13, supõem que a característica essencial, a diferença específica do mandato se encontra na sua gratuidade, como si muitos outros contractos, em direito romano, não fossem igualmente gratuitos. *Mandatum*, affirmam ellas, *nisi gratuitum sit in aliam formam negotii cadit, nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse*. Mas, nem pelo facto da remuneração, o contracto mudou de figura, nem se podem confundir a locação e o mandato, tendo cada um desses contractos a sua feição propria.

O que caracteriza o mandato, o que o distingue de qualquer outro contracto, é a representação. Por elle, o mandatario representa, faz as vezes do mandante; e em nenhuma outra relação juridica oriunda de contracto se dá essa substituição de pessoas, de modo que uma appareça como um prolongamento, uma projecção da outra. E, quanto á gratuidade, não vejo que appareça obrigadamente nos mandatos civis dos codigos modernos, sendo uma excepção nos mandatos commerciaes.

Outra diferença notavel entre o mandato do direito moderno e o do direito romano está em que, neste direito o mandatario, embóra agindo pelo mandante, obriga-se a si mesmo <sup>(1)</sup>, emquanto que, pelos systemas juridicos vigentes, o vinculo obrigacional se estabelece entre o mandante e o terceiro, com quem tractou o mandatario fazendo as suas vezes.

---

(1) Ainda no ultimo periodo do direito romano, e, portanto, depois das innovações de Papinianus e Ulpianus que fizeram apparecer, nos contractos firmados por procuração, a figura do mandante, até então na obscuridade, o principio da representação não se havia destacado sufficientemente, de sorte que o terceiro, com quem o mandatario negociava, podia, segundo-lhe fosse mais conveniente, accionar, de preferencia, o mandante ou o mandatario (Bonjean, *Institutes*, II, pag. 490). Só no direito moderno é que este contracto conseguiu completar sua evolução.

## § 118

## DADOS HISTÓRICOS

O mandato foi um dos últimos contractos a formar-se no direito romano, sendo meramente consensual, e, embora vasado nos moldes da *emptio venditio*, desenvolvendo-se com dificuldade dentro dos moldes rígidos da theoria contractual dos juristas romanos. Primitivamente foi um mero obsequio prestado a um amigo, caracter que conservou por muito tempo, como se deduz das palavras de Cícero: *Nam neque mandat quisquam fere nisi amico*. E uma passagem do D. 13, 1, fr. 4, corrobora o que acaba de ser affirmado: *nam originem ex officio atque amicitia trahit*. E dahi a sua gratuidade essencial no direito romano:—*contrarium ergo est officio merces*. Muitos outros contractos como o mutuo, o deposito, o commodato vieram da mesma fonte; porém se haviam della distanciado bastante para não recordarem-na por essa forma.

Entretanto não era tam absoluta a gratuidade do mandato em direito romano que não encontrasse excepções. Estas appareciam em muitos casos que Jhering teve occasião de salientar, afim de demonstrar o elemento interesseiro que se occultava sob as apparencias altruisticas (1).

## § 119

## DA ACCEITAÇÃO DO MANDATO

Como em todos os contractos, a acceitação é necessaria para a perfeição do mandato. E poderá ser expressa ou

---

(1) D. 17, 1, fr. 6 pr.: *Si remunerandi causa honor intervenit, erit mandati actio*. A antithese entre o *procurator* e o *amicus* se encontra no D. h. t. fr. 10 § 7.º: *qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit... mandati non teneri*. Vide *Der Zweck im Recht*, I, pags. 281 e segs.

tacita essa acceitação (1). Mas não o proprio mandato que deverá ser sempre expresso. O mandato tacito é a gestão de negocios, um quasi contracto que se moldou pela figura do mandato, mas que não se confunde com elle. E é, por isso, porque alguns codigos modernos tolerando o mandato não expresso, como o fizeram o italiano, art. 1738, o argentino, 1873 e 1874, e o hespanhol, 1710, passaram em silencio a *negotiorum gestio*. Nem lhes restava mais assumpto para esse capitulo.

O mandato se presume acceito quando se refere a negocio para a gestão do qual o mandatario tem uma qualidade official, ou que entra no exercicio de sua profissão, ou para o qual elle publicamente offerece os seus serviços, e, solicitado pelo mandante, não respondeu recusando immediatamente (2).

## § 120

### FORMA E EXTENSÃO DO MANDATO

O mandato poderá ser celebrado verbalmente, por escripto particular, por escriptura publica, por cartas, segundo está geralmente acceito em todas as legislações modernas, sob a forma de commissão, de pedido, de solicitação indirecta ou de ordem, si o mandante tem direito para tanto, si, por exemplo, fôr um pae dirigindo-se a seu filho.

No dominio do direito patrio anterior ao dec. de 26 de Agosto de 1892, somente certas pessoas graduadas podiam constituir procuradores por escriptos particulares. Cessou,

---

(1) Codigo comm. brasileiro, art. 141; D. 17, 1, fr. 6, § 2.º e fr. 18; codigo civil francez, art. 1985; italiano, 1738; argentino, 1875; bavaro, liv. 4, cap. 9, § 2.º; hespanhol, 1710; baltico, apud Lehr, pag. 403; chileno, 2124.

(2) Codigo suizo das obrigações, art. 393; argentino, 1873 § 2.º; prussiano, liv. 13, parte I, § 15; D. 17, 1, fr. 22; cod. baltico, *loco citato*. Os procuradores, corretores, commissarios, por exemplo, se acham nas condições a que allude o texto.

porém, esse regimen de excepção, podendo passar procuração do proprio punho, para actos judiciaes ou extra-judiciaes, com poderes de representação, todas as pessoas que se acham habilitadas para os actos da vida civil (dec. art. 1). A lei acrescenta:—salvo a restricção da ord. 4, 48, pr. Esta ord. diz apenas que o marido não poderá alienar immoveis sem procuração ou expresso consentimento da mulher, qualquer que seja o regimen do casamento. Parece excusada a recordação desse principio juridico que não se podia imaginar abalado ou ferido com a faculdade attribuida ou, antes, meramente ampliada pelo decreto de que agóra se tracta. Mas deve-se entender que aquella clausula—*salvo a restricção* da ord. 4, 48, contida no citado decreto, vem corroborar a exigencia de escriptura publica feita pelo direito anterior para as outhorgas da mulher, afim de que o marido possa validamente alienar bens de raiz (1). E assim entendida, deixa de ser ociosa a resalva do decreto. Quaesquer pessoas, no gozo de sua capacidade civil, podem passar procuração por seu proprio punho, mas a mulher, para auctorisar seu marido a alheiar bens de raiz, deve recorrer a instrumento publico,—mesmo porque taes alheiações exigem, regularmente, escripto publico. Eis a interpretação plausivel.

«O instrumento particular (dec. cit. art. 1.º § 1.º) deve ser escripto no idioma do paiz e mencionar o lugar, a data e o nome do mandante e do mandatario, o objecto do mandato, a natureza e extensão dos poderes conferidos». Si a procuração abrange todos os negocios do constituinte

---

(1) A ord. 4, 48, pr. fala claramente de *procuração ou expresso consentimento* provado por *escriptura publica*. Teixeira de Freitas, consolidando esta disposição da ordenação, usa da mesma expressão—*escriptura publica* (Consolidação, art. 121), visto como não podia mesmo ser a particular, attenta a natureza do acto e, muitas vezes, a impossibilidade em que se achava a mulher, por não ser das auctorizadas a passar procuração. Em vista disso, era insustentavel a opinião contraria de Lafayette (*Direitos de Familia* pag. 71).

chama-se *geral*, na qual só se cômprehendem poderes além de uma simples administração, si o instrumento o declarar positivamente, pois que *o objecto, a natureza e a extensão dos poderes conferidos* devem ter menção expressa (1). Si a procuração é referente a um só acto ou a um certo numero de negocios, chama-se *especial*.

O direito de passar procuração pelo proprio punho é extensivo: 1.º «Ao cidadão brasileiro que, residindo no estrangeiro, constituir procurador, para o representar no paiz, comtanto que a firma e a identidade de pessoa sejam attestadas pelos respectivos agentes consulares da Republica; 2.º Aos funcionarios competentes para a representação das municipalidades, conforme sua organização, directores, syndicos, administradores de sociedades, congregação ou irmandades, que estiverem auctorisados a represental-as na conformidade de seus estatutos e compromissos» (dec. cit. art. 1.º § 2.º, ns. 1 e 2).

## § 121

### OBRIGAÇÕES DO MANDATARIO

1.ª A primeira obrigação, que, da acceitação da procuradoria, decorre para o mandatario, é cumprir o mandato,

---

(1) Cod. Commercial brasileiro, art. 145; *Consolidação*, art. 470; código civil argentino, 1880; francez, 1988; italiano, 1741; hollandez, 1883; chileno, 2132; D. 3, 3, fr. 63; Auby et Rau § 412. Assim, para substahelecimento, para pagamentos que não sejam os ordinarios de simples administração, para fazer novação, transigir, prorogar jurisdicção, renunciar direitos, remittir dividas, contrahir matrimonio, reconhecer filhos, alienar bens de raiz, fazer doações não remuneratorias e que não sejam modicas, aceitar ou repudiar herança e praticar outros actos de egual ou similhante ponderação e gravidade, se faz necessario poder especial. O código federal das obrigações, art. 324, não traça limites muito fixos ao mandato, permittindo que sua extensão seja determinada pela natureza do negocio a que elle se reporta. Entretanto, pede poderes expressos para intentar processo, transigir, subscrever letras de cambio e, em geral, praticar os actos a que me acabo de referir.

tal como lhe foi confiado, nas condições determinadas no contracto ou ainda mais vantajosamente, si fôr possível. Desta obrigação resulta a sua responsabilidade pelos prejuizos e damnos acontecidos, quer provenham estes de culpa ou d'ólo seu, quer de ter exorbitado do circulo traçado pelo mandato, (1) ou de ter confiado o exercicio d'elle a terceira pessoa, sem que tivesse autorisação para substabelecimento (2). Tendo poder para subrogar a procuração, só lhe serão imputaveis os damnos occorridos por acto ou negligencia do substabelecido, no caso de ser este reconhecidamente inepto ou insolvente (3).

2.<sup>a</sup> A segunda obrigação do mandatario é a de prestar contas de sua gestão, transferindo para o mandante todas as vantagens advindas com a operação do mandato, ainda que o recebido não fosse devido ao mesmo mandante (4).

O mandatario deve juros das sommas que empregou em seu proveito, desde o momento em que as utilisou, e daquellas de que é reliquatario, desde o dia em que se constituiu em móra (5).

3.<sup>a</sup> Sendo muitos os procuradores, as suas obrigações

---

(1) Código civil francez, art. 1992; italiano, 1741; argentino, 1931; cod. comm. brasileiro, art. 162. Esta responsabilidade será menos rigorosa, si o mandato fôr gratuito.

(2) Cod. civil francez, art. 1994; italiano, 1748; argentino, 1921; suizo das obrigações, 397; chileno, 215. Para o substabelecimento, é necessaria clausula expressa (cod. comm. brasileiro, art. 146).

(3) Código civil francez, art. 1935; italiano, 1759; argentino 1920; hollandez, 1841; chileno, 2135, al. Contra D. 17, 1 fr. 60 e cod. prussiano, art. 201, da parte I, tit. 13.

(4) D. 3, 5, fr. 21 § 3; cod. civil argentino, art. 1924; suizo das obrigações, 317, 1.<sup>a</sup> al; Lehr, *Droit russe*, II, pag. 408.

(5) D. 3, 5, fr. 31; cod. commercial brasileiro, 155 (só fala na móra da entrega); civil francez, 1996; italiano 1750; argentino, 1913.

não serão solidarias, devendo seguir-se, na execução do mandato, um apoz outro, na ordem da nomeação, e cada um responderá por seu feito, salvo si acceitaram o mandato com a clausula expressa da solidariedade (1).

4.<sup>a</sup> Si o mandatario, por uma estipulação especial do contracto, tomou sobre si a responsabilidade da solvencia dos devedores que originou para o mandante e de todas as incertezas e embaraços que possam apparecer na execução das obrigações desses devedores, transformar-se-á em caucionador e principal responsavel. Respondendo perante o mandante até pelos casos fortuitos e de força maior, accrescentam alguns codigos, nomeadamente, o argentino, art. 1914 e o chileno, art. 2152.

5.<sup>a</sup> Depois de acceito o mandato, não está no arbitrio do mandatario abrir mão delle; porque poderia sua abstenção ou retirada determinar consideraveis prejuizos aos mandantes. Deve avisar o seu constituinte em tempo, afim de que este providencie, transferindo a outrem a direcção de seus negocios. Não obstante, este preceito não é absoluto. Circumstancias poderão occorrer que impossibilitem o mandatario de continuar na execução de mandato e devem ser attendidas (2).

Si o mandatario, depois de acceito o mandato, vier a saber que a situação economica do mandante é muito diversa da que elle devia crer que fosse, ao tempo da acceitação do mandato, poderá deixar de exequil-o, fazendo prompto aviso de sua resolução ao committente. O mesmo procedimento poderá ter, si a execução do mandato depender de dispendios, para os quaes não o haja previamente habilitado o committente (3).

---

(1) Cód. commercial, brasileiro, art. 147; civil francez, 1995; italiano, 1749. Diversamente dispõe o codigo baltico, 4392, *apud Lehr, op. cit.* p. 414.

(2) Cód. comm. brasileiro, art. 143; civil francez, 1991 e 2007; italiano, 1745 e 1761; chileno, 2167.

(3) E' o que edicta prudentemente o nosso codigo commercial, art. 144.

Como se vê dessas obrigações que assume o mandatario, são todas ellas para com o mandante e não para com os terceiros com quem haja tractado na sua qualidade de representante e nos limites de sua representação. Reciprocamente, não adquire, em relação a esses terceiros, direito algum. Entretanto, si exceder os limites do mandato, tractando com quem não sabia da extensão dos poderes que lhe haviam sido conferidos, de duas hypotheses se dará uma. Ou o mandante ratificará os actos praticados além das raias da procuração e cessará a responsabilidade do mandatario, em virtude do principio — *ratihabito mandato comparatur*; ou não se dará ratificação e serão nullos, em relação ao constituinte, os contractos realizados, respondendo o mandatario exorbitante, por perdas e damnos (1).

Si o mandatario contractar em seu proprio nome, embóra por conta do mandante a quem pertence o negocio tractado, ficará pessoalmente obrigado, até que o contracto seja expressamente cedido ao committente, cujo nome, até então, era ignorado, mas que, não obstante, acarreta com os lucros e damnos que advenham ao negocio assim conduzido (2).

## § 122

### OBRIGAÇÕES DO MANDANTE

O mandante obriga-se, de um lado, para com o mandatario, e, de outro, para com os terceiros que com

---

(1) Cod. comm. brasileiro, arts. 149 e 151; civil francez, 1998; italiano, 1752; argentino, 1936; baltico, *apud* Lehr, *op. cit.*, p. 415; portuguez, 1351. Mas, si o terceiro conhecia os limites expressos do mandato e o mandatario não tiver assumido a responsabilidade do negocio, não terá contra elle acção alguma o terceiro que assim houver contractado (cod. civil portuguez, art. 1352).

(2) Cod. comm. brasileiro, art. 150; baltico, *loco citato*; Orlando, *nota* ao art. 150 do cod. commercial; código civil francez, 1997; italiano, 1751.

este entraram em relações jurídicas, no que concernia ao objecto do mandato.

Destaquem-se estas duas ordens de obrigações.

I—Em relação ao procurador tem o mandante: 1.º de satisfazer os honorarios que estipulou, os da lei, ou os da praxe (1); 2.º, de indemnizal-o das despesas e adiantamentos feitos com a execução do mandato, assim como de pagar os juros dos capitães por esse motivo empatados, ainda que o negocio não tenha sortido bom effeito (2); 3.º, pela mesma razão, deve indemnizal-o das perdas soffridas por causa da gestão, quando não derivarem ellas de culpa do mandatario (3).

Quando o mandatario fôr constituído por diversas pessoas para um negocio commum, cada uma dellas é obrigada solidariamente para com elle, para todos os effeitos do mandato mas dentro da orbita traçada pelo titulo constitutivo delle (4).

II—Em relação aos terceiros, o mandante ou constituinte é o verdadeiro contractante, e portanto, a pessoa que para com elles se obriga e para quem igualmente se obrigam elles, salvo excesso de mandato não ratificado.

Contractando duas pessoas, de boa fé, uma com o mandante e outra com o mandatario, não podendo subsistir as duas operações, deve prevalecer a que fôr anterior

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 151; civil francez, 1999; italiano, 1753; argentino, 1952; portuguez, 1347; chileno, 2152.

(2) Cod. comm. brasileiro, art. 151; civil francez e italiano arts. cits; federal das obrigações, 400; hollandez, 1845; de Luiziania, 2991; portuguez, 1344; baltico-*apud. Lehr, op. cit* p. 414; chileno, art. cit. Não devem as despesas ser excessivas nem superfluas, é claro.

(3) D. 17, l. fr. 26 § 6; cod. civil francez, art. 200; italiano, 1751; argentino, 1953; suizo das obrigações, 400 al.; portuguez, 1344; baltico, *loco citato*; chileno, 2158. Para indemnização do que lhe for devido, tem o mandatario direito de retenção sobre o objecto da operação que lhe foi commettida (cod. comm. brasileiro, art. 156; civil portuguez, 1349).

(4) Cod. comm. brasileiro, art. 148; civil francez, 2002; italiano, 1756; suizo das obrigações, 401; argentino, 1945; baltico, 4398; portuguez, 1348.

em data, pois que tanto importa para os effeitos do direito, que a pessoa actúe por si ou por um representante legalmente constituido. *Qui facit per alium*, preceitúa um aphorismo juridico, *est perinde ac si faciat per se ipsum*.

O direito e a equidade, assim preceituam confraternisados, e a mesma doutrina vê-se reproduzida no codigo argentino, art. 1943. Mas, um dos contractantes pôde soffrer prejuizos com a solução que acaba de ser dada. Cumpre, consequentemente, acautelar os interesses de quem, de bôa fé, entrou em transacções. E chegar-se-á facilmente a esse resultado, syndicando, com attenção, a quem cabe em definitiva a responsabilidade, pela inefficacia do contracto ajustado. Si o mandante tiver advertido, em tempo, ao mandatario, e, não obstante, este insistir em realisar o negocio, assumiu directamente a responsabilidade por todos os riscos. Si, porém, não houve essa advertencia, evidentemente a imprudencia commetida pelo mandante o colloca na contingencia de indemnisar os prejuizos por ella occasionados (cod. civil argentino, art. 1944).

### § 123

#### TERMO DO MANDATO

Acaba o mandato:

1.º Pela morte do mandante (ord. 3, 27 § 2.º e reg. 737, art. 706 § 3.º). Entretanto, são validos os actos do procurador praticados antes de lhe chegar a noticia do fallecimento de seu constituinte embôra depois d'elle praticados (Inst. 3, 26 § 9). São egualmente validos os actos praticados depois da morte do mandante, si tractar-se da conclusão de um negocio iniciado e que não admittiria demora, sem grave prejuizo (1).

(1) Codigo civil hespanhol, art. 1738; argentino, 1890; francez 2010; portuguez, 1366; chileno, 2168.

A dissolução da sociedade ou de outra pessoa jurídica, equivale á morte das pessoas physicas, e, portanto, é, egualmente, um modo de extinguir o mandato. A morte do mandatario, porém, não produz a mesma consequencia. Acontecida ella, cumpre aos herdeiros do procurador darem aviso ao constituinte, para que este providencie, e, emquanto este não falar, irão gerindo o negocio em bôa fé e segundo as circumstancias o exigirem (1).

2.º Pela incapacidade sobrevinda quer ao mandante quer ao mandatario (2).

3.º Pela revogação da procuração, que deve ser intimada ao mandatario demittido (ord. 4, 26, pr., e reg. 737, art. 706 § 1.º). Embôra não esteja em uso essa intimação e se contentem, em geral, os constituintes com a revogação tacita, é visivel que são melhor acautelados os interesses de todos e principalmente os dos extranhos chamados a travar relações de interesse com o mandatario, quando haja intimação previa da revogação do mandato (3).

Ha casos em que o mandato é irrevogavel, por excepção que facilmente se justifica. Sendo a irrevogabilidade estipulada por contracto, como no caso em que, no pacto social, se nomêia um socio gerente dos bens communs; sendo a condição de um contracto bilateral ou o meio de cumprir uma obrigação contrahida; é claro que deve ser mantida, pois que ella é uma applicação do principio fun-

---

(1) Just. 3, 26 § 10; codigo civil hespanhol, art. 1739; portuguez, 1337; francez, 2010; direito russo.

(2) Codigo civil francez, art. 2033; hollan lez, 1850; argentino, 1984; hespanhol, 1732; direito russo. Subsistirá, não obstante, o mandato conferido pela mulher antes de casar, si for relativo a actos que possa exercer independentemente da auctorisação do marido (cod. civil argentino, art. 1985). Apesar de aberta a fallencia, subsiste o mandato constituido pelo fallido, até que o revoguem os syndicos ou o curador fiscal. Para o fallido, porém, cessa, desde a fallencia, o exercicio do mandato (dec. de 24 de Out. de 1890, art. 23).

(3) Os terceiros que contractarem com o mandatario ignorando, sem culpa, a cessação tacita do mandato, têm acção contra o mandante e seus herdeiros; salvo a estes acção reversiva contra o mandatario, si este tinha razão de saber que já lóra destituido (cod. civil argentino, art. 1967; francez, 2005 a 2009; hollandez, 1855; austriaco 1026).

damental da irrevogabilidade geral dos contractos. E' facil de ver, entretanto, que esse predicado desaparece, quando uma justa causa existe para privar o gerente da administração do mandato.

O mandato geral posterior não revoga o especial anterior, sem que contenha uma clausula expressa a respeito; e o especial posterior só revoga o geral anterior no que concernir a seu objecto peculiar (1).

4.º Pela renuncia do procurador que tambem deve ser intimada ao mandante (2). Si o negocio já estava começado de modo que o constituinte não possa ultimal-o nem confial-o a outra pessoa, sem correr perigo de perdas, o procurador responderá por ellas, a menos que não se ache accorrentado pela imminencia de graves prejuizos em seu patrimonio particular, molestia ou imperiosa necessidade de ausentar-se, sem delonga.

5.º Pela expiração do prazo do mandato ou pela conclusão do negocio confiado ao mandatario (3). Nos negocios judiciaes, a pronunciação da sentença definitiva assignala o termo do mandato, para o negocio julgado; mas, enquanto houver recurso, deve utilisal-os o procurador em favor de seu constituinte (ord. 3, 27, pr. e § 1.º).

(1) Código civil argentino, arts. 1975 e 1976; *projecto* Felicio dos Sanctos, 2301 e 2303. A constituição de novo mandato, ainda que não produza e'feitos por morte do novo mandatario ou por outro motivo, tem por e'feito destituir o primeiro.

(2) Ord. 3, 26, pr.; reg. 737, art. 706 § 2.º; D. 17, 1, fr. 22 § 11; código civil argentino, art. 1978; francez, 2007; hollandez, 1851; italiano, 1761; portuguez, 1363 n. 2; direito russo, *apud* Lehr, II, p. 415; código baltico, art. 4483.

(3) Código civil portuguez, art. 1333, n. 5; argentino, 1960; baltico 4403, n. 2; direito russo, *apud* Lehr, II p. 415; *projecto* Felicio dos Sanctos, art. 2299 § 6.º.

O código baltico, depois de expor as regras do mandato, consagra algumas disposições sobre o e'feito juridico dos conselhos e recommendações, que, nascendo de má fé, podem dar logar a perdas e damnos.

## § 124

## DAS PESSÓAS QUE NÃO PODEM SER PROCURADORES EM JUÍZO

Os menores de vinte e um annos, excepção feita dos laureados com titulos conferidos pelas faculdades de ensino superior, não podem exercer procuradoria judicial. Quanto á extra-judicial, podem exercel-a os menores adultos (ord. 3, 9 § 5.º) e as mulheres casadas, comtanto que a consintam seus maridos. Essa permissão da nossa lei, em relação aos menores, é perigosa (1). E ainda mais a de permittir que elles possam passar procuração (ord. 3, entendidas 29 § 1.º e 41 § 8.º). Consequentemente devem ser essas faculdades, como sempre subordinadas á auctorisacão dos paes ou tutores dos menores.

Os magistrados, tabelliães, escrivães e officiaes de justiça, tambem são afastados da procuradoria judicial, por um motivo de moralidade (ord. 1, 48, §§ 23 e 24; liv. 3, 28 §§ 2.º e 3.º; liv. 4, 25).

Por se terem revelado incapazes de confiança, não podem egualmente funcionar como proçuradores judiciaes os condemnados por falsidade; e, por se deverem considerar negligentes ou inhabeis, os que perderam o officio por erro no exercicio delle commettido (ord. 1, 48 §§ 25 e 26).

Aos que podem ser procuradores em juízo é interdicto o exercicio dessa funcção perante juiz que seja seu pae, irmão ou cunhado (ord. 1, 48 § 29).

---

(1) Muito embóra a capacidade civil que mais importe apreciar, na hypothese, seja a do mandante (*Vide* Teixeira de Freitas, *Consolidação*, nota 17 ao art. 466). No mandato mercantil, esta criticada excepção não tem logar (Cod. comm. art. 129, n. 1).

## § 125

## FORMAS PARTICULARES DO MANDATO

Forma especial do mandato é a *assignação* (*Anweisung*) de que se occupam os codigos e auctores tedescos <sup>(1)</sup> e que não repugna á indole das legislações dos povos latinos. Assignação ou delegação, segundo a definição que nos offerece o codigo suiso das obrigações, é o contracto pelo qual o assignante encarrega o assignado de pagar, ao assignatario, uma somma de dinheiro que este é auctorizado a perceber, em seu proprio nome, sem necessidade de outro aviso do assignante ao signatario (art. 406). Nós temos esta palavra para designar a applicação do rendimento de certos bens para o pagamento de uma divida, e para designar o aprazamento de tempo ou de logar para o cumprimento de algum acto. Mas o contracto, a que se faz agora allusão, si compartilha do nome com os dois actos alludidos, delles differe essencialmente.

Um outro contracto que não é particularmente destacado nos codigos latinos é o de *estimação*, o *cōtractus a estimatorius* do direito romano, o *Troedelvertrag* dos codigos allemães, e que encontrou espaço na legislação russa. Consiste elle na entrega de uma cousa para ser vendida, por um preço fixo, sob a condição de ser restituída ella ou o preço, na primeira requisição <sup>(2)</sup>. E' alguma cousa de similhante á consignação mercantil muito em uso entre todos os povos cultos.

Egualmente se aproxima do mandato a carta de credito de que se occupa o nosso codigo commercial, art. 244, mas que não é um pacto exclusivo do commercio, tendo ao contrario, inteira applicação na vida civil.

(1) Codigo civil d'Austria, arts. 1018 e segs.; suiso das obrigações, 403 e segs. projecto allemão, 605 e segs.; Gerber, *System*, § 203, nota 3.

(2) Coelho da Rocha, que muito manuseou os codigos d'Austria, da Prussia, — *Instituições* § 825, se occupa desta especie, mas como clausula adjecta ao contracto de compra e venda.



## CAPITULO V

### Gestão de negocios

#### § 126

##### IDÉA GERAL.

Assimilhando-se ao mandato, entra a gestão de negocios no numero dos quasi-contractos, isto é, de certos actos licitos e voluntarios que originam obrigações, tanto de quem os pratica em relação a outras pessoas, quanto dessas em relação a quem os pratica. As Institutas nos indicam cinco classes differentes de quasi-contractos: a gestão de negocios, a tutela e a curatela, a communhão ou indivisão, a acceitação de uma herança, e o pagamento do indevido. De todas essas situações nascem vinculos juridicos que muito se assimilham aos oriundos de contractos, e, por isso, se diz que taes vinculos, nascem *quasi ex contractu*. Nem todas essas figuras de quasi-contractos têm natural ingresso neste livro, porque uma deve ser relegada para o direito da familia, outra para o direito das cousas e outra ainda para o hereditario. Restamos, portanto, a *negotiorum gestio* e o *indebitum*. Mas, além de que, este ultimo quasi-contratto, aliás acto illicito, já teve occasião de vir á tona, por occasião de serem examinados os modos pelos quaes se solvem obrigações, não achei necessario adstringir-me ao quadro de uma divisão que tem por si mais a tradição do que a razão, e, aproveitando a oportunidade da similitude entre o mandato e a gestão, attendendo mesmo a que se completam muitas vezes esses dois actos juridicos, colloquei-os junctos, na exposição como se acham associados no conceito.

«Gestão de negocios, define Mourlon, é o facto voluntario de uma pessoa que, sem ter recebido mandato para este effeito, age, estipula ou promette, no interesse de um terceiro» (1). E', por outros termos, a administração officiosa de negocios alheios, feita sem procuração.

Nossas leis não legislam a respeito, a não ser que lhe façam referencias, como acontece com o codigo commercial, art. 163. Mas temos os principios do direito romano esclarecidos e completados pelas disposições dos codigos modernos, e os principios geraes do mandato com cujas obrigações se assimilham muitissimo as originadas da gestão de negocios.

Assim, aquelle que se encarrega da administração de negocios alheios deve concluil-os, si o proprietario não determinar o contrario, responde por toda negligencia, e tem de prestar contas do que haja feito (2).

Porém, a responsabilidade do gestor officioso deve ser apreciada mais benevolmente, si agiu, por um impulso altruistico, para prevenir um damno de que estava ameaçado o dono do negocio (3). Inversamente, é para ser medida com rigor a sua responsabilidade, si se immiscuiu na gestão do negocio contra a vontade do dono, manifestada por termos expressos ou de outro modo sufficientemente lucido. Em tal hypothese, até o caso fortuito lhe é attribuivel, si não provar que occorreria independentemente de sua indebita intrusão (4).

Si o gerente é incapaz de se obrigar ou tem sua capacidade limitada, só responde pelos lucros da gestão,

(1) *Repétitions écrites*, Vol. II, p. 877.

(2) D. 3, 5, fr. 2 § 23; codigo civil francez, art. 1372; portuguez, 1733; suizo das obrigações, 469.

(3) Inst. 2, 37 § 1.º; D. *cit.* fr. 3 § 2.º; codigo civil francez, art. 1374; portuguez, 1723; suizo das obrigações, 470.

(4) Codigo suizo das obrigações, art. 470; portuguez, 1731.

até a concorrência do que reverteu em seu proveito ou do que elle fez maliciosamente desaparecer (1).

O dono do negocio tem obrigação de reembolsar o gerente das despesas por elle feitas, inclusive os juros do dinheiro gasto, quando forem necessarias ou somente uteis, e desobrigal-o dos compromissos tomados, quando a gestão for feita em seu interesse, ainda mesmo que as vantagens esperadas não se tenham realisado (2).

Si o negocio não foi apprehendido no interesse do proprietario, não terá este menos direito ás vantagens occorridas; mas não é obrigado a indemnizar o gerente nem garantil-o, sinão até á concorrência do que reverteu em seu proveito (cod. suizo das obrigações, art. 473).

Desapprovando o proprietario a gestão, corre ao gestor a obrigação de repor as cousas á sua custa, no estado em que se achavam antes de ter elle agido sobre ellas, além de indemnizar o proprietario do prejuizo resultante da alteração ou differença que por ventura subsista (3). Acontecendo, porém, que não seja mais possivel restabelecer a situação primitiva, ou os lucros excederão aos prejuizos e o proprietario chamará sobre si uns e outros, ou se dará o contrario excedendo os prejuizos e, então, poderá o proprietario abrir mão do negocio, exigindo indemnisação completa, ou acceital-o-á como se achar com a indemnisação suplementar da differença entre os lucros e as perdas (codigo civil portuguez, arts. 1728 e 1729).

Quando a gestão fôr motivada por connexidade de negocios do gerente com os do proprietario, de modo a que não podessem destacar-se, serão tidos ambos por socios obrigando-se o proprietario na proporção das vantagens (cod. portuguez, art. 1734).

(1) D. 3, 5, fr. 3 § 4; codigo suizo das obrigações, art. 471; francez, 1310 e 1312.

(2) D. h. t. fr. 2 §§ 10, 12 e 45; cod. civil francez, art. 1375; suizo das obrigações, 472.

(3) Codigo civil portuguez, art. 1727. Estas e as seguintes disposições do codigo civil portuguez são tam claramente justas que dispensam commentarios.

Quando o dono do negocio fôr um incapaz, como um menor ou um louco sob curatela, obrigar-se-á, não obstante, por aquillo em que lhe aproveitou a gestão (D. 3, 5, fr. 3 § 5.º).

Ratificada a gestão, transforma-se ella em mandato, cujas regras ser-lhe-ão applicaveis. A gestão presuppõe que houve da parte do proprietario ignorancia de ter sido ella comprehendida ou impossibilidade de a ella se oppôr; mas, si houver conhecimento acompanhado de silencio, dar-se-á um mandato, tacito, que é tambem uma forma de gestão. Não obstante, a ratificação, intervindo apoz, completará o acto, imprimindo-lhe uma feição de contracto.

### § 127

#### DADOS HISTORICOS

Os auctores não estão de accordò sobre a origem da *negotiorum gestio*. Bekker diz que ella é relativamente recente. Voigt acha que Q. Mucius não conhecia acção oriunda deste quasi contracto, e, portanto, é provavel que tenha elle apparecido somente depois do seculo oitavo, emquanto que o mandato já era conhecido, desde 631. Wlassak pensa, ao contrario, que a gestão de negocios precedeu ao mandato. Pernice contesta a affirmacão de Voigt, baseado no D. 3, 5, fr. 11. Estamos, por consequencia, deante de uma difficuldade insolavel; e os epigonos não devem tomar sobre si o pezo esmagador de uma soluçào, deante da qual os progonos ainda não chegaram a se entender. Não é uma soluçào, pois, o que vou affirmar. E' simplesmente a minha opiniào, sem base em documentos, que fallecem, mas com apoio na razào que não deve ser apupada e proscripta só porque, as vezes, manqueja ou desvaira.

Penso que a *negotiorum gestio* é anterior ao mandato.

Um amigo tinha conhecimento de que um predio de seu amigo ausente necessitava de concertos, via que um negocio qualquer necessitava de immediata providencia. Consultar o *dominus*, a muitos dias de viagem, talvez proseguindo uma guerra ao longe, talvez ausente em logar ignorado, seria sacrificar-lhe os interesses, pois que a resposta chegaria tarde, correndo até o risco de não vir, mesmo na hypothese de poder ser expedida uma consulta. Não havia outros caminhos a seguir sinão os dois seguintes: ou deixar ao abandono o negocio do ausente ou dar as providencias urgentes que as circumstancias exigissem. E' muito possivel que esta segunda sahida da alternativa fosse utilizada por alguém, e, desde que o foi, encontrou elle imitadores, porque os bons resultados viêram dar-lhe razão.

Achada essa solução, foi facil passar della-para o mandato. Si um amigo podia gerir um negocio em nome de outro e obrigal-o, *etiam ignorans*, com razão dobrada poderia fazel-o por auctorisação do *dominus*. E, assim, da gestão passou-se ao mandato.

E o que corrobora esta hypothese é que o quasi-contrato da *negotiorum gestio* se nos apresenta, no direito romano, como um instituto acabado, emquanto que o mandato achava-se ainda em via de formação, andava se remodelando de tempos em tempos, e, ainda ao obumbrar-se o vasto edificio da jurisprudencia romana, estava elle distante do termino de sua evolução completa.

Como quer que seja, da legislação romana receberam as modernas a gestão de negocios, que, entretanto, não foi perfilhada por muitas dellas, como já foi notado.

---



## CAPITULO VI

### Da Compra e Venda e da Permuta

#### § 128

##### PERMUTA

*Permuta*, permutação, escambo ou troca, é o contracto em que as partes se obrigam a dar uma cousa por outra, não sendo esta outra dinheiro, porque, então, seria venda.

Este é o primitivo contracto, tendo apparecido a venda somente quando a intelligencia humana encontrou uma certa mercadoria que poude servir de denominador commum a todas as outras, que foi como a medida geral do valor, — a moeda. O invento da moeda, classificado por Jhering entre os mais notaveis do engenho humano, veio facilitar extraordinariamente as operações mercantis e mesmo as transacções da vida commum. Antes della, seria sempre forçoso que as necessidades de cada individuo estivessem a mercê de oppor-tunidades, nada frequentes, em que as suas utilidades fossem desejadas justamente por aquelles que pretendiam desfazer-se dos objectos que elle procurasse. Mas, uma vez encontrada a mercadoria capaz de oppor-se a qualquer outra e ser por ella trocada, o escambo de mercadorias em especie, umas por outras, começou a rarear, por ser muito mais simples, mais commodo e mais seguro trocal-as por moedas, que eram postas em reserva para as occasiões em que fosse preciso fazel-as funcionar.

Actualmente as permutas occupam exiguo espaço nos codigos e nos tractados de direito civil, porque a troca por

excellencia, na vida de todos os dias, é a que se faz por dinheiro, e porque os principios de ambos esses contractos, a permuta e a compra e venda, são semelhantes, quasi identicos, como se póde verificar em nosso codigo commercial, arts. 221 a 225. As differenças accidentaes serão indicadas nos paragraphos seguintes.

### § 129

#### PRENOÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA COMPRA E VENDA

A compra e venda manteve-se por longo tempo no terreno incolor dos factos indifferentes, deixando guiar-se pelos interesses em collisão e submettendo-se, em seguida, ás normas vastas da moral. Afinal foi munida de uma forma solemne e teve entrada na acropole de direito, tal era a sua frequencia, tal a sua imperiosa necessidade.

Sem essas formas solennes, a *mancipatio* entre os romanos, a *fides facta* entre os germanos, não passaria a compra e venda de um facto economico sem alcance juridico; salvo si uma das partes cumpria a sua prestação e a outra, dolosamente, se pretendia locupletar com o alheio, sem dar cousa alguma em compensação, porque o enriquecimento illicito, foi estigmatizado, desde os primeiros albores da jurisprudencia.

As relações commerciaes, avidas sempre de simplicidade e presteza, deviam ter contribuido poderosamente para libertar este contracto dos embaraços do formalismo primitivo e dar-lhe efficacia pela simples coincidencia das vontades. Mas não apuráram ainda os historiadores do direito, quando isto aconteceu no decurso da evolução do direito romano, parecendo que o foi somente depois da lei das XII taboas (1). O que é certo é que, já nas Institutas de

(1) Padelletti-Gogliolo, *Storia del diritto romano*, cap. II, nota r, pag. 270.

Gaius, define-se a compra e venda como um contracto consensual, resultando o seu acabamento do simples encontro das vontades, *solo consensu*.

### § 130

#### NOÇÃO DO CONTRACTO DE COMPRA E VENDA

Chama-se compra e venda o contracto em que alguém obriga-se a transferir a outrem a propriedade de uma cousa determinada, por certo preço em dinheiro ou em valor fiduciario equivalente. Esta definição, attendendo-se á flexibilidade e extensão da palavra cousa, abrange não só os objectos materiaes, corporeos, mas tambem os direitos. Os auctores do projecto de codigo civil allemão entenderam de melhor aviso destacar as hypotheses de venda de um objecto, e de um direito real ou obrigacional (art. 45 § 9.º). Parece-me, porém, desnecessario, para a clareza do conceito desta operação juridica, accentuar essas distincções em sua definição.

E' um contracto *synalagmatico, oneroso consensual, e,* quasi sempre, *commutativo*, mas podendo ser algumas vezes *aleatorio*.

A consensualidade da compra e venda é manifesta, dependendo elle, em regra, exclusivamente da volição das partes, salvo formalidades prescriptas por lei em certos casos. Entretanto acontece algumas vezes que as alienações são impostas por necessidade ou utilidade publica, e, neste caso, tomam o nome de desapropriações (1); outras vezes resultam de uma disposição testa-

(1) A desapropriação por necessidade publica tem logar quando a exigem a defeza do Estado, a segurança publica, os soccorros publicos em occasiões de calamidades extraordinarias e a salubridade das populações. A utilidade publica, que deve regular-se tambem pelas leis dos Estados federados, resulta de construcções de edificios publicos; fundações de povoações; aberturas, alargamentos ou prolongamentos de ruas, praças e vias de communicação; creações de portos, aqueductos, fontes e

mentaria e ainda outras da impossibilidade da partição de bens communs (1).

Si a venda é pura, o contracto fica perfeito, desde o momento em que se firma o *consenso*, sobre a *cousa* e o *preço* (*res, pretium et consensus*), não podendo, desde então, arrepender-se nenhuma das partes contractantes (ord. 4, 2, pr.; cod. comm. brasileiro, art. 191). E nem é preciso que o comprador e o vendedor se achem presentes no mesmo lugar, nem que tenha qualquer delles o objecto do contracto sob a vista. Podem firmar seu accordo por cartas, como reconhece a ordenação (4, 1, pr.) ou por telegrammas e mesmo telephonemas, que são meios de transmissão do pensamento hoje muito em uso.

Impendendo alguma condição, nem por isso o contracto fica á mercê do arrependimento de uma das partes; mas sua acção se modifica segundo a condição. Sendo esta resolutiva, o contracto estará completo e perfeito até que sobrevenha o evento a que foi subordinada a sua dissolução; sendo suspensiva, o contracto só se considera definitivamente completo para produzir as obrigações por elle engendradas, depois de realisada a condição. O que se diz da condição applica-se perfeitamente aos termos *ex die e ad diem*, sobre os quaes, aliás, não ha necessidade de insistir, pois que já foram dadas, em lugar apropriado, as noções essenciaes a respeito dessas modalidades que costumam acompanhar os contractos.

Tambem não voltarei a examinar o pacto adjecto das arrhas e o das clausulas penaes, ambos frequentemente estipulados nos contractos de compra e venda, principal-

---

quaesquer outras obras destinadas a satisfazer os interesses e os commodos das aggremações de caracter publico. (Leis de 9 de Setembro de 1826, de 12 de Julho de 1845 e 10 de Julho de 1855). Além da utilidade e da necessidade publica, que entram na esphera das attribuições da União e dos Estados, ha tambem a utilidade municipal. Por Dec. de 24 de Jan. de 1899 se mandou applicar o regulamento de 17 de Out. de 1855 ás desapropriações por utilidade publica municipal no districto federal.

(1) Ord. 4, 96 § 8; código civil argentino, art. 1224; francez, 515; italiano, 438; hollandez, 625.

mente o da primeira especie. Contento-me em fazer a remissão para o capitulo em que se rascunharam os traços geraes desses pactos. Fique, portanto, entendido que as duas partes em que se divide este livro se devem completar, sendo inuteis repetições de affirmações já feitas, a menos que algum motivo não as solicite e justifique, seja a necessidade de abrir uma excepção, seja a de fazer uma confirmação. E fecho este incidente para completar estas noções geraes sobre o contracto de que agora me estou occupando.

Cumpre distinguir o contracto de compra e venda *civil* do *commercial*. Nosso codigo commercial, art. 191, segunda parte, determina os caracteres da compra e venda mercantil: uma das partes deve ser commerciante; o objecto deve ser movel ou semovente; o animo de especular deve ser a *vis movens* do acto. Tem razão Vidari, quando affirma que «as vendas commerciaes devem ter necessariamente por objecto uma daquellas operações que constituem a essencia da industria mercantil ou que esta serve para promover ou facilitar» (1). Esta distincção reflecte-se naturalmente sobre a constituição, os effeitos e a prova do contracto, assim como sobre a competencia dos juizes chamados a decidir a respeito das duvidas e desavenças surgidas entre as partes. Porém as disciplinas fundamentaes relativas ao modo de ser essencial do contracto são communs aos dois ramos do direito privado a que se faz agora allusão.

### § 131

#### INCAPACIDADE PARA CONTRACTAR COMPRA E VENDA

Todos os capazes de contrahir obrigações podem, em geral, formar, entre si, contractos de compra e venda.

(1) *Corso di diritto commerciale*, Vol. III, n. 2129.

Entretanto, para evitar fraudes e captações perturbadoras da rectidão dos espiritos e nocivas á firmeza das convenções, os legisladores têm creado limitações á liberdade de alienações, mesmo a titulo oneroso.

Assim, não podem vender:

1.º Os ascendentes a algum de seus descendentes, sem que os outros descendentes expressa ou tacitamente dêem o seu consentimento para o acto, visto como essa vedação tem por mira evitar que os herdeiros necessarios sejam prejudicados em suas legitimas, por qualquer modo indirecto ou capcioso (1).

O que se diz da venda procede igualmente da permuta desigual. A razão desta differença entre dois actos tam semelhantes, está em que, como observa Teixeira de Freitas, «nas vendas, por mais que exteriormente pareçam eguaes, não cessa a razão de suspeita de fraude; em quanto que, nas trocas eguaes, a bôa fé dos contractos pôde ser verificada» (2). Tambem «procede a prohibição desta ordenação, continúa o douto jurista, em todos os contractos entre paes e filhos, uma vez que se prove terem sido feitos para fraudar as legitimas dos outros filhos ou descendentes» (3).

O consentimento que devem dar os descendentes pôde ser expresso ou tacito, visto como não o exige a lei por modo determinado e especial. E' verdade que Rebouças, Candido Mendes e Coelho da Rocha enfileiram argumentos para provar que esse consentimento deve ser expresso, por escriptura publica ou particular, mas não está isso em nossa lei nem noutros systemas juridicos.

Denegado o assentimento dos herdeiros presumptivos,

---

(1) Ord. 4, 12; lei de 22 Set. de 1828, art. 7; *Consolidação*, art. 582 § 1.º; codigo civil francez, art. 1596; italiano, 1457; portuguez, 1565; argentinuo, 1359 e 1361; chileno, 1796; de Zurich, 413. Estes ultimos codigos abrangem tambem as vendas entre conjuges.

(2) e (3) *Consolidação das leis civis*, art. 587, nota 88.

poderá suppril-o, com sua interposição, o juiz? Não ha razão para recusal-o, visto como o que se quer é simplesmente evitar a fraude das legitimas, e, intervindo o juiz, terá elle o cuidado de afastar o enliçamento si por ventura foi projectado. No mesmó sentido preceitua o codigo civil portuguez,-art. 1565.

As vendas realisadas contra a prohibição que agóra se discute são nullas, e, por morte dos vendedores, os bens vendidos, em contravenção a esse preceito, serão partilhados entre os herdeiros sem que hajam de indemnisar ao comprador, tal como si não houvesse alienação (ord. 4, 12).

2.º O marido, sem outorga da mulher, tractando-se de bens immoveis communs ou proprios d'elle (1).

3.º O foreiro não póde vender o bem aforado, sem consentimento do senhorio.(ord. 1, 62 § 48; 3, 93 § 3.º; 4, 11, §§ 3.º e 4.º, 38).

4.º Os menores supplementados de idade e os emanci-

---

(1) Ord. 4, 48; Codigo civil portuguez, art. 1191. Na Allemanha, ora a outhorga da mulher é necessaria somente para a alienação dos immoveis, como dispõem o *Landrecht* do Schleswigholstein e outros; ora é exigida com extensão maior, como estatue o *Landrecht* prussiano, II, 1 §§ 378 e 379; ora a mulher tem um direito de opposição (*reclamatio uxoris*) contra quaesquer disposições unilateraes do marido; ora o marido tem um direito de livre disposição; ora, finalmente, os dois esposos dispõem de direito equal para a alienação (Roth, — *System*, II, pags. 83-85).

Quasi todos os codigos prohibem a venda entre marido e mulher. Uns, mais rigoristas, não admittem o contracto, mesmo depois da separação judicial da sociedade conjugal (cod. civil argentino, art. 1651). Outros mais benevolos, mantendo a prohibição, fazem-lhe atrandamentos. Si a venda não fór impugnada pelos herdeiros de algum dos esposos, será valida, afinal, diz o codigo civil de Zurich, art. 443. Sel-o-á si consistirem em cessões ou dações em pagamento por causa de alguma divida legitima, taes como as que provierem de alienações de bens da mulher, da promessa de dote ou de outra similhante (codigo civil francez, art. 1595; portuguez 1564). O codigo hespanhol, art. 1548, admittre as vendas reciprocas entre conjuges, si adoptarem o regimen da separação de bens ou si já estiverem separados judicialmente. Nosso direito não se preoccupou com este assumpto, mas é claro que a razão de decidir é a mesma que actuou na mente do legislador hespanhol. Havendo communhão de bens, não é possivel venda; mas, desde que os patrimonios estejam completamente separados por pacto antenupcial, ou judicialmente, nada impede a que as vendas se possam effectuar. Neste sentido se pronunciou o *projecto* Coelho Rodrigues, art. 598.

pados por casamento não poderão vender bens de raiz, sem auctorisação judicial, excepto si forem commerciantes (1).

Não podem comprar:

1.º O tutor, nem por si, nem por interposta pessoa, nem mesmo em hasta publica, os bens de seu tutelado, sob pena de nullidade e mais a sancção do codigo penal, art. 232 § unico (2).

2.º Os peritos, avaliadores, partidores, contadores, curadores, testamenteiros, depositarios, administradores de massas fallidas, syndicos de sociedade em liquidação e aquelles a quem foram confiadas a guarda e administração de bens alheios, em razão de seu officio, não podem adquirir directa nem indirectamente, a propriedade, total ou parcial, dos bens sobre os quaes são chamados a exercer suas funcções, nem siquer entrar em especulação alguma de lucro ou interesse tomando-os por base. Taes actos serão nullos e punidos com as penas que o codigo penal commina em seu citado art. 232 (3).

3.º Os credores exequentes, sem auctorisação do juiz, os bens dos devedores por elles executados e que, por esse motivo tenham de ser arrematados (ord. 3, 86 § 30; reg. 737, art. 549 § 4.º). Nas execuções hypothecarias, porém, esta prohibição não existe (dec. de 19 de Jan. de 1890, art. 14).

(1) Ord. 1, 88 § 28; 3, 42 §§ 1.º e 2.º; cod. comm. brasileiro, art. 26; *Consolidação*, art. 21, nota 25.

(2) Ord. 1, 88 § 29; regul. de 2 de Out. de 1851, art. 72 § 6.º; codigo civil hespanhol, art. 1459 § 1.º; francez, 1596; italiano, 1457, al. 2; argentino, 1359 e 1361; portuguez, 1562. A pena em que incorrem os tutores, aos quaes se equiparam os curadores, é de um a seis mezes de prisão cellular, remoção da tutela e multa de 5 a 20 por cento da propriedade, effeitos adquiridos ou interesses auferidos.

(3) Ord. 1, 62 § 38; 38 § 30; 89 § 8.º; regul. de 2 de Out. cit., art. cit.; codigo civil hespanhol, art. 1459 §§ 2.º a 5.º; francez, 1596 e 1597; italiano, 1459. O codigo hespanhol (art. cit.) apresenta uma excepção razoavel que reproduziu o art. 603 do *projecto* Coelho Rodrigues: «São exceptuados desta regra os casos em que se tracta de accões hereditarias entre coherdeiros, de cessão em pagamento de creditos ou de garantias dos bens que elles possuem».

Não podem comprar nem vender :

1.º Os governadores, commandantes de districtos militares, magistrados, officiaes de fazenda e os militares, em relação aos bens de seus subordinados, com os quaes não lhes é permittido constituirem-se em dividas, sob pena de suspensão do emprego por tres a nove mezes e multa de 20 % da quantia devida. Como esta divida ou obrigação pecuniaria poderá ser tanto a do preço, como a do objecto vendido, julgo que deve ser forçosamente para ambos os casos a interdicção (cod. penal, art. 234; ord. 1, 62 § 38).

2.º O fallido, pois que se acha privado da administração de seus bens (dec. de 24 de Out. de 1890, art. 18), não pôde comprar nem vender bens, nem contrahir obrigações que directa ou indirectamente interessem á massa fallida (cit. dec. art. 17 §§ 3.º e 4.º).

## § 132

### QUE COUSAS PODEM SER VENDIDAS

Podem ser compradas e vendidas todas as cousas que se acham no commercio, quer sejam corporeas, quer consistam num credito ou num direito susceptivel de transmissão (1). Mesmo as cousas futuras comtanto que

---

(1) Ha direitos que não podem ser vendidos, embóra entrem no numero dos patri-moniaes. A herança futura acha-se, entre nós, nessas condições. Aberta a successão pela morte de alguém, a herança é cessivel. Antes, porém, de ser deferida a successão, entendeu-se que seria perigoso e immoral permittir qualquer negocio a respeito. Assim varios systemas juridicos têm condemnado os pactos successorios. O direito romano, porém, tolerava-os si aquelle de cuja successão se tractava consentia na transacção (D. 18, 4 fr. 30). Por direito patrio (*Consolidação*, art. 353), como pelo francez (codigo civil, art. 1633), portuguez, (1756), italiano, (1460), elles são sempre nulos. Na Inglaterra (Glasson, VI, p. 374) é permittido pactuar sobre uma herança futura, annullando-se a venda, si o preço não for venal. A mesma faculdade encontra-se em outras legislações, como na Suissa germanica. Mas, apezar das razões que, a favor dessa doutrina, allega Cimbali, julgo mais prudente o preceito de nossa lei.

O direito de hypotheca não poderá ser cedido sem o credito a que elle está

tenham uma existencia potencial, segundo já foi observado no capitulo das doações, representam uma certa modalidade do valor e, portanto, estão em condições de entrar no jogo dos interesses actuaes, sendo vendidas por quem, esperando possuil-as, acha mais conveniente alienal-as, e sendo compradas por quem julga que seus interesses aconselham essa operação, que consiste, afinal, no abandono de uma pequena parte de seu patrimonio actual, na esperança de obter cousa mais valiosa no fim de certo tempo. A cousa futura suppõe-se vendida sob a condição tacita de que venha a existir. Entretanto é permittido que o comprador tome sobre si o risco dessa probabilidade; e, então, o contracto de compra e venda será aleatorio, versando sobre uma cousa incerta, sendo uma *emptio spei*. Esta especie, que foi reconhecida pelo direito romano (D. 18, 1 fr. §§ 1.º e 19, 1, fr. 11 §§ 11 e 12), acha-se consagrada em nosso codigo commercial, art. 192, e em varios codigos modernos tanto civis, quanto commerciaes. Indicarei o civil argentino, 1332; o chileno, 1813; o commercial portuguez, art. 468 § 1.º; o baltico, 3835 a 3837; o direito americano do Norte.

Mas ou seja a cousa certa ou incerta, actualmente existente ou de existencia meramente provavel, deve ser determinada por quantidade ou por especie. Bem entendido: a cousa certa está por sua mesma natureza determinada; a incerta necessita de uma accentuação de modo que se saiba sobre que se forma o vinculo contractual.

Não poderão ser objecto de compra e venda os bens

---

adjecto em garantia. As servidões reaes se não podem alienar disjunctamente do predio dominante a que estão inherentes. As servidões pessoaes, pois que se não separam da pessoa do titular, não se prestam á cessão. Mas o usufructo, o fôro, a superficie e. em geral, todos os direitos que admittem mudança de titular ou que são exerciveis por terceiros, supportam alienações. A inalienabilidade dos direitos, portanto, depende da natureza mesma delles; a não ser que, embora naturalmente alienaveis, a lei vede quaesquer negociações sobre elles, por motivos de segurança e moralidade. Está claro que os direitos de familia como o de pedir alimentos, por exemplo, não se transmittem por venda.

cuja alienação foi prohibida por convenção ou testamento, comtanto que taes vedações não offendam a direitos de outrem nem à lei que interdiz as vinculações de bens <sup>(1)</sup>.

Nem os bens penhorados nas execuções, quando seu valor exceder o dobro da divida, sendo elles indivisos. Refiro-me à hypothese do reg. 737, art. 564, que, manda adjudicar o rendimento dos bens indivisos e superiores ao valor da divida, ao credor, por tantos annos quanto bastem para o pagamento da divida. Esta regra, entretanto, não tem applicação nas execuções da fazenda publica, nem nas hypothecarias, nem quando o devedor, tendo outros bens de menor valor, nomeou á penhora os que se achavam nas condições do citado artigo do regulamento 737 <sup>(2)</sup>.

As cousas e acções litigiosas não se alienam <sup>(3)</sup>, nem tambem os immoveis dotaes inestimados ou estimados *taxationis causa*. Em relação aos immoveis dotaes, é possível, entretanto, a alienação com a licença do juiz a quem cabe decidir sobre a conveniencia e necessidade della <sup>(4)</sup>. Quando a alienação é determinada por necessidade ou utilidade publica, e quando a mulher é commerciante já desde antes de contrahir nupcias <sup>(5)</sup>, a licença é excusada.

As acções de sociedades anonymas não poderão ser ne-

(1) Ord. 4, 4, §§ 1.º e 4.º, 11 §§ 1.º e 2.º; *Consolidação*, art. 856 § 6.º e nota.

(2) Reg. 737, art. 564 e §§; *instruções* de 31 de Janeiro de 1851, art. 21; *dec.* de 19 de Janeiro de 1890, art. 14 § 1.º, que aboliu a adjudicação judicial obrigatoria.

(3) Vide o que a este respeito foi externado no paragrapho 72, capitulo I da segunda parte, secção primeira. O codigo civil argentino, art. 1155, permite a cessão de acções litigiosas sob a condição de ser feita por escriptura publica. O direito russo auctorisa a venda de um bem litigioso, si não se levantar opposição e mediante certas formalidades tendentes a expungir o acto de vicios. Si o vendedor do bem litigioso vem a perdê-lo, a venda será tida por não existente; si, porém, a elle fôr adjudicado, pelo termo da demanda, será definitivamente valida (*Lehr, Droit russe*, II p. 207). O codigo francez (art. 1699) e o italiano (1546) tambem consentem na cessão de bens litigiosos, preenchidas certas condições.

(4) Lafayette, — *Direitos de familia* § 83; *Consolidação*, art. 586 § 4.º e nota.

(5) *Cod. comm.* art. 27, segunda parte, modificada pelo art. 60 do *dec.* de 21 de Jan. de 1890.

gociadas antes que tenham sido realísados 40 % do capital subscripto (dec. de 13 de Out. de 1890, art. 2.º).

Substancias alimenticias alteradas ou falsificadas não poderão ser expostas à venda. O contraventor desta prohibição incorre em pena de prisão cellular de tres mezes a um anno e multa de 100\$000 a 200\$000, pena que será augmentada, si da venda alludida resultar a morte ou damno à saude de alguém (cod. penal, art. 164).

Venenos e substancias medicamentosas só poderão vender-se de accordo com as prescrições dos regulamentos sanitarios, incorrendo o infractor da interdicção em multa de 200\$000 a 500\$000 (cod. penal, art. 159).

Livros e estampas de character obsceno (1) são relegados da categoria das cousas venaes tanto pelo direito quanto pela ethica.

O objecto vendido deve ser proprio do alienante ou de alguém que o haja auctorísado a vendel-o. Esta proposição se impõe com a força de um truismo, porém necessita de alguns esclarecimentos ainda assim. Em direito romano, era admissivel a venda da cousa alheia: *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio* (D. 18, 1, fr. 28). E assim era, diz Bonjean, «porque o espirito da legislação romana, exigindo sómente em casos excepçoes a execução forçada e natural das obrigações ou das sentenças judicarias, o devedor recalcitrante podia sempre escapar à prestação material, pelo pagamento de um equivalente» (2). Si o comprador tinha muito interesse na aquisição effectiva do objecto comprado, estipulava uma *clausula penal* forte bastante para compellir o vendedor a entregal-a individualmente.

Essa doutrina pouco em consonancia com a pureza do direito foi abandonada pelos modernos. Perante a legis-

(1) O art. 279 do código criminal antigo era expresso. Não assim o actual código penal, art. 262.

(2) *Exposition methodique des Institutes*, II, p. 428.

lação patria, a venda da cousa alheia é nulla, tendo o comprador de boa fé acção para haver perdas e damnos (1). O mesmo principio encontra-se em diversos codigos vigentes, como sejam o argentino, art. 1239; o portuguez, 1555; o francez, 1599; o italiano, 1459. Mas ao direito commercial não se deixou sempre influenciar pelo mesmo escrupulo, pois que no codigo commercial italiano, art. 1459, no portuguez, art. 467 § 2.º e em outros, exara-se a clausula de que a venda de cousa alheia é valida, a moda romana, presuppondo-se boa fé e compromisso da parte do vendedor de fazer acquisição da cousa vendida. Como as especulações commerciaes se fazem sempre em vista de um futuro mais ou menos proximo, toleram essas legislações que as partes transaccionem sobre objectos que não se acham em sua posse ou propriedade, mas cuja acquisição pretendam fazer. Além disso, a excepção do direito mercantil só abrange os moveis que são os bens destinados ao jogo do commercio (2).

Mesmo, porém, na esphera do direito civil, a venda criminosa e annullavel da cousa alheia poderá ser validada, ficando o vendedor isempto de responsabilidade criminal, si, por qualquer titulo legitimo, vier a obter a propriedade della, antes da evicção; ou si o proprietario ratificar a venda, dando-a como bem feita (3).

A venda da cousa percida, que é dada como existente é nulla, ainda que o vendedor estivesse de boa fé. Por falta de objecto, o contracto não chegou a formar-se, e, consequentemente, não originou obrigações nem esteve

(1) Or.l. 4, 45 § 5.º; Cod. com.m. brasileiro, art. 214, *in fine*; *devido entender-se que esta clausula não comprehende o risco da cousa vendida, que, por algum titulo possa pertencer a terceiro*. O alienador doloso do alheio commette o crime de estellionato (cod. penal, art. 333 § 1.º).

(2) Vidari, — *Diritto commerciale*, III. n.º 2133 a 2138; Boistel, — *Droit commercial*, n.º 453. E' certo, entretanto, que os immoveis não repugnã a operações mercantis, ao menos a algumas.

(3) Codigo civil argentino, art. 1330; portuguez, 1555 § unico; Troplong, — *Vente*, n.º. 233 e segs.

jámais em condições de original-as (1). Si sómente uma parte da cousa tinha perecido, poderá o adquirente resilir a venda ou pedir a parte conservada feito o abatimento do preço por ventilação (2).

Os bens dos menores, interdictos e de quaesquer outras pessoas a elles equiparados em direito, os empenhados, os dotaes, os nacionaes, estadaes e municipaes são susceptiveis de venda sómente nos casos e pelas formas estabelecidas em lei (3).

### § 133

#### DO PREÇO

O preço é o elemento do contracto de compra e venda que o distingue da permuta, pelo que não póde deixar de ser-lhe essencial. *Nulla emptio sine pretio esse potest*, dizem as Institutas, 3, 23 § 1.º.

Deve o preço ser determinado, ou de um modo expresso, como quando as partes o debatem e fixam afinal, ou tacitamente, quando a sua determinação é deixada ao nuançar das cotações de um mercado. Ainda o arbitramento de uma terceira pessoa e a referencia a uma cousa certa são modos de determinar o preço inequívoca-

(1) D. 18, 1 fr. 15 pr.; código civil francez, art. 1301.

(2) Código civil francez, art. 1601; italiano, 1461; portuguez, 1558.

(3) Não ha mais razão, dadas a separação e a independência entre a Igreja e o Estado, para que a lei civil prohiba as vendas de objectos preciosos e ornamentaes dos templos catholicos, sem previa licença do governo. Cessou mesmo a competencia que lhe era, para esse effeito, attribuida no antigo regimen. É infundada a doutrina dos *acisos* de 13 e 31 de Maio de 1891, mantendo o direito anterior, sob pretexto de que ainda não ha lei regulamentando o art. 72 § 3.º da constituição que facultou ás corporações religiosas a livre aquisição. Avisos posteriores, os de 26 de Agosto e 11 de Dezembro de 1891 restabeleceram a verdadeira doutrina. Não haverá entre a Igreja e o Estado, diz o preceito constitucional (art. 72 § 7.º), «relações de dependencia ou alliança». Não é mais clara a luz de nosso sol equatorial.

mente (1). Da decisão desse terceiro poderá qualquer das partes recorrer, pedindo ao juiz a nomeação de dois louvados (são os arbitradores do código commercial), que façam nova avaliação, e, si estes não estiverem de accordo, o juiz se pronunciará por um delles, terminando assim a incerteza do preço (2).

Não poderá, porém, ser o preço deixado ao livre arbitrio de uma só das partes, como quando se diz:—*por quanto quizerdes, ou por quanto eu quizer*. Será nullo um tal contracto, segundo estatue a ordenação citada, apoiada no Digesto, 45, 1 fr. 17.

O preço deve ser justo, isto é, equivalente ao valor aproximado da coisa vendida. Porém havendo differença para mais ou para menos, as partes só poderão exigir a rectificação do preço ou resilir o contracto, si fôr caso de lesão enorme (ord. 4, 13, pr.).

Si o preço consistia, parte em dinheiro e parte em outra coisa, resolvia o direito romano que o contracto fosse permuta ou venda conforme era maior o valor do numerario ou dos outros objectos (D. 19, 1, fr. 6). No mesmo sentido decidiu o código civil argentino (art. 1556). O hespanhol, porém, manda que sirva de criterio antes a intenção das partes e, sómente na incerteza desta, vol-

(1) OrL. 4, 1; Cod. comm. brasileiro art. 133: *Quando se faz entrega da coisa vendida, sem que pelo instrumento do contracto conste o preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fosse corrente no dia e no lugar da entrega; na falta de accordo, por fer havido diversidade de preço no mesmo dia e lugar, prevalecerá o termo medio. Art. 191: O preço da venda pôde ser incerto e deixado á estimação de terceiro; si este não quizer ou não puder fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores* Cod. romano, 4, 38, l. 15; Inst. 3, 23 § 1.º; código civil hespanhol, arts. 1447-1448; portuguez, 1546; argentino, 1349-1353; chileno, 1809; *projecto* allemão, 461; *projecto* Coelho Rodrigues, 588-589. Este recurso aos arbitradores, mesmo no commercio, só terá lugar, si outra coisa não estipularem os contractantes. Si o laudo arbitral do terceiro não fôr dado por ter elle morrido, a venda ficará sem effeito. E' a doutrina do direito romano, reproduzida na ord. 4, 1 § 1.º, pelo código civil argentino, art. 1350; francez, 1591-1592; italiano, 1450; hespanhol, 1449; chileno, art. cit.

(2) Ord. 4, 1 § 1.º. O código civil argentino torna irrevogavel a decisão do arbitro escolhido pelas partes (art. 1351).

va-se a vista para a quantidade do que foi dado em troca (art. 1446).

Não se tendo estipulado no contracto a qualidade da moeda em que deve fazer-se o pagamento, preceitua o código commercial brasileiro, art. 195, que seja a corrente no logar onde o pagamento se ha de effectuar e isso sem agio nem desconto <sup>(1)</sup>.

### § 134

#### OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR

O jurisconsulto Paulus resumiu, numa synthese concisa e luminosa, as obrigações do vendedor. Uma phrase unica lhe foi sufficiente para isso: *Venditori sufficit ob ecictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo* (D. 19, 4, fr, 1, pr.). Accrescentemos a responsabilidade pelos vicios redhibitorios, ou, antes, salientemol-a, pois que ella está envolvida no *dolus malus*, e o quadro dos deveres do vendedor estará completo, principalmente si, pela expressão — *possessionem tradere*, comprehendem-se alguma cousa de mais extenso do que bastava ao direito romano, si com aquelles vocabulos significar-se a obrigação de transferir a propriedade pela tradição da cousa vendida.

Cumpra, entretanto, destacar analyticamente as obrigações do vendedor para que sua posição juridica se accentue desnublidamente.

São ellas: Entregar a cousa vendida, no estado em que se achava ao tempo da formação do contracto, com seus accessorios e com o titulo que fundamenta seu direito, respondendo por perdas e damnos si não o

---

(1) Veja-se o que ficou exposto em relação ao modo, objecto e logar do pagamento (§§ 31 e 35).

fizer no lugar, no momento e pelo modo estipulado na convenção (1).

Dessa entrega, resulta, para o comprador, a aquisição da propriedade do objecto vendido, quer o pagamento haja sido realizado no mesmo instante, quer tenha de effectuar-se depois, por ter sido a venda a credito (2). Si, porém, o preço não fôr pago sem que haja constituição de credito, o dominio do objecto vendido não se transfere, ainda que se tenha dado a tradição do objecto. Neste caso, o vendedor tem direito de reivindicar o objecto que entregou, pois não houve contracto perfeito; ou demandar o preço, si não fôr mais possível a reivindicação (3).

Vendido o objecto a credito, e uma vez definitivamente firmado o contracto, e realisada a tradição, o dominio passa para o comprador, restando apenas, ao vendedor, acção pessoal para exigir o preço e não mais a real para haver a coisa vendida. Sendo immovel o bem vendido, seu dominio somente se transferirá, com effeito para terceiros, depois da transcrição e desde a data em que fôr ella realisada (dec. de 19 de Jan. de 1890, art. 8.º).

Não se transfere, porém, o dominio das cousas vendidas a credito, si o vendedor reservou, para si, a propriedade, até verificar-se o pagamento, ou si houve condição resolutoria de ficar o acto sem effeito pela falta de pagamento no tempo ajustado (ord. 4, 5 § 3.º e dec. de 24 de Out. de 1890, art. 68, h).

Havendo concessão de prazo para o pagamento do preço,

---

(1) Ord. 4, 2, pr.; cod. comm. brasileiro, art. 197; civil portuguez, 1575; hespanhol, 1468; francez, 1614; argentino, 140. Entre os accessorios, incluem-se os fructos acontecidos entre a formação do contracto e a tradição do objecto (ord. 4, 67, § 3.º), salvo si houve prazo para a entrega.

(2) Alv. de 4 de Set. de 1810; *Cosolidação*, art. 530 e nota. Equivale a pagamento real o dar-se o vendedor por pago (ord. 4, 5 § 1.º).

(3) Ord. 4, 5 § 1.º; 4, 67 § 3.º; *Cosolidação*, art. 528; código civil argentino, 1428; Darlington, — *Personal property*: «si o objecto fôr entregue com expressa intelligencia de que o preço será fixado em seguida e as partes não chegaram a um accordo, não houve venda» (p. 78).

e antes de exgottado elle, o comprador se torna insolvente, cessará para o vendedor a obrigação de entregar o objecto (1). Cessará egualmente essa obrigação, nas vendas a vista, si, no mesmo acto, o comprador deixou de pagar o preço (2).

O lugar e o tempo da entrega se determinam pela convenção. Não se estipulando a respeito, o lugar será aquelle onde achar-se o objecto, no momento da compra, e o tempo será o mesmo em que se concluiu o contracto (cod. comm. brasileiro, art. 199). Deixando o vendedor de realisar a entrega no momento proprio, ou seja o da terminação do contracto ou o do prazo estipulado, tem o comprador opção entre a rescisão da compra e a demanda de seu cumprimento com os damnos da móra, os quaes, entretanto, afastará o vendedor, si poder allegar caso fortuito ou força maior (3).

Mas a quem cabe a iniciativa em dar? A lei quer que seja o vendedor quem primeiro faça a entrega do objecto, para, em seguida, embolsar o preço. Mas poderá elle ter receios da sinceridade do comprador, e este poderá ter duvidas quanto á moralidade de quem lhe vende. Si o acto consummar-se no mesmo instante, não ha razão para que se manifestem as desconfianças. Mas se for daquelles que se executam em momentos successivos, para que se desfaçam as duvidas reciprocas, aconselha o codigo philippino (4, 5 § 1.º), que recorram as partes aos bons officios de um terceiro que, servindo de mediador, *fará as partes contentes*.

Não tendo o vendedor entregue o objecto na occasião de concluir o convenio, deverá mantel-o tal como existia a esse tempo, e velar por sua bôa conservação, respondendo

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 198; civil argentino, 1419; francez, 1613; hollandez, 1515; chileno, 1826, 3.º al.

(2) Codigo civil francez, art. 1612; italiano, 1469; hespanhol, 1436; portuguez 1571; argentino, 1418.

(3) Codigo comm. brasileiro, 202; civil francez, 1148, 1163-1162; argentino 1412.

pelos prejuizos occorridos por culpa sua (D. 18, 1, fr. 35 § 4.º), salvo si houver móra por parte do comprador, porque, nesse caso, ser-lhe-á imputado somente o damno doloso (D. 18, 6 fr. 17).

Todas as despesas anteriores á tradição pertencem ao vendedor, v. g. as de medição. Todas as posteriores pezam sobre o comprador, v. g. as de recebimento e transporte. Sobre elle tambem pezam as do instrumento de venda, respeitada sempre, em todos os casos, a deliberação dos pactuantes (1).

O vendedor responde ainda pela evicção e pelos vicios redhibitorios, assumpto já explanado no § 67, para o qual faço remissão.

## § 135

### OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

A primeira obrigação que, para o comprador, resulta do contracto de compra e venda, aquella que deve ser assignalada desde o começo, encabeçando as outras, é a de pagar o preço estipulado, no prazo e pelo modo accordado entre elle e o vendedor (ord. 4, 5 § 1.º; D. 19, 1, fr. 11 § 2.º). Não havendo designação de logar onde o pagamento deva ser feito, será o local da entrega do objecto vendido, ou o domicilio do devedor, si a venda foi a prazo (2).

Além disso, é ainda o comprador obrigado a indemnisar o vendedor das despesas, em bôa fé realisadas sobre

---

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 193; civil francez, 1608 e 1609; italiano, 1467; suisso, das obrigações, 232 e 233; hespanhol, 1465; argentino, 1115; *projecto* allemão, 466.

Para a validade da venda, se faz necessario tambem o pagamento do imposto de transmissão de propriedade, quando se tracta de immoveis e de cousas a elles equiparados para o effeito da alienação. Esse imposto, segundo a ord. de 23 do Set. de 1851, deve recahir sobre o comprador e o vendedor, por partes iguaes. Hoje cabe aos Estados a arrecadação desta contribuição.

(2) Vide o § 35.

a coisa vendida, apoz a consummação do contracto, (D. 19, 1, fr. 13 § 22), e a pagar os juros da quantia que constitue o preço, si demorar-se em entregal-a, sem lhe ter concedido um prazo para o cumprimento dessa obrigação (1).

Em principio, e salvo estipulação de prazo, o pagamento do preço e a entrega do objecto vendido devem ser actos simultaneos, donde resulta que cada uma das partes tem direito de retenção sobre o que deve dar, sendo, aliás, o vendedor quem deve iniciar o cumprimento da obrigação, salvo o caso de receios justificados, quando terá logar o recurso de um intermediario, como ficou dicto no paragrapho anterior, no qual aliás, já foram inglobadamente, com as do vendedor, expostas algumas das obrigações do comprador.

Si o comprador receia que a coisa que vae comprar esteja gravada de onus real hypothecario, poderá remil-a, pela forma estabelecida no dec. de 19 de Jan. de 1890, art. 10 § 3.º (2).

## § 136

### DOS RISCOS

Agita-se a questão de saber sobre quem recahirá o prejuizo, si a coisa vendida se deteriorar ou perecer, depois de effectuada a venda, mas antes de realisada a entrega. Sobre o vendedor? Sobre o comprador?

(1) O cod. commercial, art. 204 estatue: «Si o comprador, sem justa causa, recusar receber a coisa vendida ou deixar de recebela no tempo ajustado, terá o vendedor acção para rescindir o contracto ou demandar o comprador pelo preço com os juros legais da móra, devendo, no segundo caso, requerer deposito judicial da coisa vendida.» Quanto á móra, vide os §§ 33 e 53.

(2) Diz o citado decreto, art. 10 § 3.º: «Si nos 30 dias depois da transcripção, o adquirente não notificar, aos credores hypothecarios, para a remissão da hypotheca fica obrigado: A's acções que, contra elle propuzerem os credores hypothecarios para indemnisação de perdas e damnos; ás custas e despesas judiciaes; á differença do preço da avaliação e adjudicação, si esta houver logar. O immovel

Nosso direito, seguindo as pégadas do romano, exige que se façam varias distincções.

1.º Si a venda é pura e simples e recáe sobre objecto certo, individualisado, a perda ou deterioração occorrida ferirá exclusivamente ao comprador, bem entendido, não concorrendo o vendedor para qualquer desses factos por culpa ou dolo (ord. 4, 8, pr.; cod. comm. brasileiro, arts. 206 e 207 § 1.º). Difficilmente se comprehende, objectam alguns, que num regimen juridico em que exige-se a tradição para se completar a translação da propriedade para o comprador, sejam os riscos da cousa comprada, mas ainda não entregue, por conta de quem ainda não é seu proprietario, e apenas tende a ser. Não ha duvida alguma que esse reparo é justo. Mas esta incongruencia, herdamol-a do direito romano que, nas paginas das Institutas doutrinava: *cum emptio et venditio contracta sit . . . periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit* (3, 23 § 3.º). Poder-se-á em pró desta decisão inconsequente allegar ainda que ella é compensatoria: si os accrescimos advindos ao objecto pertencem ao comprador, devem ser tambem seus os decrescimos; *ubi emolumentum ibi onus*. Mas é justificar uma inconsequencia com outra. E', por certo a lei e temos que obedecel-a; mas o seu illogismo é manifesto. Embóra haja atravessado seculos, não foi ainda a poeira delles argamassa bastante solida para resistir aos golpes da critica.

No direito argentino, codigo civil, arts. 568 e 580, e no

---

será penhorado e vendido por conta ainda do adquirente, ainda que elle queira pagar e depositar o preço da venda ou da avaliação. Salvo, si o credor consentir; si o preço da venda ou da avaliação bastar para pagamento da hypotheca. A avaliação nunca será menor do que o preço da venda.»

§ 3.º «Si o adquirente quizer garantir-se contra o effeito da excussão da hypotheca, notificará judicialmente, dentro de 30 dias, aos credores hypothecarios o seu contracto, declarando o preço da alienação ou outro maior para ter logar a remissão. A notificação será feita no domicilio inscripto ou por editos, si o credor ahi se não achar.»

hespanhol, art. 1460, os legisladores souberam esquivar-se a essa inconsequencia edictando a dissolução da obrigação de dar, quando perecer a coisa a entregar, sem culpa do devedor, e a dissolução ou diminuição proporcional do preço, quando se deteriorar somente. O *projecto* allemão, art. 463, também estatue: «O vendedor soffre os riscos da perda e da deterioração por caso fortuito assim como os onus da coisa vendida, até a tradição della ao comprador. Até então, elle tem direitos aos productos da coisa.» No mesmo sentido, o *projecto* do senador Coelho Rodrigues, art. 593.

Si, porém, o comprador fôr moroso, já a questão muda de aspecto. Si acontecem prejuizos, não poderá abroquelar-se com a sua culpa. Seria absurdo.

2.º Occorrerá o prejuizo ou perda por conta do vendedor, si taes factos resultarem do dolo ou falta sua, si se constituir em mára, si estipular responsabilisar-se por quaesquer acontecimentos ou si o objecto fôr confiscado por auctoridade publica (1).

3.º Tractando-se de objectos que *numero, pondere, mensurare constant*, isto é, nos que se determinam pelo genero e a quantidade, em virtude do principio — *genus nunquam perit*, era doutrina da jurisprudencia romana que o risco reflectisse sobre o vendedor (2). Mas é preciso fazer uma distincção. Si o objecto ainda não foi contado, pesado, medido ou gostado, o vendedor supportará a perda ou estrago; si já o foi supportal-a-á o comprador; porque essas condições equivalem a condições suspensivas, antes do implemento das quaes a obrigação não existe ainda (3). Em taes compras, a tradição real suppre a contagem, pezo

(1) Ord. 4, 8 §§ 4.º e 8.º; codigo commercial brasileiro, art. 207 al. II e IV; D. 18, 1, fr. 35 § 4.º e 18, 6 frs. 3 e 11.

(2) *Bonjean, op. cit.* Vol. II, pag. 441.

(3) Codigo civil francez, arts. 1585-1587; italiano, 1450-1452; argentino, 1336-1342; hollandez, 1499 e segs; baltico, *apud* Lehr, — *Droit russe*, Vol. II, pag. 236.

medida ou sabor, acrescenta o nosso código commercial, art. 207 al. III.

4.º Sendo a coisa vendida por juncto ou a esmo (*en bloc, per aversionem*), a perda pertencerá desde logo, ao comprador, não a tendo o vendedor tomado a si por alguma clausula do contracto (ord. 4, 8, § 6.º e cod. comm. brasileiro, art. 208). E' mister ainda ponderar, com Teixeira de Freitas (1), que o perecimento imputavel á conta do comprador nas cousas que se vendem á esmo, deve ser o total, mas não o parcial. Realmente no perecimento parcial não estará forçosamente envolvida a porção comprada, pois que ainda não foi destacada. Ou, melhor, a venda em bloco não exclue a medida, para servir de base á determinação de preço. Seja uma partida de assucar a tanto cada arroba. Quando se fôr determinar o preço aferido pela quantidade, o comprador pagará necessariamente o que encontrar; mas, si o navio em que ia o carregamento sossobrar, perder-se-á forçosamente o seu conteúdo por conta do comprador.

Não obstante o vendedor tomar a si a responsabilidade, nas vendas por partidas inteiras, si o comprador tomar prova da quantidade vendida, a elle gravará depois a perda (ord. 4, 8, § 6.º *in fine*).

5.º Pertencerá tambem ao comprador a perda, ainda que a coisa seja das que se pezam, contam, medem ou provam, si a operação para a determinação da quantidade não se effectuar, no prazo marcado por culpa do mesmo comprador (2).

6.º Nas vendas a termo ou sob condição suspensiva, a perda parcial será imputada ao comprador, si tiver occorrido *pendente conditione* (ord. 4, 8 § 2.º, D. 18, 6, fr. 8).

---

(1) *Consolidação*, art. 531 § 6.º e nota.

(2) *Consolidação*, art. 536 § 8.º.

A realisação da condição faz retrahir a força vinculante do contracto ao momento de sua formação, e, pois, a theoria do direito romano, perfilhada pelo nosso, é correcta. Entretanto, si a perda fôr total, diz a lei, será imputada ao vendedor (ord. cit. § 1.º; D. cit.). Porque? Porque faltará o objecto do contracto no momento em que realisar-se o evento que vem dar existencia ao contracto. Salvo, restringe a lei, si o vendedor estiver em móra ou tardança, porque, em tal caso, *carrega-se a elle o damnificamento*.

7.º Tendo-se de fazer escriptura publica para perfeição do contracto, a perda das cousas vendidas, antes de acabado o instrumento pertencerá ao vendedor, a menos que não precedesse a tradição; mas, depois de concluida a escriptura, tudo que acontecer á cousa, reflectir-se-á sobre o patrimonio do comprador, ainda que não lhe tenha sido entregue, sem culpa do vendedor (ord. cit. § 3.º).

Todas as vezes que a perda da cousa vendida fôr a cargo do vendedor, deverá elle restituir o preço, si o tiver recebido; reciprocamente, em todos os casos em que ella fôr a cargo do comprador, terá elle de entrar com o preço, si ainda o não tiver feito (ord. cit. § 4.º).

Todas estas distincções se me afiguram subtis e ociosas, tendo, além disso, o inconveniente de prestar o flanco a interpretações cavilosas. Os principios geraes sobre a materia das obrigações de dar e sobre a extinctão do vinculo obrigatorio pelo pagamento eram sufficientes, para a solução das difficuldades, sem as oscillações e dubiedades do direito patrio, do romano e de todos que por elle se guiaram neste assumpto. O *projecto* de codigo allemão, art. 463, e o codigo hespanhol, 1460, sabiamente cortaram as difficuldades, com uma só disposição inflexivel, porém, perfeitamente adaptada, por sua amplitude, a cobrir, com seu vasto manto, as sinuosidades variadissimas dos factos.

## § 137

DAS CLAUSULAS ESPECIAES QUE PODEM SER ADJECTIVADAS AO  
CONTRACTO DE COMPRA E VENDA

Muitas clausulas e condições se acrescentam ao contracto de compra e venda, para modificá-lo, dar-lhe uma feição particular ou sómente torná-lo mais firme e seguro. Algumas dellas necessitam de ser notadas.

1.<sup>a</sup> Destacarei, em primeiro lugar, a clausula da *addictio in diem*, pela qual o contracto da venda valerá, si ninguém, até o termo de certo prazo, offerer o vendedor maior vantagem. E' uma venda condicional ou a termo, conforme as circumstancias, de condição resolutoria ou suspensiva (D. 18, 2, fr. 2). E' a este facto que os codigos tedescos chamam *Kaufbesserung* e o argentino denomina de *mejor comprador* (1369).

Apezar de preponderar, nesta clausula, o interesse do vendedor, não obstante o comprador não fica inteiramente a mercê do arbitrio. Em primeiro lugar, para que as novas offeras prefiram á primeira, é necessario que encerrem vantagens reaes, visiveis. Além disso, o primeiro comprador tem direito de preferencia si fizer, ao vendedor, as mesmas vantagens que o novo offerante, pelo que o vendedor o deve trazer ao corrente de todas as propostas que receber (1). Si, dentro do prazo fixado, não aceita o vendedor as propostas de maior vantagem, a clausula da addicção caduca, e a venda se torna definitiva.

2.<sup>a</sup> Quando o comprador estipula a seu favor a faculdade de experimentar o objecto comprado, se entende que a venda é feita sob a condição resolutoria de resilir o contracto, si se arrepender dentro de certo prazo. E' a isso

---

(1) Assim preceitua, entre outros, o codigo baltico, *apud* Lehr, *Droit civil russe* II p. 220.

que se denomina — *clausula a contento, pactum displicentiae, Reukauf*. Neste caso, o vendedor deve permittir, ao comprador, todos os actos necessarios para que elle conheça bem a qualidade e o prestimo exacto do objecto.

Si o comprador, no fim do tempo que para isso lhe foi concedido, ou depois da intimação do proprietario, não faz declaração alguma, considera-se que recusou o objecto, si este continuou sob a detenção do proprietario, ou que a venda é definitiva, si houve tradição (1). O prazo do direito romano para a duração desta clausula era de 60 dias (21, 1, fr. 31 § 22) si um outro prazo não fosse convencionado. O codigo civil geral d'Austria dá 3 dias para os moveis e um anno para os immoveis; o baltico consagra um prazo de anno e dia, sem distincção para a qualidade do objecto; o argentino não determina tempo, mas estabelece que o vendedor, quando achar opportuno, intime judicialmente o comprador, para que se decida num prazo improrogavel, com a comminação de ficar extincto o direito e resolver-se a compra. O *projecto* allemão manda julgar o prazo pelas circumstâncias.

3.ª *A clausula commissoria* consiste no ajuste de que a venda ficará desfeita, si até certo dia o comprador não effectuar o pagamento. Mas como a clausula é lançada no interesse do vendedor, findo o prazo, tem elle a faculdade ou de resilir o contracto ou de exigir o preço (ord. 4, 5 § 3.º). Não havendo prazo, o comprador só será constituido em móra depois da interpellação (2).

O codigo civil argentino, art. 1374, prohibe este pacto na venda das cousas moveis.

4.º *Pacto de retrovenda*, ou *retracto convencional* é aquelle que contém a clausula de poder o vendedor recu-

(1) Codigo civil d'Austria, arts. 1080-1081; argentino, 1377-1378; suiso das obrigações, 270-271; baltico, *apud Lehr cit*, p. 222; *projecto* allemão, arts. 471-473.

(2) Codigo civil argentino, art. 1375 e §§; baltico *apud Lehr*, cit. p. 218. O codigo civil chileno faz presuppôr o pacto commissorio em todo contracto de compra e venda (art. 1877), e fal-o prescrever em quatro annos (art. 1880).

perar a cousa vendida e já entregue ao comprador, restituindo-lhe o preço, com accrescimento ou diminuição, segundo a cousa augmentar ou decrescer de valor, ou segundo fôr determinado no contracto. E' o pacto *redimendi* ou *retrocedendo* do direito romano, o *remeré* ou *rachat* dos francezes, *Widerkauft* ou *Rückkauft* dos allemães.

Deve ser fixado um prazo dentro do qual a venda poderá ser dissolvida; mas, na ausencia de estipulação de tempo, o que deve prevalecer? Nossa lei, como o direito romano, deixa permanecer a condição resolutoria da retrovenda por um tempo indefinido (ord. 4, 4, pr.). Os commentadores, Lobão, Correia Telles, Coelho da Rocha, assignaláram o prazo de trinta annos, porque transcorrido elle, extingue-se a obrigação por effeito da prescripção. E' intuitivo que a extensão desse prazo é inconveniente e gravosa, tornando vacillantes as relações juridicas.

Mais prudentemente, os codigos modernos edictam um prazo maximo que não poderá ser excedido pelo accordo das partes. Assim o codigo civil francez (arts. 1660-1661), o italiano (1516-1517), e o hollandez (1507) prescrevem que o retracto convencional não se prolongue por mais de cinco annos nem se prorogue depois de exgottado. O argentino redul-o a tres annos (art. 1381), attendendo às más consequencias economicas que determina a incerteza da propriedade. O hespanhol (art. 1508) admite um prazo até dez annos si fôr estipulado; na ausencia de estipulação, extinguir-se-á o direito de retracto no fim de quatro annos. O mesmo espaço de dez annos foi adoptado pelo codigo civil do cantão de Zurich (art. 457). O *projecto* do senador Coelho Rodrigues adoptou o prazo maximo de cinco annos para o resgate dos immoveis e de seis mezes para o dos moveis.

Alguns dos codigos citados só toleram o vinculo de retrocessão na venda dos immoveis. Tal é a doutrina do

codigo civil d'Austria, do argentino, do italiano e dos de varios cantões suissos. O codigo civil portuguez (art. 1587) e o de Vaud (1117) foram mais radicaes, prohibindo o contracto de venda *a retro*, tanto para bens de raiz quanto para mobiliarios.

Como se vê, este pacto adjecto se acha batido por ventos contrarios, que ameaçam torcel-o, transformal-o, ou, mesmo eliminal-o dos codigos em vigencia. E não seria a peor solução esta ultima, attentas as contendadas innumereaveis e as depressões economicas resultantes do re-tracto.

Nas vendas modificadas por este pacto, a restituição deverá ser feita com os accessorios do objecto, não os fructos percebidos, tudo no estado em que se achar. As deteriorações e extravios só serão imputados a conta do comprador, si forem oriundos de dolo ou culpa. Durante o tempo em que a venda subsistiu, o comprador na qualidade de proprietario resoluvél, fará seus, todos os fructos e rendimentos da cousa comprada até que a remissão se verifique (ord. 4, 4, pr. e 4, 67 § 2.º). Restituindo o objecto, o comprador tem direito à indemnisação pelas bemfeitorias uteis e necessarias, salvo si forem maliciosamente feitas (1); mas deve entregar o objecto livre de onus.

Si o direito de recompra passar a dois ou mais herdeiros ou tiver sido constituido por dois ou mais condominos, a recuperação do objecto terá de ser feita mediante accordo de todos elles. Distribuindo-se, porém, o objecto vendido com a clausula *a retro*, por varios coherdeiros, a acção do vendedor, só poderá exercer-se contra cada um delles por sua quota respectiva (2).

---

(1) Codigo civil argentino, art. 1384; francez, 1673; italiano, 1528; hollandez, 1568; de Zurich, 515; o chileno, 1883, restringe esse direito ás despesas necessarias, e ás consentidas pelo vendedor.

(2) Codigo civil argentino, arts. 1387-1390; francez, 1670-1672; baltico, *apud* Lehr *op. cit.* pag. 221; italiano, 1520-1526.

Por alguns systemas, o vinculo da retrovenda é um direito real que acompanha o objecto e que, portanto, recahirá sobre quem quer que o detenha (1). Não assim pelo nosso direito, *ex vi* do disposto no art. 6.º do decreto hypothecario. No cantão de Zurich, para que este pacto adquira a força de crear um direito real, é necessario e bastante que seja submettido a um acto de chancellaria (cod. art. 457).

Ao pacto de retrovenda corresponde outro, o de revenda, quando é o comprador que estipula a retrocessão.

5.ª A clausula de *preempção* (ou *pacto de preferencia*) é aquella em que se estipula que, si o comprador tiver de alienar o objecto comprado por venda ou dação em pagamento, dirija-se, em primeiro lugar, ao primitivo vendedor. Em egualdade de condições, será elle o preferido para adquirente (2). Como direito meramente obrigacional nada se oppõe a que as partes o estipulem, no dominio do direito patrio; como direito real é que não existe preempção entre nós.

6.ª Ainda outros pactos accessorios podem ser addicionados ao contracto de compra e venda, comtanto que sejam honestos e conformes ao direito, segundo a faculdade estabelecida pela ord. 4, 4, pr. (3). Os que passaram agóra deante dos olhos do leitor são apenas os mais importantes. Accrescentem-se os *censos reservativos*, com o character de direitos obrigatoriaes. Censo reservativo é o contracto pelo qual o alienante de um predio impõe, ao adquirente, a obrigação de dar-lhe uma prestação an-

(1) Codigo civil hespanhol, art. 1510; francez, 1664; italiano, 1520; argentino, 1288.

(2) Codigo civil argentino, arts. 1392-1396; codigo baltico, 3929-3933. Este direito não se exerce, por nenhum dos codigos citados, contra terceiro adquirente que não esteja de má fé.

(3) Não se considera licito o pacto de não poder o comprador vender absolutamente a cousa; mas admite-se que seja limitada a sua faculdade de alienação a uma só pessoa (ord. 4, 11 § 2.º; codigo civil argentino, art. 1364). Tambem se considera licito, o pacto de, em caso de evicção, pagar o vendedor o duplo do preço (ord. 3, 45 § 3.º)

nual, em dinheiro ou em fructos. Era por direito patrio, outr'ora, um direito real. Com esse character não existe mais elle em nosso direito; mas com character de um pacto adjecto á venda de um immovel, é perfeitamente possível.

O codigo civil portuguez, art. 1707, prohibiu estes censos, entenda-se como direitos reaes, e mandou que fossem tidos por emphyteuticos os contractos que fossem estipulados com esse nome. O hespanhol, porém, os mantém, ao lado dos emphyteuticos e consignativos, com a feição de onus reaes (arts. 1604 e segs.).

O censo *consignativo*, importa n'uma constituição de renda, especie que será destacada em outro lugar.

### § 138

#### DA CESSÃO DE CREDITOS E DE OUTROS DIREITOS

A cessão de creditos e de outros direitos, sendo onerosa, regula-se pelos principios geraes do contracto de compra e venda ou permuta, sem particularidade alguma que exija determinação de normas especiaes. Quando a cessão é gratuita, deve ser regulada pelo contracto de doação, no qual realmente se resolve.

Ha creditos e direitos, porém, que se transferem de um modo especial. As letras de cambio e os titulos a ordem, por endosso; os titulos ao portador por simples tradição. Outros creditos e direitos não se podem transferir, segundo já foi observado. Os que se acham incluidos em successão futura, os montes-pios, as pensões civis e militares e em geral os direitos e acções inseparaveis da individualidade da pessoa e as cousas litigiosas, entram nesta classe.

Nas cessões de heranças já deferidas ou de successões abertas, si o cedente não enumerar as cousas que as compõem, não será obrigado a garantir sinão a sua qualidade de herdeiro e, portanto, só responderá pela

evicção, resultando ella da ausencia dessa qualidade que elle affirmou ter (1).

### § 139

#### DA VENDA JUDICIAL

Tambem importam venda e obedecem aos mesmos principios geraes, as arrematações e adjudicações determinadas pelo juiz, a requerimento das partes ou resultantes de execução de sentenças.

O comprador não adquire a posse e a propriedade sinão depois da tradição, mas logo depois da arrematação ou adjudicação correm por conta d'elle os riscos. Não está, porém, sujeito a perder a cousa assim obtida, porque a reclamem credores. As reclamações destes, quer anteriores quer posteriores à arrematação, só poderão recahir sobre o preço. Tractando-se de bens hypothecados a carta, de arrematação não se executará, sem que o objecto fique desembaraçado. A arrematação não tem força extinctiva contra esse vinculo real, salvo sendo arrematação solemne, isto é, em execução de sentença de auctoridade competente, precedida de editaes, consummada em audiencia (reg. hypothec., art. 226 § 9.º; Lafayette, *Dir. das cousas*, § 277).

Não se rescindem as vendas judiciaes por lesão enorme, nem por vicios redhibitorios, salvo havendo dolo ou sendo enormissima a lesão (ord. 4, 13). Rescindem-se, porém, pela revogação das sentenças que as motivaram e por nullidade do processo ou da arrematação (2).

(1) Código civil francez, art. 1633; italiano, 1545; hespanhol, 1531. Vide mais o § 39 (subrogação).

(2) Disposição curiosa do direito russo: «Os judeus não podem tomar parte nas vendas por arrematação de bens pertencentes ao Estado, si essas vendas forem feitas nos logares onde lhes é interdicto estanciar de um modo permanente». Lehr, — *Droit russe*, vol. II pr. 225. O mesmo regimen de excepção é mantido em relação a outros contractos. O antigo direito portuguez prohibia que os judeus *contractassem* com os christãos, sem licença regia.



## CAPITULO VII

### Da Locação

#### § 140

##### IDÉA GERAL DE LOCAÇÃO

Locação é o contracto pelo qual uma das partes se compromette, mediante um preço pago pela outra, a fornecer-lhe, durante um certo lapso de tempo, ou o uso e gozo de uma cousa infungivel ou a prestação de um serviço apreciavel economicamente, ou, finalmente, a execução de algum trabalho determinado.

E' uma especie que contém muitas variedades, como se vê da definição e se verificará dos paragraphos seguintes.

A locação é um contracto *bilateral perfeito, oneroso e consensual*, podendo ser *civil* ou *commercial*. Segundo a disposição do art. 226 do nosso codigo commercial, depende a commercialidade da locação apenas da circumstancia de ser o tempo para a sua duração determinado e certo o preço. E' claro que esse character é muito fallivel e incapaz de nos dar um criterio sufficientemente seguro, para aferirmos, por elle, a natureza da locação mercantil. Não é caracteristico dos contractos civis a indeterminação. Entretanto é esse o nosso direito, por força dos termos claros do codigo commercial, art. 226, devendo-se exceptuar somente as locações de predios rusticos e urbanos, que serão sempre civis (cod. comm. tit. unico, art. 19 § 3.º).

A divisão mais geral deste contracto é a que distribue a locação em duas classes: a *de cousas* e a *de serviços*. Entre as de cousas destacam-se o *fretamento* ou locação de embarcações, que se regula pelo codigo commercial, arts. 566 e seguintes, e a de predios que, como já se disse,

é sempre civil. A locação de bens immoveis por prazo certo toma, entre nós, o nome particular de *arrendamento*. Quanto ás locações de serviços, cumpre notar que, pelo dec. n. 213 de 22 de Fev. de 1890, foram revogadas as leis de 13 de Setembro de 1830, 11 de Out. de 1837, 15 de Março de 1879 e todas as disposições exorbitantes do direito commum relativas ao contracto de locação de *serviço agricola*. Fóra do municipio da Capital Federal, pertence exclusivamente aos Estados federados a competencia para regular as mutuas relações de direito entre o locador e o locatario no respectivo territorio (cit. dec. art. 2.º).

### § 141

#### DADOS HISTORICOS

E' certo que a locação de cousas, nos primeiros tempos, não existiu, começando, pouco a pouco, a distinguir-se da compra e venda, com a qual, aliás, se confundia ainda em tempos não muito afastados. Ha uma phrase de Festus que é bem significativa: *Venditiones dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum veniebant*. E Gaius disse: *locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni*. Cogliolo recorda mais que a *actio locati* vinha logo em seguida a *actio empti*, no Edicto. As locações perpetuas do *ager publicus*, que foram a forma romana da emphyteuse, ainda nos mostram os dois contractos em intimo contacto, assim como os arrendamentos de dez e mais annos do antigo direito portuguez.

Quanto á locação de serviços, o direito primitivo não a podia conhecer, ao menos em larga escala. Em uma sociedade rudimentar o trabalho para outrem é humilhante, si não é uma prestação de amizade ou uma cooperação de socios. A obrigação de prestar serviços cabe particularmente aos escravos e aos que se acham sob o

poder do chefe de familia. Esse regimen se foi lentamente transformando. O escravo se fez servo, collou-se á terra, enraizou-se, e, afinal, quebrou o ultimo tegumento em que se prendia a larva brilhante da liberdade, e esta creou azas, para expandir-se pelo azul. Surgiu o povo. Longo seria, e talvez descabido, acompanhar as evolutas dolorosas dessa historia.

Mas não é possível deslembrar que, com a quebra dos moldes em que fôra vaçada a sociedade antiga, determinou-se um fraccionamento de classes, cada qual procurando fazer-se forte no conflicto vital, de onde resultaram as *corporações de officios*. E' verdade que no direito romano já se encontram *collegia* ou *corpora officum*; mas foi, na idade media, que os *corps* de *metier* se organizaram, de um modo mais completo, e, ao mesmo tempo, mais autonomo, vivendo os operarios, os artifices, dentro de cada corporação como dentro de fortalezas, diz um escriptor. Em compensação, o numero dos associados se restringia, as classes se estabeleciam dentro de cada grupo, e o trabalho fôra dessas communidades era quasi impossivel, porque ellas chegaram a constituir-se forças sociaes das mais valiosas. Não havia mais a escravidão, nem a servidão do artifice. Mas ou este submettia-se ao circulo bronzeo das regulamentações da corporação de seu officio ou não poderia viver.

Desenvolvendo-se as industrias, dentro desses enjaulamentos, foi preciso quebral-os. Turgot deu o primeiro passo nesse sentido, e a revolução franceza de 1789 completou o seu trabalho.

Hoje associam-se os operarios, mas impulsionados por outras idéas, dominados por outros sentimentos. Procuram, pelas *trades unions*, fazer-se fortes contra o capital; mas é a liberdade do trabalho uma conquista incorporada ao patrimonio humano que ninguem, nem operarios nem industriaes, cogitam de eliminar. A aspi-

rações dos artifices, em nossos dias, é ter uma quota mais justa na repartição das riquezas que elles concorrem para produzir; é terem de fornecer uma somma de esforço menos exgottante. Mais gozo e menos trabalho.

### § 142

#### LOCAÇÃO DE COUSAS

A locação de cousas importa na fruição de uma cousa alheia infungivel, mediante certa retribuição. Devemos distinguir si a cousa é movel ou immovel, rustica ou urbana, porque, dahi, resultam relações que se especialisam muitas vezes, como haverá occasião para verificar-se, no proseguimento desta exposição.

Como as regras a que obedece a locação scindem-se naturalmente em dois grupos, é costume tractar em separado a locação de cousas e a de serviços. E' o que tambem faço. Mas desta divisão não se deve concluir que haveria motivo para a criação de dois contractos distinctos, pois que os caracteres essenciaes se encontram identicos nas duas variedades. Nellas só ha necessidade de destacar o que encerram de peculiar.

### § 143

#### CAPACIDADE PARA DAR E ACCEITAR EM LOCAÇÃO

Os que estão na administração de seus bens poderão contrahir obrigações, quer como locadores, quer como locatarios. Mas, para dar em locação, não é necessario ser proprietario; basta ser possuidor juridico, usufructuario ou simples administrador. O proprio locatario, si não lh'o

foi prohibido, poderá sublocar o objecto alugado ou arrendado (1).

Porém o condomino de uma cousa indivisa não poderá arrendal-a, siquer na força do que lhe caberia, si se effectuasse a divisão, sem o consentimento expresso ou tacito dos outros co-proprietarios, estatuem alguns codigos e doutrinam escriptores (2). Si cada um tem apenas uma parte idéal, como seria possivel a locação do quinhão de cada condomino, sem o accordo dos outros? Não havendo esse accordo, o recurso é fazer o arrendamento por hasta publica.

São incapazes de locar os que estão privados de comprar, como os tutores em relação aos bens de seus pupillos, os chefes do poder executivo municipal e os membros do concelho dos municipios, em relação aos bens destes e muitos outros indicados, quando se falou da capacidade para contractar e da especial para comprar e vender. Para esses paragraphos remetto o leitor (3), pois que na locação e na compra e venda se encontram as mesmas regras, segundo observára o esclarecido Gaius: *iisdem juris regulis consistit*.

## § 144

### OBRIGAÇÕES DO LOCADOR

1.º O locador deve entregar, ao locatario, a cousa alugada, com os seus accessoriões, e em estado de servir para

(1) Cod. romano, 4, 45, l. 6: *Nemo prohibetur rem quam conduxit, fruendam alii locare: si nihil aliud convenit*; cod. civil francez, arts. 1717 e 1753; chileno, art. 1916; suisso das obrigações, 285.

(2) Código civil argentino, art. 1512; portuguez, 1598; Troplong, Duranton, Aubry et Rau, patrocinam todos esta doutrina.

(3) Ord. 4, 25 e 26; alv. de 6 de Dez. de 1603; lei de 1.º de Out. de 1828, arts. 43 e 44. Os bens adjudicados e incorporados, aos proprios nacionaes, não podem ser arrendados aos devedores de quem provieram nem aos seus parentes (ord. 2, 53 § 8.º). Vide mais os §§ 57 e 131 deste livro.

o uso a que é destinada <sup>(1)</sup>, salvo si accordam as partes em firmar o contracto sobre o objecto, no estado em que elle se acha. E este facto presume-se feito pelo modo em ultimo logar indicado, quando se arrendam edificios aruinados, ou quando o locatario toma posse da cousa alugada sem exigir os reparos necessarios <sup>(2)</sup>.

Faltando o locador ao cumprimento dessa obrigação de dar o objecto em boas condições, ou demorando-se em executal-a, mais do que o tempo estipulado, póde o locatario resilir o contracto, accionando-o por perdas e danos <sup>(3)</sup>.

2.º A conservação do objecto alugado, de modo a que se mantenha sempre apto a produzir as utilidades em vista das quaes é tomado em locação, deve egualmente correr por sua conta <sup>(4)</sup>. Si, porém, depois de avisado, o proprietario não se presta a fazer os reparos necessarios, o locatario tem o direito de rescindir a locação, pedindo a indemnisação por perdas e danos, ou de fazel-os por sua conta, si forem indispensaveis <sup>(5)</sup>. As

(1) D. 19, 2, fr. 15 §§ 1.º e 8.º e fr. 24 § 4.º; codigo civil portuguez, art. 1606; francez, 1719; suizo das obrigações, 276; cod. baltico, *apud* Lehr, *op. cit.* II, p. 250.

(2) Codigo civil argentino, art. 1514; francez, 1719; italiano, 1575; hollandez, 1586; D. 19, 2, fr. 15 §§ 1.º e 2.º e fr. 19.

(3) D. *cit.* fr. 24 §§ 4.º e 33; cod. suizo das obrigações, art. 277, 2.º al.

(4) Cod. civil argentino, arts. 1515-1516; hespanhol, art. 1554, n.º 2; chileno, 1925; portuguez, 1606, n.º 2; suizo das obrigações, 276; cod. baltico, *apud* Lehr *cit.*, II p. 250. Mas não poderá fazer, durante o arrendamento, alterar a forma da cousa arrendada, ainda que seja para melhoral-a, sem consentimento do arrendatario (*projecto* Felicio dos Sanctos, art. 2096). As despezas e concertos de pequeno valor e determinados pelo uso de objecto devem ser feitas por conta do locatario.

(5) D. *cit.* fr. 19 § 2.º fr. 25 § 1.º e fr. 51; cod. civil argentino, art. 1518. Poderá descontal-os no aluguel ou terá somente o direito de retenção apoz a expiração do prazo da locação? O citado art. do codigo argentino faculta a retenção do preço do aluguel para os reparos necessarios, e, si estes forem urgentes, permite que o locatario os faça executar por conta do locador. Coelho da Rocha, *Instituições*, § 834, adopta uma doutrina semelhante.

Parece injusta essa decisão. O locatario tem o direito de rescindir o contracto, si lhe não fazem os reparos necessarios e mais o de exigir indemnisação por perdas e danos. E' isso perfeitamente justo. Mas si elle prefere continuar a utilizar-se do objecto locado, abrindo mão de seu direito de rescisão, é porque seus interesses lhe aconselharam essa resolução. E' exorbitante, dar-lhe mais o direito de, contra a

obras que fizer o locatario, entretanto, nunca deverão ser taes que alterem a forma da cousa locada (1).

Si o locador se dispuzer a fazer os concertos necessarios e, por esse facto, interromper-se, por mais de vinte dias, o gozo estipulado, total ou parcialmente, ou si esses concertos occasionarem grandes incommodos ao locatario, deverá elle reclamar uma baixa da renda, na proporção da duração dos trabalhos reparatorios. Si as reparações forem taes que tornem inhabitavel o predio, poderá, segundo as circumstancias, exigir mesmo a rescisão do contracto.

3.º Si, depois de locada, perecer a cousa, dissolve-se o contracto e o conductor, portanto, fica desobrigado de continuar a prestação da renda, pois que a locação versa exclusivamente sobre o uso (2). Havendo apenas deterioração, o conductor poderá resilir o contracto ou pedir rebate na renda (3).

4.º Todas as vezes que um caso fortuito ou de força maior, como as necessidades da guerra ou da hygiene publica, obrigarem o locatario a deixar a cousa alugada,

---

vontade do proprietario, em termos claros manifestada, fazel-o despender como e quando elle não queria. Differente é a questão da retenção por despezas. Fazendo-as por sua conta, o locatario augmentou o valor da cousa; portanto, na occasião de entregal-a, retira-as, si pôde, e, sinão, o que é o caso natural dos melhoramentos necessarios e uteis, tem direito a que se o indemnisse desses accrescimos, e o proprietario deve satisfazel-o em seu justo pedido, porque não pôde locupletar-se com o alheio.

No direito inglez, este assumpto está criteriosamente regulado. As leis dividem os melhoramentos em tres classes, segundo sua importancia. O locatario (*leaseholder*) tem direito a gozar dos de primeira classe até vinte annos, dos de segunda até sete, e dos de terceira até tres. Mas a lei não quer que os de maior vulto sejam feitos sem consentimento do dono. Si o arrendatario os fizer, não obstante, não terá direito á indemnisação (Glasson, cit. VI p. 359).

(1) Cod. civil francez, art. 1724; italiano, 1540; hespanhol, 1558; argentino, 1519; Laltico, *apud* Lehr, II p. 250. Si as obras realisadas pelo locatario tenderem a alterar a forma da cousa alugada ou a modifica-la de modo sensível, o proprietario poderá não só impedit-as, mas até demolil-as no transcurso da locação, excepto si as permittiu.

(2) Codigo civil argentino, art. 1521; francez, 1722; italiano, 1578.

(3) Codigo civil francez, art. 1722; federal das obrigações, 227, al.

poderá pedir ou a rescisão do contracto ou cessação do pagamento do aluguel pelo tempo do impedimento. Porém si o caso fortuito, que, note-se bem, é differente da força maior, não affectar a coisa mesma, subsistem inalteradas as obrigações do locatario (1).

5.º O comprador da coisa alugada ou arrendada não é obrigado a respeitar a locação feita pelo vendedor, e pôde despedir o locatario (2). Esta disposição que nos veiu do direito romano, e que é repudiada por muitos systemas juridicos, encontra em nossa lei civil muitos abrandamentos que tornam mais toleravel o seu rigor. Si no contracto de venda, o comprador obrigou-se a respeitar a locação; si depois de entrar na posse da coisa comprada, consentiu na conservação do locatario; si a coisa arrendada foi hypothecada ao cumprimento da obrigação; e si o locatario se offerecer para pagar, ao comprador, as perdas e damnos que lhe possam resultar da permanencia da locação e fôr acceito o offerecimento, deverá ella ser mantida (ord. 4, 9, pr. e § 1.º).

6.º O locador responde, pelos vicios redhibitorios e pela evicção. Mas não pelas perturbações oriundas de vias de facto. Ao locatario caberá defender-se pelos meios que o direito lhe faculta.

7.º Si o locatario abandonar a coisa locada, o proprietario tomará conta d'ella, procedendo ás diligencias que a lei aconselha, para a satisfação de seu direito.

---

(1) Codigo civil argentino, art. 1522; da Prussia, I, 21, § 383; d'Austria, 1107. Mas, si ha um perigo pessoal para o locatario em continuar a residir no predio ou si o local se manifesta notavelmente insalubre, é accetivel sua reclamação para desfazer o contracto (cod. baltico, *apud* Lehr, II p. 251).

(2) Ord. 4, 9, pr.; codigo civil d'Austria, art. 1120, varios *Landrechte* allemães; codigo baltico, *apud* Lehr, II, p. 251. Em contrario dispõem o codigo civil franceez, art. 1743; italiano, 1597 e o portuguez, 1619, que não decretam a rescisão dos arrendamentos por transmissão da propriedade, salvo si esta resultar de expropriação, e, em alguns casos, de execução (codigo civil portuguez, arts. 1629 e segs.). No mesmo sentido o projecto allemão, art. 509.

## § 145

## DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO LOCATARIO

1.º Enquanto durar o tempo da locação, tem o locatario direito de reter o objecto locado, pagando o aluguel ou renda nos prazos convencionados, para d'elle tirar as utilidades para a obtenção das quaes lhe foi elle cedido. Si essas utilidades não estão especificadas no titulo do contracto, deduzem-se do destino proprio do objecto e das circumstancias (1). Mas, utilizando-se do objecto locado, deve ter cuidado com a sua conservação, respondendo pelos prejuizos causados por sua culpa ou mesmo do acaso, si responsabilisou-se por elle, ou si occorreram em consequencia de ter sido o objecto applicado a fins prohibidos. E' indifferente que o damno provenha de acto seu ou de prepostos ou de sublocatarios (2).

2.º Occorrendo algum facto de extranho, tendente a usurpar o objecto que se acha na sua detenção, é dever do locatario leval-o ao conhecimento do locador (D. eod. fr. 11 § 2.º).

3.º Findo o prazo da locação, tem o locatario a obrigação de restituir o objecto, no estado em que o recebeu, presumindo-se que se achava em bom estado, si não houver prova em contrario (3). Aquellas deteriorações, porém, que são consequencias naturaes do uso a que foi destinado o objecto, não podem ser imputadas á conta do locatario, si não resultarem de negligencia ou dolo seu.

4.º Si deixar de fazer a entrega, no tempo determinado,

(1) D. 19, 2 fr. 25 § 3.º; codigo civil francez, art. 1728; argentino, 1554; italiano, 1583; hollandez, 1596; portuguez, 1608 § 1.º; chileno, 1938.

(2) Cod. romano, 4, 65, l. 3; codigo civil francez, arts. 1729 e 1735; argentino, 1556, 1559 e 1561; italiano, 1583 e 1584; portuguez, 1608 §§ 2.º e 3.º. Si o incendio não provém de caso fortuito provado ou de vicio de construcção, mandam os codigos que se impute ao inquilino (codigo civil francez, art. 1733; italiano, 1583).

(3) Codigo civil francez, arts. 1730-1731; hespanhol, 1561-1562; argentino, 1615-1616; italiano, 1586-1587.

sendo para isso intimado, pagará, ao locador, a renda que este arbitrar pela demóra e chamará, sobre si, a responsabilidade por quaesquer damnos que a cousa venha a soffrer, ainda que provenientes de caso fortuito ou força maior (1).

5.º Não é lícito ao locatario reter o objecto locado, sob pretexto de dominio seu ou de terceiro. Só poderá usar do expediente da detenção para o fim de obter indemnização por bemfeitorias uteis ou necessarias (2). Mas será absurdo que alguém, alugando, por erro de facto, um objecto seu, tenha de restituil-o a um não dono.

Cessará o direito de retenção por parte do locatario, e a cousa, consequentemente, será entregue ao locador, si requerida a liquidação das bemfeitorias, este caucionar ou depositar o valor affirmado pelo locatario.

6.º Além da obrigação de conservar e restituir o objecto, tem o locatario a de pagar a renda ou aluguel nos prazos convencionados, ou, na falta de ajuste, conforme o costume. Si havia prazo estipulado e a locação foi dissolvida por culpa sua, terá que pagar como si continuasse no gozo do objecto (3).

A renda póde consistir em dinheiro ou em quaesquer outras utilidades. Consistindo em fructos e deixando de ser paga em tempo, será necessario distinguir si seu retardamento foi doloso ou não. Si o foi, serão acceitos os fructos pelo preço minimo que tiveram entre a epocha do

---

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 230; a ord. 4, 54, pr. commina a pena de pagar o valor do objecto além de restituil-o, mas, como diz T. de Freitas, *Consolidação*, nota 16 ao art. 662, tornou-se obsoleta essa pena.

(2) Ord. 4, 51 §§ 1.º e 4.º As despesas voluptuarias não dão logar á retenção, ainda que autorizadas pelo proprietario. Si a suspensão dellas fór possível, sem damnificação da cousa alugada, é lícito retiral-as; do contrario acompanharão a cousa ainda que o proprietario não as queira pagar.

A regra do texto abrange as bemfeitorias uteis e necessarias feitas com ou sem auctorisação do proprietario. Differentemente se procede em relação ás casas (vide o § 148).

(3) Cod. comm. brasileiro, art. 228 *in fine*; civil francez, 1760, argentino, 1556.

vencimento e a da prestação. Si não, sel-o-ão pelo preço medio. Sobre as variações de cambio observar-se-á a mesma regra, quando para o pagamento se tiver escolhido uma *certa moeda*.

### § 146

#### TERMO DA LOCAÇÃO

A locação termina:

- 1.º Pela extinção da cousa locada.
- 2.º Pela rescisão do contracto, nos casos em que tem elle cabimento.
- 3.º Findo o tempo.

Si findo o prazo, o conductor continúa no uso da cousa, entende-se renovado o contracto, nos mesmos termos do anterior, ao que alguns chamam recondução tacita, excepto si consta em forma legal, a vontade em contrario do locador. E' a doutrina do codigo civil francez, arts. 1739 e 1759, assim como do hollandez e de outros que, neste particular se acham em harmonia com a ord. 4, 23 § 1.º, onde se diz que si ao locador não satisfaz mais o convenio, deve, antes de terminar o prazo da locação, prevenir o locatario, e, si é este que não deseja mais continuar, deve proceder do mesmo modo. Outros codigos, como o da Russia e o argentino, recusam-se a reconhecer a recondução tacita; ainda outros acceitam-na mediante restricções de tempo. O de Vaud, o d'Austria, o da Baviera pertencem a esta terceira classe.

4.º Não havendo tempo determinado, termina a locação pela vontade de qualquer das partes. Entretanto, tractando-se de predios em geral, devem as partes fazer a sua declaração em tempo. Mesmo havendo prazo marcado, a vontade accorde das partes pôde pôr termo á existencia do contracto.

5.º Pela imprestabilidade da cousa ao fim a que é destinada, pelos vícios redhibitorios, por caso fortuito que tenha impossibilitado iniciar a utilização ou continual-a depois de iniciada.

6.º A locação, em regra, não acaba por morte da pessoa que a contractou; passa aos seus herdeiros (ord. 4, 45 § 3.º). A mulher quando toma conta dos bens, até então administrados pelo marido, o filho dos que estavam confiados á gestão do pae, o menor dos que estavam entregues á direcção do tutor, devem manter as locações aprazadas, anteriormente feitas sem fraude, si não excederem a tres annos (1).

7.º A fallencia do locador ou do locatario, e a incapacidade que a qualquer delles sobrevenha, determina a dissolução do contracto de locação (2).

8.º Cessando a locação, resolvem-se as sublocações, salvo o direito do sublocatario para exigir as indemnizações, si o prazo de seu contracto ainda não estiver terminado. Si, porém, a cessação da locação deu-se por confusão ou consolidação, isto é, si o primitivo locatario adquiriu a qualidade de proprietario, não ha razão para que se extingam as sublocações por elle feitas, antes ha para que se corroborem.

## § 147

### DA DURAÇÃO DO ARRENDAMENTO

Nosso direito permite arrendamentos a longo prazo, tanto para os bens de particulares quanto para os nacionaes, sem comtudo fixar a duração maxima. E' fóra de

---

(1) E' o que ensina Coelho da Rocha, § 840, aliás contra a opinião de T. de Freitas, que entende ser a aquisição de capacidade uma causa de resolução dos arrendamentos (*Consolidação*, nota 3 ao art. 653).

(2) T. de Freitas, — *Consolidação*, nota 3, art. 653; cod. chileno, 1968.

duvida que os arrendamentos por trinta e mais annos trazem embarços á alienação dos predios apezar de permittir nosso direito que o comprador não respeite as locações anteriores a seu titulo de aquisição, porquanto o arrendatario terá sempre acção contra o primitivo proprietario e este terá interesse em evital-a. Egualmente, na partilha entre os successores do arrendatario e do arrendador, novas difficuldades apparecem. Além disso, o rendeiro, *maxime* sob a espada de Damocles aquella disposição de nosso direito que lhe não garante a permanencia no gozo do predio, jamais cultivar-o-á e melhora-o-á com o desvelo e o interesse de um dono. De modo que uma razão de economia social allia-se a outra de aperfeiçoamento e facilidade no funcionamento das relações da vida e do direito, para que se condemnem, dada a nossa organização da propriedade, os arrendamentos a prazos extensos, aliás de pouco uso.

O direito romano dava ás locações de mais de dez annos o character de usufructo ou de emphyteuse, transformando-se, por esse modo, um vinculo obrigacional em direito real. A' mesma orientação obedecem os redactores do codigo philippino (3, 47); mas o alvará de 3 de Nov. de 1757 retirou esse character de direito real aos arrendamentos «que não fossem verdadeiros aforamentos por tres vidas, com inteira translação do dominio util».

Foi um progresso. Porém era preciso dar ainda um passo além. Fizeram-no outros codigos, como o argentino, art. 1505, que não permite arrendamentos excedentes a dez annos.

O codigo italiano (art. 1571) permite arrendamentos até trinta annos. Tractando-se de casas, poderá esse prazo prolongar-se por toda a vida do arrendatario e mais dois annos em seguida. Si os terrenos são absolutamente incultos, e sendo locados com a condição de serem desbravados e culturados, poderão ser arrendados por

mais de trinta annos, porém menos de cem. Os simples administradores, porém, os tutores em relação aos bens do pupillo, o marido em relação aos bens da mulher, só têm faculdade para arrendar por prazo de nove annos (art. 1572).

O código civil hespanhol, sem determinar prazo maximo para os arrendamentos em geral, não permite, comtudo, que o marido arrende por mais de seis annos, os bens da mulher, nem o pae os do filho, nem o tutor os do pupillo, nem o administrador os que gere, si não tem, para esse particular, um poder especial (art. 1548). Além disso, estatue que as locações de immoveis não terão effeito sinão forem devidamente inscriptas no registro da propriedade (1549).

O código civil portuguez e o suiso das obrigações não se preoccupam com os prazos dos arrendamentos. O *projecto* allemão permite os prazos mais extensos, porém, excedendo a trinta annos, poderá o arrendatario ou o arrendador, decorrido esse tempo, rescindir o contracto (art. 523). Esta disposição, entretanto, não se applica aos arrendamentos feitos por toda a vida de um dos contractantes. O *projecto* Felicio dos Santos não quer que os arrendamentos se prolonguem, de um jacto, por mais de trinta annos; mas deixa que sejam prorogados.

O direito russo não se pronuncia pela fixação de prazos maximos, porém, commina a pena de nullidade ao arrendamento cuja duração não é determinada no titulo do contracto, ou por uma data fixa ou por outra circumstancia (1)

Na Inglaterra, em vista da sua especial organização da propriedade territorial, esta questão é capital. Ha, pelo direito inglez, duas especies de arrendamentos: um de termo determinado (*leasehold*) e outro sem determinação

---

(1) Lehr, — *Droit russe*, II p. 242.

de termo (*tenancy at will*). A duração do arrendamento da primeira classe varia de novecentos e noventa e nove annos (*long leasehold*) a sete (*for ordinary terms*), bem que estes periodos nada tenham de obrigatorios.

Os arrendamentos a termo fixo não são muito communs, bem que quasi todas as casas da grande capital britannica sejam, segundo nos diz Glasson, arrendadas a prazos de oitenta annos. E', porém, a grande aspiração dos cultivadores de terras, arrendal-as sempre a prazos longos, e os agronomos e economistas apoiam-lhes essa ambição, porque seria essa a melhor solução para o bom aproveitamento dos campos, em grande parte propriedade dos *landlords* que se acham delles perpetuamente afastados. Inventou-se mesmo a clausula North, para conciliarem-se os interesses, compromettendo-se o proprietario a renovar o arrendamento, por um tempo egual ao do primeiro periodo, si forem pelo arrendatario realisados certos melhoramentos previamente estipulados (1).

### § 148

#### PARTICULARIDADES DOS ALUGUEIS DE CASAS

Não havendo tempo determinado para a extincção da locação de casas, entende-se que é feita ao mez, por semestre ou por anno, conforme o costume do lugar (2). Trinta dias antes de findar o contracto, si houve tempo determinado, deve o locador intimar o inquilino para despejar a casa ou a continuar a locação si lhe convier (ord. 4, 23 § 1.º). Intimado o inquilino, si nada responder dentro de tres dias, ficará obrigado ao preço pelo periodo

(1) Glasson, — *Institutions d'Angleterre*, VI, p. 357-358.

(2) Coelho da Rocha, — *Inst.*, § 841; codigo prussiano, art. 1623. São varios os prazos designados pelos diversos codigos.

ordinario de outro aluguel (ord. cit.). Não tendo havido intimação do senhorio, está no arbitrio do inquilino continuar ou não por outro periodo, pagando a renda (ord. cit. § 2.º).

São essas as disposições da lei, que refere-se particularmente a casas, mas que, visivelmente, póde comprehender quaesquer predios, inclusive os frugiferos. Acresce que não são de uso frequente, entre nós, os arrendamentos de casas urbanas. Estas são, commumente, alugadas sem contracto escripto e *ad libitum* dos inquilinos, excepção feita das grandes propriedades que quasi sempre são arrendadas <sup>(1)</sup> e dos predios onde funcionam estabelecimentos industriaes ou mercantis.

Antes de findar o prazo do contracto, nos arrendamentos de casas, e agora sómente a esta especie se applica o que vae ser dicto, poderá o inquilino ser despejado pelo locador, nas hypotheses seguintes: 1.º, si não pagar o aluguel nos prazos convencionados ou costumeiros (ord. 4, 24, pr.); 2.º, si damnificar a casa ou della fizer uso para fins illicitos, como tavolagem e alcouces (ord. cit.); 3.º, si a casa necessitar de concertos incompativeis com a permanencia do inquilino. Acabados os reparos, preencher-se-á o tempo do arrendamento, não mettendo-se em linha de conta o tempo em que o inquilino esteve privado do gozo da habitação (ord. cit.); 4.º, si, por caso novo e imprevisto, o proprietario precisar do predio para sua moradia ou de seus filhos e irmãos (ord. cit.). E' certamente esta uma disposição injusta e offensiva da boa fé e inviolabilidade dos contractos, e anarchisadora dos principios juridicos em materia obrigatoria. Neste caso, accrescenta ainda a lei requintando em rigor, não se admitte opposição suspensiva do inquilino, ainda mesmo a titulo de bemfeitorias auctorizadas pelo senhorio. Todavia a praxe

---

(1) T. de Freitas, — *Consolidação*, nota 22 ao art 668.

tem conseguido embotar os golpes desta espada legal que não é a de Themis, estabelecendo, que, tanto neste caso de necessidade imprevista que da casa tenha o proprietário, como no caso de terminação de seu arrendamento, possam os inquilinos retel-as, para serem indemnizados das bemfeitorias feitas com expresso consentimento do senhorio, provado *incontinenti*; e que haja sempre a intimação previa dos trinta dias para effectuar-se o despejo<sup>(1)</sup>.

Pelo código philippino, a acção de despejo das casas é summaria (4, 24 § 1.º) e a de cobrança de alugueis é executiva, (4, 23 § 3.º e 57 § 1.º)<sup>(2)</sup>.

Os moveis que se acham na casa estão sujeitos à penhora executiva, ainda que não pertençam ao inquilino. Tendo sido a penhora injustamente feita, por já estar o proprietario pago do aluguel ou de parte d'elle, incorrerá na pena de satisfazer, ao inquilino, o tresdobro do que lhe pediu de mais, continuando este a morar na casa o tempo necessario para tal satisfazer-se (ord. 4, 23 § 3.º).

Os inquilinos podem conservar-se nas casas, por tanto tempo, quanto baste para reembolso das decimas que pagarem, por não tel-o feito o proprietario nos prazos da lei (reg. de 1.º de Out. de 1842, art. 12. § 4.º).

## § 149

### ALGUMAS PARTICULARIDADES DO ARRENDAMENTO DOS PREDIOS FRUGIFEROS

O rendeiro de predio frugifero deve cultivar-o, segundo o costume do lugar, e sempre de modo a não prejudicar o

(1) T. de Freitas, — *Consolidação*, nota 27 ao art. 670. O código civil francez só concede ao locador o direito de despedir o locatario antes de terminado o prazo do contracto, si resalvou tal faculdade por alguma clausula expressa (art. 1761). A mesma cousa dispõe o código civil italiano, art. 1612.

(2) *Vide* o reg. do Estado de Pernambuco para a execução da lei n. 15 de 14 de Nov. de 1891, em seu art. 205 § 5.º.

proprietario, ou damnificar o predio, pois que a damnificação poderá ser motivo de rescisão do contracto e de indemnisações (1).

Na falta de declaração em contrario, finda-se o arrendamento com a terminação da colheita (2).

Havendo perda total dos *fructos pendentes*, ficará o rendeiro desobrigado de pagar a renda do anno em que soffrer esse prejuizo. Si, porém, a perda fôr parcial, mas sufficientemente gravosa, de mais da metade, dizem os codigos, em geral, satisfará a sua pensão entregando ao senhorio o resto da colheita, com resalva das sementes, não ficando, aliás, isempto de, com os accrescimos dos annos abundantes, saldar o debito em que ficar, urgido pela penuria dos annos escassos (ord. 4, 27, pr. e § 1.º). O codigo civil francez, art. 1769 e o italiano, 1617 em circumstancias identicas, mandam fazer um abatimento no preço da locação, cuja estimação se fará no fim do arrendamento, para que entrem no calculo os bons e maus annos de fruição. Entretanto permitem que a auctoridade judiciaria provisoriamente dispense o locatario de pagar uma parte do preço, em razão de perdas soffridas.

O arrendatario pôde tomar a sua conta os riscos solitos e insolitos, por uma estipulação expressa; mas, em caso algum, lhe poderão ser imputados os damnos oriundos de actos do proprio senhorio. E uma clausula geral de renuncia de riscos não abrange tambem a perda total ou parcial da cousa arrendada (3).

A esterilidade das terras não constitue fundamento

---

(1) D. 19, 2, fr. 25 § 2.º; codigo civil francez, arts. 1766-1767; italiano, 1615-1616 portuguez, art. 1627; hespanhol, 1577.

(2) Codigo civil francez, arts. 1774-1775; italiano, 1622-1623; hespanhol, art. 1577; portuguez, 1628.

(3) Coelho da Rocha, — *Instit.*, § 845.

sufficiente para que o rendeiro peça diminuição na renda (1).

O rendeiro que sahir deve permittir, ao que entra, o uso de accomodações necessarias para que este comece o trabalho, e reciprocamente, o rendeiro que entra deve facultar, ao que sahe, o uso do que lhe é necessario para colher os fructos e utilidades, conforme o costume do logar (2).

### § 150

#### LOCAÇÃO DE SERVIÇOS

A locação pessoal, como chamam alguns codigos, ou de serviços, comprehende quatro variedades: a locação de serviço em geral, o *serviço domestico*, a *empreitada* e a *recovagem* ou *barcagem*.

Locação de serviços em geral, o *Dienstvertrag* dos codigos allemães, é o contracto pelo qual uma pessoa se obriga a prestar certos serviços a uma outra, mediante uma remuneração. Poderão esses serviços consistir no emprego do vigor muscular, em uma assistencia exigindo conhecimentos profissionaes ou em outras prestações similhantes. Nesta variedade estão comprehendidos os empregados do commercio, os artistas, os medicos, os preceptores, os jornaleiros e todos os operarios cujos trabalhos não se incluem nos paragraphos seguintes.

Os effeitos deste contracto se determinam pelas normas geraes das obrigações de fazer.

---

(1) Codigo civil portuguez, art. 1639; hespanhol, 1575. O rendeiro deve conhecer as terras que arrenda. Si, porém, a esterilidade provém de um accidente occorrido apoz a locação—inundação, secca ou outro, o facto entrará na regra geral dos que determinam perda total ou parcial dos fructos.

(2) Codigo civil francez, art. 1777; hespanhol, 1578; italiano, 1625.

## § 151

## DO SERVIÇO DOMESTICO

Na variedade—*serviços domesticos*, entram os que prestam criados de servir, jardineiros, cocheiros, cosinheiros, copeiros, amas de meninos, moços de hotéis e cafês, comtanto que essas pessoas estejam contractadas por tempo, mais ou menos longo, e vivam ou, ao menos, se nutram na casa do patrão. Não se dando essas circumstancias, os serviços que prestarem taes pessoas entrarão na categoria contemplada no paragrapho anterior.

As relações destas pessoas tambem se regulam pelos principios das obrigações de fazer; mas algumas particularidades existem que devem ser destacadas.

Os menores e as mulheres podem locar seus serviços, mas mediante auctorisação dos paes dos primeiros e dos maridos das segundas (ord. 1, 88). Não ha prazo fixo para esta especie de contracto, mas não são admittidas locações por toda a vida, porque resultariam em servidões contrarias ao direito actual. Aos menores de doze annos não deve soldadas quem os alimentou e vestiu até essa idade, preceituam algumas leis. A ord. 1, 88 § 12 dá mesmo direito, a quem criou um orpham até sete annos, para que se utilise de seus serviços por mais sete.

O locatario, isto é, quem paga o salario é obrigado a essa paga e a tractar o seu assalariado com brandura e respeito; a cural-o de molestia proveniente do serviço. Tem direito de despedil-o quando lhe approuver, comtanto que lhe pague a soldada, de accordo com o contracto si houver, ou até o dia em que houve prestação de serviço. Tem o direito de descontar, no salario, o damno causado pelo locador (ord. 4, 35, pr.).

O locador é obrigado: 1.º, a fazer todos os serviços que o amo lhe ordene, salvo si são illicitos, deshonestos, su-

periores ás suas forças ou si foi contractado para serviço determinado (ord. 4, 31, § 12 *in fine*); 2.º, a empregar todo zelo e fidelidade no serviço a que foi destinádo. Tem direito de despedir-se immediatamente por maus tractos que lhe infrinja, por trabalhos excessivos que exija e por actos immoraes a que o induza o amo. E' tambem justa causa de rescisão do contracto a necessidade de exercer cargos publicos e cumprir obrigações legaes, quando houver incompatibilidade entre esses actos e a continuação do serviço.

A acção para pedir a soldada é summaria (1).

### § 152

#### DA EMPREITADA

Dá-se o contracto de empreitada, quando o locador de serviços se obriga a fazer ou a mandar fazer, para outrem, certa obra, mediante uma retribuição determinada ou em proporção com o trabalho executado (*projecto Felicio dos Sanctos*, art. 2152).

Si os materiaes são fornecidos pelo empreiteiro, o contracto se approxima da compra e venda; e o risco da encommenda corre por conta d'elle até o acto da entrega, salvo si houve demora, da parte do locatario, em receber-a (2).

---

(1) São os direitos e deveres essenciaes do locador e locatario de serviço que aqui se indicam. Os detalhes são excusados, maxime nesta materia que deve ser regulada por leis municipaes e regulamentos policiaes. Deve digo, porque deste cahos ainda não surgiu o kosmos.

(2) Cod. comm. brasileiro, art. 231; civil francez, 1788; argentino, arts. 1629-1631. Discutem alguns escriptores sobre si realmente é um contracto de compra e venda a empreitada em que o locador fornece os materiaes. Troplong julga que é compra e venda e as *Inst.* 3, 25 § 4.º lhe dão razão, assim como o codigo civil d'Austria, art. 1158. Aubry et Rau acham que é um contracto mixto; Duranton e Duvergier, que é sempre uma locação. Não comprehendo quasi como se possa dissentir desta ultima opinião.

Quando o locatario fornece os materiaes, o risco destes corre por sua conta, quer estejam em obra quer não, excepto si houve culpa ou móra da parte do empreiteiro ou de seus officiaes. Neste caso, o empreiteiro não terá direito a pedir salario algum, excepto si, estando a obra concluida, o locatario tiver sido negligente em recebê-la ou si da má qualidade dos materiaes é que resultou o extrago ou anniquilamento da obra empreitada (1).

Deve o empreiteiro fazer o trabalho, conforme o ajuste e segundo as indicações do dono da obra, ou, em falta dellas, conforme as regras da arte. Si o proprietario quizer usar de seu direito de alterar o plano primitivo, terá tambem o locador direito de requerer novo ajuste (cod. comm. brasileiro, art. 233).

Ainda que encareça o valor dos materiaes e da mão de obra, o locador não pôde pedir augmento do preço, quando a obra foi contractada por uma somma determinada (cod. civil argentino, art. 1633; francez, 1793).

Concluida a obra de accordo com a convenção ou na forma do costume geral, o locatario é obrigado a recebê-la; mas poderá engeital-a si, em sua confecção, tiver o empreiteiro desprezado as indicações dadas ou os preceitos geralmente adoptados. Si preferir, poderá pedir abatimento no preço (cod. comm. brasileiro, art. 234).

O empreiteiro é obrigado a pagar os materiaes que recebeu para fazer alguma obra, si, por impericia os inutilisar, sem conseguir realisar o artefacto encommendado (cod. comm. brasileiro, art. 235).

O dono da obra poderá desistir, por seu arbitrio, da construcção della, ainda que esta se ache iniciada; mas terá que indemnisar o empreiteiro de todas as despesas,

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 232; civil francez, 1790; argentino, arts. 1630-1631; D. 19, 2, fr. 13.

do trabalho, e das utilidades que poderia ganhar com a execução do contracto (1).

Quando a obra fôr encommendada por peças ou medida, sem se fixar quantidade certa de peças ou medidas, qualquer das duas partes contractantes poderá dar por acabado o contracto, quando lhe aprouver, pagando o locatario a obra feita (2).

O empreiteiro é responsavel pelos actos de seus operarios, mas tem acção regressiva contra elles (3). Estes, por seu turno, têm direito de embargar, nas mãos do locatario, a quantia sufficiente para que sejam pagos os seus jornaes devidos (4).

«A morte do empreiteiro dissolve o contracto de locação de obra, diz a lei, mas, quando a materia tiver sido fornecida pelo empreiteiro, é o locatario obrigado a pagar aos herdeiros ou successores daquelle, na proporção do preço estipulado na convenção, o valor das obras feitas e dos materiaes apparelhados» (5).

Os herdeiros poderão, entretanto, continuar a construcção da obra, si ella não exigir do constructor qualidades especiaes e o locatario convier.

Póde tambem resolver-se o contracto por desaparecimento ou fallencia do empreiteiro.

Nestes contractos não ha rescisão por lesão, em beneficio do mestre de obra (ord. 4, 13 § 8.º).

---

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 236; civil argentino, 1630; francez, 1794; italiano, 1641; hollandez, 1647; chileno, 1999.

(2) Cod. comm. brasileiro, art. 237; civil argentino, 1639; francez, 1794; italiano, 1641; da Prussia, 906.

(3) Cod. comm. brasileiro, art. 238; civil argentino 1631; francez, 1797; italiano, 1644; D. 19, 2, tr. 25.

(4) Cod. comm. brasileiro, art. 239; civil argentino, 1645; francez, 1798; italiano 1645; hollandez, 1651.

(5) Cod. comm. brasileiro, art. 240; civil francez, arts. 1775-1776; argentino, art. 1640; italiano, arts. 1642-1643; bavaro, 4, 6, § 7.º.

## § 153

## DA RECOVAGEM E DA BARCAGEM

*Recovagem* é o transporte por terra ou por agua de pessoas ou cousas, sejam estas bagagens ou mercadorias.

*Barcagem* é esse mesmo contracto de transporte, mas exclusivamente por agua.

Sob qualquer das duas formas é esse transporte um contracto que participa da locação de obras e do deposito.

Como o nosso codigo commercial manda considerar locação mercantil toda aquella cujo preço fôr fixado e o tempo determinado, por esse mesmo criterio devemos nos guiar para sabermos si a *recovagem* ou *barcagem* é mercantil ou civil. Mas, perante a doutrina, não basta este criterio. Sempre que o transporte fôr organizado por empresa ou companhia regular e permanente, deve ser julgado mercantil, pois que a característica da especulação ahí se manifesta. Sendo mercantil o contracto, regular-se-á pelo disposto no codigo commercial, arts. 99 a 118. Sendo civil, segundo os principios geraes dos contractos de locação e deposito, no que lhe forem applicaveis.

Recorde-se, entretanto, para maior esclarecimento: 1.º, que os recoveiros e barqueiros são havidos por depositarios dos objectos que transportam, e, portanto, responsaveis pelas perdas e avarias que estes soffrerem, não provindo de caso fortuito ou força maior; 2.º, que devem transportar os objectos na primeira viagem que fizerem, respondendo por perdas e danos, si não fizerem o serviço no tempo convencionado; 3.º, que terão direito de receber, ao terminar o serviço, o preço convencionado ou o costumado, e mais as despesas que a conducção, extraordinariamente, lhes tiver occasionado, em attenção ao

objecto; 4.º, para haverem seu pagamento têm direito á retenção dos objectos conduzidos.

### § 154

#### OUTRAS VARIEDADES DA LOCAÇÃO

Alguns codigos e alguns escriptores se occupam, além das formas a que me tenho referido, da *alquilaria* ou aluguel de animaes, do contracto de *albergaria* ou *pousada* e do de *apprendizagem*. Mas não se acham relações de direito ali de tam especiaes modelagens, salvo quanto á ultima variedade talvez; que exijam normas particulares, por não se adaptarem facilmente aos principios geraes da locação.

Em rapido bosquejo, deixarei aqui, portanto, só os traços mais geraes do contracto de aprendizagem, pelo qual uma das partes se obriga a ensinar a outra (quasi sempre um menor devidamente auctorizado) uma industria ou um officio. O aprendiz deve zelar os interesses do mestre e obedecer a suas ordens razoaveis, e o mestre é obrigado a fornecer-lhe o necessario para sua subsistencia, si o aprendiz morar com elle, e dar-lhe a conveniente instrucção. Não pôde o mestre exigir serviços excessivos de seu discipulo. E' uma questão que implica directamente com as boras de trabalho exigiveis de um operario e que a economia politica actualmente procura delimitar, attendendo aos reclamos das classes desprotegidas da fortuna que se vêem a mercê das exigencias dos capitalistas e industriaes: O codigo civil portuguez, art. 1427, marcou, para o aprendiz menor de 14 aunos, um maximo de nove horas de trabalho, e, para os maiores de dezoito, um maximo de doze horas. Evidentemente está muito aquém das generosas aspirações da consciencia esclarecida dos modernos economistas, essa disposição

que exige de uma creança um trabalho de sete horas da manhã a seis da tarde, com intervallo de duas horas para refeições, e que não distingue o menino de oito do menino de quatorze annos. Mas, deixando essa questão, que é do dominio da economia politica, á qual, sem duvida, o direito civil tem que pedir esclarecimentos de momento á momento, digam-se mais algumas palavras sobre a aprendizagem.

Smith condensou, em poucas phrases, o que ha de essencial neste contracto, como existe no direito norteamericano. Transcreverei algumas dellas: «O mestre póde e deve proteger seu aprendiz e são reciprocos esse direito e esse dever. E' justificavel o ataque de um em defeza do outro, si este outro foi aggreddido e um recurso á força tornou-se necessario para a protecção do offendido. O mestre póde tambem pedir compensação por offensas feitas a seu aprendiz, quando fôr privado dos serviços d'elle, e geralmente é responsavel, para com o aprendiz, pela execução de todos os deveres exigidos pelas relações existentes entre ambos, e por todas as estipulações estabelecidas no contracto» (1).

A inexecução das obrigações contrahidas por qualquer das partes, o mau tractamento do mestre e o mau procedimento do aprendiz, são causas de rescisão do contracto (cod. civil portuguez, art. 1425).

Termina elle por morte de uma das partes, por accordo reciproco, e pelo chamamento do mestre ou do discipulo ao desempenho de cargo publico ou serviço imposto por lei, quando houver incompatibilidade entre esses actos e a continuação da aprendizagem.

---

(1) *Elements of the laws*, pags. 149-150.

## CAPITULO VIII

### Do Contracto de Edição

#### § 155

##### PRIMEIRAS NOÇÕES

Contracto de edição é aquelle em que um auctor entrega uma producção sua, scientifica, litteraria ou artistica, a um editor, afim de que este a reproduza por um processo mechanico, a publique e a espalhe pelo publico (cod. fed. das obrigações, art. 372).

Este contracto é *consensual*, *bilateral*, naturalmente *oneroso* e *aleatorio*; mas este ultimo character poderá faltar, conforme as circumstancias.

São os codigos de origem tedesca que se occupam directamente deste contracto (1); mas incontestavelmente offerece elle uma figura original que se não pôde resolver em nenhuma das outras dos contractos classicos. Ahi encontra-se a compra e venda tanto de cousas quanto de direito; compra do manuscripto e das idéas nelle externadas, ou, antes, da forma pela qual são essas idéas expostas; e compra do direito de publicar; e é justamente esse o objecto essencial do contracto de edição. Mas não ha somente compra e venda, sob um aspecto particular, ha tambem alguma cousa da locação de serviço, feição que se manifesta claramente, quando se consideram as obras de encomenda, as collaborações de revistas e jor-

---

(1) *Landrecht* prussiano, 1, 11 § 1171; o cod. civil saxonio, arts. 1139-1149; o austriaco, 1164-1171; o suizo das obrigações, 372-391 e o baltico, 3881-3894. O projecto do senador Coelho Rodrigues (arts. 843-864) seguiu a mesma trilha. Os outros codigos civis, o portuguez, o mexicano e varios outros não olvidaram o assumpto, mas não o destacaram como uma figura especial de contracto. Tambem não o esqueceu o *Esboço* de Teixeira de Freitas, arts. 2815-2836.

naes, e outros trabalhos semelhantes; e ha, finalmente, alguma cousa da sociedade. Entretanto não se confundem as relações dos escriptores e editores com as dos locadores e locatarios de serviços. Estamos, pois, deante de «uma figura juridica complexa, constituindo uma categoria contractual autonoma», como diz Vidari (1).

Será *civil* ou *commercial* este contracto? O codigo commercial italiano, art. 3.º, enumerando os actos de commercio, incluye, sob o numero 10—*empresas editoras, typographicas e livrarias*. Por este motivo encontra-se em Vidari o assumpto do contracto de edição entre os mercantis. A razão, porém, não é sufficiente, pois que ahi não se fala propriamente da especie. As empresas editoras são mercantis, porque seus actos contém as características da *mediação* e da *especulação*, essenciaes para determinar a commercialidade de um acto. Mas resta ainda saber si, no pacto formado entre o auctor e o editor, e não na edição propriamente dicta, se deparam aquellas duas características. Evidentemente não ha tal, em relação ao auctor, embóra o possa acontecer em relação ao editor. O auctor é um productor; si aliena as suas producções mediante remuneração, esta recahirá sobre o seu proprio trabalho. O editor poderá ser um commerciante especulando sobre as vendas de livros e outros productos congeneres; ou será um não commerciante que, por este ou aquelle motivo, visando lucro ou não, publica uma ou outra obra isoladamente.

Consequentemente, o contracto de edição não é de sua essencia mercantil, e quando revista esse character sel-o-á somente em relação ao editor.

O mesmo em relação ao contracto de representação, quer o firmado entre o auctor e o empresario, quer o firmado entre este e os comediantes.

(1) *Corso de diritto commerciale*, vol. IV, n. 4120.

## § 156

## NOÇÕES HISTÓRICAS

A historia do contracto de edição é a historia do direito auctoral (1).

Sobre esse assumpto, já tive occasião de externar-me. Reproduzirei as considerações então feitas, mas condensando-as (2).

Sem duvida alguma, a antiguidade não pôde ser accusada de ter desconhecido o valor economico, monetario, das obras d'arte, sciencia e litteratura. Gellius nos conta que Aristoteles comprára as obras de Speusippo por tres talentos atticos, isto é, cerca de sete contos de réis de nossa moeda. Podemos suppor, com Lewes (3), que ha certo exaggero nessa narrativa; mas a existencia da tradição a que ella se reporta, por si só, nos convence de que a valorisação das obras litterarias não era desconhecida.

Os sophistas, é sabido, fizeram do ensino da sciencia uma rendosa fonte de receita. E' certo que Platão não lhes perdoava essa venda da sciencia, dominado pelo mesmo espirito que, mais tarde, fez Ulpianus dizer da jurisprudencia: *est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio numerario non sit aestimanda nec deshonestanda* (D. 50, 13, fr. 1 § 5.º). Tambem Ulpianus diz que aos philosophos não cabe litigar por honorarios como aos professores communs, porque *hoc primum profiteri eos oportet mercenariam operam spernere* (D. cod. § 4.º). E' força confessar que, nos espiritos de elite, predominava este modo de ver, mas é porque todos pensavam que as producções do engenho humano, estando acima de qual-

(1) Vide as minhas *Licções de legislação comparada*, pags. 77-85.

(2) *Revista Academica* da Faculdade de Direito do Recife, 1892, pags. 27 e segs.

(3) *The history of philosophy*, vol. 1, p. 277.

quer avaliação pecuniaria, deviam prescindir della, e ainda mais, deixal-a á margem, como si não existisse.

Entretanto, os livros celebres, os quadros e estatuas dos mestres adquiriam preços extraordinarios, surprehendentes. Ptolomeu Evergeta, segundo referem historiadores antigos, obteve, para o museu de Alexandria, pela quantia de quinze mil escudos, as obras de Sophocles, Euripedes e Eschylo, dando mais, ao proprietario dos manuscritos originaes, copias das mesmas obras, cuidada e artisticamente feitas. A traducção da biblia, mandada executar por Ptolomeu Philadelpho e conhecida pelo nome de versão dos setenta, custou quantiosos dispendios (1).

As obras de estatuaria, de pintura, de esculptura tambem se avaliavam por alto preço. Lucius Crassus, o argentario de requintado gosto artistico, pagou cem mil sestercios, por um par de taças primorosamente lavradas; e jarros havia, de fino lavor oriental, que se vendiam por mais de cem mil sestercios cada um, isto é, por perto de dez contos de réis de nossa moeda.

Não faltava, pois, valor ás obras de arte, de litteratura e de sciencia. Mas, até então, o contracto de edição não se havia esboçado sequer (2). Apenas o elemento economico de onde ellé devia surgir se condensava e revigorava.

Na idade media ainda não se havia definitivamente condensado a nebulosa do direito dos auctores. Somente depois da descoberta da imprensa e da gravura, tornando-se possivel a multiplicação dos escriptos e das obras d'arte, é que se viu que havia ahi um campo ubertoso a explorar industrialmente, é que entrou, em sua phase de

(1) Draper, — *Les conflits de la science et de la religion*, p. 14.

(2) Existia o livreiro (*bibliopola*) que fazia, muitas vezes, em Roma, as funcções de editor, tendo a suas ordens os *scribae* ou amanuenses, a quem confiavam a tarefa da copia. Mas ainda essa figura juridica,—o contracto de edição, não conseguira se desagregar da nebulosa originaria (*Vide* Levy Jordão, — *Memoria sobre a Propriedade litteraria entre os romanos*).

progressiva elaboração, o direito auctoral, e com elle se tornou possível o pacto editorial, como figura obrigacional distincta.

A principio concediam-se privilegios aos livreiros para editarem as obras dos escriptores antigos e modernos; depois esse privilegio foi tambem outhorgado aos auctores, e desta forma, evitava-se a contrafacção, e a industria typographica explorava, com vantagem, a diffusão dos trabalhos intellectuaes. E' na velha Albion que se nos revelam esses primeiros esforços; mas são casos esporadicos ainda, como os privilegios de Reginaldo Walfe, sobre todas as obras que *propria sua industria, diligentia atque labore acquisivit*, de John Palsgrave e o direito exclusivo que tinha a universidade de Oxford, de transcrever e reproduzir livros (1). Depois apparecem a ordenança da cidade de Nuremberg (1623), para reprimir a contrafacção independentemente de concessão de privilegio e outros actos legislativos, tendentes a firmar o direito dos auctores (2). Afinal esse direito se firma e o contracto de edição se desenha em traços nitidos, embora nem todos os codigos o regulamentem como deveriam.

## § 157

### DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO AUCTOR

1.º O auctor ou seu representante legal deve entregar, ao editor, no prazo convençionado, a obra prompta para ser publicada, respondendo pelo *damnum emergens* e *lucrum cessans*, si deixa de fazel-o, além de sujeitar-se á resilição do contracto por parte do editor. Não havendo, porém, um prazo fixado, e como pôde ser objecto do con-

(1) Lyon Caen et Paul Delalaïn, — *Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique*, vol. I pags. 255 e segs.

(2) *Op. cit.* vol. I, pag. 51 e segs.

tracto uma obra ainda não composta, é livre o auctor de entregal-a quando lhe convier, mas restando ao editor, o direito de desistir do negocio, si não chegam a um accordo sobre a epocha da tradição do manuscrito (1).

2.º O auctor deve ter o direito de dispor de sua producção, no momento em que a transfere ao editor, sob pena de responder por perdas e danos, si lhe faltar essa condição elementar e essencial. «Si toda a obra ou parte della já foi cedida a um outro editor, ou si o cedente sabe que ella foi publicada, por qualquer modo, é obrigado a declarar-o antes de concluir o contracto» (cod. suisso das obrigações, art. 374).

3.º Enquanto não se exgottarem as edições a que tem direito o editor, não póde o auctor dispor da obra no todo ou em parte (cod. cit. art. 375).

4.º Os artigos de jornaes e de revistas podem ser reproduzidos em outra parte pelo auctor ou seus representantes (2).

5.º O auctor tem o direito de fazer, em sua obra as correções e melhoramentos que julgar necessarios. Si, por esse facto, impuzer despezas imprevistas ao editor, tem este direito á indemnisação; mas não poderá ser tirada uma nova edição de qualquer obra, sem que se proporcione, ao auctor, oportunidade para revel-a e melhoral-a. Esse direito é pessoal; não passa aos herdeiros do auctor (cod. cit. art. 379). Por seu lado, o editor poderá oppor-se ás alterações que prejudiquem seus interesses, offendam a sua reputação ou augmentem a sua responsabilidade.

6.º Si o editor, tendo direito a mais de uma edição de uma obra ou a todas mesmo, desdenha de preparar

(1) Código baltico, *apud* Lehr, op. cit. II, p. 298.

(2) O código suisso das obrigações faz distincção entre artigos extensos que fazem parte de uma obra collectiva ou de uma revista e os pequenos escriptos. Aquelles, só depois de tres mezes podem ser reproduzidos. Mas creio que essa restricção não poderá ser imposta ao direito do auctor sem convenção ou lei expressa.

nova, depois de exgottada a ultima, o auctor (ou seus representantes) póde, segundo o preceito do codigo suisso das obrigações que me tem servido de guia, neste assumpto, demandal-o perante a auctoridade judiciaria, para que, dentro de um certo prazo, cumpra esse dever, sob pena de perder os seus direitos em relação á mesma obra (art. 380).

7.º O direito de permittir as traducções é do auctor, mas elle poderá cedel-o tambem ao editor quando alienar-lhe a obra ou sómente uma edição della (art. 382).

9.º O auctor estipulará sua remuneração no momento de fazer a cessão de sua producção. Não o fazendo, manda o já citado codigo que seja ella fixada pelo juiz, ouvindo previamente alguns peritos (art. 383); salvo si houve renuncia presumivel de qualquer paga. E' tambem possivel que os honorarios do auctor dependam da venda; e, então, se estabelece, entre elle e o editor, uma sociedade em conta de participação ou de communhão accidental (codigo baltico, arts. 3989-3991).

10.º Fallindo o editor, dissolve-se o contracto.

11.º Os direitos e obrigações que decorrem do contracto de edição passam, em seu aspecto economico, aos herdeiros de ambas as partes contractantes. Mas, decorridos dez annos, apoz a morte do auctor, extingue-se o direito de seus herdeiros (codigo penal brasileiro, art. 345) e, consequentemente, os de seu editor (1).

---

(1) A duração do direito auctoral é perpetua, no Mexico (cod. civil, art. 1259); em Guatemala (dec. de 29 de Out. de 1879, art. 5.º); na Venezuela (lei de 12 de Maio de 1887, art. 2.º); é de oitenta annos, a contar da morte do auctor, na Hespanha, na Italia e na Colombia; de cincoenta, na França, na Belgica, na Hungria, na Dinamarca, na Noruega, em Portugal, na Russia, na Finlandia, na Bolivia; é de trinta, na Allemanha e na Suissa; de vinte no Peru; de cinco prolongaveis a dez no Chile; e extingue-se com a vida na Turquia.

## § 158

## OBRIGAÇÕES E DIREITOS DO EDITOR

1.º Pelo contracto de edição, o editor adquire o direito exclusivo de publicar e explorar a obra d'arte, de litteratura ou de sciencia. A elle cabe fixar o numero de exemplares de cada edição; mas não poderá, contra reclamação do auctor, reduzir a tiragem de modo que a obra não tenha divulgação sufficiente. Tambem não se entende que seu direito abranja mais de uma edição, si essa vantagem não resultar, expressa ou implicitamente, da convenção firmada entre elle e o auctor (1).

2.º A forma em que tiver de ser publicada a obra deve ser a mais adequada a realçar a sua importancia; não podendo o editor fazer abreviações, addições ou modificações que não tenham sido consentidas pelo auctor (cod. suisso, art. 378).

3.º Ao editor compete o direito de fixar o preço de venda; mas sem poder elevá-lo a ponto de impedir a diffusão da obra (2).

4.º Percendo a obra depois de entregue ao editor, a elle será imputada a perda. E nem será isso razão para que se excuse de pagar os honorarios do productor. Mas si o auctor ainda possue outro exemplar, é justo que o forneça ao editor; e mesmo, si lhe não fôr difficil refazer o trabalho, no caso de lhe não restar copia, deverá prestar-se a isso, mediante uma justa indemnisação (3).

## § 159

## FORMA DESTE CONTRACTO

Não existindo lei, entre nós, que regule o contracto de

(1) Cod. suisso das obrigações, art. 377; baltico, *apud* Lehr, II pags. 298-299.

(2) Cod. suisso cit., art. 378; baltico, *loco citato*.

(3) Cod. suisso cit., art. 387; baltico, *loco citato*.

edição, não ha uma forma especial para elle, podendo ser concluido de viva voz ou por escripto, segundo as normas do direito commum. Mas a natureza mesma das relações, entre o auctor e o editor, pede uma constatação por escripto.

A maioria das leis dos diversos paizes, falo daquelles em que é regulado este assumpto, não exigem forma especial para o contracto de edição. Fazem excepção, a esta regra geral, a Grã-Bretanha, os Estados-Unidos da America do Norte e a Hespanha. Na Inglaterra, as cessões dos direitos de auctor devem ser inscriptas em um registro existente na secretaria da companhia de livrarias. Na União norte-americana devem ellas ser feitas por escripto e registradas na secretaria do bibliothecario do congresso. Na Hespanha ha tambem um registro da propriedade intellectual destinado ao mesmo fim (1).

---

(1) Lyon-Caen et Paul-Delalain, *op. cit.* vol. I, pags. LX-LXI.



## CAPITULO IX

# Da Sociedade

### § 160

#### CONCEITO GERAL

Preferível ás definições do nosso e do direito francez julgo a do codigo suizo das obrigações, art. 524: « Sociedade é o contracto pelo qual, duas ou mais pessoas convencionam unir seus esforços ou seus recursos, no intuito de conseguirem um fim commum ».

A ord. 4 44, o codigo civil francez, art. 1832; o argentino, 1648; o italiano, 1697; o hollandez, 1655; o hespanhol, 1665 e o chileno, 2055, querem que a utilidade, que determinou a colligação dos individuos em uma sociedade, seja apreciavel em dinheiro. E' tambem o parecer de alguns juristas, Savigny e Troplong entre elles. E não trepidam em excluir da definição as irmandades religiosas, as sociedades de beneficencia, as litterarias e as scientificas.

O aguçado senso juridico de nosso Teixeira de Freitas não se havia submettido a esse *idolum tribus*, reconhecendo que o conceito da ordenação era incompleto, como tambem o é o daquelles corpos de leis que se acamam no mesmo leito.

O verdadeiro e exacto conceito deste contracto, em toda a sua amplitude, nos dá o codigo suizo das obrigações, no art. citado, no que foi acompanhado pelo *projecto* allemão, art. 629, onde se lê: « Pelo contracto de sociedade, os associados se obrigam a fazer as entradas promettidas para attingirem o fim commum accordado entre elles ». Este fim commum será mais commummente lu-

crativo, sob o ponto de vista economico; porém poderá ser extreme de todas as preoccupações interesseiras, como já o comprehendera bem o direito romano (1). Nem porque falhe esse interesse economico existirá menos vivaz a cooperação, a transformação dos associados em membros ou orgams de um ser de ordem diversa, membros ou orgams por tal forma submettidos á lei da mutualidade que, agindo para si, dentro do circulo traçado pelo fim social, trabalham para todos os consocios, e, applicando-se no interesse da communhão, reverterá o resultado de seu esforço em proveito proprio. E são justamente esses predicados que caracterisam uma sociedade, de qualquer ordem e especie que ella seja, tanto as naturaes como as nações e as familias ou sejam artificiaes como as que se baseiam em contracto. E', afinal, tambem esta a idéa que resalta do recente decreto de 10 de Setembro de 1893, art. 3.º, que, na largueza de seus termos, abrange todas as sociedades contractuaes, ou tenham por fim um lucro pecuniario ou qualquer outro desses que falam ao espirito sem engrossar a bolsa.

O contracto de sociedade é *bilateral*, *oneroso* e *consensual*. Poderá ser *civil* ou *commercial*, conforme tenha ou não um fim mercantil por sua propria natureza ou porque a lei o considere assim. Diz-se tambem que a sociedade é *especial* em anthithese á *simples*, quando alguma particularidade a caracteriza, pedindo normas especiaes. E' *particular* ou *universal*, segundo abrange todo o patrimonio dos socios ou somente uma parte delle. O codigo da Prussia, art. 176, não permite sociedade universal, aliás regulada pelo direito romano (2), a não ser entre conjuges.

(1) No direito romano realmente, as sociedades não tinham sempre por objectivo a especulação mercantil ou industrial. O sentimento de affeição pessoal era preponderante na formação desse contracto e o dominava para todos os effeitos (Bonjean, *op. cit.* II, p. 467). Os socios eram irmãos. Donde o *ius fraternitatis*.

(2) D. 17, 2, fr. 1 § 1.º e fr. 5. Ulpianus distinguia cinco variedades diferentes de sociedades no direito romano: 1.º a *societas totorum bonorum*, que comprehendia

O código civil francez (art. 1837) e o hespanhol, (1674, al.), excluem da sociedade universal os bens não adquiridos a título oneroso, apoz a formação da sociedade. Em direito patrio, a sociedade universal é possível; mas rara, a não ser entre conjuges. E toda ella será civil, porquanto as commerciaes, são, por essencia, particulares.

O contracto de sociedade civil deve ser formado por escripto particular ou publico (cod. comm. brasileiro, art. 300), salvo quando affectar figura differente das previstas no código commercial ou fôr em conta de participação (citado cod. arts. 304-305). Na sua generalidade, dos códigos civis estrangeiros, porém, não pedem forma especial para os contractos de sociedade, salvo si as entradas constarem de immoveis, ou quando são especiaes as sociedades.

Quanto ao registro, esse não existe no direito civil patrio para as sociedades, sinão o do dec. de 10 de Setembro de 1893, para as associações moraes, politicas, religiosas, e o das sociedades anonymas.

## § 161

### HISTORICO

As palavras *societas*, *socius*, *socienus*, indicavam, no direito romano primitivo, — a *communio pro diviso et pro indiviso*. As aggremações de pessoas teleologicamente unificadas formavam corporações e collegios de que se encontram vestigios em tempos remotos, mas que não podiam ser, a esse tempo, entes juridicos, excepção feita do Estado, da *gens* e, depois, do municipio.

---

todos os bens presentes e futuros, mesmo os provindos a título gratuito; 2.º as *alicujus negotiationis*; 3.º as *unius rei*; 4.º as *cectiga les* formadas pelos publicanos, para a cobrança do imposto; 5.º as *omnium quae ex quaestu veniunt*, que não comprehendiam os bens resultantes de successões, doações, legados ou quaesquer outras aquisições gratuitas.

Mais tarde o espirito de associação se foi desenvolvendo e o conceito de sociedade se foi consolidando. Já na epocha republicana, tinham grande importancia as *societates publicanorum*, reconhecidas e protegidas pelo Estado, as *argentariae* e as *venalicioorum*.

Qualquer, porém, que tenha sido a contribuição dos antigos em relação á criação e desenvolvimento desta figura de contracto, desse modo de combinar esforços, é incontestavel que foi, na idade media, principalmente, nas cidades italianas, e quando o commercio, a navegação e, em geral, a industria, recommçavam a transformar os elementos de vida então existentes, preparando as bases da vida moderna, que mais frequentes e mais felizes tentativas de associações se fizeram. No seculo actual, a tendencia para a associação se diffundiu por tal modo, e tam maravilhosos resultados hão colhido os que se deixaram conduzir por essa tendencia que, por toda parte, mesmo entre os povos menos preparados pela cultura, o individuo já quasi não se abalança a emprehender a exploração de uma industria ou a realisação de um negocio de certa importancia, ou a consecução de um beneficio moral ou economico de algum vulto, sem que procure repartir, com outros, os riscos e os proventos.

E a cooperação, sob as suas tres formas, de produção, de consumo e de credito, é o melhor attestado que se pôde dar da verdade dessa asserção. E não quero affirmar que os antigos desconhecessem as cooperativas. A erudição moderna, com uma opulencia pasmosa de documentos, me provaria, ao contrario, que na Phenicia, em Carthago, na Judéa, na Grecia e na China, houve sociedades cooperativas, em tempos bem afastados de nós, que, em Roma, os *collegia opificum* dos carpinteiros, dos

louceiros, dos sapateiros, dos ourives, dos tocadores de flauta, etc., remontam aos inícios da grande cidade, ao tempo de Numa, diga-se, aliás sem fazer-se cabedal da existencia desse favorito da nympha Egeria. Não será um individuo; será uma epocha. Eu quero somente affirmar que, em nosso tempo, se alargou, avolumou e aprofundou o espirito de associação, mais do que em era alguma da vida humana, talvez porque a consciencia da solidariedade se vae clareando, apoz tantos tropeços e tantos erros, tantos desvios e tantas quedas, que, infelizmente, serão esquecidas pelas soffridas hoje e pelas a soffrer no futuro.

Pondo, agóra, de lado estas considerações, terminarei este paragrapho, com uns lances de olhos sobre a sociedade segundo a comprehendeu o direito patrio. Começou elle por assimilar *companhia* a sociedade. A ord. 4, 44 inscreve-se:—do contracto de sociedade e companhia. Depois chamou-se companhia especialmente a associação incorporada por acto do poder publico, por alvará de instituição, como a *companhia de commercio do Brazil* (alv. de 10 de Março de 1649), a do *Grão Pará e Maranhão* (alv. de 7 de Julho de 1755), a *companhia geral de commercio de Pernambuco e Parahyba* (alv. de 13 de Agosto de 1759).

Ao tempo do codigo do commercio, companhia é o nome dado exclusivamente ás sociedades anonymas, aliás tractadas ahi anteriormente, ás sociedades em geral e das diversas modalidades, sob as quaes se nos apresentam ellas nesse corpo de leis, como si os principios reguladores dessa especie nada tivessem de commum com os das outras categorias.

## § 162

## DOS SOCIOS, SEUS DIREITOS E OBRIGAÇÕES

São socios as pessoas que, nesse caracter, entram para a formação da sociedade, no momento em que ella se constitue, as que são, depois, admittidas por alguma clausula do pacto social ou por contracto posterior com todos os socios, ou, emfim, por todos os modos compativeis com o direito e com a indole da sociedade.

Ha, em geral, tres categorias de socios: os *communis*, os socios *administradores* ou *gerentes*, e os *ostensivos* em opposição áquelles cujos nomes não apparecem nas transacções. Em attenção ás varias modalidades de sociedade, podem elles ser de *industria*, *capitalistas*, de *responsabilidade limitada*, de *responsabilidade indefinida*. O socio ostensivo poderá, muitas vezes, entrar somente com o seu nome. Em tal caso será reputado socio em relação aos terceiros com quem a sociedade obrigar-se, mas não em relação aos verdadeiros socios, ainda que lhe dêem estes algum interesse (cod. civil argentino, art. 1668). Não têm qualidade de socios os herdeiros de qualquer dos socios, a menos que se não convencie em contrario; nem aquelles a quem os socios acaso cedam os seus direitos, o que, aliás, é illicito, em vista da terminante disposição do art. 334 de nosso codigo commercial. O socio somente a outro socio poderá fazer cessão de seus direitos, somente por outro socio poderá fazer-se substituir no exercicio de suas funções. Para que escolha um terceiro em qualquer destes casos será necessario que os outros associados dêem a sua acquiescencia, pois seria absurdo que se lhes impuzesse um companheiro a contragosto, quando, pelos actos d'elle, podem ser compromettidos os haveres que puzeram em *commun* e mesmo os seus patrimonios particulares. Poderá, entretanto, associar o terceiro a sua

parte, formando uma especie de subsociedade, *sem que por este facto o associado fique considerado membro da sociedade* (cit. art. 334).

Mas si, não obstante a prohibição da lei, houver a cessão a um não socio, será nullo esse contracto perante o nosso direito. E' a verdadeira solução; mas outros codigos, como o argentino, art. 1674, dizem que a cessão, não obrigando a sociedade, produzirá seus effeitos entre o cessionario e o cedente, ficando este constituido em mandatario do primeiro.

As obrigações dos socios começam da data do contracto ou da epocha nelle designada para esse effeito, e acabam depois que fôr dissolvida a sociedade, si se acham satisfeitas e extinctas todas as responsabilidades sociaes, segundo se lê no art. 329 do nosso codigo commercial.

A primeira destas obrigações é realisar sua entrada, consista ella, na tradição de algum objecto, no uso de algum outro, na entrega de sommas de dinheiro, na cessão de creditos ou siquer na sua industria. E os socios respondem á sociedade pela evicção, pelos vicios redhibitorios dos bens que trouxeram, e pelos juros da móra na entrega dos mesmos.

Depois de entregues os bens das entradas dos socios, a propriedade delles é adquirida pela sociedade; bem se vê, quando é a propriedade que se transfere e não o uso. Consequentemente, quando ella se dissolver, não terão elles direito algum a empolgal-os, ainda que se conservem no mesmo estado.

As prestações consistentes em trabalho ou industria se regularão pelas obrigações de fazer. Não as podendo satisfazer o socio que as prometteu, dissolver-se-á o contracto; si porém, houver somente uma interrupção não culposa, haverá logar para uma diminuição proporcional nos lucros. Havendo culpa, terão os outros socios direito

de dissolver a sociedade ou continual-a com exclusão do relapso.

Os lucros e perdas serão distribuidos entre os socios, pelo modo estipulado no contracto, e, no silencio deste, entender-se-á que todos os socios têm direitos a partes eguaes (1). Mas os lucros illicitos adquiridos por um dos socios não se communicam aos outros, nem tambem a responsabilidade, porque a causa originadora desses proventos é criminosa e a imputação criminosa é sempre pessoal (ord. 4, 44, § 3.º). Si houver, entretanto, communicação de facto, cada um dos socios é obrigado a restituir o que recebeu do consocio delinquente, si este tór condemnado á restituição; e, si tinham conhecimento da fonte criminosa desses ganhos, tornam-se complices (2).

Os socios têm obrigação de zelar, com especial cuidado, pelos interesses da sociedade (Inst., 3, 26 § 9.º). Uma das applicações mais notaveis deste principio é a que se encontra, na maioria dos codigos, em relação aos debitos de pessoas que são, ao mesmo tempo obrigadas para com a sociedade e para com um socio em conta particular. A somma recebida pelo socio, ainda que elle a impute exclusivamente á extincção de sua obrigação particular, será dirigida, pela metade, á satisfacção da obrigação social. Mas quando, por louvavel escrupulo ou generosi-

---

(1) Ord. 4, 44, § 9.º; cod. suiso das obrigações, art. 530; projecto allemão, 617. Principio diverso e mais equitativo adoptou o cod. commercial brasileiro, art. 330, em relação ás sociedades mercantis. Ali a distribuição de lucros e perdas é feita em proporção ás quotas de entrada. No mesmo sentido, o codigo civil portuguez, art. 1262 e o francez, 1853.

Quanto ao socio de industria, diz ainda o cod. commercial brasileiro, art. 319, que, na falta de clausula expressa no contracto, terá direito a uma parte nos lucros igual ao socio capitalista de menor entrada. Mas si houver somente um socio capitalista? perguntam alguns juristas. Parece-me subtil a duvida. Na hypothese figurada, como somente um socio capitalista existe, igual á sua quota de lucro deve ser a do industrial. E' o que diz o art. 319 e é o que resulta ainda da applicação dos principios do direito civil patrio, subsidiario das disposições lacunosas do commercial.

(2) Ord. 4, 44 § 3.º; cod. penal, art. 21 § 3.º.

dade, fizer a imputação integral sobre o credito social, será cumprida essa estipulação (1).

Em virtude do mesmo principio, o socio responde a seus co-associados pelos damnos que lhes haja causado, sempre que negligenciar os negocios sociaes, sem poder compensar esses prejuizos com lucros que em outras transacções lhes possa ter dado, pois que, trabalhando com solicitude e promovendo vantagens á sociedade, não fez mais do que cumprir o seu dever (2).

Quanto ás despesas que fizerem os socios, cumpre distinguir. Serão imputadas á conta da sociedade se feitas para seu funcionamento normal, ainda que não lhe produzam os proventos esperados. Lucrativas ou não, foram ellas feitas em beneficio da sociedade (ord. 4, 44 § 11). Porém as despesas particulares dos socios só devem pezar sobre o patrimonio exclusivo daquelle que as fez, mesmo quando tenham sido ellas occasionadas por motivo de serviço da sociedade (ord. cit.). Si distrahiu quantias do patrimonio commum para negocios seus deve restituil-as com os juros.

No silencio do contracto social, a respeito da faculdade para administrar o patrimonio social, ficará ella ampliada a todos os socios; e o que cada um delles fizer obrigará a sociedade, como acto de um mandatario. Mas qualquer dos outros poderá oppor-se ás operações por elle praticadas, antes que hajam produzido effeito (3).

---

(1) Codigo civil argentino, art. 1728; francez, 1848; italiano, 1712; chileno, 2032; portuguez, 1256.

(2) D. 17, 2, fcs. 25, 26, 47 § 1.º e 48; codigo civil argentino, arts. 1722 e 1725; francez, art. 1859; hollandez, 1668; hespanhol, 1686; portuguez, 1258; chileno, 2093; suisso das obrigações, 538; baltico, *apud Lehr*, op. cit. vol. II, pag. 311. O codigo d'Austria não segue a mesma regra emquanto á compensação. E em relação á extensão da solicitude dos socios, é esse como observa Habertisch (*Droit federal des obligations*, III, p. 22), um problema psychologico cuja solução é facilmente sujeita a erros. Em todo o caso, os actos que excedem de certa bitola se podem facilmente classificar.

(3) Codigo civil argentino, arts. 1676-1677; francez art. 1859; chileno, 2081; italiano, 1723; hollandez, 1676; portuguez, 1270.

Alguns escriptores, assimilando, de um modo completo, as sociedades politicas, ás economicas e ideaes, não admittem que estas se constituam sem um poder director especializado, esquecidos de que a similhaça não é tamanha, e mais ainda deslembrados de que as pequenas corporações politicas, por muitas vezes, na historia, dispensaram as delegações, funcionando todos na administração, na direcção dos negocios sociaes.

Mas o estado normal é realmente o da delegação; sendo um ou mais socios os representantes, os mandatarios da sociedade.

Esse mandato poderá ser feito, no contracto social, por uma clausula especial ou depois de constituida a sociedade (1). No primeiro caso, não será revogado sinão por causa legitima, cuja gravidade auctorise essa modificação no pacto social; e o socio, que fôr assim nomeado o gerente dos negocios sociaes, poderá executar juridicamente todos os actos de administração commum, ainda que os outros se lhe opponham (2). E a razão é clara. Esse mandato faz parte das estipulações do contracto social e subsistirá com elle; desaparecendo, é porque dissolveu-se o pacto. Salvo, portanto, culpa grave ou incapacidade sobrevinda ao administrador nomeado por esse modo; seu mandato deve-se considerar permanente, perpetuo, poder-se-á dizer, visto como perdura tanto quanto a sociedade.

Si o mandatario não se conformar com a deliberação de seus co-associados, caberá ao juiz decidir o conflicto.

Nas sociedades anonymas, porém, diga-se de passagem, sejam civis ou commerciaes, os mandatarios serão temporarios, revogaveis, reelegiveis, socios ou não socios,

---

(1) Nas sociedades em commandita, os nomes dos gerentes devem ser indicados no acto constitutivo da sociedade (dec. 164, art. 35 § 2.º).

(2) Codigo civil argentino, art. 1631; francez, 1856; hollandez, 1673; suisso das obrigações, 539; portuguez, 1266; chileno, 2075.

estipendiados ou gratuitos; não podendo cada mandato exceder o prazo de seis annos (dec. 164, art. 9.º).

Ainda mesmo nomeado no contracto social, e agóra volto, de novo, a encarar a sociedade em geral, o gerente será dimissível pela maioria, si não fôr socio. Embóra a habilitade dessa pessoa tenha influido para a entrada de alguns socios, não são identicas as situações, quando o gerente é socio e quando não é. No primeiro caso, a gerencia é a condição da entrada do socio, á qual os outros prestáram sua acquiescencia. No segundo, absolutamente não se dá essa hypothese, e, portanto, assim como a maioria poude constituir poderá revogar o mandato.

Si o poder de administrar tiver sido conferido, por uma convenção ou acto posterior ao contracto social, será revogavel, como qualquer outro mandato, por decisão da maioria dos socios; e as relações do gerente para com a sociedade submeter-se-ão, em tudo, ás regras do mandato.

A extensão dos poderes do gerente, no silencio do pacto fundamental e de alguma deliberação tomada pela sociedade, se determinam pelo objecto e fim da sociedade. Todos os actos de gestão poderão ser por elle praticados; mas para transigir, renunciar direitos, alienar, hypothecar ou empenhar bens da sociedade, deve ter faculdade expressa nos estatutos. Egualmente, sem declaração em contrario, a prestação de contas de sua administração deve ser dada annualmente (dec. 173 de 10 de Set. de 1893, art. 7.º § 3.º).

Quando a gerencia é confiada a dois ou mais socios, sem discriminação de funcões, e sem que se estipule que devem agir conjunctamente, têm todos poderes eguaes, podendo cada um praticar separadamente todos os actos de administração e, ao mesmo tempo, oppor-se ás operações dos outros, contrarias aos interesses sociaes, antes

que tenham produzido effeitos legaes (1). Estipulando-se que os administradores devem agir em concorrência, serão actos exorbitantes do mandato os praticados com exclusão de algum, ainda que ausente, salvo nos casos em que a demora importaria em prejuizo grave e irreparavel á sociedade.

As obrigações contractadas por todos os socios conjuntamente ou por um d'elles, em virtude de mandato, responsabilisa a cada um por uma porção viril, ainda que as quotas ou partes que tenham elles no haver social sejam desiguaes. A divida se distribuirá em partes iguaes *pro numero virorum* (2).

O socio que agir em nome da sociedade, sem estar para isso convenientemente habilitado, não obrigará a sociedade, si não reverter em proveito della o negocio realisado (3).

Todos os associados terão direito de voto nas assembleas geraes, e as resoluções serão tomadas por maioria de voto, salvo estipulação em contrario.

### § 163

#### DA PERSONALIDADE CIVIL DAS SOCIEDADES

Si a sociedade constitue um ser juridico, tendo obrigações e direitos distinctos de seus associados, não lhe deve negar a sciencia uma personalidade juridica. E justamente isso acontece na maioria dos casos. Mas nem sem-

(1) Codigo civil francez, art. 1857; italiano, 1722; hollandez, 1675; federal suisso 532-534; argentino, 1692; *projecto* Coelho Rodrigues 890-891.

(2) T. de Freitas—*Consolidação*, nota 13 ao art. 754; codigo civil argentino, art. 1747; francez, 1862-1863; italiano, 1726-1727; hollandez, 1680; chileno, 2095. O principio da solidariedade é admittido pelo cod. suisso das obrigações, art. 544, salvo convenção em contrario.

(3) Codigo civil francez, art. 1864; italiano, 1728.

pre as leis se têm apressado em fazer essa declaração. A lei belga de 18 de Maio de 1873, art. 2.º, reconhece a personalidade civil das sociedades em nome colectivo, em commandita simples e por acções, anonymas e cooperativas. E' realmente o que dizem os principios do direito. Desde que a sociedade tem patrimonio e direitos proprios, se lhe deve reconhecer a personalidade juridica. No direito commercial, assim tem sido mais geralmente entendido. Na França, apesar do silencio do codigo, é essa a tradição. Na Allemanha e na Hollanda, diz Asser (1) a sociedade em nome colectivo tem «uma personalidade meramente formal, sem outro effeito além de lhe permittir parte independente nos actos juridicos e nos processos. O nome colectivo ou a razão social não é mais que um modo abreviado de designar todos os associados; o estabelecimento, a séde da sociedade constitue o domicilio commum dos associados, para os negocios sociaes». Isto, aliás, está de accordo com a indole particular desta sociedade, cujos socios são solidaria e indefinidamente responsaveis, que soffrem a fallencia em que incorrer a sociedade, embóra a reciproca não seja exacta (2).

Quanto às sociedades anonymas, obedecendo hoje aos mesmos principios, quer o seu objecto seja civil quer commercial (dec. 164, art. 1.º), são necessariamente dota-

(1) *Eléments de droit international privé* § 100.

(2) O dec. 967 de 24 de Out. de 1890, art. 72, assim se expressa: «A fallencia da sociedade em nome colectivo, de capital e industria e em commandita simples ou por acções, acarreta a de todos os socios pessoal e solidariamente responsaveis.

«§ 1.º A de qualquer ou de todos os socios pessoal e solidariamente responsaveis não produz a da sociedade em nome colectivo, de capital e industria e em commandita simples ou por acções, si não se acharem tambem em estado de fallencia, considerando se, porém, dissolvidas para entrar em liquidação».

O codigo suiço das obrigações não se pronunciou sobre a personalidade juridica da sociedade em nome colectivo. Mas a esse proposito diz Haberstick (*Droit fédéral des obligations*, vol. III, p. 40): «A lei evitou sempre erigir dogmas. Ella os paraphraseou, usando de circumloquios. Quando ella diz que a sociedade em nome colectivo póde, como tal, tornar-se credora e devedora e estar em juizo, afirma que a sociedade é o que se entende por um sujeito de direito em linguagem juridica».

das de personalidade jurídica. As em *commandita* participam, ao mesmo tempo, do caracter das em nome colectivo e das *anonymas*. Deve-se-lhes reconhecer a personalidade, ao menos *formal* de que nos fala o citado escriptor hollandez. As outras sociedades, conforme tenham ou não um patrimonio proprio e vida distincta inteiramente da dos socios ou não, deve-se-lhes attribuir personalidade jurídica.

Quanto ás «associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, poderão adquirir a individualidade jurídica, inscrevendo o contracto social no registro civil da circumscripção onde estabelecerem sua séde» (dec. 173 de 10 de Setembro de 1893, art. 1.º). Esta disposição é generica; portanto della poderão aproveitar-se todas as sociedades civis que tenham os fins ahí declarados.

As associações que não adquirirem personalidade jurídica nos termos do citado decreto, reger-se-hão pelas regras das sociedades civis (art. 15). Consequentemente terão personalidade jurídica ou não segundo as circunstancias.

Nas relações internacionaes de ordem privada, o caracter juridico das sociedades é determinado pela lei do logar onde ellas têm a séde de seu estabelecimento principal.

## § 164

### DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

Os modos pelos quaes se dissolvem, em geral, as sociedades são os seguintes:

1.º A realização da condição a que foi subordinada a sua duração (cod. civil argentino, art. 1764), e a expiração do tempo para o qual foi contractada a sociedade (cod. suiso das obrigações, art. 545).

2.º A extincção, perda ou perecimento do capital social em sua totalidade ou em quantidade sufficiente para impossibilitar a consecução dos fins sociaes (1).

3.º A consecução dos fins a que visára a aggremação ou a verificação de impossibilidade em conseguil-o (2).

4.º A insolvabilidade ou fallencia e a interdicção de um dos socios (3).

5.º A morte de um dos socios (4). Bem se vê que as sociedades anonymas não se podem achar comprehendidas nesta regra. Os principios que aqui se dão, neste capitulo e neste paragrapho, visam mais particularmente as sociedades civis simples.

6.º A renuncia de um dos socios, si a sociedade não tiver um tempo determinado para a sua existencia (5). Não obstante a renuncia, não fica o socio desobrigado, si a fez de má fé, para aproveitar a epocha do lucro e evitar a das perdas para as quaes, aliás, talvez concorresse por acto seu ou siquer por aquiescencia.

7.º O mútuo consenso de todos os socios (6).

1) Código civil portuguez, art. 1276, § 2.º; argentino, 1771; baltico, *apud* Lehr, II, 316.

(2) Código suíço das obrigações, art. 545; argentino, 1772; portuguez, 1276, § 3.º; baltico, *loco citato*.

(3) Cod. comm. brasileiro, art. 335 n. 2; civil portuguez, 1276, § 3.º; hespanhol, 1700 § 3.º; baltico, *loco citato*, p. 315.

(4) Ord. 4, 44, pr. e § 4.º; cod. commercial brasileiro, art. 335, n. 4; civil portuguez, 1276 § 3.º; hespanhol, 1700 § 3.º; baltico, *loco citato*, p. 315. Pôde-se, entretanto, convencionar que, no caso de fallecer algum dos socios, a sociedade continue com os sobreviventes (ord. cit. § 4; cod. comm. brasileiro, art. 335 § 4). Nosso direito não permite a clausula de que a sociedade continuará com os herdeiros do socio fallecido, salvo si a sociedade versar sobre arrematação de rendas publicas. E nisto conformou-se com o rigor do direito romano que tambem serviu de fonte a grande numero de codigos, como sejam: o francez, art. 1865 § 3; o italiano, 1729 § 3; o suíço das obrigações, 545 § 2.º, e os que foram citados no inicio desta nota.

Aberraram da doutrina romana o código civil d'Austria, art. 2207, que diz: a sociedade composta de duas pessoas dissolve-se pela morte de uma dellas; porém não se dissolverá, si constar de mais; o argentino, art. 1758, que reproduz a mesma doutrina; e o prussiano, 1.ª parte, art. 278. Mas o projecto allemão voltou-se ao principio romano (art. 652).

(5) Ord. 4, 44, § 5; cod. comm. brasileiro, art. 335 n. 5; civil portuguez, 1276 § 5; hespanhol, 1700 § 4; suíço das obrigações, 545 § 6; argentino, 1767.

(6) Cod. comm. brasileiro, art. 335, n. 3; e os citados na precedente nota.

O dec. n. 173 enumerando os casos de dissolução das associações civis, organisadas de accordo com suas prescripções, consagra os seguintes: 1.º terminação do prazo, si fôr por tempo limitado; podia ter accrescentado a condição; 2.º o consenso de todos os membros; 3.º a cessação do fim da associação ou a impossibilidade em preencher-o; 4.º a perda de todos os membros da associação; 5.º a determinação-especial dos estatutos (art. 10).

Para as sociedades anonymas, além da insolvencia ou falta de pagamentos e dos casos aqui indicados que se lhe podem applicar, existe a hypothese peculiar de reduzirem-se os socios a menos de sete e, dentro de seis mezes, não se preencher o numero legal (dec. n. 164, art. 17 § 5.º).

## § 165

### PARCERIA RURAL

Parceria é uma certa modalidade contractual que participa da locação e da sociedade, predominando certamente os caracteres desta ultima. E, por isso, aqui a venho incluir como um supplemento a este capitulo.

A parceria rural abrange duas variedades: a agricola e a pecuaria. Dá-se a primeira, quando alguma pessoa cede a outra algum predio rustico, para que seja cultivado mediante o pagamento de uma quota de fructos, estipulada entre ambos (cod. civil portuguez, art. 1299). Dá-se a segunda, quando se entregam animaes para o colono parciario crear, pençar e vigiar mediante uma quota nos lueros produzidos (cit. cod. art. 1304).

Estes contractos não passam aos herdeiros, excepto si os trabalhos de cultura já estavam tam adiantados que haja immediata conveniencia em esperar pela colheita, tractando-se de terrenos lavrados, ou pela conclusão de

uma operação, tractando-se de animaes a pençar (ord. 4, 45 pr. e § 1.º)

O colono é responsavel por damnos occorridos em consequencia de negligencia sua; mas não está obrigado pelos encargos do predio, a menos que não os haja tomado sobre si. Os riscos são communs ao parceiro e ao dono do predio, si resultarem de caso fortuito ou força maior; não assim os provenientes de móra, culpa ou dolo que dão a um dos socios o direito de exigir indemnisação do que portou-se com negligencia culposa ou má fé. A nossa lei quer que o parceiro não pratique certos actos de mais vulto na administração da fazenda alheia sem dar aviso ao senhorio, afim de que este intervenha si quizer (ord. cit. § 4) (1).

---

(1) O projecto do senador Coelho Rodrigues se occupa extensamente com a parceria (arts. 789-841); mas aponctados os principios cardeaes e referido o contracto ás especies de que elle se aproxima desnecessario é minuciar. Ao leitor curioso faço, porém, a indicação que ahí fica.

Não se confunde a parceria com systema de burgos agricolas e outros modos de distribuição de lotes de terras aos immigrants. No contracto com immigrants, tracta-se do amanho e cultura de terras, de serviço agricola ou pecuario, mas principalmente agricola, tendo por alvo vender, ao colono, as terras em que são elles estabelecidos, por prestações annuaes, a contar do segundo anno em que elle fixar-se para cultivar seu lote, e nunca devendo exceder a dez. A terra, as ferramentas e bemfeitorias ficam hypothecadas ao proprietario, até final pagamento. Realizado este, está adquirida definitivamente a propriedade pelo colono. Mas si abandonar o lote que lhe foi confiado não terá direito a indemnisação de qualquer natureza (dec. n. 528 de 28 de Junho de 1890, e n. 1861 de 30 de Out. de 1894).



## CAPITULO X

### Contracto de Seguro

#### § 166

##### PRELIMINARES

Nosso direito civil ainda não regulou o contracto de seguro em qualquer de suas modalidades. Apenas as estipulações dos contractantes, os estatutos das companhias e os subsidios das normas geraes das obrigações e do seguro maritimo ali se acham para regular uma categoria de relações que, dia a dia, se alargam e se achamalotam em variedades.

Existem companhias de seguro terrestre, apparecem, continuamente questões sobre seguros, para decisão das quaes são chamados os juizes a pronunciar-se. Os particulares que contractam seguros de qualquer natureza necessitam de conhecer bem os seus direitos, as suas garantias, que nem sempre estarão resalvados por estipulações onde será impossivel tudo prever. E' forçoso, portanto, que uma providencia legislativa appareça, completando o codigo commercial n'aquillo em que elle se mostra lacunoso e atrazado e dando vestimenta juridica ao seguro civil (1).

Neste capitulo, tomando por guia os codigos mais completos, cujas disposições ensaiarei synthetisar em substancia, exporei a doutrina do seguro em poucos traços, mas que, espero, serão sufficientes para que fiquem accentuados os contornos do instituto.

---

(1) Appareceu ultimamente o dec. n. 294 de 5 de Set. de 1895, providenciando sobre as garantias necessarias para que as companhias de seguro de vida, com sede no estrangeiro, possam funcionar no Brazil; mas a parte contractual do seguro terrestre ainda espera sua regulamentação.

O seguro é uma das multiplas formas que pôde tomar a associação. A idéa fundamental que lhe serve de *nisus formativus* é a repartição proporcional, entre um certo numero de associados, dos prejuizos provenientes de um sinistro soffrido por um ou alguns membros da associação. Quaesquer que sejam as criticas levantadas contra essa idéa, e não têm sido poucas nem das menos acerbas, é incontestavel que o seguro fortifica o espirito de iniciativa, permittindo que os negociantes, se atrevam a remetter as mercadorias que abarrotam seus armazens aos pontos mais remotos do globo, sem receio de que as tempestades, subvertendo os navios, as sepultem nos abysmos do oceano. Dado o sinistro, nas viagens, nos transportes de terra ou mar, mesmo na quietude dos depositos, em consequencia de incendios, ou nos campos em virtude de seccas ou enchentes, o seguro impede que os individuos contra os quaes foi vibrado o golpe da adversidade, sejam atirados á ruina e ao desespero, o que poderia, em dadas circumstancias, acarretar mesmo uma perturbação social. Essas duas considerações, ainda que estivessem isoladas, e absolutamente não o estão, bastariam para mostrar-nos que poderoso instrumento de progresso e que benefico invento é esse do contracto de seguro. Vidari, tractando do maritimo, diz que, sem elle, não seria possivel crescer e perdurar o commercio maritimo <sup>(1)</sup>. E não menos vantajoso é o terrestre.

Ha perigos, possibilidades varias de fraudes, não ha duvida. Mas esses perigos se podem evitar e essas fraudes supprimir, por providencias acertadas, ao menos tanto quanto baste para que não sejam aqui mais abundantes do que nas outras relações da vida.

Duas são as especies precipuas de seguro, — o *mutuo* e o *de premio fixo*. No primeiro, todos os membros da

(1) *Corso de diritto commerciale*, vol. VII, n. 6290.

associação, acham-se na posição de segurados e seguradores; no segundo, ha uma sociedade constituida para o fim de assegurar, e aquelles que pretendem evitar os riscos dos sinistros a que podem estar sujeitos chegam-se a ella, pedindo que os assegure mediante um preço ajustado.

O seguro mutuo é, por sua natureza, materia essencialmente civil, pois que sua funcção consiste em amortecer, pela dispersão entre os associados, a violencia de um golpe do infortunio. A associação não especula, não tracta com terceiros para o fim directo a que deve a sua congregação, nem mesmo produz lucros; evita apenas a gravidade dos prejuizos. O seguro por premio fixo, ao contrario, é estabelecido com o intuito de auferir lucros para a associação que offerece a segurança. E tam recompensador tem sido o proveito de taes associações que a industria dos seguros póde ser considerada uma das mais desenvolvidas neste seculo, tendo já produzido uma litteratura copiosa e interessantissima.

Não offerecendo o seguro mutuo peculiaridades taes que exijam uma exposição á parte, deixal-o-ei á margem, para ser regulado pelos princípios fundamentaes da materia de sociedade. E do seguro por premios que será o assumpto especial deste capitulo está naturalmente afastado o maritimo por ser, por substancia e por disposição de lei, materia commercial.

Uma outra divisão que se deve fazer nesta materia é a que a distribue em seguro sobre bens e seguro sobre pessoas, pois que não são somente os bens que se acham sujeitos a riscos. As pessoas estão expostas a morte imprevista, que vem, de surpresa, colhel-as no momento em que começam a preparar o futuro dos seus; estão expostos a accidentes, a molestias, a mil outras perturbações. E como esses factos se reflectem sobre a fortuna particular, sobre o bem estar das familias, imaginou-se um meio de oppôr diques á avalanche da miseria, truculenta e

lobrega tantas vezes, creando o seguro sobre a vida contra o qual, aliás, se insurge o art. 686, n. 2 de nosso código commercial. Anatema innocente; pois que as companhias de seguro de vida funcionam em nosso paiz auctorizadas pelos poderes competentes. E pois que o código commercial as repudia, serão sociedades puramente civis.

Referindo-se a essa disposição de nosso direito mercantil, diz Orlando (1) «Entre nós, devemos reputar este paragrapho sem prestimo, quanto aos seguros terrestres: ahí estão na Córte funcionando companhias de seguro de vida; e o proprio governo imperial, no dec. n. 1669 de 1855, art. 33, declarando que, sendo o seguro de vida reconhecido por todas as nações da Europa e pelos Estados Unidos da America do Norte, como um beneficio geral para a humanidade, auctorisa a funcionar a companhia Tranquillidade, *no caso que não vá de encontro às leis* (2).

Do que fica dicto, se vê que o mutuo é civil ou commercial e que, entre nós, só o marítimo é regulado, de um modo mais ou menos circumstanciado, mais ou menos deficiente, mas sempre regulado. Para sabermos, porém, em doutrina, qual o seguro que deve ser considerado civil ou commercial, deve satisfazer a regra do actual código commercial portuguez, art. 425. São commerciaes, em relação ao segurador, todos os seguros com excepção do mutuo; em relação às outras partes, sel-o-hão somente, quando se referirem a um acto commercial. Este criterio é sufficiente; mas lembremo-nos sempre de que o seguro de vida repudiado pelo direito mercantil patrio, só no civil encontrará guarida, pois que existe.

Além das variedades de seguro a que me tenho referido se conhecem muitas outras subdivisões dellas: o seguro contra o fogo, contra a geada, contra os riscos de transpor-

(1) *Código commercial*, quarta edição, nota 1066 art. 686, n. II.

(2) Si havia alguma duvida a respeito, eliminou-a de todo o dec. de 5 de Set. de 1895.

tes do gado e mais. No *projecto* Coelho Rodrigues, fala-se no seguro *contra a secca e contra a chuva*, o que é bem lembrado para a nossa situação, principalmente em alguns Estados. Nos Estados-Unidos da America do Norte, onde a industria dos seguros attingiu a uma cultura e extensão deslumbrantes, existem até companhias para assegurar os incautos ou aventureiros contra a evicção resultante de titulos defeituosos ou de *hypotheca (mortgages)* (1).

## § 167

## HISTORICO

Os romanos conheceram, sem duvida alguma, como faz notar Chaufton, o risco e alguns meios de supportar melhor a perda dos objectos, mas o seguro propriamente dicto começa a tomar corpo e a ser objecto de um contracto especial, na idade media (2). Nos antigos costumes de Amsterdam e nas chronicas de Bruges, fala-se de seguros marítimos, primeira variedade que surgiu á tona da vida. No seculo XVI, apparecem varias disposições, ainda sobre o seguro marítimo, nas cidades italianas. No tempo de Carlos V, promulgam-se leis a respeito, na Hollanda, na Hespanha, em Portugal. Estava, pois, nessa epocha generalisada, na Europa, a idéa do seguro marítimo, começando a formar-se a sua litteratura. O italiano Stracha e um portuguez, Pedro Santerna, são aponctados como os decanos dessa pleiade vultuosa de tractadistas que, desde esse tempo, têm vindo em progressivo augmento até nossos dias.

(1) Massachusetts, lei de 28 de Maio de 1889, in *Annuaire de législation étrangère* 1889, p. 915.

(2) *Grande encyclopédie*, verb. *assurance*,—histoire. E' certo que o seguro mutuo existiu em Roma, nas corporações curiaes, pelo menos, e em outras associações. Veja-se, para confirmação do que acaba de ser dicto, o cod. 6, 62 ll. 4 e 5.

Com a criação da *companhia das índias orientaes*, a primeira sociedade por acções que se conhece, veio uma idéa nova transformar e dar um enorme impulso às associações de seguro. Ensaiou-se o seguro por sociedades anonymas e as tentativas foram coroadas de resultado. E o bom senso de uns, a argucia de outros, o tino mercantil de outros mais foi, pouco a pouco, alargando a idéa, a varias relações da existencia, até que as sociedades *Casualy assurance*, *Hand in hand*, e a *Amiable society* começaram, na Inglaterra, a explorar uma variedade novissima de seguros, os quaes versam sobre a vida humana <sup>(1)</sup>. E, como verificou-se que era realmente proveitosa a idéa, se foram creando companhias de seguro, de feições variadissimas, por todos os paizes, o que determinou um desenvolvimento correspondente nas legislações.

Mesmo os Estados têm tomado a si a constituição de seguros, creando meios de garantir a invalidez resultante da idade, de molestias, de accidentes e riscos de caminhos de ferro, de fabricas, de guerra e outros. Os montes-pios, dos funcionarios publicos civis e militares não são somente, ao lado das caixas economicas, instituições de previdencia determinando uma economia forçada para servir nos dias de penuria, quando faltar à familia, o arrimo de seu chefe. São seguros offerecidos e garantidos pelo Estado. Em outros paizes, o seguro pelo Estado adquiriu amplitude muito maior, tendo-se em vista, principalmente, garantir as classes mais necessitadas, os operarios de todos os moldes. E' um aspecto da beneficencia publica.

---

(1) Enrico Levi,—*Assecurazione sulla vita e contro gl'infortunio*, pag. 14.

## § 168

## DEFINIÇÃO, FORMA E OBJECTO DO CONTRACTO DE SEGURO

E' accetivel a definição que deste contracto nos dá o codigo hollandez, art. 242: «é aquelle em que o segurador se obriga, para com o segurado, mediante um premio, a indemnisal-o de uma perda ou de um damno ou da privação de um proveito esperado, perda, privação ou damno derivante de um acontecimento incerto».

Este contracto não é obrigatorio antes de reduzido a escripto, em um acto que constituirá a apolice de seguro; mas considera-se perfeito, desde que o segurador entrega a apolice ao segurado ou faz, nos seus livros, o lançamento usual da operação (1).

O contracto deve precisar: 1.º o risco em razão do qual é feito, seja determinado, como incendio, inundaçãõ, secca, seja, indeterminadamente, todo risco que o objecto possa correr; 2.º o valor pelo qual a cousa foi assegurada; 3.º o premio do seguro; 4.º o tempo em que começam e acabam os riscos; 5.º e todas as estipulações que as partes entre si firmarem, assim comõ todos os esclarecimentos julgados necessarios para evitarem-se duvidas futuras (2).

Uma cousa não pôde ser assegurada por mais do que vale, porque a má fé do segurado seria então manifesta. Quem assegura por dez o que vale cinco é porque tem a intenção de sacrificar aquillo que vem segurar, visto como a sua perda lhe será lucrativa. Aliás as companhias têm meios de evitar essas fraudes. Pela mesma razão não pôde o mesmo objecto ser assegurado em mais de uma compa-

---

(1) Cod. civil de Zurich, art. 497; projecto Coelho Rodrigues, 923; cod. comm. portuguez, 426.

(2) Cod. Zurich, arts. 498-499; projecto Coelho Rodrigues, 924-925; comm. portuguez, art. 426; civil hespanhol, 1794.

nhia, na totalidade de seu valor. Realmente a razão da disposição é perfeitamente identica nos dois casos. Mas é licito assegurar o risco da insolvencia do assegurado, pois que, então, se tracta somente de uma caução de seguro. Egualmente o segurador, para soffrer menor desembolso, si o objecto vier a perder-se, poderá dividir, com outro, o seguro ou mesmo transferir-o completamente (1). Mas, neste ultimo caso, não se exime da responsabilidade; apenas evita perdas suas, si tiver de pagar ao segurado os prejuizos soffridos, porque será indemnizado pelo outro segurador.

Si o valor do seguro fôr maior do que o real da coisa asegurada, sem que haja má fé da parte do segurado, porque, nesta hypothese, o contracto seria nullo, mas por qualquer equívoco na avaliação, terá, em todo o tempo, o segurador direito para reduzir a somma pela qual se responsabilizou, assim como a outra parte contractante terá igual direito para pedir a diminuição do premio (cod. Zurich art. 502).

No caso de seguros pessoases, o valor é indeterminavel para o seguro, visto como a vida e as faculdades humanas são inestimaveis. Por isso fica ao justo arbitrio das partes fixarem o *quantum*. E, em consequencia dessa mesma ponderação, é permittido que o mesmo interesse, como diz o já tam citado codigo do cantão de Zurich, seja integralmente assegurado por mais de um lado (art. 506) (2).

As leis comminam nullidade ás avaliações excessivas

---

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 687; civil de Zurich, 501; projecto Coelho Rodrigues, 925; comm. portuguez, 430.

(2) Mesmo nos seguros de bens, sendo marítimos, o cod. comm. brasileiro, art. 668, admite diversos seguradores, sem declaração do valor do seguro que tomam sobre si, e declara-os solidariamente responsaveis por todo o valor asegurado. Mas si são solidariamente responsaveis, é claro que, depois de pago o seguro, a cada um caberá uma parte das despezas, como se diz na continuação do mesmo artigo. Consequentemente, nada existe ali em contrario ás regras que estabelece o presente paragrapho. Aliás a hypothese de segurar-se integralmente um objecto pelos mesmos riscos é prevista para ser causa de nullidade, no art. 677 n.º VI.

para o effeito dos seguros e já foi brevemente indicada a razão desse edicto. Mas, quanto aos premios, deixam que o debate entre as partes os fixe livremente (cod. Zurich, art. 507). Não pôde haver fraude por parte do segurador, na estipulação do preço de seus serviços, ou da compra dos riscos; quando muito haverá exagero. Mas a concorrência que entre si fazem as companhias e a necessidade de não afastarem os que as procuram são forças sufficientes para as manterem nos limites do razoavel. Quando apparece a fraude, por parte do segurador, não se descuidam as leis em comminar-lhe penas. Assim é que, si acceta o seguro sabendo que já passou o risco, em vista do qual foi elle feito, o contracto é nullo por duas razões poderosas, por fraude e por falta de objecto (cod. comm. brazileiro, art. 677 n.ºs. 3 e 4). O codigo civil de Zurich manda o segurador pagar o dobro do que recebeu dolosamente (art. 511). Entre nós, devemos applicar as regras do dolo.

### § 169

#### OBRIGAÇÕES DO SEGURADO E DO SEGURADOR

As obrigações do segurado se resumem:

1.º No pagamento do premio estipulado, sem o que não tem direito a receber a apolice. E deverá pagal-o, ainda que o objecto não haja corrido o risco em vista do qual foi concluido o contracto.

2.º Em nada fazer nem deixar que se faça no sentido de piorar a posição do segurador.

3.º Em prevenir o segurador do sinistro logo que este lhe chegue ao conhecimento, tomando, na sua ausencia e antes que cheguem suas ordens, as providencias exigidas

pelas circumstancias, para evitar maiores prejuizos, correndo as despesas por conta do segurador (1).

O segurador é obrigado a pagar ao segurado a somma pela qual se obrigou no caso de verificar-se o sinistro, e segundo o estipulado na apolice, ou simplesmente a indemnizar-o dos prejuizos soffridos, de accordo com seu compromisso, não sendo total a perda. Mas não responde pelos vicios intrinsecos do objecto segurado, salvo si expressamente a isso se obrigou. Si o seguro determina um risco especial e o objecto soffrer por um accidente differente, nada tem que indemnizar o segurador.

As indemnisações a que tiver direito o segurado, devem ser pagas, na ausencia de um prazo estipulado na apolice, em quinze dias a contar da apresentação da conta. Tornando-se insolvente o segurador, pôde o segurado assegurar o objecto em outra parte, antes da noticia da terminação do risco, pedindo em juizo a annullação da primeira apolice, diz o nosso cod. comm. art. 687, alinea. E, si forem devidas algumas prestações de premio ao segurador que fallir antes de desaparecido o risco? Cessa a obrigação de pagal-as, visto como uma das partes contractantes tornou-se incapaz na perduração do contracto, e não poderia mais satisfazer as obrigações d'elle decorrentes. E' a decisão do codigo de Zurich, art. 530 (2).

### § 170

#### DO SEGURO SOBRE A VIDA. IDÉAS GERAES

Deter-me-ei um momento deante deste instituto.

«Ha seguros sobre a vida, diz Cesare Vivante, quando o capital ou a renda que a empresa se obriga a pagar e o

(1) Cod. comm. brasileiro, arts. 663, 719, 724, 729 e 730; civil de Zurich, 514-522; prussiano, 2, 8 §§ 2109 e segs.; hespanhol, art. 1796.

(2) Apoiam as proposições da segunda parte deste paragrapho a contar da chamada para a primeira nota, o cod. comm. brasileiro, arts. 666, 710 e 730; o civil de Zurich, arts. 523-530; e o prussiano, 2, 8, §§ 2221 e segs.

premio que recebe do estipulante são calculados sobre a duração da vida humana» (1). E' este um verdadeiro contracto de seguro e não um deposito irregular como sustentaram alguns, ou um emprestimo aleatorio, ou finalmente uma construcção juridica inteiramente nova, que com os contractos de seguro só tem analogias apparentes. Taes opiniões, embóra patrocinadas por notaveis proceres da sciencia juridica, Thoel, Laband e outros, não cavaram sulco por onde se canalisassem as idéas.

Não apresenta sempre a mesma feição o seguro de vida, e seria assás longo estudar todas as suas modalidades em um manual, como o presente, que não é nem deseja ser exhaustivo como estudo geral e muito menos em dominios especialissimos, certamente mais proprios de monographias que não têm escasseado neste dominio. Passar, porém, n'uma revista ligeira os aspectos geraes e as mais notaveis nuances desta especie de seguro como que me é imposto pelo desenvolvimento que vae tendo ella em nosso paiz, como em todos os outros da Europa e da America.

Lembrarei, em primeiro logar, o seguro feito pela vida inteira do segurado, no qual este estipula uma certa somma para ser paga pelo segurador, depois do fallecimento do mesmo segurado, a um ou diversos beneficiarios designados no contracto. Commummente esses beneficiados são a mulher, os filhos, irmãos; mas póde tambem ser um amigo, um extranho.

E' um acto de previdencia equivalente, por seus effeitos, a um monte-pio, mas que poderá proporcionar resultados consideravelmente mais vantajosos. Além disso, como observa H. Laurent, o seguro sobre a vida poderá ser empregado para corrigir os inconvenientes da legislação successoral. Assim, na Inglaterra, elle restabelece, em

---

(1) *Il contratto di assicurazione*, III, p. 41.

certa proporção, a egualdade hereditaria, em proveito dos filhos que o obsoleto direito de primogenitura afasta para um plano inferior. Nos paizes em que a partilha dos bens da successão se faz por quotas eguaes, ainda o seguro é um poderoso elemento de conservação do bem estar das famílias, como uma antemural opposta aos perigos das especulações mercantis. Uma empresa, uma exploração pôde arrastar, no torvelinho de sua submersão, todos os capitaes pacientemente accumulados por muitos homens, por muitos chefes de familia, para garantia, sustento e bem estar dos seus. O seguro não deixará no desamparo essas pessoas, quando a empresa desmoronar, porque lhe falte a intelligencia que a dirigia ou o braço que a sustentava.

Em segundo logar, indicarei o seguro temporario, pelo qual o segurador promette uma certa quantia, si o segurado morrer na epocha prevista no contracto. Sobrevivendo o segurado ao prazo fixado na convenção, perde as entradas que depositou no cofre do segurador, para cujo patrimonio passam ellas por força do pacto entre ambos estabelecido.

Estas duas variedades que, ao primeiro exame, se mostram dissimilhantes, aproximam-se, ao contrario, muitissimo, quando consideramos que a primeira, o seguro sobre a vida inteira, deixa ao segurado a faculdade de desligar-se, dentro de certo decurso de tempo, e liquidar o seguro si, por qualquer circumstancia, se arrepender. E' uma particularidade do contracto de seguro sobre a vida, dada a qual, as duas variedades agóra consideradas quasi se equivalem. Por outro lado, o seguro temporario pôde ser renovado successivamente, até que dentro do ultimo prazo occorra o fallecimento do segurado. E assim, ainda por este lado, a similhaça é grande, como varios escriptores têm notado.

Em terceiro logar, notarei o seguro feito sobre a vida de

terceiro. E' celebre, nesta variedade, o caso de Pitt, sobre a cabeça do qual um credor constituiu um seguro. Tendo a nação, por voto do parlamento, chamado a si os compromissos pecuniarios do grande *statesman*, o segurador recusou-se a pagar o seguro, sob o pretexto de que intervindo, por aquella maneira, o thesouro publico, nenhum risco soffrera, nenhuma probabilidade de perda correria o credor. E os tribunaes inglezes deram razão ao argucioso segurador; mas foi tal o escandalo provocado por essa decisão, que a jurisprudencia ingleza abriu, depois outra senda, que foi trilhando mais a coberto dos ataques da critica. O seguro produzirá seus effeitos, reconheceu ella, si o interesse na vida do terceiro existia realmente no momento da formação do contracto, e elle morreu dentro do tracto de tempo fixado na convenção, pouco importando, para esse resultado, as circumstancias posteriores á morte d'aquelle sobre cuja vida foi feito o seguro.

Finalmente seja-me licito destacar o seguro a termo fixo, em que o segurador promette pagar, em um termo estipulado, um capital dado, seja ao proprio segurado, seja a seus herdeiros, si elle não existir mais ao tempo do pagamento. Nesta ultima hypothese, isto é, fallecendo o segurado antes do exgottamento do prazo, cessam as prestações, em regra, mas, não obstante, nenhuma alteração se produz na obrigação que contrahiu o segurador de pagar a quantia estipulada. Esta variedade, ás vezes, se combina com o seguro pagavel na occasião da morte do segurado, produzindo uma forma nova e mixta.

Os principios fundamentaes a que obedece o contracto de seguro sobre a vida são reductiveis aos seguintes:

Versando o seguro sobre a vida de terceiro, é necessario que o segurado justifique o interesse que tem na continuação della, sob pena de não valer o seguro. E' condição

geralmente exigida (1), pois, do contrario, não seria simplesmente uma aposta de mau gosto, seria mesmo um acto que poria em perigo a vida do terceiro. Entretanto, si o terceiro em questão fôr esposo, ascendente, descendente, irmão de quem constitue o seguro, presuppõe-se esse interesse, e, portanto, é dispensavel a justificação d'elle. E' tambem dispensada pelo codigo commercial hungaro, art. 499, essa justificação, si o terceiro intervém, com o seu consentimento.

E' licito ao segurado, salvo convenção em contrario, resulte esta da apolice ou dos estatutos da companhia de seguros, transmittir por acto entre vivos, o direito á somma segurada, sem que a isto se possam oppor os seus herdeiros, e sem que possam fazer reclamações, apoz a morte do segurado, no intuito de negar ao cessionario o *jus capiendi* (cod. civil zurichense, art. 549). O projecto do senador Coelho Rodrigues, abandonando a sua fonte neste capitulo, o citado codigo de Zurich, acrescenta que a transmissão poderá ser feita egualmente, por acto de ultima vontade. A transmissibilidade do credito, do direito á somma segurada, é essencial a este instituto, mas não por testamento, si essa somma não couber nos limites da parte disponivel garantida ao testador.

### § 171

#### QUESTÕES E SOLUÇÕES

Não são raras as duvidas que têm surgido do conflicto dos direitos oriundos do contracto de seguro sobre a vida com outros firmados em varias relações da vida. Alludirei

(1) Lei belga de 11 de Junho de 1874, art. 41; cod. civil zurichense, art. 548; comm. portuguez, 456; chileno, 596; argentino, 693; hungaro, 499; *projecto* Coelho Rodrigues, art. 976; Darlington,—*Personal property*, pags. 169-170. A legislação americana, certamente a mais opulenta neste dominio, consagra toda este principio.

a algumas dellas, aponctando as soluções que a theoria ou a jurisprudencia hão adoptado.

1.<sup>a</sup> *Questão*. Por occasião da morte do segurado, podem os seus credores intervir, para saldarem seus debitos, sobre a quantia segurada em beneficio de terceiro? Convém fazer distincções, affirmam. Si a estipulação é feita em proveito de pessoas indeterminadas (os herdeiros do estipulante por exemplo), como elles não podem ser conhecidos sinão depois da morte do estipulante, diz Chavegrin, o capital do seguro continuou, até então, a pertencer-lhe; portanto seus credores têm direito de concorrer á successão, e somente depois de indemnizados poderão os beneficiados entrar no gozo do que restar. A jurisprudencia franceza tem adoptado, de modo uniforme, esta solução, mas me parece que é ociosa essa distincção.

Sendo a estipulação feita em beneficio de pessoa determinada, a mulher do constituinte do seguro, seus filhos existentes na occasião de ser firmado o contracto, dá-se uma verdadeira e legitima estipulação por terceiro. Si o beneficiario acceital-a, sua acceitação retroagirá ao dia do contracto de seguro; seu direito suppõe-se em vigor, desde então, e, portanto, a somma segurada foi tambem, desde esse momento, deslocada do patrimonio do estipulante. Não ha, em vista disso, logar para concurso de credores sobre ella. E' a doutrina adoptada tanto pela jurisprudencia franceza quanto pela ingleza e americana do Norte, e que é exacta e bóa, pois que é a expressão dos principios da sciencia do direito em relação a esta materia (1).

2.<sup>a</sup> *Questão*. Sendo o seguro constituido pelo marido em proveito da mulher, e dominando o regimen da communhão de bens, pergunta-se: é computavel na meiação da esposa sobreviva o montante do seguro que, em seu be-

---

(1) Vide o § 82 deste livro.

benefício, estipulou o marido predefuncto? Não, porque a quantia segurada não pertencia á communhão. Como o beneficiario é pessoa determinada, na hypothese figurada, prevalecem os princípios a que se fez allusão na solução da primeira questão. Além disso recorde-se que a mulher tambem não tem direito á somma do seguro, e sim apenas uma *spes debitum iri*, uma esperança de direito, até que se realise a morte do marido. Mas realisada esta, não ha mais communhão <sup>(1)</sup>; a aquisição do bem é posterior á dissolução do regimen de bens, pois que este termina com o casamento e o casamento extingue-se, no momento em que um dos conjuges succumbe. E assim, é justamente o facto que vem pôr termo á communhão, que egualmente transforma a esperança em direito. Os dois momentos são bem distinctos. Antes da morte, existe a communhão e uma simples expectativa de adquirir a somma segurada; depois da morte desaparece a communhão e o direito se realisa pelo advento da condição suspensiva da qual dependia.

3.<sup>a</sup> *Questão*. Aberta a successão entre herdeiros necesarios, deve ser trazida á collação o montante do seguro, constituido em benefício de um delles? Prende-se muito ás anteriores esta questão e pois não só a solução dellas contribuirá a esclarecel-a, como tambem o que vae agóra ser dicto refluirá em favor das primeiras soluções.

O codigo civil do cantão de Zurich, art. 549, edictou que era, «ao mesmo tempo, direito e dever do segurador pagar, depois da morte do segurado, e sem preoccupar-se com os herdeiros delle, o capital a que se obrigou, ao legitimo possuidor da apolice». Isto, porque permite a transferencia da apolice por acto *inter vivos*, segundo já foi visto. Mas, si os herdeiros não têm direito á somma segu-

---

(1) Esta face da questão já foi bem elucidada em umas razões que o Dr. Adolpho Cirne escreveu e que com o título de *Jurisprudencia* foram publicadas no anno de 1894.

rada, quando o beneficiario fôr um extranho, poderemos dizer o mesmo, como quando elle fôr um herdeiro necessario? Não se deve aqui proceder como no caso de doações, pois que, afinal, o seguro é uma, e indagar si ha inofficiosidade? Como se vê, da letra do citado codigo não resulta distincção alguma entre beneficiarios extranhos ou herdeiros. Mas para maior firmeza de sua doutrina, que é toda em respeito á constituição legitima dos seguros, acrescenta elle em seu art. 985: «A affectação de *uma somma á constituição* do seguro sobre a vida não póde ser atacada pelo herdeiro reservatário, *por causa de inofficiosidade*, sinão quando resultar, das circumstancias, que, *prevendo a morte proxima*, o segurado subscreveu a apolice *com o fim* de subtrahir a seus herdeiros naturaes, o *montante dos premios* que tinha de pagar». Ora, ahi só se cogita das quantias desembolsadas pelo constituinte do seguro e somente sobre ellas é que se torna possível, em dadas circumstancias indicadoras de uma inténção reservada, a querela da inofficiosidade.

O codigo commercial portuguez é ainda mais explicito, no art. 460, declarando que «no caso de morte ou quebra daquelle que segurou sobre a sua propria vida, ou sobre a de terceiro, uma quantia para ser paga a *outram que lhe haja de succeder*, o seguro subsiste *em beneficio exclusivo da pessoa designada no contracto*, salvo, porém, com relação *às quantias recebidas pelo segurado*, as disposições do codigo civil relativas a collações, inofficiosidade nas successões e recisão dos actos praticados em prejuizo dos credores». Está, portanto, radicalmente cortada a questão no direito portuguez.

A jurisprudencia franceza, ingleza, italiana e americana têm hoje definitivamente firmado esse principio que recebeu consagração legislativa no codigo commercial portuguez. Sendo o beneficiario designado de um modo certo e positivo, o seguro se lhe deve manter por direito

pessoal e directo, provindo do contracto, e não deve ser prejudicado pela successão (1).

4.<sup>a</sup> *Questão*. Si aquelle que segurou a propria vida procura voluntariamente a morte, desfaz-se o contracto de seguro? Certamente, porque suicidando-se o individuo peccará contra a bôa fé do contracto. Embôra o suicidio seja, muitas vezes, uma fatalidade de disposições mentaes herdadas, contudo, afastando do suicida as vantagens do seguro, conseguir-se-á, algumas vezes, evitar uma desgraça ou um acto de desespero (2).

E não valerá, ao que procurou a morte, o ter resalvado a hypothese do suicidio por uma clausula de sua apolice, admittindo-se a possibilidade de uma tal clausula, pense embôra de modo diverso o illustre Vivante, pois ahi está envolta uma questão de ordem publica. Porém, si o suicidio resultar de uma grave perturbação mental, da loucura, será, então, um *accidente*, como as molestias ou outros acontecimentos que teriam o poder de produzir a morte do segurado (3).

Além do suicidio, é costume nas apolices das companhias virem consignados, como casos de resilição do contracto, os de viagens a paizes insalubres, de serviço militar em tempo de guerra, de duelo, de condemnação por crimes que importem na perda da vida. O assegurado, diz-se, relativamente a esta ultima hypothese, commette mais facilmente o crime depois de ter garantido o futuro de sua familia, e, portanto, o seguro virá cortar esse freio muitas vezes poderoso contra os impulsos criminosos. Esta argumentação não é, porém, tam forte que induza a sempre decidir-se do mesmo modo, sejam quaes forem as circumstancias. Si as apolices resalvarem o caso de con-

(1) Levi, — *Assecurazione*, p. 385 e segs.; Darlington, *op. cit.* p. 170.

(2) Cod. comm. portuguez, art. 458; italiano, 459; lei belga, 41; cod. hollandez, 307; hungaro, 504.

(3) Darlington, *op. cit.* p. 168.

demnação a pena ultima, aliás hoje de pouco interesse em nosso paiz por estar essa pena fóra do quadro do codigo penal commum, si as apolices o resalvarem, não ha motivo, para dizer-se que a ordem publica e os bons costumes exigem que seja sempre e rigorosamente rescindido o contracto. Si, porém, o individuo procura no crime um meio de obter a morte, o que será uma questão de facto a verificar, ter-se-á um suicidio disfarçado. Si, finalmente, é o beneficiario que assassina o assegurado, para obter logo a somma que, só mais tarde, lhe veria naturalmente ás mãos, perderá o seu direito em consequencia de seu delicto, quer seja condemnado á morte, como aconteceu ao doutor Pommerais, quer, como aconteceria no Brazil, sua condemnación fosse outra (1).

6.<sup>a</sup> *Questão.* Póde a mulher casada, sem consentimento do marido contractar um seguro em seu beneficio, ou em beneficio de outrem, como seu filho, e pagar os premios nos prazos estipulados? Vivante responde pela affirmativa (p. 131) e chama em seu apoio a legislação ingleza e principalmente a americana. Comprehende-se que é necessario que tenha ella bens sobre os quaes lhe seja livre a administração.

---

(1) Vivante—*Assecurazione*, cit. pags. 214 e segs.; cod. comm. hungaro, art. 505; do Chile, 575 e argentino, 699.



## CAPITULO XI

### Constituição de Renda

#### § 172

##### NOÇÃO E CARACTERES

Pelo contracto de constituição de renda, uma pessoa se obriga a satisfazer certa prestação periodica a outra, que será o proprio contrahente ou terceiro, e por tempo determinado ou não, mediante a cessão de um capital, cuja propriedade lhe é transferida, desde o momento em que é creado o encargo (cod. civil hespanhol, art. 1802), ou mesmo sobre os seus proprios bens, sem remuneração alguma.

E' um contracto *aleatorio* como o de seguro, de cuja natureza aliás participa. Poderá ser *gratuito*, importando numa verdadeira doação, quando a renda é constituída em favor de terceiro, que nada prestou para obtel-a; ou quando é constituída sobre os bens do proprio devedor da renda, sem remuneração alguma; ou *oneroso*, quando as partes que intervêm no contracto são obrigadas a prestações, porquanto uma cede um capital para que a outra explore a seu talante, pagando uma renda certa, pouco importando que o rendimento da exploração seja maior ou menor. Póde ainda a renda ser constituída *inter vivos* ou por acto de ultima vontade.

Será nulla, si fôr constituída sobre a vida de uma pessoa já fallecida na occasião de sua formação contractual, ou mesmo que a este tempo se achava atacada de molestia que occasione sua morte dentro de um breve espaço de tempo, de vinte dias, segundo a fixação adoptada pela

maioria dos codigos civis (1). No primeiro caso, falta, desde o começo, um dos elementos essenciaes ao contracto, e, no segundo, é approximadamente a mesma cousa, e suppõe-se que o contracto não se formaria sem a esperança da continuação da existencia, sem o risco da vida. E, como neste contracto não ha recisão por lesão, visto ser aleatorio, é justo que se façam essas exclusões como aliás, se fazem tambem nos contractos de seguro.

Os bens dados em permuta da renda tornam-se propriedade da pessoa que por ella se obrigou, desde o momento em que, feita a tradição, nasce a obrigação da prestação (cod. francez, art. 1968, hespanhol, 1802), e, embóra não a cumpra, nos termos vencidos, não perderá essa propriedade, si não se lhe tiver estipulado um *pacto commissorio* (2).

Aquelle que constitue, a titulo gratuito, uma renda sobre seus bens, pôde modifical-a com algumas clausulas expressas no contracto, creando algum encargo ao credor da renda, estabelecendo condições. Admittem mesmo as legislações que, pelo acto constitutivo da renda, se estabeleça que fique ella para sempre livre de penhora por dividas do credito-rendeiro (3) Supponha-se um parente ou um amigo que, interessando-se pela sorte de uma pessoa a quem faltam os predicados de um bom administrador, deseja garantir-lhe a vida, pelo futuro além, e receia que, constituindo simplesmente a renda, não consiga seu generoso *desideratum*. E' licito e vantajoso que procure conseguil-o pela forma indicada. Deve ser, portanto, admittida essa clausula.

---

(1) Cod. civil francez, arts. 1974-1975; hespanhol, art. 1804; argentino, 2078; hollandez, 1816. O cod. baltico só se occupa do caso de morte do beneficiario, para annullar o contracto.

(2) Cod civil francez, art. 1978; hespanhol, 1805; argentino, 2088. Mas o credito-rendeiro poderá accional-o para o pagamento das prestações vencidas e garantia das futuras.

(3) Cod. civil francez, art. 1981; hespanhol, 1807; federal suiso, 521.

A renda é adquirida á proporção que defluem os dias de vida da pessoa em cujo favor foi estabelecida, e, portanto, a reclamação della deve ser acompanhada da prova de que ella não cessou ainda de existir. Póde, não obstante, ser convencionado que as prestações periodicas sejam pagas por antecipaçaõ, no começo de cada periodo. Então, o credor adquire o direito á prestação integral, desde o dia em que devia ser feito o pagamento, embóra pereça antes de terminado o periodo.

Quando a renda fôr constituida em beneficio de duas ou mais pessoas, sem declaração da quota de cada uma, entende-se que seus direitos são eguaes, e a conjunção real dará aos sobrevivivos o direito de accrescer em relação á parte dos que forem morrendo. A obrigação, em tal caso, é indivisivel e deve ser mantida a mesma quer os credores subsistam todos quer algum desapareça (cod. civil argentino, art. 2084).

Si a constituição de renda fôr creada por acto de ultima vontade e vincular-se a um immovel, determinará a existencia de um direito real (dec. n. 169, art. 6.º al. 8). Neste caso, os principios reguladores da especie são os dos direitos reaes, quanto á garantia, inscripção e sequela.

A constituição de renda differe do *censo reservativo*, pacto adjecto que póde acompanhar as alienações onerosas ou gratuitas; mas incontestavelmente tem com elle algumas similhaças. E mais se assimilha ainda aos *censos consignativos*, aliás obsoletos e tornados inuteis em nosso direito, nos quaes uma pessoa cede certo capital a outra, mediante a prestação annual de uma certa parte dos fructos.

---



## CAPITULO XII

### Do Jogo e da Aposta

#### § 173

##### DEFINIÇÃO DE JOGO E DE APOSTA

O jogo, juridicamente apreciado, é o contracto aleatorio em que duas ou mais pessoas promettem certa somma áquella, dentre as contrahentes, a quem fôr favoravel certo azar.

Aposta é o contracto, egualmente aleatorio, em que duas ou mais pessoas de opinião differente, sobre qualquer assumpto, concordam em perder certa somma em favor d'aquella, dentre as contrahentes, cuja opinião se verificar ser a verdadeira.

Destes actos, condemnaveis por suas funestas consequências, não deviam resultar relações juridicas simillhantes ás que defluem dos contractos. Assim é que nosso direito não consente na communicação das dividas contrahidas em jogo pelo marido, quando casado por carta de metade, (1). Assim é que os codigos modernos, em geral, prohibem demandar em juizo dividas de jogo ou aposta, ainda que disfarçadas sob a vestimenta externa de outro contracto ou de novação (2).

Mas, si o que perdeu no jogo ou na aposta voluntariamente pagar a divida contrahida, não terá acção para repetir, salvo provando que houve dolo da parte de quem

---

(1) T. de Freitas, — *Consolidação*, nota ao art. 115; B. Carneiro, — *Direito civil*, § 128 n. 21.

(2) Codigo civil francez, art. 1965; italiano, 1803; hollandez, 1825; bavaro, 4, 12; austriaco, § 1270; prussiano, 577; suisso das obrigações, 512; portuguez, 1542; hespanhol, 1798.

ganhou, ou si a execução regular do pretense contracto foi interrompida antes de sua conclusão, por caso fortuito ou por algum acto do outro contrahente (1).

Melhor illuminado pelos preceitos da moral, o direito romano dava acção, ao que perdera no jogo, para repetir o que houvesse pago (D. 11, 5, fr. 4), e, ainda mais, si o jogador infeliz ou seus herdeiros não exerciam a acção de repetição, ordenava a lei que exercessem-na certas auctoridades municipaes, para que as sommas fossem applicadas em trabalhos de utilidade publica (cod. 3, 43, ll. 1, 2 e 3).

E' verdade que o nosso direito prohibe os jogos do azar (cod. penal, art. 369 e segs.); mas essa prohibição não se faz effectiva com o rigor dezejavel, e o direito civil devia secundar o criminal, considerando pagamento indebito o feito por motivo de jogo, e, portanto, repetivel.

Quanto ás loterias, especie de jogo auctorizado pelos poderes publicos, assim como esses que se acobertam com uma supposta intenção de concorrer para o aperfeiçoamento de raças de animaes, se regem por principios consagrados nos decretos que as auctorisam e pelos regulamentos da policia. O codigo penal, art. 367, ameaça as loterias e as rifas não regularmente auctorisadas, com as penas de perda, para a nação, dos valores sobre que versarem e mais a multa de 200 a 500\$000.

---

(1) Codigo civil francez, art. 1967; argentino, arts. 2063-2064, federal suiso, art. 514 hespanhol, 1798; portuguez, 1542.

## CAPITULO XIII

### Da Fiança

#### § 174

##### NOÇÃO DO CONTRACTO DE FIANÇA

Fiança é a promessa feita, por uma ou mais pessoas, de satisfazer a obrigação de um terceiro, para maior segurança do credor. Póde ser: 1.º *legal*, quando é exigida por lei, como no caso da entrega de bens de ausente; 2.º *judicial* (*civil* ou *criminal*), quando é ordenada pelo juiz *ex-officio* ou a requerimento das partes; 3.º *convencional*, quando é um meio de assegurar o cumprimento das obrigações, sob a fôrma de um contracto accessorio. E' desta ultima variedade que me tenho de occupar.

Define-se a fiança convencional o contracto pelo qual alguém se obriga, para com o credor, a satisfazer uma prestação, si o devedor principal deixar de fazel-o em tempo. E' um pacto *accessorio* e, portanto, si a divida principal fôr nulla, desfar-se-á, conjuncta e consequentemente, a do fiador (ord. 4, 48 § 1.º) <sup>(1)</sup>. E' *consensual*, mas deve ser expresso (cod. civil francez, art. 2015), sob *fôrma escripta* (cod. suisse das obrigações, 401). Não se amplia além dos limites que lhe foram assignados na convenção, mas abrange todos os accessorios da divida principal. E' *bilateral imperfeito*. Directamente origina sómente a obrigação do fiador em relação ao credor. Mas, si o fiador vier a pagar o valor da fiança, fica subrogado

---

(1) Certas causas de annullação da obrigação principal não têm, todavia, acção sobre a obrigação do fiador, pois que este não poderá oppôr ao credor as excepções que são puramente pessoas ao devedor. Si o devedor principal é menor, ou foi victima de um erro, seu contracto póde ser annullado, mas, não obstante, subsistirá valida a fiança, si o fiador conhecia essa circumstancia.

nos direitos do credor primitivo, tendo acção contra o devedor para ser reembolsado d'aquillo que por causa delle despendeu. E' tambem um contracto *benefico* em relação ao devedor a quem o fiador presta, ordinariamente, um serviço gracioso. As fianças remuneradas são excepçionaes. E, si a remuneração provier do credor que, assim, chama a seu proveito e a suas expensas uma garantia, o contracto adquire o character de synallagmatico perfeito e condicional, porque o caucionador pagará sómente si o principal devedor deixar de fazel-o. No commercio, é usada a commissão *del credere* (o *du croire* dos francezes), pela qual o commissario, mediante uma certa retribuição, se constitue garantidor, perante o committente, da operação realisada com terceiro (cod. comm. brasileiro, art. 179). Por outro lado, si o fiador previamente renuncia a todos os recursos que o direito põe à sua disposição contra o devedor principal, a fiança equivale a uma doação condicional que se realisará si o devedor principal não cumprir sua obrigação, e, consequentemente, submeter-se-á às regras desse contracto.

A fiança pôde caucionar uma obrigação actual ou uma obrigação futura, como si abrir um credito em favor de alguém. Neste caso a fiança importa n'uma carta de credito.

### § 175

#### RASCUNHO HISTORICO

«No direito primitivo, diz Dareste, para que houvesse contracto legalmente formado e obrigatorio, não bastava o accordo de duas vontades. Era preciso, em geral, que um terceiro interviesse e affiançasse a execução do acto. A fiança que não é hoje mais que um contracto accessorio, era então, (na Persia) um elemento essencial de todos os contractos. A fiança (*eggys*) ahi figurava para obrigar

cada uma das partes em relação á outra. E o caucionador era considerado o devedor principal e mais rigorosamente obrigado. Acontecia o mesmo nas translações da propriedade. A operação se executava, não entre duas partes sómente, mas entre tres; e o terceiro que ligava o vendedor ao comprador contrahia, exclusivamente elle, a obrigação de garantia, salvo seu recurso contra o devedor» (1).

Este era o direito primitivo tal como o engendraram as mentes rusticas dos varios ramos da familia aryana e como egualmente o esboçaram povos oriundos de outras fontes ethnicas.

Citam os escriptores um exemplo tirado dos poemas homericos que nos traçam vetustas instituições da Grecia, onde a fiança apparece bem nitidamente indicada. Hephaistos surprehendeu Aphrodite em flagrante delicto de adulterio com Arès. Os deuses decidem que este purgará sua falta, pagando a indemnisação habitual, mas Hephaistos não se quer contentar com a promessa do culpado, com receio de que elle se desprenda de sua palavra, porque nem havia muita confiança na bôa fé entre as partes, nem merece confiança quem acaba de abusar della, muito embóra seja immortal e divino aquelle que se vincula por obrigação. Poseidon, em tal emergencia, se compromette a cumprir o devido, no caso de Arès recusar-se a isso. No direito grego posterior, embóra o rigor primitivo tivesse desaparecido, subsistem ainda, em grande copia, as cauções; obrigatorias, quando os interesses do Estado ou de uma cidade estão em causa, facultativas entre particulares (2). O fiador, mesmo em direito criminal, podia soffrer a pena imposta ao afiançado. E' o caso d'aquelles dois senadores que, condemnados á tortura, obtiveram liberdade provisoria, mediante fiança e logo fugiram,

(1) *Études d'histoire du droit*, pag. 13.

(2) *In La grande encyclopédie*, verb. *Caution*.

deixando os miseros fiadores expostos ás agruras da pena cuja acção sómente elles haviam provocado.

No direito germanico a fiança existiu, desde tempos remotos, como um dos melhores meios de garantir a execução dos contractos; e o que se torna digno de reparo, neste regimen juridico, é a variedade de fórmulas que o instituto assumiu. Mas, geralmente, o fiador respondia pessoalmente pela inobservancia do estipulado, podendo o credor apoderar-se delle; porém a sua responsabilidade não passava a seus herdeiros (1).

No direito romano, tambem a fiança era muito frequente, em consequencia da má organização do credito real. A primeira forma de fiança do direito romano foi uma adaptação do contracto verbal solemne. Era a unica admitida nos casos em que a lei a exigia (fiança legal), ou em que o magistrado a determinava (fiança judiciaria). Assim, apenas os cidadãos podiam ser fidepromissores, porquanto a formula sacramental da estipulação excluia a todos que não gozassem do direito de cidade. Mais tarde admittiu-se uma formula *juris gentium*, accessivel aos peregrinos. Porém como ambas estas primeiras modalidades da fiança se ligavam ao contracto verbal e não passavam as responsabilidades do *fidepromissor* a seus herdeiros, extinguindo-se dois annos depois do vencimento da divida, é claro que não satisfazião plenamente ás necessidades do credito. Apareceu, ao fim da republica, a *fidejussio*, ainda fiança verbal, mas podendo garantir quaesquer obrigações transmittindo-se aos herdeiros do fidejussor, e ligando a todos solidariamente, si eram muitos.

Assim co-existiram, a esse tempo, tres formas de fiança, tres especies do genero *adpromissio* (2); mas, ainda

(1) Schulte, — *Hist. du droit et des inst. de l'Allemagne*, § 158.

(2) A *intercessio* era o modo geral por que alguém corroborava a obrigação de outrem, substituindo-se no vinculo por ella creado. Comprehendia seis especies: a

assim, não eram tam flexiveis que abrangessem todos os matizes das varias transacções e das multiplas situações obrigacionaes. Si a *fidejussio* applicava-se a qualquer sorte de obrigações, ainda se moldava pelas formulas rigidas da *stipulatio*, e, portanto, não facilitava o movimento da vida commercial. Surgiram outras formas: para os contractos já existentes, o pacto pretoriano do constituto, e, para os contractos futuros, o *mandatum pecuniae credendae*. Foi um progresso, porque o processo da fiança tornou-se mais commodo e mais amoldavel ás varias exigencias da vida pratica. Mas ainda a evolução do instituto não se completára. O direito justiniano, simplificando a *stipulatio*, despindo-a do rigoroso formalismo originario, a *fidejussio* tornou-se o contracto de fiança por excellencia, sendo possivel a todos, e a todos os contractos accommodando-se. Entretanto essa primazia incontestada da *fidejussio* não fez que succumbissem as formas do constituto e do *mandatum pecuniae credendae*.

## § 176

## QUEM PÓDE SER FIADOR

Todas as pessoas que podem consentir e obrigar-se, são capazes de assumir obrigações de fiador. Entretanto, no regimen da communhão de bens, a fiança do marido, prestada sem acquiescencia da mulher, não obriga a meiação desta (ord. 4, 60). Faz a lei uma excepção em beneficio da fazenda nacional. Si a fiança for prestada, em arrematação de rendas publicas, não só responderão por

*adpromissio*; o *mandatum pecuniae credendae*, o constituto (formas recentes estas duas); a *expromissio*, que é uma novação pela mudança do devedor; a defeza em justiça em nome de terceiro; o penhor ou *hypotheca* constituida em garantia de divida alheia. A *adpromissio*, por seu turno, comprehendia tres variedades: *sponsio*, *fidepromissio*, *fidejussio*.

ella immoveis da meiação do marido, como tambem todos os moveis do casal (ord. cit.).

No regimen dotal, a fiança do marido não obriga os bens que pelo contracto pertencem à mulher, isto é, os dotaes e os paraphernaes. Nem havia necessidade de a lei o dizer, pois que o regimen dotal é de separação, mantendo cada conjuge a propriedade de seus bens, e quanto áquelles que estão submettidos á clausula da dotalisação, além de não serem do marido, são privilegiados pelo fim a que se destinam.

As mulheres não podem ser fiadoras. E' uma concessão do direito romano que a nossa lei mantém (ord. 4, 61). E digo que é uma concessão, embóra importe na limitação da capacidade civil das mulheres, porque o fim da lei foi proteger as mulheres por serem mais facilmente suggestionaveis, talvez menos aptas ou menos fortes para a repulsa das captações, e, ao mesmo tempo, lhes sendo mais difficil a consecução dos meios de subsistencia. Por isso lhes é concedido o beneficio da exoneração, chamado velleiano, para afastar dellas todas as responsabilidades contrahidas por fianças (ord. cit. 61, pr. e § 10).

Esta regra soffre, entretanto, diversas excepções. As mulheres obrigam-se pelas fianças: 1.º em garantia de seus dotes (ord. 4, 61, § 2.º); 2.º quando procederem dolosamente, inculcando-se herdeiras do devedor, ou, segundo as proprias palavras da lei, «vestindo-se em vestidura de homem para mostrarem que eram homens» (§ 3.º); 3.º quando forem herdeiras de outrem e renovarem sobre si a obrigação de seu antecessor (§ 4.º); 4.º quando forem herdeiras, no todo ou em parte, daquelles a quem affiançarem (§ 5.º); 5.º quando se obrigarem a pagar a seus fiadores o que estes pagáram por ellas (§ 4.º); 6.º quando receberem do devedor affiançado a quantia ou objecto da fiança (§ 6.º); 7.º quando forem commerciantes (cod. comm. brasileiro,

art 27, *in fine*; reg. 737, art. 593); 8.º quando affiançarem conjunctamente com os maridos.

Afóra estes casos, a lei não só exonera a mulher de toda responsabilidade por suas fianças, como tambem não permite que ella renuncie a esse beneficio velleiano, a não ser quando se obrigarem no exercicio do patrio poder, ou no da tutoria de seus netos (§ 9.º).

Tambem não podem ser fiadores, além daquellas pessoas que já se viu que não podem contrahir relações obrigacionaes para com certas outras, os thesoureiros e agentes fiscaes, pois que elles antes necessitam de fiança. E as pessoas, que devem á fazenda publica, não são recebidas como fiadores idoneos em relação a obrigações que terceiros contraíam com a mesma fazenda (1).

Examinarei essa incapacidade com que o direito fere a mulher, afastando-a dos compromissos da fiança, sob o poncto de vista da legislação comparada.

Veio-nos essa isempção do direito romano. O celebre senatus-consulta velleiano, proposto por Marcus Silanus e Velleius Tutor, promulgado no reinado de Claudius, mas consagrando uma jurisprudencia anterior, fundava-se em prerogativas masculinas, de que os romanos eram ciosos em extremo, não consentindo que as mulheres participassem dos *officia virilia*. O velleiano annullava qualquer *intercessio* da mulher, comtanto que não tivesse ella intervindo em seu proprio interesse. Justinianus deu novas bases ao instituto, permittindo que subsistisse a *intercessio*: 1.º quando a intercessora, maior de vinte e cinco annos, confirmava dois annos depois da intercessão, a obrigação que, por ella, contrahira; 2.º si a intercessão fosse constada por um acto publico, assignado por tres testemunhas que garantissem ter a mulher recebido alguma cousa em troca de sua obrigação. Estas excepções não se applicariam

(1) *Consolidação*, arts. 786-787.

absolutamente, quando o afiançado fosse o marido. A fiança, neste caso, era radicalmente nulla, não podendo ser validada por enunciações nem ratificações de qualquer natureza (Nov. 134, c. 8).

As ordenações portuguezas acceitaram a doutrina romana, com as restricções que já foram aponetadas. O actual codigo portuguez, art. 820, mantém a incapacidade da mulher não commerciante, para constituir-se fiadora, com as restricções do nosso direito aproximadamente. Destaque-se, entretanto, o caso de ser considerada valida a fiança que a mulher contrae em favor de seus ascendentes ou descendentes. As ordenações falavam das tutoras; mas os ascendentes e descendentes, realmente, se acham em uma situação excepcional; si attendermos ao direito de successão presumido, a fiança dos ascendentes ou em favor dos ascendentes equivale á fiança pelo interesse proprio; si attendermos á affeição, devemos suppor que os paes não desejarão comprometter seus filhos em negócios aventureiros, e, ou tractarão de cumprir suas obrigações em tempo e de modo conveniente para não sobrecarregal-os com debitos de que não tiraram proveito, ou só acceitarão fianças prestadas por elles em condições favoraveis.

A tendencia das legislações modernas, tal como resalta dos melhores e mais recentes corpos de leis, é supprimir essa restricção á capacidade da mulher, ou, mais propriamente, da mulher solteira, divorciada ou viuva. Citarei, entre os codigos que consagram essa orientação, o francez, o hespanhol, o suizo das obrigações, o italiano, o argentino, e o *projecto* allemão. E a pratica parece ter demonstrado, testemunham os escriptores, que as mulheres não se têm revelado mais imprevidentes nem mais faceis do que os homens no que concerne á fiança.

Nas provincias balticas do imperio russo, é toleravel a fiança das mulheres, mas fazendo ellas declaração de que

conhecem exactamente as consequencias juridicas de sua obrigação, e renunciando aos direitos de que se poderiam prevalecer a esse respeito. Recorda esse dispositivo um dos motivos da interdicção das intercessões às mulheres: o poderem allegar ignorancia de direito no systema dos romanos. Mas é sabido que valor tem hoje essa regra. Nem é justo manter o principio *nemo jus ignorare consetur* com o rigor dos romanos; nem persistem as razões para suppor-se que o direito é alguma cousa de tam forte que não possa penetrar na mente delicada de uma senhora. Protestam contra um tal modo de ver as muitas mulheres que hoje cultivam, com proveito e gallardia, esta sciencia que nós outros temos vindo, de remotas eras, pesadamente desbravando. Bastará lembrar o nome de M<sup>me</sup>. Bilcesco, escriptora juridica de notavel erudição e collaboradora fecunda em varias revistas de jurisprudencia.

## § 177

### EFFEITOS DA FIANÇA

Duas ordens principaes de effeitos decorrem da fiança: entre o credor e o fiador, entre este e o devedor.

I—Na primeira ordem, sobresaem os seguintes:

1.º O fiador fica obrigado pela obrigação daquelle a quem afiança, mas deve ser demandado somente depois de excutados os bens do principal devedor, visto como é um co-obrigado indirecto. E' a esse direito de ser executado depois do afiançado, que se dá o nome de beneficio de *ordem* ou de *excussão* (1). Poderá, porém, esse direito ser

(1) Ord. 4, 53, pr. e 61 § 8.º; codigo civil francez, arts. 2021-2024; suiso das obrigações, 493-494; italiano, art. 1907; portuguez, 830; hespanhol, 1830; argentino, 2012. O codigo baltico admite este beneficio, «com a condição de o devedor principal poder ser accionado tam facilmente e com o mesmo successo que o fiador». (Lehr, *Direito russo*, II, p. 451).

renunciado: *a*) declarando-se o fiador o principal responsável ou solidariamente obrigado (1); *b*) não recorrendo ao benefício, quando o credor vier sobre elle, antes de executar o devedor principal (2), pois o credor não tem obrigação de accionar primeiramente a este, sinão depois que o fiador se cobrir com a egide do benefício de ordem.

E não terá applicação o alludido benefício: *a*) si o fiador negar sua qualidade, e, apoz discussão judicial, fôr convencido de que realmente o era (ord. 4, 59 § 1.º): *b*) si o devedor não tiver com que pagar (3): *c*) Si estiver ausente de seu domicilio (ord. 4, 59, pr.) e não tiver nelle bens desembargados sufficientes para o pagamento (ord. 3, 92).

Nas fianças commerciaes, isto é, naquellas em que a obrigação principal fôr mercantil e commerciante o afiançado, não ha o privilegio de ordem (4). Entretanto sendo o fiador executado, de preferencia ao devedor directo, «poderá offerecer á penhora os bens deste, si os tiver desembargados; mas, si contra elles apparecer embargos ou opposição ou não forem sufficientes, a execução ficará correndo nos proprios bens do fiador, até effectivo e real embolso do exequente» (cod. comm. brasileiro, art. 261).

Das fianças de rendas publicas, tambem se têm excluido o privilegio de ordem.

2.º Sendo dois ou mais fiadores, ha solidariedade entre elles sempre que expressamente não estipularem o beneficio da divisão (5), o qual consiste em que cada fiador

(1) Codigo italiano, art. 1093; portuguez, 830 § 1.º; hespanhol, 1831 §§ 1.º e 2.º e francez, 2021.

(2) Ord. 4, 59, pr.; codigo civil hespanhol, art. 1831 § 2.º; argentino, 2013 § 5.º.

(3) Cod. comm. brasileiro, art. 261; reg. 737, art. 591.

(4) T. de Freitas,—*Consolidação*, art. 788 § 7.º e nota.

(5) Ord. 4, 59 § 4.º; cod. civil portuguez, art. 835. Diversamente dispõem o código francez, arts. 2025-2027; e o italiano 1911-1913: que a fiança só será solidaria, si os fiadores renunciarem o beneficio da divisão. Similhanamente o codigo suizo das obrigações, art. 496 e o hespanhol, 1837.

No direito commercial, a fiança é sempre solidaria (cod. comm. brasileiro, art. 258).

responde por uma quota, parte do valor da fiança, feita a repartição deste pelo numero dos fiadores, não contados os fallidos nem os mortos, ao tempo da execução. Póde tambem cada fiador, no contracto, determinar a parte da divida pela qual se responsabilisa, e, nesse caso, sua responsabilidade não irá além do estipulado.

Dada, porém, a solidariedade, o fiador que pagou integralmente a divida fica subrogado nos direitos do credor, mas só poderá accionar cada um dos outros fiadores pela sua porção, feito um rateio geral. Si algum fallir, seu quinhão se distribuirá pelos outros (1).

3.º « A obrigação do fiador passa a seus herdeiros; mas a responsabilidade da fiança é limitada ao tempo decorrido até a morte do fiador e não poderá exceder à força de sua herança » (cod. comm. brasileiro, art. 258 al.). E' a disposição do direito commercial. Mas o nosso direito civil é omissio, baseando-se a respeito somente no direito romano. Uma vez que temos lei, e não ha razão para que se adoptem principios diferentes nos dois ramos do direito privado, neste assumpto particular da transmissibilidade do vinculo obrigacional da fiança, deverá prevalecer o edicto do codigo commercial citado, penso eu.

II—Considerarei agora os mais notaveis effeitos que defluem da fiança entre o fiador e o devedor affiançado.

1.º Sendo demandado o fiador, na ausencia do principal devedor, poderá apresentar bens deste, si os tiver desembargados, e sobre elles correrá a execução, isemptando-se assim de sua responsabilidade, que é meramente subsidiaria e destinada a apparecer na ausencia ou deficiencia da que compete ao devedor principal.

(1) Cod. comm. brasileiro, art. 2.º; civil italiano, 1920; francez 2033. Coelho da Rocha § 886, *scholio*, aventura uma doutrina diversa, mas sem applicação a nosso direito.

2.º Pagando o fiador a divida do afiançado, ficará subrogado no direito do credor, para haver, do devedor, a quantia paga, com todas as perdas e interesses (1), aproveitando-se para esse fim de todas as garantias instituidas em favor do credor originario. Esta subrogação não se dava, de pleno direito, na jurisprudencia romana; o credor devia fazer a cessão das acções que lhe competiam, sem o que o fiador ficaria desarmado. A Ord. 3, 92, não diz positivamente que a cedencia se opera, *ipso jure*, pelo que Mello Freire ainda seguia a doutrina romana. Mas não só foi no sentido da subrogação a orientação dos civilistas posteriores ao insigne Paschoal, como o codigo commercial brasileiro, a estabelece categoricamente, no que é apoiado pela maioria dos codigos civis vigentes.

3.º Si o fiador pagar sem ser demandado e sem advertir o principal devedor e este, na ignorancia desse facto pagar novamente, a responsabilidade unica é do credor doloso e sobre elle somente terá regresso o fiador imprevidente, mas não contra o devedor originario (2).

4.º Si o devedor fallir ou tornar-se insolvente, antes da epocha determinada para o reembolso da divida, considera-se exgottado o prazo. Esta é a doutrina seguida e consagrada em lei patria. Mas não assim em relação ao fiador. O codigo suisso das obrigações decidiu que o fiador não pôde ser constrangido a pagar antes do prazo fixado, não obstante a fallencia tornar exigiveis todas as dividas não condicionaes do devedor (art. 500). Embóra

---

(1) Ord. 3, 92, *in fine*; cod. comm. brasileiro, art. 260; T. de Freitas, *Consolidação*, art. 796 e nota; cod. civil francez, arts. 2028-2029; argentino, 2029-2030; prussiano, I, 14, art. 338; italiano, arts. 1915-1916; suisso das obrigações, 501-507; portuguez, 838-839; Coelho da Rocha § 881.

(2) Codigo suisso das obrigações, art. 506; italiano, 1918; francez, 2031; portuguez, 842.

alguns escriptores levantem objecções a essa doutrina, julgo-a equitativa e conforme com a lei patria. Realmente o dec. 917, art. 23 § 5.º, diz que *os co-obrigados com o fallido em divida não vencida ao tempo da fallencia darão fiança do pagamento no vencimento, não preferindo pagar immediatamente*. Ora o fiador é um co-obrigado indirecto e, para elle, o prazo não está vencido. Além disso, tomando elle a responsabilidade principal e directa não seria coagido a pagar sinão ao tempo do vencimento. Seria excessivo rigor fazer peor a sua condição, quando elle é devedor subsidiario. Finalmente a fiança, si presta realmente serviços, é em garantir a totalidade da divida: fallindo o devedor principal, dá-se o transporte do debito integralmente para o fiador (1).

## § 178

### EXTINCÇÃO DA FIANÇA

A fiança termina: 1.º pela extincção da obrigação principal; e, ainda, que o objecto seja evicto, não revive fiança (2); 2.º pela novação, si o fiador não consentiu nella (3).

Quanto ao exgottamento do prazo e á confusão, que são incontestavelmente modos de extinguir a fiança, não ha necessidade alguma de destacal-os, pois que são modos

---

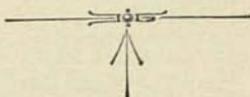
(1) Vide neste sentido uma decisão citada por Orlando, *codigo comm. brasileiro*, 3.ª edição, p. 120. Accréscente-se que o fiador, vendo-se ameaçado de pagar por que o devedor esbanja sua fortuna, tem o direito de exigir garantias.

(2) *Codigo civil francez*, arts. 2025-2038; *italiano*, 1925-1929; *federal suizo*, art. 501. Si, por dolo ou negligencia do credor, desaparecem as garantias, *hypothecas* ou outras quaesquer, de modo que não possam aproveitar ao fiador, ficará este des-obrigado, decidem em geral os *codigos civis* (*francez*, 2037; *italiano*, 1928; *argentino*, 2043).

(3) *Cod. comm. brasileiro*, art. 262; D. 46, 2, frs. 1 e 18; *codigo civil portuguez*, art. 852. Contra o *codigo civil francez*, art. 2039 e o *italiano*, 1930.

de extinguir quaesquer obrigações convencionaes e não particularmente a fiança. Excuso-me, por isso, de repetir aquillo a que me tenho por varias vezes referido no curso deste escripto.

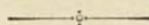
Morrendo o fiador ou fallindo, antes do vencimento da divida, o devedor originario é obrigado a dar nova fiança ou a pagar immediatamente, estatue o codigo commercial brasileiro, art. 263.



# INDICE ANALITICO



# INDICE ANALYTICO



Nota preliminar. . . . .	Pags. VII
--------------------------	--------------

## PRIMEIRA PARTE

### Theoria das Obrigações

#### CAPITULO I

##### CONCEITO DE OBRIGAÇÃO

###### § 1.º

**Determinação do assumpto**—Analyse psychologica da idéa de obrigação. Inibição e estímulo. A norma, principio masculino, gerador da obrigação. Ella é sempre a submissão a uma regra de conducta, a necessidade de agir de um modo determinado. Obrigações juridicas. Sentido lato, sentido restricto. Caracteres communs: apreciação economica, transitoriedade da relação. A obrigação postula uma causa. Definições incompletas das Institutas e de Savigny. Definição preferivel. . . . .

1

###### § 2.º

**Conceito romano e conceito moderno de obrigação**—A obrigação, para os romanos era um *vinculum juris* entre duas pessoas determinadas. Execução puramente pessoal, execução patrimonial. Hoje a obrigação admite a substituição das pessoas originariamente vinculadas. Afirmiação de Cogliolo a respeito. Titulos ao portador. Pessoas indetermi-

	Pags.
nadas. Titulos a ordem. Mandato. Theoria da representação. Substituição cessionaria. . . . .	6
§ 3.º	
<b>Causas geradoras das obrigações</b> —As quatro causas geralmente indicadas. Theoria de Gaius. A vontade unilateral. Opinião de G. Tarde. Quatro figuras principaes: o contracto, o chamado quasi-contracto, actos illicitos e a vontade unilateral. Outras fontes extranhas ao quadro do direito das obrigações. E' possível reduzir todas as causas a duas: actos humanos e a lei . . . . .	9
§ 4.º	
<b>Fundamento philosophico das obrigações</b> —Doutrina de Vico, de Kant e de outros. Doutrina de Stuart Mill: o interesse da sociedade é o fundamento ultimo das obrigações. Sua justificação. A combinação dos esforços, a divisão do trabalho.	11
§ 5.º	
<b>Direitos obrigacionaes. Sua distincção dos reaes</b> —A expressão—direitos pessoaes—é equivocada. A denominação latina— <i>ius ad rem</i> , não abrange, com claresa, as prestações de serviço. Direitos indirectos. E' preferível a denominação—direitos obrigacionaes. O direito real recae directa e immediatamente sobre um objecto corporeo. O obrigacional visa directamente acções humanas. Infungibilidade do direito real. O direito obrigacional é fungível e transitorio. Os direitos reaes consistem em gozos de cousas, e possuem o caracter juridico da sequela. Os obrigacionaes consistem em prestações. E' improprio dizer que uns são absolutos e outros relativos. Os direitos reaes são pouco numerosos, e os obrigacionaes innumeraveis. Pontos de contacto e similhaça dos direitos reaes e obrigacionaes. . . . .	14
§ 6.º	
<b>Atinencias da theoria das obrigações com os outros ramos do direito, com a moral, com a economia politica e com a psychologia</b> —Sendo a theoria das obrigações fundamental no direito, repercute em todas as divisões d'elle. Os dictames da moral presidem ao nascimento das obrigações e as acom-	

Pags.

panham atravez da vida. Situações diversas em que se encontram o direito e a moral em frente á doutrina das obrigações. As dividas de jogo. A economia politica. A doutrina do valor; sua correlação intima com a das obrigações, segundo Tarde. A mesma correlação entre a doutrina do salario e a locação de serviços. Outras questões que actuum sobre a creação e o desenvolvimento das obrigações. Este desenvolvimento é um indice da riqueza e da civilisação, como affirma d'Aguano. Intervenção do Estado no disciplinar as obrigações. A psychologia. A liberdade, condição essencial dos contractos, é noção psychologica. Mas não se tracta do livre arbitrio em que ninguem mais acredita . . . . . 18

§ 7.º

**Objecto das obrigações**—E' sempre um acto humano. Caracteres que deve apresentar. Possibilidade physica e juridica. Exterioridades, determinação ainda que vaga, valor economico ou outro interesse respeitavel. Doutrina de Savigny e Bluntschli, opposição de Windscheid. *O pretium affectionis* . . . . . 26

CAPITULO II

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS OBRIGACIONAES

§ 8.º

**Indistincção do direito primitivo**—*Obrigações collectivas. Delictos e quasi delictos.* A separação entre o direito obrigacional e o real era desconhecida na infancia do direito. Sumner Maine. Fôrma collectiva das obrigações. Sua sancção pelas guerras. Aparecimento da liberdade e da propriedade individuaes. Transição das obrigações collectivas para as individuaes. Exemplo de Hermann Post. Delictos. O codigo wisigothico. Os *foraes*. Penalidade excessiva. Alexandre Herculano historiando esse periodo da vida social portugueza. Approximação do que elle diz com o que affirma Kovalewsky de povos caucasianos . . . . . 29

	Pags.
§ 9.º	
<b>Transição da obrigação collectiva para a individual</b> —Debilidade do vinculo obrigacional pelo psychico. Rigor da religião e do direito para corroboral-o. Garantia pessoal no Egypto, entre os hebreus, entre os romanos. Lei das XII taboas. Outras leis antigas. O direito chinez, hindú, e de certas tribus do Caucaso. Limites sociaes e politicos do senso moral. Acção do commercio e da hospitalidade. Afirmações de Jhering. . . . .	37
§ 10	
<b>Inícios da responsabilidade individual</b> —Ossatura das obrigações. Responsabilidade collectiva, de grupos, individual. Revogabilidade das convenções. Direito musulmano, hindú, assyrio. As arrhas. Tambem ellas attestam a revogabilidade das obrigações convencionaes primitivas. . . . .	43
§ 11	
<b>Evolução das formas contractuae</b> —Os primeiros contractos são permutas. Sua primeira modalidade formal, não é uma especie de guerra. Referencias de Letourneau. Modo de contractar na Colombia russa e no Novo Mexico. Individuos, consagrados ao commercio, na Australia. Cartas commerciaes. Acção da religião. . . . .	46
§ 12	
<b>Evolução da theoria juridica obrigacional</b> —Primeiras regulamentações entre os povos antigos. E' entre os romanos que a theoria das obrigações se firma de modo seguro e se aperfeiçoa. Distincções entre o <i>meum est</i> e o <i>dare oportet</i> . Contractos e delictos. A troca real. A compra e venda, por meio da <i>mancipatio</i> . Schema de Rudolf von Jhering. Obrigações de prestação futura. O <i>Nexum</i> . A <i>lex fiducia</i> . Os contractos nominados e innominados. Contractos litteraes. A <i>stipulatio</i> . Contractos consensuaes. Unilateralmente promissorios. <i>Nuda paeta</i> . Quasi contractos. <i>Epistola</i> , <i>cautiones</i> , <i>syngrapha</i> , <i>chirographa</i> . Modos de solver as obrigações convencionaes. <i>Actus contrarius</i> . Nota sobre dispositivos de varios regimens juridicos. . . . .	49

Pags.

§ 13

**Phases ultteriores**—Direito germanico. A *fides facta*. Explicação de Glasson. Simplificação de formas. O feudalismo. Novo impulso na vida de relação do organismo humano, novas figuras de obrigações . . . . . 57

CAPITULO III

ESPECIES DE OBRIGAÇÕES

§ 14

**Classificação das obrigações**—Obrigações civis e commerciaes. Doutrina de Cogliolo. Obrigações de pura equidade e obrigações legaes. Subspecies. As pretensas obrigações reaes 61

§ 15

**Obrigações positivas: A) de dar**—Em que consiste. Visando ella a constituição de um direito real, necessitará da tradição? Divergencia entre as legislações. Direito romano. Direito patrio. Doutrina do codigo civil francez. Critica feita a essa doutrina por Teixeira de Freitas. Apoio que ella encontra em codigos civis vigentes. Direito allemão, suisso, austriaco, inglez e norte-americano. Si a cousa certa perece. Sendo a cousa incerta e inconsomivel tem o direito de escolha, si, por convenção não foi essa faculdade conferida ao credor. Deteriorações com ou sem culpa. Remissão ao capitulo que tracta da compra e venda. Melhoramentos. Remissões . . . . . 65

§ 16

**Obrigações positivas: B) de fazer**—Em que consiste. Que prestações comprehende. Consequencias de sua inexecução. Algumas legislações a respeito . . . . . 71

§ 17

**Obrigações negativas: de não fazer**—Em que consiste. Questões e soluções. . . . . 73

	Pags.
§ 18	
<b>Obrigações condicionaes</b> —Em que consiste a modalidade nas obrigações. Obrigação condicional. Especies de condições. Das condições suspensivas, em particular. Systema francez. Systema romano. Consequencias do não cumprimento da condição. Condições resolutorias. A quem cabem os riscos e os accrescimos. Condições impossiveis. Condições prohibidas . . . . .	74
§ 19	
<b>Obrigações a termo</b> —Differença entre termo e condição. O termo se deve presumir estabelecido para ambas as partes. . . .	79
§ 20	
<b>Obrigações acompanhadas de clausula penal</b> —Noção de clausula penal. E' uma obrigação accessoria. Tem por fito reforçar a obrigação principal, ferindo a inexecução ou a móra. Para pedil-a não é necessario que o credor allegue prejuizo soffrido. Penas excessivas. Deve ser modificada em proporção com o cumprimento parcial da obrigação. Não é efficaz a pena convencional adjuncta a uma obrigação illicita. As clausulas penaes por occasião de fallencia. . . .	80
§ 21	
<b>Arrhas</b> —Diversas accepções da palavra. Como garantia dos contractos seu conceito é differente no direito civil e no commercial. Legislação comparada. Evolução do instituto. Explicação de Tarde. As arrhas são uma persistencia do preço que era pago immediatamente, na occasião de effectuar-se a compra. Sua transformação. Character que obtiveram no direito romano . . . . .	83
§ 22	
<b>Obrigações divisiveis e indivisiveis</b> —Noção. O interesse da distincção apparece, quando ha pluralidade de credores ou devedores. Differença entre indivisibilidade e solidariedade. Varias hypotheses. Obrigações de dar objecto movel, objecto immovel, corpo certo. A divisibilidade intellectual é	

	Pags.
causa de grandes confusões na doutrina. A divisibilidade jurí- dica é alguma cousa differente da mater'al. Ella determina-se pela possibilidade de fraccionar a prestação. Obrigações de fazer. Obrigações negativas. Servidões prediaes. Conse- quencias da divisibilidade e da indivisibilidade . . . . .	86
§ 23	
<b>Obrigações conjunctivas</b> —Conjunção objectiva, subjectiva, indivisivel, solidaria, simples. . . . .	92
§ 24	
<b>Obrigações solidarias</b> —Definição de Savigny. A solidariedade não se presume. Solidariedade activa. Extincção da divida solidaria pela remissão. Doutrina franceza. Doutrina romana. Solidariedade passiva. Consequencias do perecimento do objecto devido. Modos de extincção da divida. . . . .	93
§ 25	
<b>Obrigações facultativas</b> —Noção. E' a obrigação principal que dá character a esta relação, não a suppletoria . . . . .	99
§ 26	
<b>Obrigações alternativas</b> —Noção. Distincção entre obrigações alternativas e facultativas. Caracterisação das primeiras . . .	100
§ 27	
<b>Obrigações principaes e accessorias</b> —Definições e exemplifica- ções . . . . .	102
§ 28	
<b>Obrigações primitivas e secundarias</b> —Noção. Outras divisões de obrigações. . . . .	103
§ 29	
<b>Obrigações liquidas e illiquidas</b> —Noção e distincção. Impor-	

	Pags.
tancia desta. Observações de Pothier. Dec. de 24 de Out. de 1890. . . . .	103

## CAPITULO IV

### EFFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

#### § 30

<b>Irradiação do vinculo obrigacional</b> —A execução é o effeito mais natural da obrigação. Outros se prendem à sua inexecução. Effeitos secundarios. Transmissão aos herdeiros. Execução por terceiros. Execução parcial. Outros effeitos . . . . .	105
---	-----

#### § 31

<b>As obrigações no direito internacional privado</b> —As obrigações convencionaes têm, por lei fundamental, a vontade das partes. No silencio della sobre algum poncto que lei dominará. Divergencia dos escriptores. Opiniões de Savigny, Bar, Asser. O codigo da Prussia, da Saxonia, d'Austria, hollandez, italiano, suiso, portuguez e argentino. Outras obrigações . . . . .	107
--	-----

## CAPITULO V

### EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

#### § 32

<b>Execução voluntaria</b> —A execução voluntaria é o modo mais natural de extinguir as obrigações. Solução. Quem pôde validamente solver uma obrigação. Pagamento feito por terceiro. Solução <i>pro invito</i> . . . . .	111
--	-----

#### § 33

<b>A quem deve ser feito o pagamento</b> —Varias pessoas, o credor originario ou quem occupa seu logar por um titulo justo. Credor apparente. Pagamento feito a terceiro sem poderes para receber. Capacidade do recipiente. Algumas hypotheses previstas. . . . .	113
--	-----

	Pags.
§ 34	
<b>Do objecto do pagamento</b> —Prestação indicada no titulo da obrigação. Indemnisação. Prestações parciaes. Divida de cousa certa. Illiquida. Mixta. Quitações. Dividas de dinheiro . . . . .	115
§ 35	
<b>Logar do pagamento</b> —Logar Designado no titulo constitutivo da obrigação, domicilio do devedor, logar da formação do vinculo. . . . .	118
§ 36	
<b>O tempo da execução</b> —Obrigação pura e simples. Faculdade que tem o juiz de conceder um prazo. Obrigações condicionaes e a prazo. Hypothecarias, perecendo o immovel hypothecado. Declarada a fallencia se tornam exigiveis as dividas do fallido. Fallencia do fiador. Si o devedor pagar antes do vencimento não terá direito de repetir, salvo si tractar-se de uma obrigação condicional . . . . .	119
§ 37	
<b>Imputação do pagamento</b> —Como se faz a imputação. Solução media entre as tendencias divergentes dos codigos . . . . .	121
§ 38	
<b>Pagamento por consignação</b> —Casos em que ella é permittida. Remissão de hypothecas. Julgamento da consignação. As despesas por conta de quem se fazem. Varias hypotheses . . . . .	122
§ 39	
<b>Pagamento com subrogação</b> —Noção. Subrogação legal. Diversas legislações a respeito. Subrogação convencional. Subrogação parcial. . . . .	125
§ 40	
<b>Dação em pagamento</b> —Quando se dá. E' um pagamento por substituição. Si o bem dado em pagamento não pertencer ao devedor. Opiniões de Marcianus e Ulpianus. . . . .	129

	Pags.
§ 41	
<b>Do pagamento indebito</b> — A repetição do pagamento indebito funda-se no erro. Não tem logar a repetição quando ha uma obrigação de simples equidade. Casos equiparaveis ao de erro. Obrigações fundadas em causa torpe. O que deve o accipiente restituir. Direito de reivindicar que assiste ao proprietario no caso de ter o accipiente alienado o immovel dado em pagamento. Despezas . . . . .	130
§ 42	
<b>Do beneficio de competencia</b> — Em que consiste. A quem aproveita. . . . .	133
§ 43	
<b>Cessão de bens</b> — A insufficiencia dos bens do devedor, no direito commercial. Em que consiste a cessão de bens. Opiniões divergentes dos nossos civilistas. Cessão de bens no direito commercial. Diferenças entre as duas especies. Legislação comparada . . . . .	134
§ 44	
<b>Prova do pagamento</b> — Quitação, entrega do titulo, sentença, escripto publico ou particular. Prestações periodicas. Quitação do capital suppõe a dos juros. Outros modos de prova. Hypothecas. Letras de cambio, titulos ao portador e á ordem. . . . .	138
§ 45	
<b>Remissão e renuncia da divida</b> — Definições. Effeitos. Que obrigações abrange. Devolução do objecto empenhado . .	140
§ 46	
<b>Novação</b> — Definição. Requisitos. Modos de operar-se. Accessorios. Devedores solidarios. Si interrompe a prescripção.	141
§ 47	
<b>Compensação</b> — Quando se dá. Requisitos. Dividas que não se compensam. Effeitos . . . . .	143

	Pags.
§ 48	
<b>Confusão</b> —Quando tem lugar. Peculiaridade do direito inglez. Confusão parcial. Nas dividas solidarias . . . . .	145
§ 49	
<b>Transacção</b> —Noção. Quem pôde transigir. Sobre que direitos pôde recahir. Effeitos. Por conta de quem correm os riscos. Transacção judicial e extrajudicial. . . . .	146
§ 50	
<b>Distracto</b> —O que é. Impropriedade de termos . . . . .	150
§ 51	
<b>Impossibilidade do pagamento</b> —Noção. Concorrendo culpa ou mora. Nos contractos bilateraes. . . . .	151
§ 52	
<b>Prescrição</b> —Decurso de tempo necessario. Si é necessaria a boa fé. Discussão do assumpto. Legislação comparada. Varios prazos. Interrupção da prescrição. Contra quem não corre a prescrição. Legislação comparada. Renuncia. Si deve ser allegada e por quem. A prescrição no direito internacional privado . . . . .	152

## CAPITULO VI

## CONSEQUENCIAS DA INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

## § 53

<b>Perdas e danos</b> —Do não cumprimento da obrigação resulta a responsabilidade por perdas e danos. <i>Lucrum cessans</i> , <i>damnum emergens</i> . Imperfeição da execução. Vícios redhibitorios, môra. Execução. Prisão por divida. Legislação comparada . . . . .	159
---	-----

## SEGUNDA PARTE

## Causas geradoras das Obrigações

## SECÇÃO I

## Theoria geral das causas geradoras das obrigações

## CAPITULO I

## THEORIA DOS CONTRACTOS

## § 54

**Função social dos contractos**—Nos tempos primitivos, ha pouco logar para os contractos. Elles, apparecendo e desenvolvendo-se, consolidam os laços da coexistencia humana. E' um conciliador de interesses. E' um dos modos de affirmar a individualidade humana. Aproxima os individuos e os povos. Divisão do trabalho. Intervenção do direito . . . 165

## § 55

**Noção de contracto**—Actos juridicos. Definição do contracto. Distineção de outros actos. Convenção, pacto e contracto . . . 169

## § 56

**Condições necessarias para a validade dos contractos**—Condições objectivas e subjectivas. A causa. . . . . 172

## § 57

**Da capacidade para contractar**—Definição de capacidade. Os menores. A mulher casada. Prodigos. Fallidos. Pessoas juridicas. Incapacidade de character parcial. Referencias a outras legislações. Os condemnados. . . . . 174

## § 58

**Da proposta e do consentimento**—Elaboração psychica do contracto. Proposta. Conclusões . . . . . 178

Pags.

## § 59

**Do erro**—Definição. Erro essencial e accidental. De facto e de direito. . . . . 180

## § 60

**Do dolo**—Definição. Dolo principal e incidente. Hypnotismo 182

## § 61

**Da intimidação e da violencia**—Noção de ambas. Temor reverencial. Uso de direito. Suggestão hypnotica. Testemunho de Wundt . . . . . 184

## § 62

**Da simulação**—Quando se dá. Seus effeitos. . . . . 186

## § 63

**Modos do consentimento**—Expresso e tacito. . . . . 187

## § 64

**Do momento em que se forma o vinculo obrigatorio, nos contractos entre presentes**—Si foi concedido prazo para a acceitação. Não havendo prazo. . . . . 188

## § 65

**Do momento em que se forma o vinculo obrigatorio, nos contractos por correspondencia**—Prazo fixado. Ausencia de estipulação de prazo, Offerta e desistencia. Acceitação e arrependimento. Theoria da cognição. Modificações propostas por Grotius, Waechter, Delamare et Lepoitvin, Larombière, Resposta de Girault. Objecção de Cadrès. Theoria da agnição ou declaração. O codigo commercial brasileiro e o allemão. Jurisprudencia ingleza. Suffragio de varios escriptores. Subtheorias. Doutrina de Koepfen. Correspondencia telegraphica e telephonica. Opinião do Dr. Carlos de Carvalho. . . . . 189

	Pags.
§ 66	
<b>O momento em que se forma o vinculo obrigatorio, nos contractos por correspondencia no direito internacional privado—</b> O logar do contracto será aquelle onde foi dada a acceitação. Opiniões de Savigny e de Girault . . . . .	197
§ 67	
<b>Da lesão—</b> Noção. Historico. Direito romano. Codigo wisigothico. Ordenações. Codigo civil francez. Outras legislações. Tendencia actual do direito. Beneficio da restituição . . . .	199
§ 68	
<b>Dos vicios redhibitorios e da evicção—</b> Quando existem. Evicção. O codigo commercial brasileiro a respeito. Referencias a outras legislações. . . . .	203
§ 69	
<b>Dos contractos concluidos por terceiros—</b> Representantes auctorisados. Ratificação. . . . .	205
§ 70	
<b>Forma dos contractos—</b> O que é. Forma intrinseca, extrinseca, probante, habilitante. Forma essencial. Para prova. Escripto publico, particular, forma verbal, epistolar, telegraphica e telephonica. . . . .	206
§ 71	
<b>Contractos que se devem fazer por escriptura publica—</b> O que é escriptura publica. Em que contractos ella é essencial	208
§ 72	
<b>Contractos que se fazem por escripto particular—</b> Que contractos podem ser feitos por escripto particular. Quem os pôde fazer	209
§ 73	
<b>Contractos nullos—</b> Que contractos são nullos de pleno direito. Causas litigiosas. Pactos successorios . . . . .	210

Pages

## § 74

**Dos contractos annullaveis**—Dolo, erro, coacção, simulação, lesão. Nullidade de uma só clausula. Effeitos. Confirmação 212

## § 75

**Provas dos contractos**—Varios modos. Direito commercial . . . 213

## § 76

**Interpretação dos contractos**—Direito romano e francez. Regras essenciaes . . . . . 214

## § 77

**Classificação dos contractos**—I Publicos e privados, civis e commerciaes. II Reaes, consensuaes e solemnes. III Escriptos e verbaes. IV Unilateraes, bilateraes, gratuitos, onerosos, commutativos aleatorios. V Principaes e accessorios. VI Nominados e innominados. VII Contracto abstracto. VIII Contractos sob sello e contractos simples no direito anglo-americano . . . . . 214

## § 78

**Da applicação da lei estrangeira á forma dos contractos**—O principio *locus regit actum*. Excepções . . . . . 218

## § 79

**Exclusões e inclusões**—Contractos que se não encontrarão neste livro. Ordem seguida na exposição . . . . . 220

## CAPITULO II

## A PROMESSA UNILATERAL

## § 80

**Do valor e alcance da promessa juridica**—Não é exclusivamente a vontade que dá força aos contractos. Essa virtude

	Pags.
nasce do interesse social. E' tambem elle que dá estabilidade ás promessas unilateraes. Theoria da vontade unilateral. Antecedentes romanos . . . . .	221
§ 81	
<b>A promessa unilateral nos contractos</b> —Como a promessa obriga, havendo prazo estipulado e nos contractos entre auzentes . . . . .	224
§ 82	
<b>A estipulação em favor de terceiro</b> —Quando tem lugar. Geminação contractual. Seguros de vida. Elles contêm uma condição suspensiva. O beneficiario tem direito á somma assegurada, <i>ex stipulatu</i> . Relações juridicas analogas. Direito romano. Opinião de Pothier e de Habertisch. Nas estipulações para terceiros, a obrigação existe, da parte do promittente, independentemente de qualquer acto do beneficiario. Na opinião de René Worms, ha declaração unilateral de vontade obrigatoria. Motivos de discordar . . . . .	225
§ 83	
<b>Dos titulos á ordem e ao portador</b> —Definição de titulo á ordem. Opiniões diversas sobre sua natureza juridica. E' uma cessão de credito. Titulos ao portador. Sua natureza juridica. E' um caso de obrigação para com pessoa indeterminada, e de declaração unilateral de vontade . . . . .	230
§ 84	
<b>Da promessa de recompensa</b> —Noção. E' uma manifestação unilateral da vontade do promittente. Companhias de transporte . . . . .	235

## CAPITULO III

## OUTRAS FIGURAS DE CAUSAS

## § 85

**Dos actos illicitos**—Noção de acto illicito. Satisfação do damno por crimes e contravenção. Outros actos illicitos. Prin-

Pags.

cipio geral do projecto de codigo civil allemão. *Delicta privata* e quasi delictos dos romanos. Actos illicitos de pessoas que estão sob a guarda de outrem. Codigo suiso das obrigações. Damnos praticados por animaes. Damno praticado por edificios ou qualquer obra mal conservada . . . . . 237

## § 86

**Outras fontes de obrigações**—Quasi contractos, enriquecimento illicito. Outras fontes. . . . . 240

## SECÇÃO II

## Dos contractos em particular

## CAPITULO I

## DAS DOAÇÕES

## § 87

**Noção de doação e seus caracteres**—Definição. Presupposição da acceitação. Casos em que ella é essencial. Si fallecer o doador ou o donatario antes de realisada a acceitação? Caracteres. Quando são muitos donatarios, não tem o direito de accrescer, salvo si esse direito lhes é conferido ou os donatarios são conjuges . . . . . 243

## § 88

**Classificação das doações**—Suas especies. . . . . 248

## § 89

**Doações entre vivos**—Noção. Historico. Referencias a algumas legislações. . . . . 248

## § 90

**Que pessoas podem doar**—O pae e a mãe podem fazer doações aos filhos, mas devem ellas vir á collação. Doações do homem casado sendo de immoveis, sendo de moveis. Da

	Pags.
mulher casada, Dos filhos-familias. Bens dos menores. Quando deve existir a capacidade do doador . . . . .	250
§ 91	
<b>Dos que podem ser donatarios</b> —Nascituros, menores, loucos, mulheres casadas, tutores e curadores, concubinas de homem casado. Em que momento deve existir a capacidade do donatario . . . . .	252
§ 92	
<b>Que cousas podem ser doadas</b> —Podem ser doados todos os bens alienaveis. Restricções. Legislação comparada. Bens futuros	253
§ 93	
<b>Da forma externa das doações</b> —Direito romano. Direito patrio Insinuação. Isempção della. Inutilidade dessa formalidade. Legislação comparada. . . . .	254
§ 94	
<b>Doações puras e modaes</b> —O que é doação simples; o que é doação modal. Varias hypotheses: Condicionaes, com encargo, remuneratorias, com clausula de reversão. O fim	258
§ 95	
<b>Doações mutuas</b> —Noções. Legislação comparada. . . . .	260
§ 96	
<b>Direito e obrigações do doador e do donatario</b> —O primeiro dever do doador é entregar o objecto doado. O donatario tem acção para haver o objecto doado. Quando deve ali- mentos ao doador. Cumprimento dos encargos. . . . .	260
§ 97	
<b>Revogação das doações</b> —São causas de revogação: I a ingra- tidão do donatario. Direito romano. Direito patrio. II Inexe-	

	Pags.
cução de encargos e condições. A superveniencia de filho ao doador não é causa de revogação da doação. Exame da questão. Legislação comparada. Doações feitas em fraude aos credores. Legislação comparada. Doações inofficiosas.	261

## § 98

<b>Doações entre conjuges</b> —Historico. Direito hellenico, germanico, romano. Direito patrio. Condições em que são permitidas. Actos beneficos que não são propriamente doações. Doações modicas e <i>mortis causa</i> . Legislação comparada .	265
---	-----

## § 99

<b>Doações mortis causa</b> —Noção. Historico. Direito grego e romano. Direito patrio. Liberalidades cujo effeito é adiado para depois da morte do doador. Legislação comparada. .	269
--	-----

## CAPITULO II

## DO EMPRESTIMO

## § 100

<b>Definição e divisão</b> —O emprestimo de uso e o de consumo .	273
--	-----

## § 101

<b>Do commodato</b> —Noção. Caracteres. Historico. Direito grego. Direito romano. Direito germanico. . . . .	273
--	-----

## § 102

<b>Que cousas podem ser objecto de commodato</b> —Cousas infungiveis. Bens de pupilos e curatelados. Bens alheios . . . .	275
---	-----

## § 103

<b>Obrigações e direitos do commodatario</b> —As obrigações do commodatario são: 1.º conservar o objecto do commodato. 2.º Fazer as despesas dessa conservação. 3.º Restituir o objecto. Precario. 4.º Restituir, muitas vezes, antes do prazo fixado.	
--	--

	Pags.
5.º Não tem direito de retenção. 6.º A responsabilidade do commodatario passa a seus herdeiros. 7.º Solidariedade . . .	276
§ 104	
<b>Obrigações e direitos do commodante</b> —Obrigaçào negativa: de manter o uso ao commodatario. Indemnizar as despesas extraordinarias. Reparar os prejuizos causados ao commodatario, pelos defeitos do objecto. O commodante é credor de dominio . . . . .	278
§ 105	
<b>Do mutuo</b> —Noção. Caracteres. Credito movel. . . . .	279
§ 106	
<b>Noções historicas</b> —Os juro8 entre varios povos d'África e d'Ásia. Direito grego. Direito romano. Direito patrio. Outras legislações . . . . .	281
§ 107	
<b>Obrigações do mutuário</b> —1.º Restituir coisa igual e o premio, si este fôr convencionado, no prazo convencionado. 2.º Não havendo prazo, dentro de um espaço de tempo razoavel. 3.º Não o fazendo, constitue-se em móra. 4.º O lugar do pagamento será o convencionado. Remissão a outro §. 5.º Os riscos da coisa mutuada correm por conta do mutuante . . . . .	284
§ 108	
<b>Direitos e obrigações do mutuante</b> —Mutuo oneroso. Prejuizo. . . . .	285
§ 109	
<b>Do empréstimo feito a menores</b> —Contra os menores não ha acção de mutuo. Beneficio do senatus-consulto macedoniano. Casos em que será valido o mutuo a menores. Quando o menor torna-se maior e paga, não tem direito de repetir. . . . .	286

## § 110

<b>Prova do mutuo</b> —São admittidas quaesquer provas. Peculiaridade de nosso direito civil. Excepção <i>non numeratae pecuniae</i> . . . . .	287
--	-----

## CAPITULO III

## DO DEPOSITO

## § 111

<b>Noção de deposito</b> —Definição. Caracteres. Especies. . . . .	289
--	-----

## § 112

<b>Noções historicas</b> —Direito grego. Direito romano . . . . .	290
---	-----

## § 113

<b>Que objectos podem ser depositados</b> :—Bens moveis. Doutrina contraria do codigo civil argentino. . . . .	292
--	-----

## § 114

<b>Obrigações do depositario</b> :—1.º Guardar o deposito. 2.º Conservar-o como lhe foi entregue. 3.º Restitui-lo. 4.º Commette crime o depositario que se apropria do deposito. . . . .	293
--	-----

## § 115

<b>Obrigações do depositante</b> —Indemnisação. Retenção do objecto . . . . .	294
---	-----

## § 116

<b>Prova do deposito</b> —E' bastante o escripto particular. Nos depositos necessarios e miseraveis não exigem prova de escripto. Deposito judicial. . . . .	294
--	-----

## CAPITULO IV

## DO MANDATO

## § 117

- Noção de mandato**—Definição. Caracteres. O que distingue este contracto dos outros é a representação. Confronto com o direito romano . . . . . 297

## § 118

- Dados historicos**—Direito romano. Observação de Jhering . . . . . 299

## § 119

- Da acceitação do mandato**—A acceitação pôde ser expressa ou tacita. Mas, o mandato mesmo deve ser expresso para distinguir-se da gestão de negocios. . . . . 299

## § 120

- Forma e extensão do mandato**—Direito patrio anterior e vigente. Interpretação do Dec. de 26 de Agosto de 1892. Mandato geral e especial. Quem pôde passar procuração pelo proprio punho . . . . . 300

## § 121

- Obrigações do mandatario**:—1.<sup>a</sup> Cumprir o mandato. 2.<sup>a</sup> Prestar contas da gestão. 3.<sup>a</sup> Não são solidarios os mandatarios conjunctos, salvo convenção em contrario. 4.<sup>a</sup> Si tomou sobre si a solvencia do devedor, transforma-se em caucionador e principal responsavel. 5.<sup>a</sup> Querendo deixar a procuradoria, deve avisar o committente. Excesso de mandato. Si o mandante é ignorado . . . . . 302

## § 122

- Obrigações do mandante**:—I Em relação ao procurador. Solidariiedade. II Em relação a terceiros. Si duas pessoas tractam, uma com o mandante outra com o mandatario? . . . . . 305

Pags.

## § 123

<b>Termo do mandato</b> —A morte. Incapacidade. Revogação. Casos de irrevogabilidade. Renúncia. Expiração do prazo e conclusão do negocio. . . . .	307
--	-----

## § 124

<b>Das pessoas que não podem ser procuradores em juizo</b> —Menores. Mulheres casadas. Magistrados, tabelliães, escrivães, officiaes de justiça. Os condemnados por falsidade. Os que perderam o officio por impericia. Incompatibilidade. . . .	310
--	-----

## § 125

<b>Formas particulares do mandato</b> —Assignação ou delegação. Contracto estimatorio. Carta de credito . . . . .	311
---	-----

## CAPITULO V

## GESTÃO DE NEGOCIOS

## § 126

<b>Idéa geral</b> —Quasi-contractos. Definição de gestão de negocios. Similhança com o mandato. Obrigações do gestor. Do dono do negocio. Si o proprietario desapprova a gestão. Connexidade de negocios. Ratificação . . . . .	313
---	-----

## § 127

<b>Dados historicos</b> —Varias opiniões. Solução proposta . . . . .	316
--	-----

## CAPITULO VI

## DA COMPRA E VENDA E DA PERMUTA

## § 128

<b>Permuta</b> —Noção. Evolução. . . . .	319
--	-----

	Pags.
§ 129	
<b>Promoções sobre a evolução da compra e venda</b> —Formas solemnes. Acção do commercio. . . . .	320
§ 130	
<b>Noção do contracto de compra e venda</b> —Definição. Caracteres. O consenso, a cousa e o preço. Condições e termos. Remissão a outro §. Compra e venda civil e commercial . . . .	321
§ 131	
<b>Incapacidade para contractar compra e venda</b> —Não podem vender: 1.º os ascendentes, sem assentimento dos presumidos coherdeiros do comprador. Supprimento do juiz. As vendas realizadas contra essa prohibição são nullas. 2.º O marido, sem outorga da mulher, não pôde vender bens immoveis. 3.º Nem o foreiro o bem aforado, sem consentimento do senhorio. 4.º Nem os menores supplementados, nem os emancipados por casamento poderão vender bens de raiz, sem auctorisação judicial. Não podem comprar: 1.º O tutor os bens do pupilo. 2.º Aquelles a quem foi confiada a guarda de bens alheios, em razão de seu officio. não podem adquirir taes bens. 3.º Nem os exequentes os bens dos executados, sinão obtiver auctorisação do juiz. Não podem comprar nem vender alguns superiores hierarchicos objectos de seus subordinados. Nem os fallidos. .	323
§ 132	
<b>Que cousas podem ser vendidas</b> —Cousas que estão no commercio. Bens futuros. Bens cuja alienação foi prohibida por pacto ou testamento. Bens penhórados. Cousas e acções litigiosas. Bens dotaes. Acções de sociedades anonymas. Substancias alimenticias alteradas ou falsificadas. Venenos e substancias medicamentosas. Causa alheia. Causa perecida. Bens cuja alienação exige formalidades especiaes. .	327
§ 133	
<b>Do preço</b> —O que é. Sua determinação. Si o preço não for todo em dinheiro. Remissão a outros §§. . . . .	332

Pags.

## § 134

- Obrigações do vendedor**—Synthese de Paulus. Analyticamente são ellas: 1.<sup>a</sup> Entregar a cousa vendida. Transferencia do dominio. A quem cabe a iniciativa em dar? A quem pertencem as despesas. Remissão. . . . . 334

## § 135

- Obrigações do comprador**—Pagamento do preço. Logar e tempo do pagamento. Direito de retenção. Remissão hypothecaria . . . . . 337

## § 136

- Dos riscos**—Si a venda é pura e simples. Inconsequencia do direito patrio e do romano. Outras legislações. Dólo, culpa, móra, responsabilidade estipulada. Objectos que se determinam pelo genero e pela quantidade. Vendas por juncto. Vendas a termo e sob condição. Escripura publica. Distincções subtis . . . . . 338

## § 137

- Das clausulas espezias que podem ser adjectivadas ao contracto de compra e venda**—*Addictio em diem*. Clausula a contento. Clausula commissoria. Retrovenda. Critica. Legislação comparada. Pacto de preferencia. Censos reservativos e consignativos. . . . . 343

## § 138

- Da cessão de creditos e de outros direitos** . . . . . 348

## § 139

- Da venda judicial**—Principios geraes. Reclamações. Arrematações judiciaes . . . . . 349

## CAPITULO VII

## DA LOCAÇÃO

## § 140

- Idéa geral de locação**—Definição. Especies e caracteres . . . 351

	Pags.
§ 141	
<b>Dados historicos</b> —Tempos primitivos. Confusão com a compra e venda. Locação de serviços. Escravos. Evolução do instituto. Corporações de officios. Associações de operarios. . . . .	352
§ 142	
<b>Locação de cousas</b> —Distincções . . . . .	354
§ 143	
<b>Capacidade para dar e acceitar em locação</b> —Proprietarios. Não proprietarios. Condominos. Incapazes . . . . .	354
§ 144	
<b>Obrigações do locador</b> :—1. <sup>a</sup> Entregar a coisa alugada. 2. <sup>a</sup> Conservar a mesma. 3. <sup>a</sup> Si perecer o objecto alugado, dissolve-se o contracto. 4. <sup>a</sup> Si o locatario é forçado a deixar a coisa alugada, pôde resilir o contracto ou pedir suspensão do pagamento da renda. O comprador da coisa alugada não é obrigado a respeitar a locação. Vicios redhibitorios e evicção . . . . .	355
§ 145	
<b>Direitos e obrigações do locatario</b> —Retenção do objecto, para tirar utilidade. Ameaça de usurpação, Restituição do objecto locado. Bemfeitorias. Pagamento da renda. . . . .	359
§ 146	
<b>Termo da locação</b> —Extincção da coisa locada. Recisão do contracto. Exgottamento do tempo. Legislação comparada. Distracto. Imprestabilidade do objecto. Acquisição de capacidade. Incapacidade. Sublocações. . . . .	361
§ 147	
<b>Da duração do arrendamento</b> —Arrendamento de prazo longo. Doutrina romana e do codigo philippino. Inovações. Legislação comparada . . . . .	362

Pags.

## § 148

<b>Particularidades dos alugueis de casas</b> —Principios geraes. Casos em que poderá o inquilino ser despejado. Acção de despejo e de cobrança de alugueis, . . . . .	365
---	-----

## § 149

<b>Algumas particularidades do arrendamento dos predios frugiferos</b> —Deveres do rendeiro. Perda de fructos. Riscos solitos e insolitos . . . . .	367
--	-----

## § 150

<b>Locação de serviços</b> —Distincções. Noção, . . . . .	369
---	-----

## § 151

<b>Do serviço domestico</b> —Que serviços comprehende. Os menores e as mulheres. Direitos e deveres do locatario e do locador . . . . .	370
---	-----

## § 152

<b>Da empreitada</b> —Quando existe. Si os materiaes são fornecidos pelo empreiteiro. Si, pelo locatario. Deveres e direitos do empreiteiro. Direitos e deveres do locatario. Direitos dos operarios. Morte do empreiteiro. Desapparecimento e falencia, . . . . .	371
--	-----

## § 153

<b>Da recovagem e da barcaçem</b> —Distincção. Obrigações dos recoveiros e barqueiros . . . . .	374
---	-----

## § 154

<b>Outras variedades da locação</b> —Alquilaria e albergaria. Apprendizagem. Definição. Deveres do apprendiz e do mestre. Exposição de Smith . . . . .	375
--	-----

## CAPITULO VIII

## DO CONTRACTO DE EDIÇÃO

## § 155

- Primeiras noções**—Definição. Caracteres. Natureza jurídica da relação . . . . . 377

## § 156

- Noções historicas**—Antiguidade grega e romana. Edad media. Privilegios. Ultimo estadio . . . . . 379

## § 157

- Direitos e obrigações do auctor**—O auctor deve entregar o trabalho prompto para a publicação. Capacidade do auctor para dispor da obra. Correções e melhoramentos. Dever de publicação imposto ao editor. Traducções. Remuneração. Transmissão de direitos do auctor a seus herdeiros . . . . . 381

## § 158

- Obrigações e direitos do editor**— Publicação e exploração. Forma adequada. Preço. Riscos. . . . . 384

## § 159

- Forma deste contracto**—A forma escripta é a mais consentanea com a natureza do contracto de edição. Legislação comparada . . . . . 384

## CAPITULO IX

## DA SOCIEDADE

## § 160

- Conceito geral**—Definição. Legislação comparada. Opinião dos escriptores. Caracteres. Forma . . . . . 387

	Pags.
§ 161	
<b>Historico</b> —Antiguidade romana. Edade media. Actualidade. Cooperativas. Direito patrio . . . . .	389
§ 162	
<b>Dos socios, seus direitos e obrigações</b> —Varias categorias de socios. Herdeiros. Cessão de direitos. Sub-sociedade. Começo e extincção das obrigações. Entrada. Lucros e perdas. Zelo e solicitude pelos negocios sociaes. Despezas. Administração por todos. Delegação. Gerencia . . . . .	392
§ 163	
<b>Da personalidade civil das sociedades</b> —Disposições de varias leis a respeito. Diversas categorias de sociedades. . . . .	398
§ 164	
<b>Dissolução da sociedade</b> —Realização da condição. Expiração do tempo. Perecimento do capital. Consecução dos fins. Insolvabilidade. Morte de um dos socios. Renuncia. Mutuo consenno. . . . .	400
§ 165	
<b>Parceria rural</b> —Noção. Parceria agricola e pecuaria. Não passa aos herdeiros. Responsabilidade do colono. Contractos com immigrantes . . . . .	402

## CAPITULO X

## CONTRACTO DE SEGURO

## § 166

<b>Preliminares</b> —Lacuna de nosso direito. Noção de seguro. Vantagens. Especies. Seguro mutuo. De premio fixo. Sobre bens e sobre pessoas. Commercial e civil. Subdivisões. . .	405
--	-----

	Pags.
§ 167	
<b>Historico</b> —Direito romano. Costumes de Amsterdam e chronicas de Bruges. Cidades italianas. Hespanha e Portugal. Inglaterra. Seguros pelo Estado . . . . .	409
§ 168	
<b>Definição, forma e objecto do contracto de seguro</b> —Quando se considera concluido o contracto. O que deve conter a apolice. Duplicidade de seguro. Valor do seguro. . . . .	411
§ 169	
<b>Obrigações do segurado e do segurador</b> —Pagamento do Premio. Outras obrigações do segurado. Obrigações do segurador. Pagamento da somma estipulada. Tempo do pagamento. Fallencia do segurador . . . . .	413
§ 170	
<b>Do seguro sobre a vida. Idéas geraes</b> —Definição de Vivante. Seguro pela vida inteira do segurado. Combinação do seguro com o direito hereditario. Seguro temporario. Seguro sobre a vida de terceiro. Seguro a termo fixo. Principios fundamentaes a que obedece o contracto de seguro sobre a vida . . . . .	414
§ 171	
<b>Questões e soluções</b> —Intervenção dos credores por occasião da morte do segurado. Distincções a fazer. Não é computavel, na meiação da esposa sobrevivente, o montante do seguro. Não deve ser trazida á collação o montante do seguro constituido em beneficio de um herdeiro necessario. Morte voluntaria. Constituição de seguro por mulher casada . . .	418

## CAPITULO XI

## CONSTITUIÇÃO DE RENDA

## § 172

**Noção e caracteres**—Nullidade. Quando se transfere a propriedade do capital. Renda a titulo gratuito. Acquisição da

	Pags.
renda. Renda em beneficio de duas ou mais pessoas. Constituida por testamento e consignada sobre immovel. Diferença de renda e censo . . . . .	425

## CAPITULO XII

## DO JOGO E DA APOSTA

## § 173

Definição de jogo e de aposta—Desses actos não se originam obrigações directas como dos contractos. Mas quem paga divida de jogo não tem direito á repetição. Direito Romano. Direito patrio . . . . .	429
--	-----

## CAPITULO XIII

## DA FIANÇA

## § 174

Noção do contracto de fiança—Especies. Fiança convencional. Caracteres . . . . .	431
--	-----

## § 175

Rascunho historico—Dareste sobre o antigo direito persa. Direito grego. Direito germanico. Direito romano. Formas diversas. Ultimo periodo . . . . .	432
--	-----

## § 176

Quem pôde ser fiador—Fiança de homem casado. As mulheres não podem ser fiadoras. Excepções. Outras incapacidades. Legislação comparada. . . . .	435
---	-----

## § 177

Efeito da fiança—Entre o credor e o fiador. Beneficio de	
--	--

	Pags.
ordem ou de <i>excussão</i> . Solidariedade. Benefício de divisão. Transmissibilidade da responsabilidade, por meio da succe- são. Entre o fiador e o afiançado. Subrogação de direitos. Duplicidade do pagamento. Fallencia do devedor. . . . .	439

## § 178

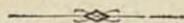
Extinção da fiança — Obrigações e direitos do fiador, . . . . .	443
---	-----



## ERRATA

Deixando á benevolencia do leitor a correcção de alguns erros de revisão pouco valiosos, destaquei agóra somente os de maior gravidade.

Erros	Pags.	Linhas	Emendas
nas obrigações	19	14	na obrigação
este, se concatena	25	6	este se concatena
ulteriores	57	1	ulteriores
o prédio; porém	77	18	o prédio, porém
dividida	131	30	divida
Casamento: 2. <sup>a</sup> , que	172	14	casamento. 2. <sup>a</sup> , Que
façam valer	234	30	faça valer
determinam	262	21	determina
no commodato	274	28	o commodato
Just.	308	26	Inst.
(ord. 3, entendidas 29	310	10	(ord. 3, 29
devem ser essas	310	11	devem ser enten- didas essas
Damocles aquella	363	9	Damocles daquella
generalidade, dos	389	11	generalidade, os
começam a preparar	407	31	começam a preparar





Mg/185

R