

90. _____
DUPLICATA

Offerta da Bibliotheca da
Camara dos Deputados a
Bibliotheca do Senado

Bibliotheca da Camara, 12 de

Junho de 1935

Antoni de Aguiar
Director

NULLIDADES

DOS

ACTOS JURIDICOS

✓
342.1131
6215
N
1896

1-3-9

9

MARTINHO GARCEZ

NULLIDADES

DOS

ACTOS JURIDICOS

OBRA PREMIADA

PELO

INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRAZILEIROS

Pedro Mesquita



Rio, 2-9-96.

RIO DE JANEIRO

A' venda nas livrarias de CUNHA & IRMÃO

Ruas da Quitanda n. 24 e de S. José n. 116

1896

*342.1131
of 215
file*

Este volume foi registrado
sob número 1812
do ano de 1946

Companhia Impressora — 7, Rua Nova do Ouvidor, 9

PREFACIO

O trabalho que organisámos para a exposição que, tão nobremente, iniciou o *Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros* para solemnisar o 50º anniversario da sua fundação, é uma despretenciosa tentativa de dogmatica juridica.

Affrontando grandes difficuldades, tivemos a coragem de escolher o assumpto entre os mais complexos e difficeis problemas do Direito, e, por isso, o acrysolamento de todo nosso esforço não passará de um trabalho de exegese, se bem que para preencher o vacuo, ou o silencio da lei, fossemos por vezes obrigado a procurar o subsidio das *regras latentes*, na expressão de Rudoff von Ihering—isto é: a investigação scientifica, a opinião dos jurisconsultos e a pratica de julgar—os tres grandes factores da formação do direito civil moderno. Neste modestissimo trabalho, que consubstancia somma incalculavel de vigalias e locubrações, não encontrarão, por ventura, attractivo os empiricos e theoristas; mas utilidade real hão de achar os espiritos praticos, porque sobre o assumpto, que escolhemos,

não ha nem um livro de jurista brasileiro ou portuguez, como os ha de juristas francezes e italianos, aos quaes pedimos salvo-conducto na investigação de principios e doutrinas, que procurámos adaptar ao nosso direito, sem que, entretanto, nos servissem elles de Mentores, em cuja sabedoria pudessemos cegamente confiar, porque elles escreveram sobre o direito civil objectivo dos seus paizes, e nós escrevemos sobre o Direito do nosso Brazil, onde o estudo do Direito não é uma recompensa aos espiritos de eleição.

Sobre nullidades só conhecemos de indigena o precioso livrinho do Marquez de S. Vicente—*Apostamentos sobre as formalidades do processo civil*; mas esse interessante trabalho, além de occupar-se das nullidades do processo e nós nos occuparmos das nullidades dos actos juridicos (assumptos diversos, embora com muitos laços de affinidade), é hoje deficiente pelas innovações introduzidas no processo civil, não só por leis promulgadas depois do advento da Republica, como por leis promulgadas ainda no regimen imperial, taes como a de n. 3272 de 5 de Outubro de 1885 e o Decr. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886.

Temos muito adiantado, no intuito de supprir a lacúna daquelle excellente livrinho de um dos nossos mais bem formados cerebros juridicos, um paciente trabalho, que, talvez, possa ainda ser publicado este anno—*Nullidades do processo*.

E' axioma, e escusado é demonstral-o, que em materia de doutrina são os nossos praxistas e reinicolas de uma concisão, de uma penuria lastimavel, martyrio cruciante dos que iniciam os estudos juridicos e não podem ir logo matar a sêde nas grandes vertentes da sabdeoria juridica—o Direito Romano e os codigos das nações cultas, que mantêm entre si certa unidade de doutrina, porque, sem embargo de terem os codigos tirado ao Direito Romano a *autoridade externa* da lei, continúa elle, na phrase de Ihering, a ser a substancia, a regra, o modelo do pensamento juridico moderno. Daquelle fonte (praxistas e reinicolas) pequeno foi o concurso que recebemos, como pequeno foi o concurso do cahos que chamamos *jurisprudencia dos tribunaes*, e que não passa de um labyrintho de contradicções e incoherencias, onde é preciso andar com passo muito firme, tendo sempre accessa a luz da *razão juridica*, porque para uma affirmação de principios e doutrinas conhecidas, ha tres dislates, tres negações, tres heresias, onde é sacrificado, muita vez, o proprio texto da lei escripta.

Só podem avaliar, portanto, das difficuldades que tivemos de vencer, os homens versados nos estudos juridicos, e a elles pedimos excusa para nossas faltas e desfallecimentos.

São, por via de regra, os prologos destinados a captar a benevolencia do publico, disse Alexandre

Herculano nas reflexões preliminares da sua grande obra *Historia de Portugal*, a fonte mais pura que conhecemos das origens do Direito Portuguez.

Não é, entretanto, para captar benevolencia que prefaciamos, longamente talvez, este trabalho, cuja valia, grande ou pequena, a outros cabe apreciar.

Parodiando o eminente escriptor portuguez, dizemos por nossa vez: “numa obra scientifica nem o auctor deve pedir benevolencia, nem o leitor concedel-a.” Lacunas e defeitos havelos-ha neste trabalho, em grande parte organizado com as notas, apontamentos e estudos de outros tempos, quer na cadeira de juiz, quer na banca de advogado, e que compendiámos e systematisámos, no intuito de corresponder ao appello que á classe dos homens de letras juridicas dirigiu o *Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros* para solemnisar, com uma exposição de trabalhos juridicos, o 50º anniversario da sua fundação.

Nem pelo limitado espaço de tempo, nem pelo movel que nos inspirou, imploramos condescendencias. Ao contrario, rejeitamol-as.

Queremos ser julgados com toda a severidade, mas com toda a justiça. Segreda-nos a consciencia que, compendiando os preceitos reguladores das nullidades intrinsecas e extrinsecas dos actos juridicos, prestamos ás letras patrias um pequenino serviço. Isto nos basta como recompensa.

Procurando as fontes que nos pareceram mais puras; pedindo inspiração aos escriptores nacionaes e estrangeiros; compulsando os codigos das nações civilisadas, porque, á parte as modificações operadas na legislação de cada povo pelo trabalho da elaboração scientifica e da civilisação, o Direito conserva unidade de doutrina em pontos cardeaes; respigando na confusão do vasto campo dos julgados e decretos judiciais o que nos pareceu proveitoso como ensinamento e como interpretação da lei, segundo o conselho do Ass. de 23 de Março de 1876, trabalho mortificante, porque não temos jurisprudencia de tribunaes e a cada passo assaltamos dislates, absurdos e contradicções (*); discutindo questões de doutrina e de praxe, que são frequentes no fôro e sobre as quaes não ha perfeita uniformidade de vistas entre os julgadores, acreditamos ser uteis, como guia leal por entre os atalhos que cortam a estrada da lei no meio da balburdia que invadiu a organização judiciaria da

(*) Dous exemplos dentre centenaes :—Um Acc. da Rel. de Ouro Preto de 7 de Março de 1876 (*Gaz. Jur.* vol. 16, pag. 227) julgou não ser nullidade do inventario, em que haviam orphãos, a falta de tutor ou curador que os representasse!—Dous Acc. da Rel. do Recife (*Gaz. Jur.* vol. pag. 474) julgaram que morrendo um devedor por escriptura de hypotheca, não deixando herdeiros necessarios, deve a acção hypothecaria ser proposta no juizo de ausentes, porque póde haver collateraes ausentes, não conhecidos!!!... Qualquer escolar intelligente se envergonharia de proferir taes disparates,

Republica com as leis e reformas precipitadas do governo provisorio.

Em que pése a presumpção dos nossos legisladores e homens de estado (?) improvisados da noite para o dia, o Brazil, á julgar por elles e pelo pouco que têm produzido os seus juriconsultos, é um dos paizes mais atrazados do mundo.

Tambem, para que estudar Direito? Que vale sabel-o entre nós? Onde o estimulo? Onde a recompensa?

Hoje, porventura, mais do que hontem, não só as posições sociaes, como os proprios cargos da magistratura e altas cadeiras do Supremo Tribunal Federal são o patrimonio e a herança da raça dos *felizes*, de que falla Epicteto.

E como não estamos mais no tempo do imperador Sevéro, em que, segundo a versão de Dio-Cassio, transmittida por Humboldt, o céu chovia massas de prata, que serviam até para cunhar medalhas, impossivel é viver de phantasias, de sonhos e de esperanças; porque é preciso que cada um se salve no embate da lucta pela existencia.

Sem valia os estudos juridicos entre nós, desde que, com o advento da Republica, qualquer individuo pôde ser Secretario da Justiça, com menos aptidão ainda do que o ministro da monarchia que subscreveu e referendou o Reg. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886 e do que o ministro da Republica que evocou attribuição privativa do

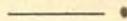
decrepito poder moderador para justificar a violencia da suspensão de um pretor, nem siquer os homens de letras juridicas têm, para confortal-os das fadigas, por amor da sciencia, o ruido da fama e da consideração social. Todo homem de merito, nesta terra, tem o seu historiador e o seu biographo, menos o homem de letras juridicas, seja elle magistrado ou advogado. A sua fama e o seu renome fecham-se nos ambitos acanhados dos autos, e nas quatro paredes de um tribunal, ou de um escriptorio. O poeta, o romancista, o critico, o jornalista, o militar, o politico, em uma palavra, todas as classes têm a trombeta da fama a businar pelas columnas dos jornaes os nomes dos athletas que se tornaram notaveis por seus talentos, por seus feitos, por suas producções. O homem de letras juridicas nada tem.

O juiz que estuda consola-se com o juizo que do seu talento e probidade e saber possam fazer as partes que perante elle pleiteiam, e os advogados pagam-se generosamente dos seus esforços com os louvores dos seus constituintes, quando, por uma questão de ajuste de honorarios, elles, depois de bem servidos, não se tornam seus inimigos.

E' tão ingrata a missão dos homens de letras juridicas, que tendo tido nós a idéa de reunir em um livro os advogados e magistrados mais notaveis do imperio e dos nossos dias, temos luctado com as maiores difficuldades para colher os traços principaes das suas biographias, porque, em relação a

muitos mortos illustres, os jornaes, que temos consultado nas bibliothecas, são de uma pavorosa e constrictadora concisão.

Apesar dos pezares, esperamos levar ao cabo esta empreza, que poderá não ser muito completa sobre os grandes vultos da magistratura e da advocacia, de cincoenta annos a esta parte, mas que terá o merito de levar aos vindouros os nomes de maior valia do passado e da geração contemporanea, E' um trabalho esse organizado nos moldes de trabalhos congeneres publicados na França e na Italia e que esperamos completal-o dentro de algum tempo para salvar do olvido (de que, com desvanecimento lembramos, a posição de jornalista resalvou o nosso obscuro nome) varões illustres pelo saber juridico, bellos operarios da grandeza e da opulencia da patria.



Vamos encarar um pouco de face o governo de 15 de Novembro de 1889.

O martello da revolução militar estalou sobre todos os monumentos.

Nem a religião dos nossos antepassados, nem a organização judiciaria, velhos organismos sociaes, argamassados com o respeito e veneração de meio seculo de existencia constitucional, foram respeitad-
dos. O espirito revolucionario da França, que, através mutações profundas e diversas, como a *revolu-*

ção, o directorio, o imperio, o legitimismo, o constitucionalismo, a dynastia de Julho, o bonapartismo, e a republica, respeitou sempre aquelles dous grandes monumentos—a religião e a justiça—sobre a base das suas organizações seculares, foi excedido entre nós pela indisciplina demagogica, inconsciente e audaz, da maior das audacias, a audacia da destruição. Contrastador exemplo para os que estudam !...

Na sciencia não se opéra o phenomeno mereologico do mytho scytico do *ouro sagrado*, de que falla Herodoto, que cahia do céu em plena incandescencia para tornar-se propriedade da *Hor-da doirada* dos Paralates.

Não se estuda Direito em meia duzia de reinicolas, com a preocupação de requerer, articular ou arrazoar. Isto, quando muito, poderá satisfazer a necessidade de um dever, ou de um meio de vida: Nada mais. O estudo do Direito é muito complexo e—porque não dizer a verdade toda?—difficilimo, porque á parte as modificações operadas na legislação de cada povo pelo trabalho da elaboração scientifica e da civilisação, o Direito conserva unidade de doutrina em pontos cardeaes.

D'ahi a necessidade de estudar não só o Direito Romano, como os codigos das nações cultas, que encarnam a accommodação dos textos admiraveis de energia, agudeza e precisão daquelle Direito, ampliados pelo trabalho da elaboração scientifica.

De feito, que são os textos das nossas “Orde-
nações”, senão esse mesmo corpo de doutrina do
Direito Romano, accommodado ao nosso estado so-
cial pela civilização e pela elaboração scientifica?
Profunda sentença envolvem estas palavras de
D'Aguesseau sobre as leis romanas :

*“Lois aussi étendues que durables, toutes les na-
tions les interrogent encore apresant, et chacune en
reçoit des reponses d'une eternelle verité. C'est peu
pour les jurisconsultes romains d'avoir interprete' la
loi des XII Tables et l'édit du preteur ; ils sont les
plus sur interpretes de nos lois mêmes ; ils prétent,
pour aussi parler, leur esprit à nos usages, leur
raison à nos coutumes, et par les principes qu'ils
nous donnent, ils nous servent de guides, lors me-
me que nous marchons dans une route que leur était
inconnue.”*

Como contestar a unidade que em pontos ca-
pitaes se nota entre o nosso Direito e o Direito da
França, da Allemanha e da Italia? Como apreciar
a grande evolução por que tem passado o Direito
sem conhecer o molde do pensamento juridico de
todos os povos—o Direito Romano; sem acompanhar
a elaboração scientifica, o trabalho que os commen-
tadores nos fornecem sobre os textos das leis, seus
largos desenvolvimentos, suas profundas applica-
ções; sem compulsar a pratica de julgar dos paizes
onde os juizes não pedem conselhos, nem *avisos*
ao governo, porque sabem preencher as lacunas,

interpretar os casos omissos, e, finalmente, sem acompanhar esse equilibrio admiravel produzido pela lucta de duas correntes diversas— a jurisprudencia dos tribunaes, procurando sempre accommodar a lei ás necessidades praticas e a sciencia, procurando eleva-la sempre, approximando-a do seu ideal ; lucta grandiosa, da qual só encontramos grandes clarões nos annaes judiciarios dos povos cultos ? Sabemos a que altura na França, na Allemanha e na Italia a elaboração scientifica tem elevado o Direito, sem a preocupação romanista dos nossos civilistas theoricos do seculo XVI e principio do XVII, que, seguindo a Cujacio, perderam grandes cabedaes de erudição, explicando a *Instituta*, o *Digesto* e o *Codigo*, sem applicarem nunca ao nosso Direito a razão philosophica e a razão historica.

Mais profundo foi o sulco aberto na formação do Direito Portuguez pela escola pratica do seculo XVI, máo grado a imperfeição dos seus trabalhos, destituídos de systema e de profundas investigações sobre a razão escripta da lei e a razão philosophica do Direito ; e dizemos que foi mais profundo, porque ainda hoje vamos pedir a Gama, Valasco, Cabedo e Phebo (os mais notaveis) ensinamentos sobre o modo de applicar na pratica algum texto de lei.

Levados a tocar de passagem nestas duas escolas, vem de molde um ligeiro traço sobre a formação do Direito Civil moderno.

Depois das duas escolas referidas, a *escola theorica* e a *escola pratica*, que floresceram quasi ao lado uma da outra, o longo estadio que vae do principio do seculo XVII ao meiado do seculo XVIII nada nos offerece de grande, e, ao contrario, o estudo do Direito degenerou em uma verdadeira gymnastica de palavras, em um jogo de subtilezas, sobresahindo como mais notaveis entre os sectarios da *Gloza* os vultos de Pêgas, Cordeiro, Guerreiro, Silva e Moraes.

Substituindo o estudo das fontes do Direito pelas subtilezas, distincções, divisões e limitações, elles plantaram nos arraiaes da sciencia a confusão das raças, ensinando doutrinas e maximas erroneas, algumas das quaes ainda hoje são invocadas sem distincção e applicadas sem criterio. Não raro uma gloza de Acursio ou de Bartholo era preferida a um texto de lei.

Felizmente para Portugal, lá fóra, ao seu redor, convulsionava-se o cerebro do mundo e accumulavam-se os grandes elementos, que, com os trabalhos de Montesquieu, *Esprit des lois*, Voltaire, *Essai sur les mœurs*, e Condorcet, *Tableaux des progrès de l'esprit humain*, e, ainda com os methodos de Bacon e Descartes, deviam libertar o estudo de todas as sciencias das cadeias do dogmatismo. Com as idéas philosophicas de Rousseau e dos encyclopedistas, accumularam-se os materiaes que deviam devorar todo o grande montão de velhos

privilegios e preconceitos nas labaredas do enorme incendio que se chamou *Noventa e tres*, incendio cujo vasto clarão illuminou as entranhas da consciencia universal. Foi por entre a grande agitação do seculo XVIII, que na sciencia do Direito começou por algumas reformas parciaes, que tendiam a libertal-a da tutella das leis romanas, que sentiu-se a necessidade de organizar para cada nação o compendio das leis que a deviam reger, surgindo d'ahi a idéa dos codigos civis modernos. Foi na Allemanha, o paiz onde mais se aprofundou o estudo do Direito Romano, que appareceram as primeiras tentativas. (*)

Pelo meiado do seculo XVIII foi publicado o Codigo da Baviera e por este tempo trabalhou Cocceu, por ordem de Frederico o Grande, para organizar o Codigo da Prussia, tendo conseguido

(*) Muito de caso pensado excluimos o *Codigo Affonsino*, que foi publicado em 1446 ou 1447, porque não merece, no rigor da palavra, o nome de Codigo, mas de compilação; pois o trabalho, iniciado pelo mestre João Mendes e concluido pelo Dr. Ruy Fernandes, não passa de uma reprodução do *corpus-juris*, com a differença do methodo ou disposição das materias, tendo seguido os autores da compilação Affonsina o methodo das *Decretales* do Papa Gregorio IX. E pela mesma razão não mencionamos as compilações Manoelinas e Philippinas, que imitaram as Affonsinas, tendo sido as Manoelinas organisadas pelo chanceller-mór Ruy-Botto e os licenciados Ruy da Gram e João Cotrim, e as Philippinas por Jorge Cabedo, auxiliado por Damião de Aguiar; compilações que são ainda o nosso Codigo Civil no ultimo quartel do grande seculo de Comte, Spencer, Darwin, Savigny, Puchta, Ihering e tantos outros.

apenas publicar a primeira parte, com o nome de *Codigo Frederico*, no anno de 1751. Cessando os trabalhos deste codigo com a morte de Cocceu, appareceu em 1791 o *Codigo Geral dos Estados da Prussia*, trabalho maravilhoso pelo saber, concisão, precisão e methodo.

Foi sobre este portentoso monumento, traduzido logo em francez, que a commissão do *Codigo Napoleão* meditou e modelou o estupendo e colossal corpo de doutrina, que tornou-se para todos os povos o *corpus-juris* universal e que foi o modelo dos codigos das outras nações, tendo sido promulgado em 1804 com o nome de *Codigo Napoleão*.

A Austria, depois de muitas tentativas, publicou o seu excellente Codigo em 1810, e no anno de 1838 publicaram os seus a Hollanda e a Sardenha (*). Só muitos annos depois, em 1865, foi promulgado o codigo civil italiano vastissimo monumento da sabedoria juridica dos nossos dias, e dous annos depois, em 1867, o excellente codigo civil portuguez.

Quando será promulgado o codigo civil brasileiro? Platão dava graças ao céos por ter nascido no tempo de Socrates; nós, os guardas e devotos

(*) E' preciso não confundir este Codigo com o de 1770, de que falla Benthan, e que é muito citado por Lobão.

Segundo a opinião de Benthan, o Codigo mais antigo da Europa foi o dinamarquez, do anno de 1683, seguindo-lhe o sueco, de 1734.

do templo do Direito, devemos render graças aos céos por termos nascido no seculo que, entre as suas grandes conquistas conta a promulgação do código civil francez e do código civil italiano. Que as grandes alturas a que attingiu o estudo do Direito entre estes dous povos da raça latina sirvam de consolo á desidia do brasileiro e á indiferença criminosa dos nossos governos, que sempre regatearam a carta de nossos direitos e deveres civis, acabrunhando-nos com a vergonha de sermos ainda regidos por leis promulgadas no tempo de D. Manoel, no anno de 1521, e no tempo do sanguinario Philippe II, no anno de 1603, umas revogadas, outras ampliadas e interpretadas por leis posteriores e avisos, que crearam o corpo informe da nossa legislação, da qual se póde dizer o que Tito Livio disse do Direito Romano — *In immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnia publici privati-que erat juris.*

O Marquez de Pombal, politico de vasto genio, sentiu o sibilar da ventania que açoitava a Europa, e na Lei de 18 de Agosto de 1769, que foi o primeiro protesto contra o romanismo e nos Estatutos da Universidade de Coimbra, promulgados em 1772, que foram a grande providencia para methodisar os estudos juridicos, dando-lhes nova orientação sobre as grandes bases da philosophia, da

philologia e da historia, estudo já seguido na Allemanha, lançou os grandes lineamentos para a formação do Direito Civil Portuguez. (*)

O providencial emprehendimento, o vasto esforço do Marquez de Pombal não produziu effeitos promptos e immediatos.

Não é facil arrancar habitos, preconceitos e tradições seculares.

As idéas justas, grandes e generosas são, porém, sementes que, uma vez arremessadas na consciencia humana, produzem os seus fructos em uma estação mais ou menos proxima, e não raro é ver pregarem o evangelho da verdade os que na vespera foram os apóstolos mais extremados do erro.

Um exemplo da nossa historia politica :

Este parenthesis, que vamos abrir, exprime o tributo do nosso respeito á mais bella das causas pleiteadas no Brazil.

Quando um homem de estado, cedendo aos impulsos de seu bellissimo coração, ou ás sollicitações do monarcha, pouco importa, escreveu na bandeira de seu programma politico a idéa da libertação dos captivos sexagenarios, do norte ao sul do Brazil levantou-se, como um brado de alarma, um grito de

(*) E' titulo de justo orgulho para nós recordar que foi um brasileiro—D. Francisco Lemos de Faria Pereira Coutinho, depois Bispo de Coimbra, Conde de Arganil, o homem de pulso, a quem o poderoso ministro de D. José confiou o herculeo trabalho da reforma da Universidade.

desespero, semelhante a este grito dos Godos, dominadores da Hespanha, no reinado de Ruderico—*os arabes*,—ou como no tempo do imperio dos Cesares, o clamor—*os barbaros*,—a vozeria de mil protestos de quantos homens de todos os matizes politicos se julgavam erguidos sobre o direito, sobre o presente e o futuro da patria para, alardeando o patronato dos seus mais caros interesses, protestarem contra *o roubo* em nome da lei, *a anarchia* em nome do governo, *a revolução* em nome da liberdade. Foi uma guerra tremenda, e o conselheiro Dantas, que tinha por si o exercito sagrado e invencivel da imprensa, em cujas fileiras batiam-se talentos dos melhores da nossa terra, como Ruy Barbosa, Patrocinio, Gusmão Lobo, Joaquim Serra e Joaquim Nabuco, inspirados pelo sôpro sagrado da alma nacional; o conselheiro Dantas, defendido pela cohorte heroica da *Gazeta de Noticias*, do *O Paiz* e da *Gazeta da Tarde*, sob a direcção de José do Patrocinio, de todos os combatentes o mais arrojado, o mais bravo e o mais louco, cahiu ante as iras dos seus proprios co-religionarios, colligados e abraçados com os adversarios.

Passaram-se tres annos, e os inimigos da vespera converteram-se em apóstolos do dia seguinte e os proprios interessados—os proprietarios de escravos, se encarregaram de agitar por toda a parte a flammula christã da redempção da raça negra,

A idéa, como um pingo de orvalho, atirada pela energia spartana de um punhado de bravos, cahiu no oasis da consciencia nacional e ali fez-se fonte, e cresceu, e subiu, avolumou-se e fez-se lago, e o lago espalhou-se, teve correntes e fez-se oceano, e o oceano transbordou e as ondas subiram até as maiores alturas e a idéa alagou tudo e a pretensão dos *vagabundos, dos famintos, dos petroleiros*, tornou-se a aspiração de todo o brasileiro cujo espirito, trabalhado pelo grande movimento que operou-se em todo o Brazil, chegou a comprehender, a 13 de Maio de 1888, esta grande verdade proclamada por Thonissen: "O direito é anterior e superior á lei; o justo e o injusto existem independentemente das convenções humanas. A iniquidade é sempre a iniquidade, ainda que obtenha o assentimento de um povo inteiro."

O que se dá na politica, dá-se tambem na sciencia.

Não se arrancam logo habitos, tradições e preconceitos; mas a idéa vae germinando, vae lastrando, vae se ramificando como a éra sobre as barbacans e os velhos muros dos preconceitos afinal se desconjuntam e cahem.

O vasto commettimento do immortal ministro de D. José encontrou, depois, um homem de genio em Portugal, que, sob o influxo das idéas do seu

tempo e do desenvolvimento da sciencia e do estudo do Direito na Allemanha, conseguiu escoimar o direito civil portuguez do romanismo desenfreado do seculo XVI, das extravagancias da *escola practica*, das argucias e subtilezas da glosa, e formar um corpo de doutrina, dando-lhe unidade, organisação e systema. Este homem foi Paschoal José de Mello Freire.

Posto que, com os progressos da sciencia as obras do grande professor da Universidade de Coimbra não satisfaçam a todas as exigencias, ellas são, contudo, o maior monumento do direito civil portuguez, sem exceptuar o moderno Codigo Civil.

Grande é o numero dos discipulos de Paschoal de Mello Freire; elles se contam por todos os jurisconsultos que o succederam, com excepção de Manoel de Almeida e Souza, *de Lobão*.

Este illustre advogado da Beira, (*) armado do systema de Muller e Struvio, carregando um arsenal de textos do Direito Civil e Canonico, de praticas dos tribunaes, de opiniões de praxistas e da lição dos codigos das nações civilisadas, estudo aconselhado pelos estatutos da Universidade de Coimbra, mas que, antes de Lobão, nenhum juris-

(*) L. Teixeira, no vol. 1.^o do *Curso de Direito Civil Portuguez*, pag. 117, faz a biographia do illustre filho da villa de Vouzella, que morreu em idade muito avançada, tendo tomado da aldeia, onde viveu e de onde datava as suas obras, o appellido de *Lobão*.

consulto portuguez havia feito, arremessou-se na arena para atacar a obra de Paschoal, que devia ficar immortal, mas que Lobão declarava insufficiente e incompleta por ser só de theoria e não de praxe, repetindo o preceito de Wulterius: *Jurisprudentiæ vis omnis atque studium in duobus positum est, in cognitione nūmum, ejusque usu*, e cuja infallibilidade poz em duvida com o seguinte trecho de Justiniano: *Omnium habere memoriam, et penitus in nullo peccare divinitatis magis quam mortalitatis est.*— Almeida e Souza usa por vezes da palavra— plagio para desbotar o merecimento de Mello Freire. (*) Apesar da desordem na exposição das materias, grande aparato de citações, que abrem espaço por vezes a manifestas contradicções; carecedor muita vez de boa crítica e de justas apreciações, Almeida e Souza é, depois de Pereira e Souza, o jurisconsulto portuguez mais lido e consultado no Brazil. Em suas *Dissertações, Notas e Tratados*, recheiadas de *addições, illustrações e remissões*, suscita uma infinidade de questões, porque a sua obra abrange quasi toda a esphera do Direito e poupa, por isso, ao magistrado o trabalho de procurar os textos da lei e aos advogados o enfado de recorrer ás fontes do Direito.

(*) Ninguém os nega; mas Paschoal não poderia ver tão longe, se não houvesse trepado nos hombros dos que o precederam, segundo a bella phrase de Fontenelle.

Excellent consultor tem sido o illustre filho de Vouzella neste paiz, onde magistrados houve que, renunciando ao direito e ao dever da interpretação doutrinal, consultavam o governo a proposito de qualquer nuga, de onde nasceu o corpo informe de avisos explicando textos de lei, muitas vezes em contradicção uns com os outros e outras vezes sem criterio, porque nem sempre os ministros da justiça, entre nós, foram homens preparados em estudos juridicos,

Inferior a Mello Freire na elevação do espirito e incapaz de segui-lo no maior trabalho do jurisconsulto—a systematisação, isto é, a justa distribuição das familias juridicas e a divisão das classes em que se agrupam os direitos — Almeida e Souza foi, entretanto, um trabalhador infatigavel, um homem de grande talento, e o fôro de Portugal e do Brazil muito lhe devem, sendo ainda hoje notavel a influencia exercida por suas obras.

Um homem houve que avocou para o Brazil a gloria de possuir um jurisconsulto, quando Portugal, além de Mello Freire e Almeida e Souza, podia apresentar, orgulhosamente, os nomes de Borges Carneiro, Corrêa Telles, Pereira e Souza, e entre os modernos, Ferreira Borges, autor do Codigo Commercial, o Visconde de Seabra, autor do Codigo Civil, e Dias Ferreira, seu grande commentador: esse brasileiro foi Augusto Teixeira de Freitas.

A sua obra, que abrange todo o cyclo do Direito Civil, é enormemente grande pela vastidão de conhecimentos, grandeza de investigações, elevação de pensamento, clareza, systema e methodo didactico. E' ella a melhor fonte do direito civil patrio, e esta obra todo o mundo a conhece— é a *Consolidação das leis civis*.

Passa como certo ter ella exigido tanta somma de trabalho, tanta concentração de espirito, tanta necessidade de consulta e investigação que abalou as faculdades intellectuaes do eminente jurisconsulto, ao qual estava reservada a gloria de organizar o Codigo Civil Brasileiro.

Indolencia ou falta de estimulo, a verdade é que os brasileiros são avaros em producções scientificas.

As nossas Faculdades de Direito, que devem ser os fócios da sabedoria juridica, apresentam poucos nomes de professores que podem ser julgados pelos seus trabalhos, como Paula Baptista, Ribas, Ramalho e Tobias Barreto.

A Theoria e pratica civil e commercial, do primeiro, é o melhor livro de praxe que entre nós se tem escripto e o *Compendio de hermeneutica juridica* é o trabalho em que mais se accentua o talento vasto de Paula Baptista, pelo modo admiravel como systematisou regras e principios que estavam esparsos na legislação, no Direito Romano e nos tratados de Savigny e outros jurisconsultos.

Alguns homens de notavel talento e saber juridico, como João Chrispiniano e Nabuco de Araujo, apenas deixaram, como traços luminosos de sua passagem trabalhos fôrenses, dignos de figurarem nos annaes juridicos de qualquer nação civilisada.

A magistratura brasileira tambem pequena mêsse proporciona de nomes que se salientem por trabalhos de folego.

D'entre os magistrados podemos citar como culminancias: Macedo Soares, Barradas, Amphiphio de Carvalho, José Hygino e alguns outros, muito poucos, capazes de hobrearem com qualquer vulto da Côrte de Cassação, sobresahindo sobre todos, immaculado e santo, o vulto de Piza e Almeida, sagrado pela opinião publica o pontifice da magistratura brasileira, pela inquebrantabilidade do seu espirito de Catão.

O regimen parlamentar attrahia os melhores talentos, e, como attrahiu Nabuco de Araujo, S. Vicente e outros magistrados, que poderiam ter sido grandes luminares da sciencia do Direito, deixando-nos trabalhos dignos dos seus poderosissimos talentos, attrahiu Bernardo Pereira de Vasconcellos, magistrado tambem, um dos mais vastos espiritos que têm illuminado a arena politica do Brazil e que teve ensejo de deixar em uma obra immortal o cunho de seu pujantissimo talento e grande erudição: esta obra é o Codigo Criminal de 1831.

A corporação dos advogados conta alguns nomes illustres por trabalhos parciaes, monographias, commentarios, como os de Perdigão Malheiros, Candido Mendes, Coelho Rodrigues, Carlos Perdigão, Silva Costa e outros.

Muitos ha que poderiam produzir trabalhos magnificos pela erudição juridica de que dispõem, como : Souza Ribeiro, Duarte de Azevedo, João Damasceno, Ferreira Vianna, Visconde de Ouro Preto, Carlos de Carvalho, Oliva Maia, Manoel Portella, Barão de Loreto, Bulhões Carvalho, Manoel Gonzaga, Candido de Oliveira e alguns outros.

O conselheiro Lafayette é dos nossos juristas o que reune maior numero de qualidades : vigoroso talento, vasta lição dos grandes mestres, clareza na exposição, methodo admiravel e grande poder de investigação. Elle é o maior dos nossos jurisconsultos ; e, porventura, o unico herdeiro da gloria de Augusto Teixeira de Freitas, se, com o *Direito das obrigações* e o *Direito de successão*, completar a sua grande obra, que acreditamos ficará em meio.

D'entre os grandes modernos cultores do Direito, dous nomes se impõem ao nosso culto, por terem levado ao espirito da mocidade da Academia do Recife as brilhantes conquistas operadas pelo espirito fecundo da evolução scientifica ; esses dous nomes são os de Tobias Barreto e José Hygino, aquelle monista e este positivista. Para muita gente sabida em cousas graves do direito romano e da

lição dos reinícolas é, porventura, ainda, uma phantasia falar-se na theoria de Darwin applicada ao Direito.

Entretanto, felizmente para a jurisprudencia, ella não escapou á grande evolução do revolvimento gigantesco do terreno das formações historicas, e Savigny e Puchta fizeram penetrar no seu vasto seio fecundo o principio da *historicidade* e Rudolf von Ihering o principio do *naturalismo darwinico*.

Para aquelles o Direito é um producto da historia e da evolução humana. Para estes é um producto da evolução, operada por um principio analogo ao da lucta pela existencia, de que falla Darwin, o grande principio da selecção por herança e adaptação.

Seguindo o Direito moderno o fio descoberto por Darwin, que reduz o mundo organico a um todo commum e fal-o apparecer como uma continuação do inorganico, considera elle os organismos sociaes obrando e se desenvolvendo segundo as mesmas leis fundamentaes, que vigoram nos demais seres da natureza, com a differença que nos organismos sociaes o principio da *finalidade* prevalece ainda em maior escala do que no individuo.

Tobias Barreto foí o propagador da grande evolução operada no Direito, por elle considerado na sua grande obra — *Estudos do Direito* — um filho da cultura humana e não da natureza improgressiva, uma modificação da força e a disciplina

mesma das forças sociaes, o que quer dizer, em uma palavra, o consorcio do principio darwinico e monistico com o principio da historicidade.

Aos que sabem quanto é difficil qualquer trabalho juridico entre nós, não só por falta de segura interpretação doutrinal, como porque julgados e sentenças ha que são padrões de vergonha (*), fallecendo-nos assim o melhor interprete das leis, na phrase do Ass. de 23 de Março 1786, pedimos desculpa para este livro, que é um ensaio, mas cuja vantagem é incontestavel, não só pela lealdade na reproducção dos textos de lei e da opinião dos 'escriptores' como por ter sido escripto sob a influencia da *dogmatica do Direito*, tendo em vista os codigos das nações civilisadas, a critica dos commentadores e a jurisprudencia dos tribunaes, no que ella podia proporcionar de util e vantajoso. A materia escolhida é de maxima importancia e nenhuma outra, mais do que ella, reclama a attenção de quantos se empenham nas luctas do fôro, á vista da facilidade e leveza com que alguns juizes e tribunaes decretam a nullidade de um processo, que importa uma grande somma de sacrificios, porque a justiça brazileira é muito cara, muitas vezes

(*) Como specimen, publicamos no fim deste volume, nota A, um Acc. Rev. da Rel. de S. Paulo, que é um verdadeiro montão de banalidades.

por simples irregularidade, que não póde ser classificada na ordem das nullidades absolutas, e outras vezes, até, violando os juizes as disposições claras da lei. (*)

E quando são atacados os disparates e absurdos, não falta quem averbe de irreverentes ao principio da autoridade, incarnado nos juizes e tribunaes, os que perdem a calma, assistindo ao sacrificio do Direito, cuja defeza lhes foi confiada; facto que reclama toda a complacencia, porque a melhor, a mais santa e mansa das creaturas, o *Cordeiro de Deus*, não foi isento da colera, paixão que uma vez na vida o assaltou para tanger os mercadores que faziam da casa de seu pae *spelunca latronum*.

Seria para renunciar em beneficio de inventario os legados politicos, financeiros e judiciaes da Republica, se não nos fortalecessem na fé do futuro a consciencia da honra civica e a confiança nas instituições republicanas.

De politica, finanças e organização judiciaria tratamos largamente, durante cerca de dous annos, nas columnas editoriaes da *Cidade do Rio*, quando circumstancias imperiosas nos collocaram

(*) Para exemplo, publicamos no fim deste volume, nota. B, um Acc. da Relação do Rio de Janeiro, decretando a nullidade de um arbitramento de honorarios medicos, contra a letra da Ord. do Liv. 3.º, tit. 17, § 1º

na contingencia honrosa de dirigir esse magnifico orgão da imprensa brasileira.

O Sr. Campos Salles, ministro da justiça do Governo Provisorio dictatorial, é o politico mais prejudicial que o Brazil tem tido. Sem instrucção juristica e sem talento de reformador, podendo ser contemplado na classe dos juristas vulgares e mediocres, deixou-se, inconscientemente, arrastar pelo prurido de reformas, e, recebendo de quantos o abordaram inspirações e novidades, presenteou-nos com o maior dos infortunios — a anarchia judiciaria.

Isso que nos legou o illustre senador por S. Paulo e que por ahi anda com o nome de pretorias e de camaras (civil, criminal e commercial) é uma vergonha, é um desastre, porque ao lado da ignorancia profunda do Direito, campeia o disparate no modo de processar. Cada juiz, cada processo.

Moços pouco preparados na sciencia juridica, cheirando ainda aos coeiros da Academia, ou homens *maduros*, investidos da alta missão de dispensar justiça pela *fortuna das circumstancias*, julgam-se com o direito de interpretar e entender a lei conforme a sua ignorancia, as suas presumpções e as suas idiosincrasias. Ninguem sabe em que mundo e sob que lei vive.

A magistratura republicana muito perdeu do brilho e do prestigio da magistratura do imperio,

que, se não era das mais eruditas, era, entretanto, das mais honradas.

E, hoje, como é triste dizer!—o! quantas suspeitas se levantam sobre a propria honra de alguns juizes!!!..

Não collocamos no mesmo nivel todos os juizes, pois que os ha verdadeiramente dignos deste nome; mas é doloroso confessar que a Republica não nos permite parodiar esta bella resposta que deu Mme. d'Stael, quando lhe perguntaram como, no meio das tempestades do seculo XVIII, o espirito innovador encontrou tanta resistencia para mover os allemães—“*porque, respondeu ella, gozam da segurança de seus direitos; porque seus tribunaes lhes fazem justiça certa e segura, supposto lenta, contra todo acto arbitrario.*”

E' justamente o que nós não temos—justiça certa e segura.

E' por isso que nos fallece a jurisprudencia dos tribunaes, poderoso factor da formação do Direito; porque, como dizia Portalis no *Discurso preliminar do projecto do Codigo Civil*: “por mais completo que seja um codigo (e nós o não temos), uma multidão de cousas necessariamente fica abandonada ao imperio do uso, á discussão dos homens instruidos, ao arbitro do juiz. O officio da lei é fixar as maximas geraes do Direito, estabelecer principios fecundos em consequencias e não descer a detalhes de questões, que podem nascer de cada materia.

“Compete ao magistrado e ao jurisconsulto, penetrado do espirito das leis, dirigir a sua applicação. E' por isso que em todas as nações se vê formar ao lado do sanctuario das leis um deposito de maximas, decisões e doutrinas, que se purificam diariamente pela pratica e pelo choque dos debates judiciarios, e que é, por isso, considerado como *verdadeiro supplemento da legislação!!*”

Força é confessar que entre nós esse deposito de decisões, esse *verdadeiro supplemento da legislação*, é imperfeitissimo; elle é comparavel á estatua de *Glaucus*, que o tempo, o mar e as tempestades tinham de tal maneira desfigurado, que parecia-se menos a um deus do que a um animal feroz.

A falta de amor ao estudo, para não empregar palavra mais severa, é um facto desgraçadamente notorio na magistratura brazileira.

Por amor do nosso brio de povo civilizado, queremos esquecer outros elementos que influem no animo de alguns juizes para julgarem conforme a consideração que merece a pessoa do litigante, ou circumstancias especiaes de occasião.

Os executores da lei, entretanto, deviam ter sempre gravadas na consciencia, como um dogma, estas bellas palavras do chanceller d'Aguesseau: “*Le plus nobles images de la Divinité, les rois que l'écriture appelle les dieux de la terre, ne sont jamais plus grands que lorsqu'ils joignent au titre de maîtres du monde celui d'esclaves de la loi.*”

Quão distante está a grande massa dos nossos juizes do verdadeiro ideal que Cicero definiu em poucas palavras—“*Magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*”!

A jurisprudencia dos tribunaes que na L. 8 *D. jur et de jure* o Icto. Marciano chamava *Direito honorario* — *jus honorarium (ad honorem judicium est nominatum)* *vira vox est juris civilis*—não existe entre nós e não existirá nestes cincoenta annos.

Somos francos talvez de mais; pleiteamos, porventura, com muito ardor a causa da moralidade da lei; é nosso dever, porque não comprehendemos o advogado senão como o descreveu Henrion de Pensey, o Nestor da magistratura franceza, fallando de Dumoulin:— “Livre das conveniencias que prendem os outros homens, muito obscuro para ter protegidos, sem escravos e sem senhores, tal deve ser o homem na sua dignidade original.”

Inimigos da magistratura não somos.

A nossa sinceridade é a prova da nossa estima pela classe a que temos orgulho de haver pertencido.

Não são bons amigos os que exploram a vaidade para conseguir favores, e vem a proposito recordar estas palavras do Arcebispo de Cambrai ao seu discipulo, o duque de Bourgoigne:

—“Filho de S. Luiz, não mostreis confiança senão aos que têm a coragem de vos contrariar com respeito, porque preferem vossa reputação ao vosso favor.”

Os verdadeiros, os sinceros amigos, creia o governo e creia a magistratura, são os que têm a coragem da verdade.

Nós temos o orgulho de afirmar que sempre militámos e continuaremos a militar nas fileiras dos que sabem bradar, abertamente, contra a injustiça e a violencia, ataca-las francamente, violentamente, desabridamente.

Entre os intemeratos guerrilheiros que no passado deram caça aos abusos e disparates judi-
ciarios occupa o primeiro logar, como mais arrojado o Sr. Dr. Carlos Perdigão, o bravo redactor da *Gazeta Juridica*, que para nossa vergonha cessou a sua publicação por falta de recursos, sem duvida.

Tivesse o nosso fôro, que conta primorosos talentos, embora seja limitado o numero dos que dispõem de estudos juridicos methodicos e solidos, mais coragem para sustentar a lucta em nome da verdade e do direito e atacar os erros e injustiças; houvesse menos receio de provocar as iras dos juizes ignorantes e pretenciosos, que, julgando-se offendidos com a critica scientifica, têm a petulancia de julgar a causa pelo nome dos patronos; houvesse mais moralidade nos tribunaes, que inutilisam quantos processos são instaurados contra magistrados, e poderíamos alimentar a esperanza de ver elevar-se o nivel da magistratura brasileira, o unico reducto da honra da Republica; porque todo

o poder do mundo cae diante do ataque dirigido pela inspiração do direito e da justiça.

A familia dos grandes jurisconsultos nos offerece desta verdade o mais brilhante exemplo na existencia, senão do maior jurisconsulto da França, de um dos nomes mais illustres da humanidade, e uma das mais altas intelligencias do seculo XVI— Charles Dumoulin. (*)

Com um livro admiravel *Edit des petites dates* bateu Dumoulin a curia romana, a invasão do concilio de Trento e as depredações do ultramontanismo, o que valeu-lhe do condestavel de Montmorency estas palavras, apresentando-o a Henrique II: “*Sire, ce que votre magesté n'a pu faire et*

(*) Tão grande é a nossa admiração pelo genio de Dumoulin, que não podemos deixar de consagral-a, ainda que em poucas palavras, neste livro. Dumoulin é, depois de Cujacio, o maior jurisconsulto da França. Berrier, o maior vulto da tribuna judiciaria franceza, no seu famoso livro *Lições e modelos da eloquencia judiciaria*, emite, á pag. 495, o seguinte juizo, que subscrevemos com restricção da parte final, porque depois da promulgação do Codigo Civil Italiano, o Codigo Napoleão deixou de ser a mais bella obra sahida das mãos do legislador:

“Cujacio e Dumoulin são os maiores jurisconsultos que a França tem produzido. Ninguem na Europa os tem excedido, ou mesmo igualado. Sem Cujacio Pothier não teria escripto as suas *Pandectas*; sem Dumoulin elle teria dado menos solidez e menos profundeza aos seus *Tratados do Direito Francez*. Sem um e sem outro, Domat não teria encontrado o campo da sciencia desbravado para compôr o admiravel livro das *Leis Cíveis*: e sem as obras de Domat e Pothier o *Codigo Napoleão* deixaria de ser a mais bella obra que tem sahido das mãos do legislador.”

executer avec trente mil hommes, de forcer le pape Jules à lui demander la paix, ce petit homme l'a achevé avec son petit livre."

O exemplo é digno de ser imitado. Luctemos pela verdade, todos nós que vivemos obscuramente sustentando, dia a dia, a mais tremenda das luctas para conseguir justiça contra o poder dos fortes, a arrogancia dos poderosos e a petulancia dos ignorantes.

Duas palavras para concluir:

Submettemos ao juizo dos doutos, que são poucos entre nós, e, em regra, condescendentes, porque só elles sabem avaliar quanto esforço, trabalho e sacrificio se consome para adquirir-se um pequeno peculio de conhecimentos scientificos, este livro, que, quando nada valha, é a affirmação de que somos capazes de um heroismo no Brazil— a dedicação ao trabalho.

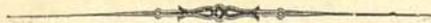
Aos que não podem aquilatar a somma de esforços, vigílias e incommodos crystalizados em uma obra de sciencia juridica, pedimos, parodiando o immortal Montesquieu, no prefacio de seu prodigioso livro—*O Espirito das Leis*—, que não nos julguem sem nos lerem, ou por uma simples leitura de momento.

Aos que neste livro procurarem o estylo do jornalista, diremos, parodiando Alexandre de Humboldt: —A esterilidade nasce da concisão; para sermos claros tivemos necessidade de esterilisar o estylo,

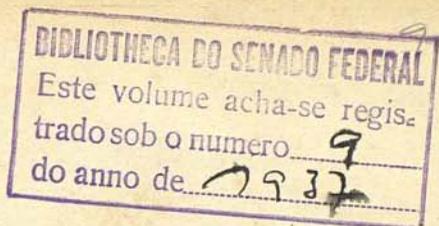
Si nos faltar o favor publico, o que é possivel em terra de indiana preguiça intellectual, nem por isso nos arreponderemos de haver trabalhado, porque, na phrase de Hugo, o maior poeta lyrico da humanidade: "*Dieu benit l'homme non pour avoir trouvé, mais pour avoir cherché.*"

Martinho Garcez.

Abril de 1893.



١٥



PARTE PRIMEIRA

TITULO I

Nullidades dos actos juridicos

CAPITULO I

PROPEDEUTICA DAS NULLIDADES

§ 1º — Autoridade da lei

A autoridade da lei é a base da ordem social. Expressão da soberania nacional, a lei obriga a todos : aos juizes e tribunaes para fazerem-n'a respeitar e cumprir, e aos individuos para a respeitarem e cumprirem.

Na brilhante expressão de Litz, a ordem juridica é tambem ordem de combate.

“ O direito não preencheria o seu fim sómente com a norma ; precisa de força que reduza á obediencia as vontades recalcitrantes.

Por trás do direito objectivo está o poder publico aparelhado com a força necessaria para a coacção, afim de que tenham realidade pratica as

relações logicas, que as normas estabelecem entre os factos e as suas consequencias juridicas."

O respeito á lei é não só o mais bello pontificado do culto do Direito, como a mais resistente barreira opposta ao despotismo. (1)

(1) Porque não medra na Inglaterra o despotismo e lá ninguém tem bastante ousadia para tentar um golpe de Estado?

Porque os inglezes fazem do respeito á lei um verdadeiro culto. Elles fizeram revoluções até conquistarem a sua liberdade; mas uma vez conquistada, só se preocuparam de engrandecer á sombra das suas liberrimas instituições.

Naquella monarchia, que conserva ainda o disparate democratico de uma camara hereditaria—a dos *Lords* — as regalias e direitos individuaes são mais sagrados e mais respeitados do que nas republicas sul-americanas. E um facto só basta assignalar: A medida tyrannica do *estado de sitio*, que exprime a suppressão de todos os direitos de um homem livre—o direito de locomoção, o sigillo da correspondencia epistolar, o direito de ser julgado por seus pares, o de não ser preso sem ter commettido crime, o direito de falar e de pensar, a liberdade da imprensa e a liberdade de reunião; essa medida, especie de broquel, ou salvavidas procurado contra as tempestades populares pelas monarchias fracas como a portugueza e hespanhola, não existe nas leis inglezas, como não existe na Constituição da grande Republica da America do Norte, como não existe nesta outra admiravel monarchia, onde o povo tem o orgulho de sua liberdade—a Belgica.

Para os casos extremos de revolta ou rebellião os inglezes só têm uma medida extrema—a suspensão do *habeas-corpus*. Mas na bella expressão de Chateaubriand, quando na Inglaterra o *habeas-corpus* dorme, a imprensa vela. Porque nas republicas sul-americanas o despotismo é tão commum, que raro é o anno em que uma dellas não seja assaltada por uma revolta para fazer-se de um soldado um dictador? Porque o espirito publico está profundamente aviltado pelo desrespeito á lei, desrespeito tanto maior quanto mais elevados são os depositarios do poder publico,

Mas a lei póde ser oppressora, póde ser tyrânica. Qual o remedio? A revolta? Ha revoltas legitimas, e nós brasileiros devemos a conquista da Republica a uma revolta denominada *levante de quartéis*. Mas a revolta só é legitima, quando necessaria, e só é necessaria quando o povo não é governado por instituições livres; porque a revolta é a força contra a força, e não ha nada que mais destrua o sentimento do direito do que o appello á força.

No jogo regular do systema representativo encontra o povo os meios de corrigir os excessos, iniquidades e tyrantias da lei.

Basta que o povo tenha consciencia de que a sua vontade è que é a lei, para que elle tenha nas suas mãos, pela escolha de seus mandatarios, o meio de derogar todas as leis iniquas e oppressoras.

Em uma das mais brilhantes discussões, que temos lido nos annaes dos povos cultos, encontrámos a theoria, muito methaphysica, da resistencia passiva. (2)

(2) E' conhecida a tremenda resistencia opposta pelo clero da Belgica á lei de 19 de Dezembro de 1864, por elle considerada, e era de facto, lei de espoliação.

A conducta do clero foi vivamente atacada na "camara dos representantes" pelos ministros da justiça e de estrangeiros, que a qualificaram de inconstitucional e anarchica.

Dois illustres chefes do partido catholico, lentes de Direito na Universidade de Bruxellas, Thonissen e Delcour, tomando parte saliente no debate, sustentaram com grande brilhantismo

de talento a doutrina da resistencia passiva. Thonissen, depois de encarecer a necessidade do respeito á lei nos paizes livres, torna cada individuo o juiz do respeito que elle deve á lei, nas seguintes palavras de uma extrema belleza : “ A consciencia humana nunca perde os seus direitos. E’ da honra eterna o ter sempre na sua consciencia um asylo inviolavel, onde a força não penetra e onde todas as iniquidades, tanto as iniquidades dos povos, como as iniquidades dos reis, encontram o seu juiz. A omnipotencia da lei seria o despotismo revestido de fórmas populares. A revolta é permitida contra uma lei que a consciencia declara injusta ? Não ; os catholicos não recorrerão á revolta, elles se limitarão a *recusar seu concurso voluntario á lei.*”

Delcour precisa mais a theoria da *recusa de concurso voluntario*, nas seguintes palavras : “ Ha duas especies de resistencia : a resistencia activa e a resistencia passiva. Que é a resistencia activa ? E’ a força opposta á força ; é o governo da força querendo substituir o governo do direito. Nós não queremos essa resistencia. Ha uma outra resistencia, a resistencia passiva. A lei é injusta, minha consciencia não me permite concorrer para sua execução. Eis ahí a resistencia opposta pelo clero e que nós manteremos.

Esta theoria da resistencia passiva, já a qualificamos de metaphysica, e se a recordamos não é porque exprima uma theoria juridica por nós acceita, porque somos sectarios do respeito absoluto á lei ; mas porque ella poderá ser um balsamo e um consolo para nós brazileiros, que, tendo recebido a republica com todo o amor e todo enthusiasmo da nossa alma de povo eminentemente democratico, porque no alvorecer da republica vimos uma conquista da liberdade e uma evolução do progresso, temos assistido de braços crusados ao espectáculo desolador do desmantelamento de todas as relações sociaes—a anarchia no governo, na administração, na justiça e no credito, porque o desrespeito á lei constituiu o programma dos dois governos militares que temos tido. E’ bem de ver, e esta verdade é muito velha, que uma sociedade não é um quartel e que dirigir um povo não é o mesmo que dirigir um exercito. Os maiores capitães que a humanidade conhece, com excepção de Julio Cesar e Frederico o Grande, foram máos chefes de governo.

E' principio elementar que são validos os actos praticados de accôrdo com as disposições da lei. A lei seria uma chimera se o poder publico não garantisse efficazmente a sua execução, assegurando aos particulares os direitos e obrigações della decorrentes.

Esse principio, porém, não tolhe o direito que tem o legislador de corrigir as leis, reformal-as ou abrogal-as, quando o interesse geral o exigir, sem embargo de ferir os interesses particulares, por

E vem de molde lembrar a sentença de um juiz insuspeito, o maior guerreiro dos tempos modernos, o general Bonaparte, depois imperador dos francezes, sentença que deve ter para nós o cunho de um profundo ensinamento. Quando se discutiu a instituição da *Legião de honra*, o primeiro consul proferiu, entre outras, as seguintes palavras, que a historia registra como maximas admiraveis de bom senso politico: "E' preciso não justificar os tempos modernos com os seculos de barbaria. Nós somos trinta milhões de homens, reunidos pelas luzes, a propriedade e o commercio. Diante dessa massa nada são trezentos ou quatrocentos militares... Considerado o militar, abstracção feita de suas relações, chega-se á conclusão de que não conhece elle outra lei senão a força, e que elle tem a presumpção de attribuir tudo a si e de não ver sinão a si proprio.

Ao contrario, o homem civil só vê o bem geral.

O caracteristico do militar é tudo querer despoticamente; o do homem civil é tudo submeter á discussão, á verdade e á razão... Eu não hesito em pensar, tratando-se da proeminencia, que ella pertence incontestavelmente ao civil."

Bellas palavras! é impossivel dizer-se mais precisamente e melhor.

Se ellas tivessem para nós o cunho de um evangelho politico, poderíamos redimir no futuro todos os desregramentos do passado e todos os disparates do presente.

que é da essência da sociedade, que diante do interesse geral, que é o interesse do maior numero, desapareça o interesse individual. A faculdade ampla que tem o legislador de reformar e derogar as leis só encontra um limite — o dever de respeitar os direitos adquiridos á sombra das leis anteriores, modificadas, reformadas ou abrogadas, porque o mais poderoso laço dos homens reunidos em sociedade é a certeza de que os seus direitos são respeitados.

Do exposto decorre o principio, consagrado por todas as constituições — da não retroactividade das leis.

§ 2º — Actos contrarios á lei

Sendo regra geral de Direito que são validos todos os actos praticados conforme as prescripções da lei, póde deduzir-se, *prima facie* e a *contrario sensu*, que nullos são todos os actos contrarios á lei, porque sendo ella a base da ordem social, a sua autoridade desapareceria, se aos individuos fosse permitido expressamente desrespeital-a.

Essa conclusão, entretanto, posto que verdadeira, não constitue um principio absoluto, uma regra geral.

A lei tanto estatue no interesse publico, como no interesse puramente privado.

No primeiro caso, em regra, o legislador ordena ou proíbe, e, então, a violação da lei importa nullidade do acto praticado. (3)

No segundo caso, por vezes, acontece que a lei nem ordena nem proíbe, e casos ha, até, em que, estatuinto mesmo no interesse geral, não commina o legislador a pena de nullidade.

Quando a lei estatue no interesse puramente privado, a sua violação, em regra, não importa nullidade do acto.

“Annullando-se as convenções contrarias ao direito publico, não se annullam aquellas que são contrarias ás leis, que só se referem ao direito privado ou aos interesses particulares.” (4)

Commumente dizemos e vemos proclamado por nossos tratadistas, que ha nullidade sempre que ha violação da lei promulgada no interesse geral. Essa é, de facto, a regra, o principio geral, porque, quando o legislador dispõe no interesse da sociedade, não faz mais do que impôr á vontade dos particulares a vontade geral, e neste caso, não

(3) *Privatorum pactio juri publico non derogat*—L. 45 Dig. de *regul. jur.*

(4) São palavras de um dos autores do Cod. Nap., o eminente Portalis—Locré *Legislatum civ.*, tom. 1, pag. 263.

O Cod. civ. port. assim dispõe (art. 10, § unico):

“A nullidade proveniente da pratica de actos contrarios á disposição da lei, póde sanar-se pelo consentimento dos interessados, si a lei infringida não fôr de interesse e ordem publica.”

pode o individuo violar a lei, ainda mesmo que ella esteja em opposição aos seus interesses, porque, violando-a, colloca sua conveniencia acima da conveniencia da generalidade.

Esse principio, ou regra geral, tem entretanto excepções, e uma dellas é o casamento.

Não ha duvida que o casamento não interessa só a certos e determinados individuos, ou a certa ordem delles ; interessa a toda a sociedade, porque é a base da familia.

Entretanto, posto que o casamento seja de interesse geral, nem todas as formalidades, de que a lei o cérca, têm tal importancia que importe nullidade a menor inobservancia de qualquer dellas, ou que seja nullo o casamento em todos os casos em que não são observadas as formalidades da lei.

O legislador só reservou a nullidade do casamento para um numero limitado de casos em que se dão causas graves. (5)

Ao em vez disso, em materia de testamento (e não ha nenhuma em que seja mais vária e mais contradictoria a jurisprudencia dos nossos tribunaes) que é simplesmente de interesse privado, todas as formalidades da lei são imperiosas e a violação de qualquer dellas importa nullidade do acto, porque a inobservancia da forma legal poderia crear suspeitas sobre a verdadeira vontade do testador. (6).

(5) Decr. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, arts. 61 e 63.

(6) Zachariæ, *Droit civ. franc.*, vol. 3, pg. 85, § 443.

Já em materia de contracto, que é tambem de interesse privado, a lei não impõe ás partes contractantes as regras que traça sobre as condições e effeitos das convenções; deixa-lhes inteira liberdade, que é da essencia das convenções humanas.

Nem ao legislador seria possivel prever as multiplas circumstancias que rodeiam os individuos e a immensa variedade de relações civis, para as quaes seria, tambem, mister uma immensa variedade de clausulas.

Nessa materia limita-se a lei a traçar regras geraes para utilidade das partes contractantes, isto é, limita-se a prever e prevenir o que as partes hão de querer. E quando a vontade das partes harmonisa-se com o que o legislador presumiu que ellas quereriam, desnecessario é reproduzir no contracto todos os direitos e obrigações delle decorrentes, porque já se acham previstas em lei.

Absolutamente livres, como são, os individuos de contractar, porque o legislador não pode ter a presumpção de ser melhor juiz dos interesses individuaes do que os proprios individuos, comtudo foram reservados á autoridade da lei certos casos em que os contractos, quer commerciaes, quer civis, não são admissiveis em juizo, nem produzem effeitos legaes, porque são nullos; taes os casos discriminados no art. 129 e seus numeros do Cod. Com.

A regra, porém, em materia de contracto é que as partes são livres de fazer o que quizerem, por-

que a lei lhes permite a violação de suas disposições no interesse das mesmas partes, estatuidas.

Aos contractos em geral applica-se a regra que rege o contracto do casamento, isto é, de só reger a lei a associação conjugal quanto aos bens, quando não ha contracto antenupcial (que os esposos podem celebrar nos termos que quizerem).

Poder-se-ha, entretanto, perguntar :

A' vista dos principios expostos, que assentam na liberdade das partes contractantes, como se explica a excepção da lei que lhes não permite a faculdade de renunciarem o direito de pedir a rescisão do contracto por lesão ? Não é a lesão um beneficio em favor da parte enganada ? E porque a esta não permite a lei renunciar o beneficio ? A razão é porque a lesão foi estatuida como medida de interesse geral, por um principio de equidade e humanidade—*humanum est*, nos termos da L. 2^a, C. de *rescind vend.*

Quando esta materia (da lesão) foi discutida na commissão de redacção do codigo civil francez (7), a opinião victoriosa do primeiro consul firmou-se na necessidade *d'une loi de mœurs*.

Accresce que, não se podendo contractar *sem causa*, ou por *causa illicita*, a renuncia seria viciada pela mesma causa que vicia o contracto.

(7) Vide o capitulo em que tratamos especialmente e longamente da lesão,

Não ha no direito objectivo materia mais difficil e mais complexa do que a das nullidades, e d'ahi a impossibilidade, em que o jurista se vê, de traçar regras ou principios geraes.

Merlin, um dos que melhor trataram da materia, apenas conseguiu estabelecer uma regra geral, que é a seguinte: "As nullidades não podem ser estabelecidas senão por lei, e só a *lei tem o direito* de pronuncial-as." (8)

Mas essa regra não é geral, como pretende Merlin; ella soffre excepções, porque casos ha em que a nullidade não está expressa na lei, e o juiz, entretanto, não pode deixar de declaral-a, porque, então, a nullidade é uma consequencia logica dos principios geraes do Direito, na phrase do profundo Zachariæ. (9)

A doutrina e a jurisprudencia têm admittido que a nullidade pode ser pronunciada em virtude da vontade tacita do legislador, porque, em theoria, a vontade tacita tem a mesma força que a vontade expressa.

Se a lei é a vontade do legislador, pouco importa que essa vontade seja expressa positivamente ou tacitamente; o que importa é que seja respeitada e cumprida.

Forçoso é convir que essa doutrina das nullidades tacitas, ou virtuaes, é vaga e perigosa, porque

(8) *Questions de droit*, verb. *Mariage*, § 3, n. 1.

(9) *Cours de Droit civ. franc.*, tom 1, § 37.

o juiz fica investido das attribuições do legislador, tendo por missão saber, não o que o legislador quiz, mas o que o legislador teria querido.

Sob pena de deixar a lei sem sancção, quando ella é silenciosa ou claramente não é pronunciada a nullidade, é o juiz forçado a sahir da sua esphera.

Grande é a difficuldade para o juiz verdadeiramente digno do seu elevado sacerdocio, porque precisa prescrutar o que o legislador quiz, procurando tal solução na propria natureza das differentes leis ; porque, se ha leis que por seu objecto têm uma tal importancia que o legislador não pode permittir que sejam ellas violadas, outras ha que não têm a mesma importancia e que é preferivel deixal-as sem sancção a fulminar a nullidade.

O escopo do juiz (e é bem melindroso) deve ser este: pesar os dous males e preferir o menor.

O juiz não pode (10) interpôr a sua autoridade para annullar um acto que o legislador *não quiz* annullar, porque a missão do juiz é applicar a lei e não fazel-a. (11)

Sendo a nullidade acto legitimo do legislador, porque ella é a sancção da sua vontade, não deixa duvida que deve ser um meio extremo do qual o legislador só deve lançar mão em caso de necessi-

(10) E, entretanto, quantos julgados e sentenças contrarias, que são verdadeiros disparates!

(11) No regimen republicano tudo temos visto, *inclusive* o poder executivo arvorado em legislador e em poder judiciario,

dade; porque, se não é absolutamente juridico o velho proverbio—"as nullidades são odiosas", como judiciosamente pondera Solon (12) é inquestionavel que ellas produzem graves inconvenientes, lançando a anarchia nas relações civis e destruindo a vontade das partes interessadas. (13)

Em relação ás nullidades não decretadas expressamente, o velho direito francez era de um extremo rigor.

Uma *Ordenança* de 1670 prescrevia que a pena de nullidade não podia ser supprida em nenhuma de suas disposições, e o chanceller d'Aguesseau, em uma carta de 3 de Julho de 1733 (*) re-

(12) *Traité des nullités*, pg. 4.

(13) Vamos trasladar, sem offensa ás luzes e saber juridico dos nossos legisladores, as seguintes ponderosas reflexões de Laurent (*Princip. de droit. civ. franc.* vol. 1, n. 42): "Pronunciando a nullidade do acto contrario á lei, o legislador deve ter a maior cautella; deve pesar o mal resultante da inobservancia da lei e o mal resultante da annullação.

Se o acto é sustentado, posto que a lei seja violada, compromette-se a autoridade da lei e as leis impotentes não são respeitadas, e sem o respeito á lei não ha ordem, nem sociedade. Se, tambem, o legislador fulminar de nullidade qualquer acto de irregularidade, excederá os limites de sua missão; porque, se a nullidade é decretada no interesse da sociedade, esse interesse não exige grande luxo de nullidades, porque, á força de se garantir a autoridade da lei, ella se tornará odiosa, porque os cidadãos verão a cada passo perturbados seus direitos, perturbações que podem ser um mal maior do que a inobservancia da lei."

(*) São estes os termos da carta que se encontra no vol. 8 das obras completas de d'Aguesseau, pag 174: "Je ne saurais

commendava o mais absoluto respeito á maxima daquella Ordenança.

§ 3.º— Actos contrarios aos interesses publicos

E' principio corrente, e sem excepção, que são nullos os actos contrarios ao interesse publico, ou ás leis que interessam a ordem publica.

Que se deve entender por leis que interessam a ordem publica ?

Não encontramos disposição em nosso Direito, e definir não é cousa facil.

Um dos mais abalisados commentadores do Cod. Napoleão, Murlon (14) assim se expressa : “ Se a lei se absteve de traçar regras sobre este assumpto, é porque ha cousas que melhor se sentem do que se definem. „

Isso não satisfaz e, diremos mesmo, nada ex-prime, porque o direito assenta na precisão das idéas e na nitidez da linguagem.

trop recommander aux officiers du presidial de . . . de ne pas multiplier arbitrairement les nullités, et de s'arriver sur ce sujet aux dispositions écrites dans les ordenances, édits et declarations, ou dans les arrêts de reglement; ils peuvent seulement, lorsqu'ils trouvent des irregularités ou des singularités que n'emportent point la nullité des procedures faites par les officiers de la marichaussée, arreté qu'il m'en sera rendu compte, afin que je puisse donner a ces officiers les ordres et les instructions qui leur seront necessaires.”

(14) *Répétitions sur le Cod. Napoléon*, tom. 1, pg. 62.

No silencio de nossos praxistas, que em regra são, em materia de doutrina, de uma pobreza extrema, somos forçados a recorrer ao subsidio dos escriptores estrangeiros, aos quaes devemos em grande parte o cabedal deste capitulo, que intitulamos—Propedeutica das nullidades—e no qual o leitor sentirá o influxo poderoso dos escriptores francezes.

Segundo Domat (15) “ as leis que interessam a ordem publica são as chamadas leis do Estado, as que regulam as distribuições e funcções dos cargos publicos, as que concernem á policia das cidades e outros regulamentos publicos.” Nos parece melhor, por ser mais concisa, a seguinte definição de Manguin (16) —“ Leis que interessam á ordem publica são as que determinam o estado das pessoas e a capacidade ou incapacidade que as affecta.”

Mas essa definição não nos parece completa, porque não abrange todas as leis de ordem publica.

Quaes são as leis de interesse publico, ou, ainda, de direito publico, segundo a expressão dos romanos—*jus publicum*? São: *a*) as que estabelecem os impostos; *b*) as que regulam a ordem das jurisdicções (17); *c*) as que regulam o estado das

(15) *Traité deslois*, c. XI, n. 40.

(16) Vid. Sirey, tom. IX, pag. 345.

(17) O facto, *verbi gratia*, de poder o réo consentir na acção, que não é proposta no fôro do seu domicilio, em vez de

peçoas, sua capacidade, ou incapacidade (18);
 d) as que interessam aos bons costumes e sã
 moral.

Do exposto podemos concluir (19) que leis
 que interessam a ordem publica sã as que estabe-
 lecem os impostos, regulam a ordem das jurisdic-
 ções, o estado das peçoas, sua capacidade, e res-
 peitam aos bons costumes.

Nã incluimos na definição os bens dos parti-
 culares, porque as leis que regulam a administraçã
 e divisã de taes bens nã sã de interesse publico;

ser, como querem alguns escriptores, uma excepção á regra ge-
 ral, é mais uma applicação do principio já exposto de que as partes
 podem derogar as leis de interesse privado, em beneficio dellas
 promulgadas, porque a lei que obriga o autor a demandar o réo
 no fôro do domicilio deste, só tem em vista o interesse do réo, que
 é livre de renunciar um direito em seu favor estabelecido—Merlin,
Repert., verb. Loi, § 8.

(18) Nã ha duvida que no interesse dos individuos a
 lei fixa o seu estado e os declara capazes ou incapazes; mas tam-
 bem nã ha duvida que para fazer essa classificaçã de peçoas
 teve a lei em vista o interesse de todos, o interesse da sociedade.
 Fixando a lei, por exemplo, a extensã do patrio poder, nã
 teve em vista o interesse de tal pai ou de tal filho, mas o estado
 social, os costumes, o sentimento geral da nação, donde deflue
 que o patrio poder é de ordem publica — Laurent, obr. cit.,
 n. 52.

(19) Póde esta nossa definição nã agradar por falta de
 concisã; foi, entretanto, a que podemos formular, na falta de ou-
 tra melhor e que, sem encarecer o seu valor, pareceu-nos a mais
 completa, por conter todo o definido,

entretanto, casos ha em que o interesse publico póde ser envolvido. (20)

§ 4º.—Actos contrarios aos bons costumes

E' tambem principio corrente e sem excepção que nullos são os actos contrarios aos bons costumes, e o nosso Cod. Com. assim o declara no art. 129, n. 2.

Que devemos entender por bons costumes? A resposta não encontrámos em nenhum tratado. Em um discurso ao corpo legislativo, disse o tribuno Faure (21) que “os bons costumes são uma dependencia da *ordem publica* e que a addição

(20) Eis aqui duas hypotheses formuladas por Laurent: —1ª hypothese: Um menor, chegado á maioridade, quer abdicar de si a faculdade ou poder de administrar os seus bens e fallo por um termo ou declaração expressa. Esse acto prevalece para libertar o interdicto das obrigações que contrahir? Certamente não; porque só a lei e uma sentença podem declarar a interdicção, que é de interesse publico.

2ª hypothese: Os herdeiros de um espolio combinam não fazer a divisão e partilhas dos bens, reduzindo a termo ou escriptura esse accôrdo. Póde qualquer dos herdeiros reclamar a partilha contra a convenção ou accôrdo por elle e os outros acceito e firmado?

Não resta duvida que póde, porque a partilha dos bens é medida de ordem ou interesse publico, e foi por isso que a lei não permittiu a *indivisão forçada*.

(21) Vide Locré, obr. cit., pag. 319.

daquellas palavras ao art. 6º do Cod. Civ. Franc. (22) teve por fim dar á redacção toda a clareza possível. Que tudo que concerne aos bons costumes interessa a ordem publica, mas tudo que interessa a ordem publica não concerne aos bons costumes. ,,

Isto não é uma definição; mas, tambem, não nos parece que ella interesse muito ao caso, porque, não sendo a legislação um curso de moral, ella só se deve occupar dos costumes para reprimir as acções, que perturbam a ordem social, isto é, os delictos. Isto, entretanto, não basta infelizmente para resolver a questão, porque o Cod. Crim. não prevê todas as acções immoraes.

Se não ha uma disposição de lei determinando o que sejam bons costumes, e se o Cod. Crim. não prevê todas as acções immoraes, como pode o juiz saber, ao certo, quando uma convenção é contraria aos bons costumes? Dalloz (23) dá um aresto da Côte de Turim decidindo que “se deve reputar contrario aos bons costumes o que a opinião publica considera illicito para todas, ou mesmo, para certa classe de pessoas.” Ha nesse julgado uma difficuldade a vencer, e que consiste em distinguir entre as diversas classes da sociedade, quando se trata de costumes.

(22) “ On ne peut déroger, par les conventions particulières, aux lois que interessent l'ordre public et les bonnes mœurs.”

(23) Repert. verb. *Cult.* n. 114.

A moral deve ser a mesma para todos os homens. Onde, pois, encontrar o estalão da moral, que sirva de regra ao juiz? Que moral deve elle preferir? A moral catholica, a moral philosophica, a moral de A. Comte, ou finalmente a moral progressiva, ou moral publica, de que falla Laurent, mas cujo cathecismo ninguem conhece?

Na ausencia de uma disposição de lei, definindo o que sejam bons costumes, a questão torna-se tão vaga, que até nas hypotheses divergem os juristas. Um exemplo: Apresentando a hypothese da convenção, pela qual se obrigasse o pai, ou o tutor de uma menor, a prostituil-a por certa quantia, diz Merlin que a convenção será nulla, porque o Cod. Crim. pune o defloramento da menor. Mas, pergunta o eminente escriptor: seria nulla, tambem, a convenção pela qual uma maior se prostituisse, mediante uma promessa de dinheiro?—Não, responde elle; porque a lei penal não pune o facto da prostituição da maior.

Não nos parece accetavel a resposta do grande escriptor, e estamos de perfeito accôrdo com a impugnação de Laurent; porque, se o Cod Pen. franc. (como o nosso) permite que a maior disponha de sua honra como entender, não resta duvida que a prostituição não pode ser objecto de contracto, porque nullas são as obrigações que têm *causa illicita* (24)

(24) Cod. civ. franc. art. 1131.

e causa illicita é a que é contraria aos *bons costumes* e a ordem publica (25) e contraria aos bons costumes é toda a convenção immoral, como a que tiver por objecto a prostituição.

Em conclusão: o que se pôde affirmar no direito objectivo é que nullas são todas as convenções contrarias aos bons costumes e á moral, nos termos desta aurea sentença de Papi-niano: "*Quæ facta lædunt pietatem, extimationem, verecundiam nostram et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiant nec facere nos posse credendum est.*" (26)

§ 5º. — Leis imperativas e prohibitivas

Sem embargo da distincção que fizemos nos paragraphos antecedentes, leis ha que, não entendendo com o estado das pessoas, nem com os bons costumes, deixam perplexo o espirito do julgador e do interprete, por não se poder precisar se ellas são de interesse geral, ou até onde chega o interesse geral e começa o individual.

Para resolver a difficuldade, procurando Merlin descobrir na fórma que o legislador dá ao seu pensamento um traço da sua vontade, estabelece como regra, firmado no L. 5º C. *de legib.*, que

(25) Cod. civ. franc. art. 1133.

(26) L. 15 Dig. de cond inet.

“toda lei prohibitiva implica a nullidade dos actos que lhe são contrarios, sem que tenha a lei necessidade de pronunciar a nullidade.”

A constituição dos imperadores Theodosio e Valentiniano, invocada por Merlin, fixa, não ha duvida, uma regra geal e absoluta *in verbis*; “Nós queremos que todo factio, toda convenção, todo contracto celebrado entre aquelle a quem a lei prohibe de fazel-o, seja considerado como não realisado, de sorte que basta ao legislador ter prohibido o que elle não quer que se faça, para que o resto se deduza da intenção da lei, como se estivesse expressamente ordenado, isto é, para que tudo que houver sido feito contra a prohibição da lei seja não só inutil, mas considerado como não feito, posto que o legislador se houvesse limitado a prohibir, sem declarar que o fazia sob pena de nullidade.,, (27)

Nada mais positivo e mais claro do que essa constituição, que parece ter sido a fonte de

(27) “Nullum enim pactum, nullam conventionem inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibent. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus; ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat; ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur; licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est.”

nossas Ordenações, que, embora menos peremptoria e cathegoricamente, estabelecem tambem como regra— “*que aquillo que se faz contra a prohibição da lei é nullo.*” (28)

Na corrente de nossos praxistas predomina a regra de que: *quando lex aliqua prohibet simpliciter, intelligitur opponere clausulam annullativam, si contrafiat* (29).

De simples intuição é a razão philosophica do principio: As disposições prohibitivas limitam a liberdade do cidadão, supprimem n'a até; assim pois, não pode o cidadão sobrepor a sua vontade á vontade da lei. Se o podesse a lei seria uma chimerica e a sociedade o cháos.

Não é necessario nas disposições prohibitivas que o legislador diga expressamente: *prohibeo, prescrevo, não admitto, não quero, ordeno que se não faça, etc.*; basta que diga, como é commum nas leis, “taes pessoas não podem praticar taes actos”,

(28) Ords. do Liv. 1º tit 66 § 29, tit. 78 § 14; Liv. 2º tit. 45 § 38; Liv. 3º tit. 75 pr.

Tambem na lei 7 § 16 D. *de pactis*, dizia Ulpiano: “Todo o pacto, toda interpellação prohibida são nullos pelo unico effeito da prohibição — “*Et generaliter quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet. Si stipulatio sit interposita de his pro quibus pascisci non licet, servanda non est sed, omni modo rescindenda.*”

(29) Silva á Ord. do Liv. 3º tit. 24 § 35. Vide tambem *Reptorio* das Ord. vol. 1º § pag. 40; Borges Carneiro, Direito Civ. vol. 1º § 10 n. 18, Introd.; Pimenta Bueno, Apontam. sobre as formas proc. Secç. 2ª, n. 3.

ou “tal cousa não se pode fazer para que o acto”, deixe de ter autoridade legal.

Um dos maiores juriconsultos, gloria da humanidade, Dumoulin (30) assim se expressa: “A expressão — *não pode* tira todo o poder de direito e de facto; resultando disso uma necessidade precisa de se conformar com a lei e uma impossibilidade absoluta de fazer o que ella prohibe.

Negativa proposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti et inducit necessitatem precisam designans actum impossibilem.

Esta regra, entretanto, não é absoluta em nosso direito objectivo, porque casos ha em que, a despeito da prohibição da lei, o acto não é nullo, ou annullavel. Um exemplo: O Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 dispõe no art. 7º que *são prohibidos de casar-se...* § 9º — o viuvo ou a viuva que tem filhos do conjuge fallecido, emquanto não fizer inventario dos bens do casal; § 10 — a mulher viuva, ou separada do marido por nullidade, ou annullação do casamento, até dez mezes depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, salvo se depois desta ou daquella, e antes do referido prazo, tiver algum filho. Entretanto, apesar da prohibição da lei, taes casamentos não são nullos, ou annullaveis. A infracção

(30) Sobre a lei 1ª D. de *verborum obligat.*, n. 2.

da lei apenas sujeita os infractores a penas — arts. 99 e 100 do respectivo decreto.

A fórmula prohibitiva, entretanto, não é a única que envolve nullidades, ha tambem disposições de lei em fórmula imperativa, que são sancionadas com essa mesma pena, sem que o legislador a pronuncie. E por esse lado forçoso é reconhecer a procedencia da critica de Toullier (31) e de Zachariæ (32) á opinião de Merlin, quando diz que pela redacção da lei se pode conhecer o pensamento do legislador e saber quando o acto é nullo.

Laurent (33) defende a opinião de Merlin, dizendo que no fundo as disposições imperativas são disposições prohibitivas; defeza que não é accetavel, porque dispositivos ha no Cod. Nap. que contêm disposições prohibitivas e que, entretanto, não annullam o acto; *exempli gratia* — os arts. 228, 295 e 298.

Disposições de lei ha, nas quaes, depois da clausula prohibitiva, addiciona o legislador a clausula irritante da nullidade.

Porque essa redundancia? Não basta prohibir o acto para que seja elle nullo?

Segundo Merlin, (34) casos ha em que inutil

(31) *Droit civ. franc.* tom. VII n. 491.

(32) *Cours de droit civ.* tom. 1º § 36.

(33) *Principes de droit civ. franc.* n. 65.

(34) *Questions de droit, verb.* Nullité, § 1º n. 6.

é a nullidade pronunciada depois da prohibição, exprimindo ella uma especie de pleonasmio no intuito de imprimir o legislador mais força ao seu pensamento; não se devendo, porém, inferir do facto de accrescentar, ás vezes, a lei uma clausula superrogatoria, que sem ella a prohibição não importa nullidade.

Sem embargo da autoridade dos nossos reïncolas, citados á nota 27, achamos mais correcta esta redacção de Laurent (35): “A fórma prohibitiva denuncia *em geral* a intenção da lei de annullar o acto contrario á sua prohibição”, ou esta, de Pimenta Bueno (36): “A violação das leis prohibitivas, *em regra*, produz a proscricção e inutilidade do acto.”

E achamos mais correctas essas redacções, resalvadas com as expressões *em geral* e *em regra*, porque a prohibição da lei não importa annullação, quando entram em jogo interesses puramente privados. Varios são os casos, como o da representação do menor impubere em juizo sem auctorisação de seu tutor ou curador, ou da mulher casada sem outhorga do marido, em que a lei, prohibindo, não annulla o acto, porque permite ás partes ratificá-lo.

Dessas hypotheses trataremos adiante, em pa-

(35) Obra cit. vol. 1º n. 66.

(36) Apontament. cit. secç. 2ª n. 3.

ragraphos especiaes, quando nos occuparmos das nullidades absolutas e relativas.

No fundo todas as leis são imperativas; isto quer dizer, todas as leis encerram prescripções no interesse geral ou privado dos individuos, e como tal devem ser respeitadas e cumpridas; mas, nem sempre a violação das leis imperativas importa nullidade do acto, como no casamento, em que a nullidade d'elle só é reservada para casos especiaes e extremos.

Qual deverá ser, então, o procedimento do juiz? Deverá elle limitar-se a só decretar a nullidade do acto, quando a lei imperativa fulminal-a, ou encerrar a clausula irritante da nullidade? Já vimos que não em relação ás leis de interesse geral, e o que destas dissemos quanto ao dever do juiz e do interprete — de fazerem as distincções que o legislador devia ter feito, — applicam-se as leis imperativas. Dessa distincção nasceu o principio, universalmente acceito e consagrado pelo Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, das formalidades essenciaes ou substanciaes e formalidades accidentaes ou relativas; entendendo-se por aquellas as que constituirem a substancia do acto e sem as quaes elle não pode legalmente existir, e por estas as que, posto decretadas por lei, não são indispensaveis para que o acto seja valido.

Dessa distincção de nullidades, *substanciaes* ou absolutas e *accidentaes* ou relativas, decorrem estas

duas regras muito importantes: 1^a, que as leis constitutivas das fórmulas ou condições essenciaes dos actos por ella instituidos ou regulados devem ser religiosamente observadas (37); 2^a, que a inobservancia das fórmulas legais, quando não substanciaes, em regra não produz a nullidade. (38)

(37) Nas Ords. do Liv. 1^o tit. 58 § 17, tit. 66 § 29; Liv. 3^o tit. 20 §§ 25 e 36, tit. 50 princ. e Liv. 4^o tit. 40 encontra-se o seguinte principio: "Nullo é o acto quando se não guarda a fórmula que a lei mandou guardar. O Alv. de 19 de Janeiro de 1756 dispõe que "deve ser invariavel o modo e a fórmula que a lei prescreve".

(38) Corrêa Telles, Dig. Port., tomo 1^o tit. 3^o § 32.

CAPITULO II

DISTINCÇÃO DAS NULLIDADES

§ 1º — Noção, definição e divisão das nullidades

Nullidade é a preterição de qualquer solemnidade essencial a fôrma interna ou externa do acto juridico. (39)

A nullidade dos actos juridicos só pode ser pronunciada ; 1º, quando a lei expressamente a declara ; 2º, quando fôr preterida alguma solemnidade substancial para a existencia do acto e fim da lei. (40)

(39) "Ce mot (nullité) désigne à la fois et l'état d'un acte qui est nul et connue non avenu et le vice que empêche cet acte de produire son effet. ", Merlin, *Repert. de jurispr.* tom. 11 pag. 642. A falta das formalidades externas não annullam o acto senão quando a lei o determina—Ass. de 23 de Julho de 1811, n. 325.

(40) Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 682.

Foi Daniel, grande jurisconsulto e substituto do procurador geral junto á Côrte de Cassação, que em 1807 levantou o principio das solemnidades substanciaes. Tratava-se das formalidades prescriptas pelo art. 2148 do codigo para as inscrições hypothecarias, e Daniel estabeleceu como principio que, sendo a publicidade um dos elementos essenciaes do regimen hypothecario, a inscrição era *formalidade substancial*, e que, portanto, a sua falta induzia a nullidade da hypotheca. Que era, porém, preciso não collocar na mesma linha todas as formalidades, porque

Esta expressão da 1ª parte do art. 682 do Reg. n. 737 — *quando a lei expressamente a declara* — não quer dizer que só ha nullidade *quando a lei* usa de expressões terminantes e positivas, como estas: — *o acto tal é nullo, prohibo, não admitto*, etc.

Basta que a lei diga: tal pessoa não pode praticar tal acto; tal cousa não pode se fazer. As palavras *não pode* tiram todo o poder de direito e de facto. (41)

A's vezes a lei não se serve da fôrma prohibitiva, mas da imperativa, que do mesmo modo envolve nullidade, porque as disposições imperativas são no fundo disposições prohibitivas. (42)

As nullidades se dividem em nullidades de pleno direito (43) e nullidades dependentes de

algumas havia que eram accidentaes, que não feriam *o interesse da lei*, taes como a omissão [dos pronomes ou da profissão do devedor. A Côte de Cassação, acceitando o principio, consagrou-o no aresto, que ficou celebre, de 22 de]Abril de 1807: “As formalidades que entendem com a substancia dos actos são de rigor e mesmo no silencio da lei, devem ser observadas, sôb pena de nullidade”. Vide Merlin, verb. “Hypothèque”, secç. 2ª § 2, art. 10, n. 30 — verb. “Inscription Hypothécaire”, § 5 n. 8.

(41) Esta lição é de um dos maiores nomes que a jurisprudencia conhece, Dumoulin, sobre a lei 1 — *de verb. obligationibus*.

(42) Laurent. *Principes de droit civ. franc.* vol. 1º pag. 100.

(43) E' do direlto francez a expressão — nullidade de pleno direito. — No art. 502 do Cod. Civ., tratando dos actos praticados pelo interdicto, emprega o legislador a expressão — *nuls de droit*; — no art. 28 da Lei de 21 de Março de 1831 encontra-se a expressão — *nulle de pleine droit* —. Tambem é do direito fran-

rescisão. (44) A nullidade dos contractos será arguida e terá logar nos termos declarados nos arts. 682 a 694 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 (45).

vez antigo a distincção das nullidades em absolutas e relativas, como attesta Bouhier. 1 — *Observations sur la Coutume de Bourgogne, chap. 19, ns. 12 e 13*. Os romanos usavam a expressão —*nullum ipso jure, inutile*— para designar os actos que não tinham existencia juridica, e a expressão —*negotium rescinditur*— para designar as nullidades dependentes de rescisão. O Cod. do Proc. Civ. Port. usa, muito precisa e correctamente, da expressão —*nullidades supprimiveis e insupprimiveis*.

As ordenações e tambem o Cod. civ. francez empregam indistinctamente a palavra —*nullo*,— quer o acto seja *nullo ipso jure*, quer a nullidade dependa de rescisão. No intuito de distinguir os actos *nullos ipso jure* dos que o são mediante rescisão, Teixeira de Freitas, seguindo a lição dos escriptores francezes, emprega na ultima edição da “*Consol. das leis civis*”, a palavra —*nullo*— para os primeiros e —*annullaveis* para os segundos.

Alguns escriptores francezes usam, com muita precisão, das palavras *existents* e *inexistents*, designando a primeira as nullidades dependentes de rescisão, e a segunda os actos *nullos ipso jure*.

Não tem o codigo francez termo tecnico para distinguir os actos que não têm existencia legal daquelles que são simplesmente annullaveis. Um exemplo: no art. 1601 emprega elle a palavra *nullo* para designar o contracto de venda, que recahe sobre coisa que desaparece, por ter perecido—nullidade de pleno direito, porque o contracto não tem existencia perante a lei; e no art. 1599 emprega a mesma palavra *nullo* para o contracto de venda da coisa alheia—nullidade dependente de rescisão.

(44) Reg. n. 737, art. 683; Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 63.

(45) O art. 63 do Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886 manda applicar aos contractos civis os artigos supra citados do Reg. n. 737.

§ 2º—Nullidades de pleno direito

São nullidades *de pleno direito* :

1º Aquellas que a lei formalmente pronuncia em razão da manifesta preterição de solemnidades,

Dispõe aquelle decreto de 1886 no § 1º do art. 59 que “entre os requisitos que determinam as nullidades, comprehende-se a preterição de alguma formula que a lei exige sob pena de nullidade”.

Esta redacção é compromettedora das luzes do legislador brasileiro, porque ninguem comprehende o que seja *requisito de nullidades*, comprehende-se o que seja requisito para validade do acto juridico, porque comprehende-se que o acto só é valido, só produz effeito legal quando feito de accôrdo com as disposições de lei constitutivas das suas formulas, ou condições essenciaes, pela razão de não poder ser alterado o modo e a fórma que a lei prescreve.—Alv. de 19 de Janeiro de 1756.—*La forme importe le fond*, dizem os juriconsultos francezes.

A preterição de alguma formula que a lei exige sob pena de nullidade não é um *requisito*, é a propria nullidade na sua essencia e na sua substancia, principio que não carecia ser declarado no Dec. de 23 de Janeiro de 1886, não só porque nas Ords. do Liv. 1º tit. 58, § 17, tit. 66 § 29, Liv. 3, tit. 20 §§ 25 e 36; tit. 59 pr.; e Liv. 4º tit. 40 pr. se encontra que “nullo é o acto quando se não guarda a fórma que a lei mandou guardar”, principio repetido no Alv. de 19 de Janeiro de 1756, como porque, mandando o Dec. de 23 de Janeiro observar no processo civil as prescripções do tit. 2º da 3ª parte do Reg. n. 737, encontra-se, no art. 972, § 3º, a seguinte disposição:—nullo é o acto em que preteriu-se alguma fórma que o Codigo exige com pena de nullidade.

Esta redacção, sim, é precisa e é correcta. Quanto inferior ao legislador de 1850 é o de 1886!!

Isto prova o nosso *adiantamento* na confecção das leis.

visível pelo mesmo instrumento ou por prova litteral (46).

2º Aquellas que, posto não expressas na lei, se subentendem, por ser a solemnidade que se preteriu substancial para a existencia do contracto e fim da lei, como se o instrumento é feito por official publico incompetente; sem data e designação do logar; sem subscripção das partes e testemunhas; não sendo lido ás partes antes de assignado. (47)

(46) Como nos casos dos arts. 129, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º; 677, §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 7º e 8º; 556, 827 e 828 do Cod. Com.—Reg. n. 737, art. 684, § 1º

(47) Reg. n. 737, art. 684, § 2º

QUESTÃO.—Uma escriptura de hypotheca, envolvendo vicio visível pelo proprio instrumento, como qualquer dos enumerados no § 2º do art. 684 do Reg. n. 717, tem caracter juridico, tem existencia legal e produz todos os seus effeitos emquanto não fôr annullada ou rescindida por acção ordinaria, na fórma do § 6º n. 5 do art. 240 do Reg. Hyp. n. 3453 de 26 de Abril de 1865?

Sobre as escripturas celebradas depois da lei n. 3272 de 5 de Outubro de 1885 e Reg. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886 a questão não offerece duvida á vista do que dispõe aquella lei no art. 5 e o Reg. no art. 78 § 1; a respeito, porém, das escripturas anteriormente celebradas, o § 6º n. 5 do art. 240 do Reg. Hyp., dispondo que a escriptura publica de hypotheca, emquanto não fôr annullada por acção ordinaria, produzirá todos os seus effeitos, oppõe-se á decretação de nullidades visiveis do proprio instrumento, na fórma do art. 684, §§ 1º e 2º do Reg. n. 737.

Máo grado o modo de julgar de alguns juizes e tribunaes, é fóra de duvida que uma escriptura que soffre de taes vicios perde o seu caracter juridico, não tem existencia legal e o juiz não póde acceital-a.

O § 6º do art. 240 do Reg. Hyp. não póde deixar de referir-se ás nullidades dependentes de acção rescisoria, e não ás nullida-

des *de pleno direito*, as quaes, verificadas em uma escriptura de hypotheca, não só invalidam o instrumento, como podem ser invocadas em concurso de credores por qualquer chyrographario; assim como tambem póde o chyrographario arguir as nullidades das inscrições, visiveis pela propria escriptura, ou provadas por certidão do registro, como si na inscrição não veni declarado o nome e a situação do immovel e quantia determinada.

Esta é a doutrina que convencidamente sustentamos desde 1879 (no termo de Juiz de Fóra), contra a opinião do juiz de direito e do Tribunal da Relação de Ouro Preto, que se prendiam materialmente á letra do art. 240 do Reg. Hyp.; opinião que defendemos então com a autoridade de Lafayette, *Direito das cousas*, not. ao § 269, 2º vol.

OUTRA QUESTÃO.—F. nullo o testamento, si o tabellião deixar de declarar no instrumento de approvação os nomes de todas as testemunhas perante as quaes foi lavrado o auto, si não declarar que todas ellas estiveram presentes, e que o instrumento de approvação foi lido ao testador e ás testemunhas?

Pegas, Pinheiro, Cordeiro e outros sectarios supersticiosos do direito romano introduziram a doutrina de que o cumprimento das formalidades da approvação do testamento podia ser comprovado por duas testemunhas, como faziam os romanos e nos ensina Makeldey, § 666.

Entre nós tem-se sustentado essa doutrina, procurando-se amparal-a nas seguintes palavras do Ass. de 10 de Junho de 1817: —“Uma vez que o tabellião porte por fé no instrumento da approvação que, perante as testemunhas presentes e declaradas foram satisfeitos todos os requisitos da lei”: Tem-se tido mesmo o arrojo de avançar que o Ass. revogou a Ord. do liv. 4º tit. 80 § 1º, quando o que fez o Ass. foi resolver as duvidas que a pratica havia suggerido, firmando a verdadeira intelligencia da Ord.; nem outra cousa foi a faculdade concedida á Casa de Supplicação pela lei de 18 de Agosto de 1767.

Os que sustentam tal doutrina omittem estas palavras do Ass.—*especificando-os* (requisitos) *elle mesmo* (tabellião) *no instrumento*—, logo é indispensavel, sob a pena de nullidade comminada pela cit. Ord. do liv. 4º tit. 80, que o tabellião no instrumento

especifique todos os requisitos exigidos pela lei, e a omissão do um delles importa nullidade. Nada temos que ver com o direito romano, porque o modo de solemnizar o testamento *cerrado* foi introduzido em nosso direito na idade média e differe muito do testamento *privado* dos romanos, que consistia em fazer o testador diante de sete testemunhas a declaração de que o papel, que lhes apresentava, continha a sua ultima vontade; em acto continuo cada testemunha subscrevia o envolucro e authenticava a sua assignatura com um sello (*annullo*).

O testamento é acto solemnissimo; não basta para constituir-o a prova da vontade do testador; é indispensavel que a vontade revista a forma legal, estatuida pela Ord. do liv. 4.º tit. 8o.

As leis de todos os povos cultos cercam a celebração do testamento de solemnidades rigorosas no intuito de garantir a verdade do acto.

Em favor desta doutrina citaremos a autoridade de Merlin, Repert. verb. Test. secção 2.ª art. IV, nas seguintes palavras: "Toutes les fois qu'une mention requise par la loi est omise, le testament doit être annullé sans examen ulterieur, parce que la loi, en exigeant cette mention dans le testament même necessairement proscrie toute autre manière de prouver la formalité non mentionnée." O art. 69o do Reg. n. 737 dispõe: "A forma que a lei exige para qualquer acto presume-se não observada e preenchida, si do mesmo acto não consta ter sido observada, ainda que por outro modo isto se prove."

Os que argumentam com o silencio do Ass. esquecem que, não especificando elle como solemnidade do testamento a data, o logar em que foi lavrado o auto, o signal publico do tabellião que o lavrou, devem taes solemnidades ser tambem dispensadas, o que é absurdo.

Embora uma lei especial não expresse as nullidades substanciaes para a existencia do acto e fim da lei, ellas se subentendem.

A falta de leitura do auto de approvação ás testemunhas e ao testador é nullidade substancial.— Cod. Civ. Port., arts. 2922, n. 7 § 1.º, e 1925.

Tambem se deve contar nesta classe a omissão no instrumento de que as testemunhas conhecem as partes contractantes, quando o tabellião não as conhece. (48)

As nullidades de pleno direito ou nascem da violação das leis prohibitivas, (49) promulgadas no interesse da ordem publica, porque aquillo que se faz contra a prohibição da lei é nullo, ainda que não esteja expressamente declarada a clausula annullatoria (50); ou nascem da violação das leis

(48) Ord. do liv. 1º tit. 78 § 6; Accs. da Rel. da Côrte de 16 de Dezembro de 1868 e de 5 de Dezembro de 1872 (*Dir.* vol. 3º pag. 12).

(49) Leis ha, porém, que, prohibindo certos actos, os deixam expressamente subsistir depois que elles são feitos. Ulpiano as qualifica, por esta razão, de leis imperfeitas — “Imperfecta lex est veluto Cincia quæ supra donari prohibet, exceptio quibusdam cognato, et se plus donatum sit, non rescindit”. D’ahi o axioma — “multa prohibentur in jure fieri quæ tamen facta tenent”. O direito romano nos apresenta varios casos na lei 1ª § 3º D. *Quandum appellandum sit*; na lei Cincia, tit. 1º § 2º; na lei 1ª § 3º de *appellationibus*; e outros muitos casos se verificam nas leis canonicas. Merlin, Repert. vol. II, pag. 643.

(50) “Est omnino nullus omnis actus qui operatur contra prohibitionem legis, etiam si ipsa lex non annullat” — Repert. das Ords. vol. 3º, pag. 722, nota.

“Quando lex aliquid prohibet simpliciter intelligitur oponere clausulam annullativum:” — Silva á Ord. liv. 3º tit. 24 § 35.

“Ut quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro nfectis etiam habeantur, licet legislator prohibeat tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est” — L. 5 C. de *Legibus*. Toullier, tom. 7 n. 482 e t. 12, n. 37, combate como um erro grave o principio deduzido da lei citada; Merlin o sustenta (*Quest. de Droit*, v. 5 pag. 658)

constitutivas das formulas ou condições essenciaes aos actos que ellas instituem.

A vontade das partes é impotente por qualquer modo que se manifeste para revalidar os actos inquinados de semelhantes nullidades (51), porque o que é instituido no interesse geral, interesse da ordem publica, não póde ser alterado pela vontade das partes. (52)

§ 3º.—Nullidades dependentes de rescisão

A nullidade dependente da rescisão dá-se quando no contracto, valido em apparencia, ha preterição de solemnidades intrinsecas, e taes são : 1º, os contractos que, segundo os arts. 678 e 828 do Cod. Com., são annullaveis ; 2º, os contractos em

(51) Um exemplo tirado da jurisprudencia franceza consagra os mesmos principios : A. Cort e de Donai, em um aresto de que faz menção Rogron no commentario ao art. 1338 do Cod. Nap. declarou nullo um contracto ao qual faltava a assignatura de uma das partes contractantes, depois de ratificado—pelo principio de que a ratificação não podia dar força a um acto viciado de nullidade substancial. (Vide § 3º *in fine*.)

(52) Ord. do liv. 1º tit. 58, § 17 ; tit. 66 § 29 ; liv. 3º tit. 20, §§ 25 e 36.

Quando a lei foi estatuida no interesse da ordem publica o que se faz contra ella não póde ter nenhum valor, é o nada.

“ Si contra fit, nihil est quod fit.” D’Argentré, sur l’art. 283, *Coutume de Bretagne*, pag. 1230.

que intervem dolo, simulação, fraude, violencia, erro—(arts. 129 § 4.º 220 e 677 do Cod. Com. (53)

A nullidade dependente de rescisão pôde ser ratificada. (54)

A ratificação tem effeito retroactivo; salva a convenção das partes e o prejuizo de terceiro. (55)

As nullidades dependentes de rescisão, resultando da violação das leis que não têm por fim estabelecer normas fixas, preccitos absolutos e inalteraveis, mas unicamente determinar os mais preferiveis e melhores de que podem usar as partes na defeza de seus direitos, e, por isso, chamadas *nullidades no interesse das partes*, para distinguir das que provêm de inobservancia das leis, que têm por fim resguardar a ordem e interesse publico, e que são chamadas *nullidades no interesse da lei*, são nullidades suppriveis, e a vontade das partes pôde revalidal-as— *Cuique licet renunciare jure in favorem suum introducto*.

O consentimento das partes faz licito o acto que, aliás, em seu beneficio, não seria permittido. (56)

(53) Reg. n. 737, art. 685.

(54) Reg. cit. art. 688.

(55) Reg. cit. art. 688.

(56) Pimenta Bueno, *Apont. sobre as formalidades do processo civil*, sec. 3ª — O art. 1338, 2ª parte, do Cod. civil franc. assim dispõe: “La confirmation, ratification ou execution volontaire, dans les formes et a l'epoque déterminées par la loi importe la

O consentimento das partes, sendo precisa a ratificação para sanar qualquer nullidade, deve ser expresso por termo nos autos, nos casos em que a ratificação é indispensavel. (57)

Quando a parte em favor da qual a lei instituiu um favor, um direito, é delle preterida sem reclamar em tempo opportuno, como no caso de ser assignado um prazo de cinco dias a quem tinha direito a uma dilação de vinte dias e nada reclamou, não pediu reforma em tempo e antes deixou se lançar, presume-se ter dado consentimento tacito: *Taciturnus in judicio consensus inducit.* (58)

renonciation aux moyens et exception que l'on pouvais opposer contre cet act, sans prejudice neanmoins du droit des tiers."

Vide notas 14 e 28. E' preciso que o acto não seja originariamente nullo.

QUESTÃO.—As ratificações successivas obtidas dolosamente revalidam o acto fraudulento? Pela negativa responde um aresto da Côte de Cassação.—Daloz 1, 457; Rogron not. ao art. 1338.

(57) Art. 59 § 2º do dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886. "Entre as nullidades que podem ser ratificadas, dispõe o art. 60 do Dec. cit. de 23 de Janeiro de 1886, não se comprehende a que resulta da presença do menor impubere em juizo sem assistencia de seu tutor." Disposição inutil porque a nullidade proveniente da presença do menor impubere em juizo sem assistencia do tutor é nullidade insanavel, pertence ao numero daquellas que não podem ser ratificadas—Ord. do Liv. 3º, tit. 41, §§ 2º, 5º e 8º tit. 63 § 5º, e tit. 29 § 1º Para os effeitos juridicos o impubere é comparado ao interdicto e, portanto, todos os actos por elle praticados sem assistencia do tutor são nulos *ipso jure*.

(58) Moraes, de Execut.—Ord. do liv. 3º tit. 18 § 2º e 12.

A vontade das partes faz cessar a disposição da lei, quando esta assim o permite. (59)

Verificada a renuncia expressa ou tacita de um direito creado em favor da parte, não é permittido reprovar depois o que antes foi approvedo, porque *regresso não se dá a quem tem renunciado o seu direito*. (60)

A nullidade dependente de rescisão só póde ser allegada com a prova de prejuizo. (61)

Quando a ratificação das partes por termos autos versar sobre acto originariamente nullo, ou affectado de vicio permanente, ella é impotente para sanal-o, porque neste caso o mesmo vicio se communica ao acto da ratificação,— *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. (62)

(59) Ord. do Liv. 4º, tit. 31 § 9; tit. 38 § ult.; e tit. 100 § 3º; Borges Cordeiro, vol. 1º Introd. § 10, n. 21, assim se expressa: “Si a lei é estabelecida em favor de alguma pessoa e esta não oppõe a nullidade regularmente, o acto subsiste.” Pimenta Bueno, obr. cit. sec. 4ª

(60) Ord. do Liv. 3º tit. 37 § 3º, ou como se expressam as Ords. do Liv. 3º tit. 31. § ultimo; tit. 33, § 3º tit. 55 § ultimo; tit. 70 pr.; Liv. 4º tit. 17 § 1º e tit. 51 § 4º: — “O que uma vez se approva não se deve depois reprovar.”

(61) Art. 687 *in fine* do cit. Reg. n. 737.

(62) Dig. de Reg. juris L. 29 Tullier—*Droit civ.* VII 561 e VIII 515.—*Zacharie, Droit civ.* II pag. 453. Vide a nota 13 á jurisprudencia franceza.

§ 4.º — Efeitos da distincção

1.º Os contractos nos quaes se dão as nullidades de pleno direito consideram-se nullos e não têm valor sendo produzidos para qualquer effeito juridico ou judicial; os contractos, porém, em que intervêm nullidades dependentes de acção, consideram-se annullaveis e produzem todo seu effeito enquanto não são annullados pela acção de rescisão. (63)

2.º A nullidade de pleno direito não póde ser relevada pelo juiz, que a deve pronunciar, se ella consta do instrumento ou de prova litteral; (64) mas a nullidade dependente de rescisão carece da

(63) Art. 686 do Reg. n. 737 e seus paragraphos.

(64) QUESTÃO:— Não constando da escriptura de venda de bens de raiz o conhecimento de siza, imposto de transmissão de propriedade (lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, art. 19) é o instrumento nullo e deve tal nullidade ser articulada pela parte ou seus herdeiros, ou deve se ella pelo juiz declarada *ex-officio*?— Moraes Carvalho (*Praxe Forense*, nota 266 ao § 158) pensa que tal nullidade, sendo visivel do proprio instrumento, é nullidade de pleno direito, que não carece ser disputada por acção ou reconvenção e deve ser *ex-officio* decretada. Muitos são os julgados dos tribunaes, fulminando de nullidade *ex-vi* da Ord. do Liv. 1.º tit. 78 § 14 e Alv. de 3 de Junho de 1809, § 8, os contractos de compra e venda de bens de raiz, dos quaes não consta o pagamento da siza ou imposto de transmissão de propriedade—Accs. do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 1873 e 16 de Novembro de 1881 (*Direito*, vol. 1.º pag. 41 e vol. 27 pag. 142) Teixeira de Freitas (*Cons. das leis civis*, not. 114 ao art. 590) é de opinião que, não obstante os Regs.

ns. 1355 de 17 de Abril de 1869 e 5581 de 31 de Março de 1874 guardarem silencio sobre a nullidade fulminada pela Ord. e Alv. citt., tal sanção annullatoria continúa com extensão a todos os casos de transmissão de immoveis por actos equivalentes á compra e venda. Entretanto, dous julgados, um da Relação da Bahia (accordão revisor) de 4 de Junho de 1882 (*Direito*, vol. 29 pag. 236) e outro da Relação de Ouro Preto de 23 de Outubro de 1883. *Direito*, vol. 33, pag. 63) firmaram a sã doutrina de que a Ord. do liv. 1º tit. 78 § 14 e Alv. de 3 de Junho de 1809 devem ser considerados revogados pelo Dec. n. 5581 de 31 de Março de 1874, expedido em execução do art. 11 § 11 da Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873, que, sujeitando nos arts. 41 e 42 o tabellião que lavra o instrumento, sem ter sido pago o imposto, á multa de 25\$000 a 50\$000, além da responsabilidade criminal, e os contractantes á multa de 10 a 30 % do valor dos bens, não comminou ao contracto a pena de nullidade.

Pensamos tambem que o legislador brasileiro não quiz impôr a pena de nullidade aos contractos de compra e venda, dos quaes não consta o pagamento da siza, e substituiu esta pena pela multa de 30 % do valor dos bens, não sendo possivel admitir-se duas penas para a mesma omissão criminosa.

“Depois da publicação do art. 12 da lei de 26 de Setembro de 1864, é da competencia da autoridade administrativa fiscal impôr as penas comminadas no citado artigo pela sonegação da siza e não as do Alvará. Confirmou-se (arts. 26 e 34 a 37) a competencia exclusiva da autoridade administrativa para decidir questões relativas ao imposto, processo privativo della, com seus recursos proprios, devendo, portanto, as autoridades judicarias abster-se de proferir decisão sobre taes questões.” São palavras de Perdigão Malheiros—Observações sobre o Dec. de 31 de Março de 1874, publicadas na *Gazeta Juridica* de Junho do mesmo anno.

Contra a opinião de muitos pensamos que a falta de pagamento do imposto de transmissão de propriedade não constitue nullidade que não possa ser arguida em acção ou defeza pela parte contractante ou seus herdeiros, e muito menos nullidades *ipso jure* ou de pleno direito.

apreciação do juiz á vista das provas e circumstancias. (65)

A nullidade de pleno direito póde ser allegada ou pronunciada por meio de acção ou defeza; mas a nullidade dependente de rescisão deve ser pronunciada por meio da acção competente.

Quando a nullidade dependente de rescisão é opposta em defeza, a sentença não annulla absolutamente o contracto; mas somente deve referir-se ao objecto de que se trata.

A nullidade de pleno direito póde ser allegada por todos aquelles que provarem o interesse na sua declaração; mas a nullidade dependente de rescisão só póde ser opposta por acção competente pelas partes contractantes, successores e subrogados, ou pelos credores, no caso do art. 828 do Cod. Comm.

A nullidade de pleno direito póde ser allegada em qualquer tempo e instancia; a nullidade dependente de rescisão deve ser reclamada em tempo, e por isso mesmo desattendida, quando coberta pelo consentimento expresso ou tacito da parte. (66)

(65) Sobre os effeitos da *nullidade* e sobre o sentido em que deve ser tomada a expressão *nullidade de pleno direito*, é digno de leitura o que escreveu Laurent, *Principes du Droit Civil Franc.*, tomo 1º n. 69.

(66) Entre varias questões que suscita Rogron, nota ao art. 1338 do Cod. Civ. Franc., reproduzimos estas duas: — 1º, Quando o acto de ratificação apenas faz menção de uma

Todavia, a nullidade dependente de rescisão pôde ser opposta em defeza sem dependencia de acção directa rescisora—1º pelas partes contractantes, successores e subrogados; 2º pelo terceiro na parte em que é prejudicado e só relativamente a elle; 3º pelo exequente na execução e pelos credores no concurso de preferencia para impedirem o effeito de contractos simulados, fraudulentos e celebrados em fraude de execução.

Só as nullidades de pleno direito e absolutas podem ser pronunciadas *ex-officio*. (67)

§ 5.º — Nullidades absolutas e nullidades relativas (68)

As nullidades tambem se dividem em nullidades *absolutas* e nullidades *relativas*.

das causas de rescisão que viciaram a obrigação, é o acto rescindível pelas outras causas?—2º, A ratificação dada pelo marido á obrigação contrahida pela mulher sem autorisação sua expressa dá logar á acção de terceiro para obrigar a mulher a cumprir a obrigação? Um julgado da Côte de Limoges respondeu pela affirmativa á primeira questão, e um julgado da Côte de Paris respondeu pela negativa á segunda questão, dando á mulher o direito de oppôr, nos termos do art. 225 do Cod., a nullidade da obrigação contrahida sem ter a ella precedido autorisação expressa e escripta do marido.

(67) Reg. n.º 737, art. 689.

(68) Esta distincção do art. 687 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 é do antigo direito franc., como attesta Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 19, ns. 12 e 13.

As nullidades absolutas podem ser propostas ou allegadas por todos aquelles a quem interessam ou prejudicam, como se determina a respeito das nullidades *de pleno direito*.

As nullidades relativas, fundadas na preterição de solemnidades estabelecidas em favor de certas pessoas, como : a mulher casada, menores, presos, réos e outros, só podem ser allegadas e propostas por essas pessoas, ou por seus herdeiros, salvos os casos expressos em lei. (69)

A nullidade relativa, sendo de pleno direito, não será pronunciada, provando-se que o contracto converteu-se em manifesta utilidade da pessoa a quem a mesma utilidade respeita. (70)

A ratificação das partes, nos casos em que é indispensavel para sanar qualquer nullidade, deve sempre ser expressa por termo nos autos. (71)

As nullidades relativas só podem ser allegadas com a prova de prejuizo, e só ellas podem ser ratificadas, tendo a ratificação effeito retroactivo, salva a convenção das partes e o prejuizo de terceiro. (72)

Só podem ser pronunciadas *ex-officio* as nullidades absolutas. (73)

(69) Reg. n. 737, art. 687.

(70) Reg. n. 737, art. 687.

(71) Reg. n. 73 art. 688.

(72) Decr. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 59, § 2.

(73) Reg. n. 737, art. 689.

A fórma que a lei exige para qualquer acto, presume se não observada e preenchida, se do mesmo acto não constar ter sido observada, ainda que por outro modo isto se prove.—*Forma dat esse rei*; ou como dizem os francezes :— *La forme emporte le fond.* (74)

Fundamental como é a distincção entre nullidades absolutas e relativas, distincção perfeitamente caracterisada na theoria, não deixa ella de offerecer na pratica algumas dubiedades, e o unico meio de differençal-as é reconhecer e determinar o que nellas é essencial ou não; ou, por outra, o que é de interesse publico e o que respeita e attende sómente ao interesse privado, para o que chamamos a attenção para a seguinte nota. (75)

(74) Reg. cit., art. 690.

(75) Reproduzimos, por serem satisfactorias e completas, as considerações que faz Dunod (citado por Merlin), *Traité des prescriptions*, part. 1, chap. 8, distinguindo as nullidades absolutas das relativas.

Em relação ás primeiras, diz elle:

“La prohibition est censée faite par rapport à l'interêt public lorsque son première et principal object est le bien de la société, la conservation des choses et des droits qui appartiennent au public et qu'elle statue sur ce qui concerne les bonnes mœurs, ou qui est hors du commerce par le droit naturel, des gens, ou civil.

“Telles sont les dispositions des lois au sujet des actes qui emportent quelque délit ou quelque turpitude, de ceux que ne produisent pas même une obligation naturelle, ou qui contiennent l'alienation, de ce dont le commerce est interdit par une cause publique et perpetuelle comme sont les choses sacrées et le domaine public. La nullité qui resulte de la prohibition en ce

cas, est absolue, parce que la loi resiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend, elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni confirmé ni autorisé, et que ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception.

“ Cette nullité peut être objectée non seulement par la partie publique, mais encore par toutes sortes de personnes, sans qu'on puisse leur opposer qu'elles se prévalent du droit d'un tiers ; et le juge peut y pendre égard d'office, quand personne ne la proposerait.”

Sobre as nullidades relativas diz elle :

“ Quoique la fin de la loi soit toujours l'intérêt du public et de la société, la vue de cet intérêt est souvent éloignée, et la loi considère alors en premier lieu, dans sa prohibition et dans les nullités qu'elle prononce, l'intérêt des particuliers : “ *primario specta utilitatem privatam, et secundario publicam.*” Ce sont les particuliers qui profitent de sa disposition ; et sa prohibition, en ce cas, produit une nullité qu'on appelle respectueuse, parce que cette nullité n'est censé intéresser que celui en faveur de que elle est prononcée ; c'est pourquoi il peut seul s'en prévaloir et la proposer, et si d'autres le faisaient, ou leur opposerait avec raison qu'ils se fondent sur le droit d'autrui.

“ Telles sont les défenses d'aliéner les fonds dotaux et les biens de mineurs de contracter sans l'autorité du père, du curateur, du mari et autres semblables ; elles concernent principalement l'intérêt des particuliers ; elles n'annulent pas pleinement et simplement les actes qui sont faits au contraire : ces actes subsistent à l'égard des tiers ; ils ne sont déclarés nuls que quand les personnes que la loi a voulu favoriser le demandant, ils peuvent être confirmés ; les tiers s'obligent valablement pour leur exécution, comme celui, par exemple, qui a cautionné pour la vente du bien d'un mineur, et le mari qui a vendu le fonds dotal de sa femme, sont tenus à la garantie.

“ La loi ne resiste pas expressément et toujours à ces sortes d'actes comme dans les cas aux quels elle produit une nullité absolue ; elle se contente de ne les pas avouer et autoriser à l'égard de certains personnes.”

§ 6º — Nullidades absolutas do casamento (*)

E' nullo e não produz effeito em relação aos contrahentes, nem em relação aos filhos o casamento:

a) Dos ascendentes com os descendentes, por parentesco legitimo, civil ou natural ou por affinidade, e os parentes collateraes, paternos ou maternos, dentro do segundo gráo civil.

b) Das pessoas que estiverem ligadas por outro casamento, ainda não dissolvido.

c) Do conjuge adultero com seu co-réo condemnado como tal.

d) Do conjuge condemnado como autor ou cumplice de homicidio, ou tentativa de homicidio contra o seu consorte, com a pessoa que tenha perpetrado o crime, ou directamente concorrido para elle.

A affinidade illicita só se póde provar por confissão espontanea feita por algum ascendente da pessoa impedida, e, quando ella quizer dar-lhe outro effeito, poderá fazel-o em segredo de justiça por termo lavrado pelo official perante duas testemunhas e em presença do juiz, que no caso de recurso procederá de accôrdo com o § 5º da lei de 6 de Outubro de 1784, na parte que lhe fôr applicavel.

(*) Este capitulo é extrahido do decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, arts. 61, combinado com os §§ 1 a 4 do art. 7 e arts. 74 á 79.

A filiação natural paterna póde provar-se, ou por confissão espontanea, ou pelo reconhecimento do filho feito em escriptura de notas, ou do acto do nascimento, ou em outro documento authenticico offerecido pelo pai. (76)

A declaração da nullidade nos casos acima especificados póde ser pedida por qualquer pessoa que tenha interesse nella, ou *ex-officio* pelo órgão do ministerio publico.

A nullidade do casamento não póde ser pedida *ex-officio* depois da morte de um dos conjuges.

Quando o casamento nullo (ou annullavel) tiver sido contrahido de boa fé, produzirá os seus effeitos civis, quer em relação aos conjuges, quer em relação aos filhos, ainda que estes fossem havidos antes do mesmo casamento. Todavia, se só um dos conjuges o tiver contrahido de boa fé, o casamento só produzirá effeito em favor delle e dos filhos.

A declaração de nullidade do casamento será pedida por acção summaria.

As causas de nullidade do casamento serão precedidas de uma petição do autor, documentada quanto baste para qualificar a separação dos conjuges, que o juiz concederá com a possivel brevidade.

(76) Mais ampla, mais livre e mais consentanea com a civilização é essa parte do § 1º do art. 7 do Decr. citado do que a lei de 1847, que limitava a prova da filiação natural paterna á escriptura publica e ao testamento.

Concedida a separação, poderá a mulher pedir alimentos provisionaes, que lhe serão arbitrados, na fórma do direito commum.

Quando o casamento fôr declarado nullo por culpa de um dos conjuges, perderá este todas as vantagens havidas do outro e ficará, não obstante, obrigado a cumprir as promessas que lhe houver feito no respectivo contracto antenupcial.

§ 7º— Nullidades relativas do casamento (*)

E' annullavel o casamento :

a) Das pessoas que por qualquer motivo se acharem coactas, ou não forem capazes de dar o seu consentimento, ou não puderem manifestal-o por palavras ou por escripto, de modo inequivoco.

b) Do raptor com a raptada, enquanto esta não estiver em logar seguro e fóra do poder d'elle.

c) Das pessoas que estiverem sob o poder ou administração de outrem, enquanto não obtiverem o consentimento ou supprimento daquelle sob cujo poder ou administração estiverem.

d) Das mulheres menores de 14 annos e dos homens menores de 16.

e) Do conjuge que houver consentido no casamento por erro essencial em que estivesse a respeito da pessoa do outro.

(*) Este capitulo é extrahido dos §§ 4 á 8 do art. 7 e art. 63 a 73 do Decr. cit. de 24 de Janeiro de 1890.

Considera-se erro essencial:

1º A ignorancia do seu estado.

2º A ignorancia de crime inafiançavel e não prescripto, commettido por elle antes do casamento.

3º A ignorancia de defeito physico irremediavel e anterior, como impotencia e qualquer molestia incuravel ou transmissivel por contagio ou herança.

A annullação do casamento, de que trata a letra *a*, isto é, por coacção de um dos conjuges, só pôde ser pedida pelo coacto dentro dos seis mezes seguintes á data em que tiver cessado o seu estado de coacção.

A annullação do casamento de que tratam as letras *a* e *b*, isto é, de pessoa incapaz de consentir, só pôde ser promovida por ella mesma, quando se tornar capaz, ou por seus representantes legaes nos seis mezes seguintes ao casamento, ou pelos seus herdeiros dentro de igual prazo, depois de sua morte, se esta se verificar continuando a incapacidade.

Se a pessoa incapaz tornar-se capaz depois do casamento e ratificar-o antes d'elle ter sido annullado, a sua ratificação retrotrahirá a data do mesmo casamento.

A annullação do casamento de que trata a letra *c*, isto é, de pessoa que estiver sob o poder ou administração de outrem, só pôde ser pedida pelas pessoas que tinham o direito de consentir e

não consentiram, dentro dos tres mezes seguintes á data em que tiverem conhecimento do casamento.

A annullação do casamento de que trata a letra *d*, isto é, da menor de 14 annos, ou menor de 16, só pôde ser pedida pelo proprio conjuge menor até seis mezes depois de attingir aquella idade, ou pelos seus representantes, ou descendentes, parentes ou affins, dentro do segundo gráo civil, observada a ordem de successão, até seis mezes depois do casamento.

A annullação do casamento de que trata a letra *e*, isto é, do conjuge que houver consentido no casamento por erro essencial, só pôde ser pedida pelo outro conjuge dentro de dois annos contados da data do casamento.

Se a annullação do casamento fôr pedida por terceiro, fica salvo aos conjuges ratifical-o quando attingirem— o homem a idade de 16 annos e a mulher a de 14.

A annullação do casamento não obsta a legitimidade do filho concebido na constancia delle.

§ 8º — Actos nullos da fallencia (*)

São nullos de pleno direito : (**)

a) Os actos, quaesquer operações ou pagamentos feitos pelo devedor depois da decretação do

(*) Tanto este capitulo como o seguinte foram extrahidos do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de 1890.

(**) *Independente de acção de nullidade* acrescenta redundantemente o art. 28 do Decr. n. 917 de 24 de Outubro de

sequestro ou da declaração da fallencia, publicada nos termos da lei, uma vez que tenham relação directa com a massa ou se refiram aos bens que devam ser arrecadados ;

b) Os pagamentos feitos a commerciante fallido, depois de publicada a sentença da declaração da fallencia.

§ 1.º O pagamento de letra de cambio ou bilhete á ordem não será repetido contra quem recebeu, quando este, segundo o direito cambial, poderia perder o seu direito contra os co-obrigados por não haver recebido o pagamento.

§ 2.º A restituição do valor cambial póde ser exigida do ultimo obrigado na ordem do direito regressivo (art. 422 do Cod. Comm.), ou de terceiro por conta de quem o valor foi creado, quando o ultimo obrigado ou esse terceiro, no momento da emissão do titulo, tinha conhecimento de que estava decretado o sequestro ou declarada a fallencia.

— Consideram-se nullos de pleno direito, mas sómente a beneficio da massa, tenha ou não o con-

1890. E' bem de ver que servindo-se o decreto da expressão *nullos de pleno direito* era dispensavel o acrescimo " independentemente de acção de nullidade " porque a nullidade de pleno direito é pronunciada *ex-officio*, nem mesmo pode ser relevada pelo juiz, quando o instrumento que a envolve é apresentado para qualquer effeito juridico, ao acto judicial.

tractante conhecimento do estado do devedor, seja ou não intenção deste defraudar os credores :

a) Todos os actos e alienações a titulo gratuito, salvo obediencia á lei, ou si se referir a objectos de valor até 360\$, desde dous annos antes do termo legal da fallencia, façam ou não parte de contractos onerosos :

b) Os pagamentos de dividas não vencidas, feitos dentro do termo legal da fallencia, quer em dinheiro, quer por meio de cessão, transferencia, endosso, venda, compensação (menos a que se opéra por effeito do contracto de conta corrente) ou outro qualquer meio de solução de obrigações ;

c) As hypothecas em garantia de dividas contrahidas anteriormente ao termo legal da fallencia, ou outra qualquer garantia real, inclusive a retenção, se forem celebradas dentro do termo legal da fallencia ;

d) A renuncia á successão, legado ou usufructo, feita até dous annos antes do tempo legal da fallencia, salvo si a esse tempo o devedor não exercia o commercio.

e) A restituição antecipada de dote, ou a sua entrega antes do prazo estipulado no contracto ante-nupcial ;

f) As inscrições de hypothecas, onus reaes e penhor agricola, e as transcrições de transmissões *inter vivos* por titulo oneroso ou gratuito de immoveis susceptiveis de hypotheca, feitas após

a decretação do sequestro ou declaração da *fallencia*.

— A falta de transcrição ou inscripção dá acção pessoal ao comprador para haver o preço até onde chegar o producto do immovel e ao credor para ser admittido à massa como chirographario.

— A nullidade será decretada, embora para a celebração do acto tenha precedido sentença executoria, ou ella seja consequencia de medida assecutoria para garantia da divida ou seu pagamento.

— Annullado o acto, fica de pleno direito rescindido a sentença que motivou a consequente execução.

§ 9º — Actos annullaveis da fallencia

São annullaveis sómente em beneficio da massa :

a) Os actos a titulo oneroso entre o fallido e o conjuge, antes ou depois do casamento, ou entre o fallido e seus parentes e affins na linha recta e collateral até ao 2º gráo, sempre que resultar ou tiver resultado prejuizo aos credores e se provar que o contractante não ignorava na data do acto o designio do fallido ou o seu estado de fallencia ;

b) Todos e quaesquer actos, seja qual fôr a época em que tenham sido feitos, sem que se possa allegar prescripção ordinaria, provando-se fraude de uma e outra parte contractante.

— Podem ser annullados os actos em que se dêr ommissão de formalidades que, segundo a lei, fôr necessaria para adquirir, conservar ou fazer valer direito, ou cujo cumprimento deveria ter logar por ordem judicial em prazo determinado, provando-se em qualquer dos casos que houve proposito de prejudicar os credores.

— A nullidade ou annullação póde ser requerida :

a) Contra todos aquelles que figuraram no acto como contractantes, ou que por effeito do acto foram pagos, garantidos ou beneficiados ;

b) Contra os successores *causa mortis* das pessoas acima indicadas, até á concurrencia da quota hereditaria, do legado ou usufructo ;

c) Contra seus successores :

I— Se tiverem conhecimento, no momento em que se creou o seu direito, da intenção do fallido de prejudicar os credores ;

II— Se o direito se originou de acto nullo nos termos dos arts. 28 e 29 do Dec. n. 917 ;

III— Se estiverem nas condições do art. 30 do cit. Dec.

d) Contra os successores *causa mortis* das pessoas indicadas no paragrapho anterior, ns. I, II e III, até a concurrencia da quota hereditaria, legado ou usufructo.

— Os bens deverão ser restituídos em especie

com todos os accessorios ; mas, não sendo possível, terá logar a indemnisação.

— A restituição dos fructos, incluídos os que se deixaram de perceber, é devida, no caso de má fé, connivencia, fraude ou conhecimento do estado do devedor ; em todo o caso, sel-o-ha desde a propositura da acção e comprehenderá os pendentos ao tempo da acquisição.

1º — O donatario de boa fé restituirá sómente na proporção daquillo com que se achar augmentado o seu patrimonio por effeito da doação.

2º — A massa restituirá o que tiver sido prestado pelo contractante, salvo se do contracto ou acto não auferir vantagem ; e nesse caso o contractante será admittido como credor chirographario.

3º — No caso de restituição do pagamento, o credor reassumirá o seu estado anterior de direito e participará dos dividendos, se fôr chirographario.

4º — Fica salvo aos terceiros de boa fé acção de perdas e damnos a todo o tempo contra o fallido.

— A nullidade póde ser allegada por acção ou embargos na execução.

1º — A acção de nullidade e quaesquer outras intentadas contra a massa serão sempre summarias e processadas :

a) perante o juiz da fallencia, prorogada a sua jurisdicção ;

b) a appellação será recebida em ambos os effeitos.

c) qualquer credor poderá intervir como assistente.

2º — A' acção de nullidade não poderá ser opposta compensação ou reconvenção.

3º — E' permittido o uso do interdicto *fraudatorium*, que consiste em fazer entrar a massa na posse dos bens alienados.

4º — Nas questões de fraude ou má fé o juiz não será adstricto ás regras de direito quanto a prova; mas decidirá conforme sua livre e intima convicção, fundamentando, comtudo, a sentença com os factos e razões que motivem a decisão.

TITULO II

CAPITULO I

DOS ACTOS JURIDICOS

Os actos juridicos dividem-se em duas classes principaes— a dos actos *inter vivos* e a dos actos ou disposições de ultima vontade — *post mortem*.

A' primeira classe pertencem os contractos (77) e bem assim todos os outros actos em que se exige expressão de vontade, como a emancipação, a perfiliação, a confissão, a addicção.

(77) Em vez da distincção que fizeram os redactores do Codigo Civil Francez, seguindo a Pothier (*Obrigações*, P. 1 n. 3) entre convenção e contracto, exprimindo este a especie e aquella o genero, preferimos usar da expressão *acto juridico* para determinar o genero, porque, segundo o nosso direito (vide Mello Freire, Liv. 4^o tit. 2^o §§ 1 e 4) os termos — convenção, contracto, pacto, estipulação, são ordinariamente empregados como synonymos.

Os romanos davam ás palavras — convenção, contracto e pacto — significações diversas.

A convenção era o consentimento de duas ou mais pessoas sobre um objecto com animo de se obrigarem (L. 1, Dig. de pact.) — *promissio acceptata*, na expressão dos interpretes. Se da convenção resultava acção propria e determinada por lei, era contracto; se não, era simples pacto.

A' segunda classe pertencem os testamentos, codicillos, pactos successorios e doações *causa mortis*.

§ 1.º— Dos contractos

Para exacta comprehensão das nullidades que affectam os contractos, e de que já tratamos, é indispensavel expôr os principios e regras de direito que os regulam.

Contracto é o acto juridico pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam por consentimento reciproco a dar, fazer, ou não fazer alguma cousa. (78)

O consentimento das partes contractantes, o accôrdo reciproco, a promessa de um e a accettazione de outro, são o caracteristico que distingue o contracto dos outros actos juridicos. (79)

(78) *Cod. Civ. Franc.*, art. 1101; Pothier, *Oblig.* art. 1º § 1º, ou, como define o *Codigo Civil Port.* art. 641—é o accordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação. O *Cod. Civ. Ital.* assim se expressa no art. 1098: "Il contracto é l'accordo di due o piú persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico."

O *Cod. Civ. da Prussia.* p. 1. tit. 5 art. 1º *define contracto* — o consentimento reciproco para a acquisição ou alienação de um direito.

(79) O art. 1108 do *Cod. Civ. Franc.* assim se expressa: "Le consentiment de la partie qui s'oblige."

Esta redacção é defeituosa e imperfeita, e com razão criticada por alguns commentadores; porque, para haver convenção ou contracto, não basta só o consentimento da parte que se

Não se póde, porém, em absoluto dizer, como faz Coelho da Rocha (80), que a promessa sem acceitação não é contracto.

Póde existir vinculo juridico e contracto sem acceitação expressa; servimo-nos do mesmo exemplo que apresenta Laurent: — Pedro offerece pelos jornaes uma certa somma a quem achar uma carteira perdida, ou um determinado objecto.

Esta offerta é tacitamente acceita por todos aquelles que estão no caso de achar a coisa perdida, e o que a encontrou tem direito de exigir a promessa por acção competente, caso o offertante se recuse a cumpril-a.

Quando os estipulantes estiverem presentes, a acceitação será feita no mesmo acto da proposta, salvo estipulação em contrario. (81)

Se não estiverem presentes, a acceitação será feita dentro do prazo assignado pelo proponente e, na falta de prazo assignado, considerar-se-ha como

obriga, é indispensavel tambem o consentimento da parte em favor de quem é contrahida a obrigação.

Domat é mais preciso, é mais correcto, exprimindo-se assim: "Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement?" *Lois civiles*, liv. 1^o pag. 20 n. 8. O Cod. Civ. Port., art. 647, emprega a expressão — o consentimento dos estipulantes —, e o Cod. Civ. Ital. assim se expressa muito precisa e acertadamente no art. 1104: "*Il consenso valido di contraente.*"

(80) Inst. de Direito. Civil Port. § 733.

(81) Cod. Civ. Port. art. 650.

não aceita a proposta, se a outra parte não responder dentro de oito dias, além do tempo necessário á ida e volta do correio publico, ou, não havendo correio, dentro do tempo que parecer razoavel, conforme a distancia, a facilidade ou difficuldade das communicações. (82)

O proponente é obrigado a manter a sua proposta enquanto não receber resposta da outra parte em prazo razoavel, como acima referiu-se, sob pena de responder pelas perdas e damnos que possam resultar da retratação.

Quando a resposta envolver modificação na proposta, considerar-se-ha esta modificação como uma proposta.

Os contractos tratados por correspondencia epistolar reputam-se concluidos e obligatorios desde que o que receber a proposição expedir carta de resposta, acceitando o contracto proposto sem condição nem reserva; até este ponto é livre retratar a proposta, salvo se o que a fez se houver compromettido a esperar resposta e a não dispôr do objecto do contracto se não depois de regeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado.

Se a acceitação fôr condicional, tornar-se ha obligatoria desde que o primeiro proponente avisar que se conforma com a condição. (83)

(82) Cod. Civ. Port. arts. 651 e 652.

(83) Cod. do Comm. art. 127.

§ 2º— Divisão dos contractos

Os contractos dividem-se em *unilateraes*, que são aquelles de que só para uma das partes contractantes resultam obrigações, como a doação; e em *bilateraes* ou *synalagmaticos*, que são aquelles de que para ambas as partes contractantes resultam obrigações, como a venda, o commodato.

Estes contractos ou são *perfeitos*, quando para ambas as partes resulta a acção directa, como na compra e venda, ou são *imperfeitos*, quando a acção de uma das partes, em vez de ser directa, é contraria, isto é, resulta *ex-post-facto*, como no commodato, em que a acção do commodante é directa para pedir a coisa emprestada e a acção do commodatario, para pedir a indemnização, é contraria.

Os contractos dividem-se tambem em *gratuitos* ou *beneficos*, como a doação, o emprestimo, o deposito e o mandato, porque sómente uma das partes auferê utilidade, e em *onerosos*, quando as vantagens são auferidas por ambas as partes contractantes, como a *compra e venda*, ou *escambo*, ou *permutação*, a *locação — condução* e a *sociedade*.

Os contractos onerosos se subdividem em *principaes* e *accessorios* e em *commutativos* e *aleatorios*.

Principaes são os que subsistem de per si, independentes de qualquer outra convenção, e *accessorios* os que têm por fim a segurança e garantia

de uma obrigação, como a fiança, o penhor, a hypotheca. (84)

São contractos *onerosos commutativos* a troca,

(84) A hypotheca passada para garantia de letras de terra prescreve, prescripto o título principal? A affirmativa não offerece duvida, não obstante o Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Março de 1885 ter declarado que a escriptura de hypotheca *ex-vi* da disposição do art. 11 § 7 da lei de 24 de Setembro de 1864, e não a letra de terra, é que constitue a obrigação principal, porque da escriptura é que se pagou o sello e não da letra, e que esta é um accessorio daquella.

Sendo a hypotheca, bem como o penhor, um direito que suppõe necessariamente uma dívida preexistente, para cuja garantia se constitue, e sendo por isso direito accessorio—“Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentionis locus non est—frag. 25 de pignori et hypoth.”— não obstante conserva a hypotheca a essencia de direito real (Lafayette—*Direito das cousas*, § 275), vive emquanto vive a obrigação principal, e, nulla ou prescripta a obrigação principal, nulla e prescripta fica a hypotheca; porque ella é um direito accessorio—Maynz, *Droit Rom.*, § 241; Mourlon, n. 1428.

O proprio artigo da lei hypothecaria invocado pelo Supremo Tribunal contém a condemnação da sua doutrina, porque o que dispõe o referido art. 11 § 7 da lei de 24 de Setembro de 1864 e o art. 254 do Reg. de 26 de Abril de 1865, é que— a prescripção da hypotheca é a mesma da obrigação principal. Que a propria lei hypothecaria considera a hypotheca accessorio e não principal, é claro não só pela letra do artigo cit. como pela letra do art. 13 e art. 246 do Reg. *in verbis* “a hypotheca quando contrahida para garantia de uma letra de cambio ou titulos semelhantes não se transmite pelo simples endosso da mesma letra e titulos, mas carece de expressa cessão.”

Logo, sendo a hypotheca, quando passada para garantia de letras de cambio ou de terra, um contracto accessorio, segue a natureza do principal e prescreve, prescripto este,

a compra e venda, porque a prestação de cada uma das partes se presume equivalente á prestação da outra.

Estes contractos classificam-se da seguinte maneira:

Do ut des; Facio ut des; Do ut facias; Factio ut facias.

São contractos *onerosos* aleatorios as apostas, os contractos de seguros, porque as prestações consistem em lucros ou perda incerta.

§ 3º — Elementos constitutivos dos contractos

São elementos constitutivos dos contractos:

a) capacidade das partes contractantes; (85) *b*) *mutuo consensu*; (86) *c*) objecto possivel; (87) *d*) causa licita. (88)

(85) Ord. do liv. 1º tit. 88 §§ 27 e 28; Cod. Comm., art. 129, n. 1; Cod. Civ. Franc. art. 108; Cod. Civ. Ital., art. 1104; Cod. Civ. Port., art. 643.

(86) Ord. do liv. 4º tit. 5 § 1º *in verbis* “—tanto que a compra e venda fôr acabada por consentimento das partes” —; Cod. Civ. Franc. art. cit. 1108; Cod. Civ. Ital. art. 1104; Cod. Civ. Port. art. 648.

(87) Ord. do liv. 4º tit. 70 § 3; Cod. Comm. art. 129, n. 2; Cod. Civ. Franc. art. 1108; Cod. Civ. Ital. art. 1104. Cod. Civ. Port. art. 643.

(88) Cod. do Comm. art. 129 n. 30; Cod. Civ. Franc. art. 1180; Cod. Civ. Ital. art. 1104.

O Cod. Civ. Port. não faz menção da causa licita.

CAPITULO II

§ 1º— Da capacidade das partes contractantes

São habéis de contractar todos os que estão na administração de suas pessoas e bens.

Podem ser partes em um contracto não só pessoas singulares, como corporações legalmente representadas. (89)

A incapacidade ou é natural ou civil.

A natural nasce: 1º, da falta de razão ou de criterio; 2º, de defeito physico.

No primeiro caso estão os menores de 7 annos, os ebrios, o colerico em estado de accesso que possa tolher o uso da razão. (90)

Os maiores de 7 annos, porém, podem estipular qualquer contracto que lhes seja vantajoso; mas não se obrigam validamente sem que intervenha a autoridade dos seus tutores. (91)

Se o menor, depois de emancipado, ratificar expressa ou tacitamente o contracto que fez na minoridade, fica o contracto valido e obrigatorio. (92)

(89) L. 7 § 1 Dig. *quod cuj universi. non.*

(90) L. 40 e 41 Dig. *de reg. juris.*

(91) L. 28 Dig. *de pacto*; Ord. do liv. 4 tit. 103 §§ 3 e 6.

(92) L. 1 e L. 2 Cod. *Si maj. fac. rat. hab.*

Aquelle que contractou com o menor, sabendo ou tendo razão de saber que o era, não pôde allegar a falta da intervenção da autoridade do tutor, para ser annullado o contracto que fez. (93)

No 2º caso, isto é, são inhabeis por defeito physico: os loucos e os dementes, salvo os loucos que tiverem lucidos intervallos. (94)

A incapacidade civil ou emana da prohibição da lei, tal a incapacidade da mulher casada sem consentimento e autorização do marido; ou de sentença e decreto judicial, tal a incapacidade do prodigo.

A ninguém compete senão ao marido annullar o contracto feito pela mulher sem a sua autorização delle. (95)

E' a lei civil que torna incapazes os prodigos de contractar. (96)

D'ahi a differença entre estes interdictos e os que o são por loucura.

Todos os contractos feitos por um louco (97) são nullos, provando-se que ao tempo do contracto já era louco (98); porque é a loucura por si só que

(93) Argum. da Ord. do liv. 4º tit. 103, § 6; L. 6 Cod. de Leg.

(94) Ord. do liv. 4º tit. 103, § 3º.

(95) Cod. Civ. Franc. art. 1125.

(96) *Oblig.* (Pothier), art. 4, n. 51.

(97) Nesta expressão — louco — comprehendem-se o idiota, o imbecil, o tolo, conforme a versão de Corrêa Telles.

(98) Cod. Civ. Franc. arts. 813 e seguintes.

o faz incapaz de contractar, independente da sentença que o priva da administração dos bens. Pelo contrario, os contractos feitos por um prodigo antes de interdicto são validos, ainda que já então fosse prodigo, porque a sentença de interdicção é que o torna incapaz de contractar. (99)

O prodigo, porém, póde, como o menor, estipular qualquer contracto que lhe seja vantajoso, mas não se obriga validamente sem a intervenção de seu curador. (100)

O que contractar com o prodigo, sabendó ou tendo razão para saber que o era, não póde allegar a falta da intervenção do curador para annullar o contracto. (101)

§ 2º— Do consentimento

O consentimento é o producto da manifestação da vontade livre, que póde ser expressa ou tacita :
Eadem vis est taciti atque expressi consensus.

(99) Esta doutrina de Pothier (Oblig. n. 51) acha se reproduzida em a nota 23 ao art. 326 da Consol. das leis civis.— Uma sentença de 19 de Outubro de 1875 do juiz commercial da ex-1ª vara desta capital, confirmada por accordão de 13 de Outubro de 1876 (*Gazeta Juridica*, vol. 14, pag. 246) abriu excepção á regra, declarando nullas as lettras acceitas por um prodigo, poucos dias antes da interdicção, porque revelando inaptidão do acceitante não expressavam transacções, e antes eram o fructo da simulação e da fraude.

(100) Ord. cit. §§ 3 e 6.

(101) Argum. da Ord. cit. § 6. L. 6. Cod. de Leg.

O consentimento se diz tacito, não quando alguém se cala, porque o silencio só é indicio de consentimento quando o que se cala podia explicar-se, e era a isto por lei obrigado (102); mas quando alguém pratica factos, que não admittem outra explicação razoavel, senão vontade de dar consentimento a um acto ou acceitar uma obrigação (*quasi contracto*), verbi gratia —o que toma conta da herança entende-se tel-a acceitado. (103)

O silencio não é consentimento tacito, e a maxima— *qui tacet consentire videtur*— não é verdadeira em absoluto porque, como diz Massé, nem sempre quem guarda silencio manifesta vontade; se o individuo não diz—não, tambem não diz—sim; d'ahi o principio de que o silencio só importa consentimento quando o que se cala é obrigado a responder.

Quando se póde dizer que o que se cala era obrigado a responder?

A esta pergunta não se póde dar uma resposta precisa, sobretudo em correspondencias commerciaes, porque ellas prendem-se a factos e circumstancias, que é preciso caracterisar e conhecer. Massé prevê diversas hypotheses, que resolve conforme a diversidade das circumstancias e que

(102) Cod. da Prus. part. I, tit. 4.^o art. 61; Coelho da Rocha, Direito Civil, § 99.

(103) L. 20 Dig. de adq. vel. omitt. hered.; Coelho da Rocha, obr. e lug. cits.

não reproduzimos por não comportarem-n'as os limites deste livro.

A manifestação do consentimento póde ser feita por palavra, por escripto, ou por factos, d'onde elle necessariamente se deduz. (104)

O consentimento se diz expresso, quando declarado por palavras ou por escripto, ou por signaes inequívocos. (105)

Os surdos-mudos podem dar o seu consentimento por signaes. (106)

Sempre que o consentimento de uma das partes contractantes fôr extorquido por erro, medo, violencia, dolo, fraude, simulação, é o contracto nullo.

De cada um destes vícios intrinsecos dos contractos trataremos no capitulo VIII e seus paragraphos. Envolvem elles questões da maxima importancia theorica e pratica.

§ 3º — Do objecto do contracto

Podem ser objecto de contracto: as cousas corporeas ou incorporeas, bens moveis, semoventes e de raiz, acções, direitos e obrigações.

O objecto do contracto deve ser cousa certa e determinada na sua especie e quantidade (107);

(104) Cod. Civ. Port., art. 648.

(105) L. 38 e 52, § 10, Dig. *de Oblig. et act.*

(106) Laurent, Princ. de Droit civ. franc. tom. XI, pag. 162, n. 125.

(107) L. 74 Dig. de verb. obligat.

salvo o caso de poder a quantidade incerta ser determinada por arbitradores. (108)

Quando, porém, a determinação da coisa ou de sua quantidade é deixada ao arbitrio do promittente ou do promissario, nullo é o contracto. (109)

E' nullo o contracto que tem por objecto :

1.^o Cosa que não existe e que não poderá existir. (110)

2.^o Cosa que está fóra de commercio. (111)

3.^o Cosa torpe ou contraria aos bons costumes. (112)

4.^o Cousas litigiosas, ou aquellas sobre que pende demanda. (113)

São litigiosas no rigor do direito:—a), as cousas sobre que se move acção real de dominio, desde

(108) Ord. do liv. 4.^o tit. 1.^o § 1.^o

(109) Ord. cit. verb. — *E portanto*; L. 108 § 1.^o Dig. de verb. Obligat.

(110) Inst. de int. stip., § 1.^o; L. 31 Dig. de reg. juris.

(111) Inst. cit., § 2.^o

(112) Dig. de verb. obligat., LL. 26 e 123.

(113) Reg. n. 737, art. 494, § 1.^o — “Litigiosa se faz uma causa quando se move demanda sobre ella” — Repert. das Ords. vol. 2.^o pag. 393 — E' este um dos casos de allienação em fraude de execução. Consideram-se alienados em fraude de execução os bens do executado: 1.^o, quando são litigiosos ou sobre elles pende demanda; 2.^o, quando a alienação é feita depois da penhora ou proximamente a ella; 3.^o, quando o possuidor dos bens tinha razão para saber que pendia demanda, e outros bens não tinha o executado por onde pudesse pagar.

o momento da citação inicial (114);—*b*), as cousas sobre que pende acção pessoal reipersecutoria, por terem sido emprestadas, dadas em penhor, depositadas ou devidas por outra causa, desde que a lide for contestada (115).

5.º As acções litigiosas, ou sejam as já designadas, ou outras acções reaes, como a hypothecaria ou sobre servidão, ou pessoas para pagamento de alguma quantidade (116).

6.º A herança de pessoas vivas (117).

A acção se diz litigiosa desde que a lide for contestada, excepto a acção de dominio, que é litigiosa desde a sua propositura (118).

A nullidade da acção litigiosa tem logar, soubesse ou não o adquirente da pendencia do litigio (119).

Quando o adquirente teve sciencia do litigio ou razão de saber ao tempo em que houve a causa litigiosa, está sujeito á execução da sentença que o vencedor obtiver, sem que seja mais citado, nem ouvido (120). Quando, porém, o adquirente não sabia do litigio, nem tinha razão para o saber, será

(114) Ord. liv. 4.º, tit. 10 pr. §§ 2, 3, 5 e 7.

(115) Ord. cit. do liv. 4.º tit. 10 e §§ 2, 3, 5 e 7.

(116) Ord. cit. §§ 1, 2, 3, 6 e 8.

(117) Ord. do liv. 4.º tit. 70, § 3.º

(118) Ord. do liv. 4.º tit. 10, §§ 1, 2, 3, 6 e 8.

(119) Ord. cit. do liv. 4.º tit. 10 §§ 3 e 4.

(120) Ord. cit. § 9, e Ord. do liv. 3.º tit. 86, § 16.

ouvido summariamente na execução da sentença obtida pelo vencedor, sendo para tal fim citado (121).

Casos ha, porém, em que a cousa litigiosa pôde ser objecto de contracto, e taes são: 1º, em doação por causa de dote ou de casamento (122); 2º, em transacções sobre o pleito entre as proprias partes contractantes (123); 3º, na partilha entre herdeiros da herança sobre a qual moviam litigio (124); 4º, na nomeação dos bens aforados (125).

§ 4º-- Da causa

A causa é a razão determinante da obrigação que a parte toma no contracto, e, por isso, não se comprehende contracto sem causa, por falsa causa, ou por causa illicita (126).

A causa da obrigação de uma parte é o facto, ou a promessa da outra parte, que pôde muitas vezes consistir em pura liberalidade.

A falsa causa se dá quando ella é apenas apparente e não exprime com verdade o que foi ajustado.

(121) Ord. cit. § 9.

(122) Ord. cit. § 11.

(123) Ord. e §§ cits.

(124) Ord. e §§ cits.

(125) Ord. e §§ cits.

(126) Cod. Civ. Franc., art. 1131: Cod. Civ. Ital. art. 1119.

A causa illicita é a que é prohibida por lei ou é contraria aos bons costumes e á ordem publica (127). O contracto é valido ainda que não esteja expressa a causa (128).

A causa determina o modo do contracto.

E' impossivel discriminar regras certas para cada contracto, sem que elle tenha um modo caracteristico; porque: 1º, as partes podem contractar por um certo modo que seja repugnante á essencia do contracto, que designam; 2º, podem ser omissas sobre os effeitos do contracto; 3º, podem alterar os effeitos previstos nas regras ou disposições legaes, que regulam o contracto.

Na impossibilidade de estabelecer preceitos ou regras para cada hypothese, é preciso ter-se em vista os seguintes caracteres primordiaes, designados com os nomes de *essentialia negotii*, *naturalia negotii* e *accidentalia negotii*. A respeito desses tres caracteres faz Teixeira de Freitas (129) uma distincção que nos parece destituida de precisão e clareza, e nós distinguimos da seguinte fórma os tres referidos caracteres: *Naturalia negotii* — quando

(127) Cod. Civ. Franc. art. 1133.— A Côrte de Montpellier considerou contrario á ordem publica e aos bons costumes um contracto, no qual um funcionario publico, mediante certa e determinada quantia, se obrigou a pedir demissão do seu emprego para facilitar a nomeação de um terceiro: Rogron, commentario ao art. 1133.

(128) Cod. Civ. Ital., art. 1120.

(129) Consol. das leis civis, nota 26 ao art. 366.

são da substancia, da essencia do contracto e sem o que não pôde o contracto existir: ex.: é da substancia do contracto de venda: 1º, o objecto vendido, 2º, o preço certo, 3º, o consentimento do comprador e do vendedor. A falta, pois, de um desses requisitos torna o contracto nullo.— *Naturalia negotii*— são os caracteres que fazem parte da natureza do contracto, mas que delle se podem destacar sem prejudical-o, uma vez que as partes assim convencionem; ex.: é da natureza do contracto de venda que o vendedor fique sujeito a *prestar a evicção* (Heinec, Pand. P. 4 § 69, Cod. Civ. Franc. art. 1626); entretanto as partes podem renunciar a esta obrigação, sem que o contracto seja por isto nullo — Cod. Civ. Franc. art. 1627.— *Accidentalialia negotii*— aquelles caracteres que só se encontram no contracto, quando estipulados; por ex.: no contracto de venda o prazo para pagar o preço, as condições do pagamento, etc.

§ 5.º—Da fôrma dos contractos

A fôrma é o que Demante (130) chama a solemnidade nos contractos solemnnes.

Fôra dos casos em que a fôrma do contracto é elemento essencial delle e a sua preterição importa nullidade, porque é a forma instituida *ad. solemnitalatem*, o que veremos nos §§ seguintes, é licito ás

(130) Demante continuée par Colmet de Santerre, tit. 5, pag. 494, n. 263.

partes convencionarem por qualquer fôrma, visto ser ella só necessaria *ad probationem*.

A fôrma dos contractos nos casos declarados na lei civil e commercial, é a seguinte : 1.^a a do instrumento publico em geral; 2.^a a da escriptura publica (uma das especies de instrumento publico); 3.^a a do instrumento particular.

Cada uma destas fôrmas é sujeita aos requisitos proprios e ás solemnidades especiaes para certos actos, v. g. : o testamento; ou aos requisitos geraes de cada uma das mencionadas fôrmas.

§ 6.^o—Da escriptura publica

A nullidade do instrumento não induz a nullidade do contracto, quando o mesmo instrumento não é da *substancia* delle e póde o contracto provar-se por outro modo legal (131).

Nos casos em que a escriptura publica não é da substancia do contracto as pessoas que podem passar procuração de proprio punho estão habilitadas a contrahir por instrumento particular, feito e assignado de seu punho e com duas testemunhas, obrigações e compromissos, qualquer que seja o valor da transacção (132).

O instrumento ou é da *substancia* dos con-

(131) Reg. n. 737 cit., art. 690.

(132) Dec. n. 79 de 23 de Agosto de 1892, art. 2.^o e paragrapho unico.

tractos ou só necessario para sua prova (133). E' a escriptura publica (especie de instrumento) da substancia dos contractos civis e a sua falta os annulla nos seguintes casos:

1º Nas doações que devem ser insimadas (134).

As doações devem ser insinuadas, quer se trate de moveis ou de immoveis, quando excederem de 360\$000, sendo feitas por varão, e de 180\$000, sendo feitas por mulher.

São, porém, isentas de insinuação: a) as doações de dotes que os pais fazem aos filhos, não excedendo as legitimas dos donatarios (135); b) o dote feito pelo marido á esposa antes do casamento (contracto ante-nupcial); porque o casamento effectuado basta para justificar-o. E' preciso não confundir os contractos antenupciaes com os contractos de dotes ou doação para casamento entre doadores e donatarios, porque estes precisam ser insinuados (136); c) as doações *causa mortis* (137); d) as nomeações de bens aforados, se o foreiro

(133) Ord. do liv. 4º, tit. 19; Cod. do Comm., art. 124; Reg. n.º 737, arts. 159, 682 § 2º, e 690.

(134) Ord. do liv. 4º, tit. 19 pr.; Consol. das leis civis, art. 413.

(135) Ass. de 21 de Julho de 1797; Consol. das leis civis, art. 417.

(136) Consol. das leis civis, nota 9 ao art. 417.

(137) Resol. de 10 de Outubro de 1805; Consol. log. cit.

reserva para si o usufructo durante sua vida (138);
c) as doações remuneratorias (139).

2º Nos contractos de aforamento de bens ecclesiasticos (140).

3º Nos contractos esponsalicios (141).

Esta regra soffre uma excepção: o contracto póde ser celebrado por escriptura particular, quando

(138) Prov. de 15 de Novembro de 1775; Ass. de 21 de Julho de 1797.

(139) O accordão de 13 de Julho de 1875, da Rel. de Porto Alegre, confirmado pela Rev. do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Setembro de 1876 (*Gaz. jur.* vol. 13, pags. 532 e 533) consigna a erronea doutrina de que as doações remuneratorias estão sujeitas a insinuação, porque dessa regra apenas o Alv. de 25 de Janeiro de 1775 exceptua as doações regias. Julgar assim é prender-se o juiz materialmente á letra da lei, em vez de procurar o seu espirito — vim ac protestatem, porque: 1º, como observa Teixeira de Freitas (nota ao art. 418), os praxistas, considerando a lei de 25 de Janeiro de 1875 uma consequencia das leis de 25 de Junho de 1776, 9 de Setembro de 1799 e Alv. de 1º de Agosto de 1774, reputam-na, e a nosso vêr muito bem, derogada pelo Decr. de 17 de Julho de 1878; 2º, porque quem conhece o alcance e fim da insinuação, o que não reclama grande esforço lendo-se a Ord. do liv. 4º, tit. 62, comprehende que, importando a doação remuneratoria um pagamento á conta de serviços, o donatario tenha acção ile pedir: Almeida e Souza, *Direito Emphyteut.*, nota 2 ao § 532; Coelho da Rocha, *Inst. de Direito Civil*, § 758.

(140) Devo observar, diz Teixeira de Freitas, not. 28 ao § 2º do art. 367 da Cons. das Leis Civiis, que a despeito da Ord. do liv. 4º tit. 19 princ., muitos aforamentos de bens ecclesiasticos existem entre nós sem escriptura publica, constando apenas de assentos lavrados em livros.

(141) Lei de 6 de Outubro de 1784, § 1º

não ha tabellião no lugar da habitação dos contrahentes, ou está distante mais de duas leguas.

Neste caso póde o casamento ser ajustado por escripto particular na presença dos paes, tutores ou curadores e quatro testemunhas, as quaes todas deverão assignar o instrumento (142).

4º Nos contractos de hypothecas (143).

5º Nos de compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceda de 200\$000 (144).

6º Quando as partes convieram expressamente em fazer escriptura, ou se possa presumir ter sido sua vontade, não valer o contracto sem escriptura (145).

A escriptura publica ou particular é da substancia dos seguintes contractos mercantis :

1.º Para provar a existencia de qualquer sociedade.

Contra e além do conteúdo no instrumento do contracto social, nenhuma prova testemunhavel será admittida (146).

(142) Lei cit. de 6 de Outubro cit. § 2º

(143) Lei Hyp. n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 4 § 6º — Ainda que feita por commerciantes para segurar qualquer obrigação ou divida commercial, a hypotheca é sempre regulada pela lei civil, tendo sido derogados o art. 265 e mais disposições do Cod. Comm. relativas á hypotheca de bens de raiz. Reg. Hyp. n. 3453 de 26 de Abril de 1865, arts. 113 e 114, e Lei Hyp. n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 2º

(144) Lei de 15 de Setembro de 1855, art. 11.

(145) Ord. liv. 4º, tit. 19 pr. e § 1º

(146) Cod. do Comm. art. 300.

Esta regra soffre duas excepções: 1.^a, quando trata-se de acções de terceiros, intentadas contra a sociedade em commum ou contra qualquer dos socios em particular, porque neste caso a existencia da sociedade pôde provar-se por todos os generos de prova admittidos em commercio, e até por presumpções fundadas de que existiu sociedade (147); 2.^a para provar a existencia de sociedade em conta de participação (148).

2.^o Para legitimar a acção entre os sociôs ou destes contra terceiros, fundada a intenção na existencia da sociedade (149).

3.^o Para as alienações ou hypothecas de embarcações brasileiras destinadas á navegação de alto mar (150).

4.^o Para provar o fretamento, porque a carta delle só valerá como instrumento publico, tendo sido feita por intervenção e com assignatura de algum corrector de navios ou, na falta de corrector, por tabellião que porte por fé ter sido passada na sua presença e de duas testemunhas com elle assignadas (151).

5.^o Para autorisar a acção entre o capitão e os corretores ou seguradores do navio. A falta do

(147) Cod. do Comm. art. 304.

(148) Cod. do Comm. art. 325.

(149) Cod. do Comm. art. 303.

(150) Cod. do Comm. art. 468.

(151) Cod. do Comm. art. 569.

conhecimento original não pôde ser supprida pelos recibos provisorios da carga, salvo provando-se que o carregador fez diligencia para obtel-a e que, fazendo-se o navio á vela sem o capitão a haver passado, interpoz competente protesto dentro dos primeiros tres dias uteis contados do da sahida do navio, com intimação do armador, consignatario ou outro qualquer interessado, e, na falta destes, por editaes; ou sendo a questão de seguros sobre sinistro acontecido no porto da carga, se provar que o mesmo sinistro aconteceu antes do conhecimento poder ser assignado (152).

6º Para provar o contracto de emprestimo a risco, ou cambio maritimo (153). Este contracto se opéra estipulando o laudo do tomador um premio certo e determinado por preços dos riscos do mar, que toma sobre si, ficando com hypotheca especial no objecto sobre que recahe o emprestimo, sujeitando-se a perder o capital e premio, se o objecto perecer por effeito dos riscos tomados no tempo e logar convencionados.

Para provar o contracto de seguro maritimo, pelo qual o segurador, tomando sobre si a fortuna e risco do mar, se obriga a indemnisar o segurado da perda ou damno que possa sobrevir ao objecto do seguro, mediante um premio ou somma determinada

(152) Cod. do Comm. art. 589.

(153) Cod. do Comm. art. 633.

equivalente ao risco tomado (154). A minuta deste contracto, assignada pelas partes, com as declarações, clausulas e condições da apolice, julga-se subsistente para obrigar reciprocamente ao segurador e ao segurado.

Fóra destes casos o instrumento é só necessario para prova do contracto, e a sua falta pôde ser supprida por outros meios de prova.

O instrumento publico nullo, se está assignada pela parte, vale como particular nos casos em que a lei admittê um ou outro, e pôde tambem *constituir* principio de prova por escripto, quando não é exigida prova determinada (155).

O instrumento nullo por falta de alguma solemnidade exigida para constituir contracto especial, valerá como titulo de divida (156).

A falta de registro, salvos os casos expressos na lei, não importa a nullidade do instrumento, mas sómente a sancção especial estabelecida nos casos em que elle é exigido (157).

(154) Cod. do Comm. art. 666.

(155) Reg. n. 737, art. 691.

(156) Reg. cit., art. 692. Neste caso devem ser comprehendidos os titulos de divida, obrigações excedentes á taxa da lei, que não forem letras ou escripturas publicas.

(157) Reg. n. 737, art. 693.

§ 7.º — Da escriptura particular

Podem ser provados por escriptura particular ou por testemunhas :

1.º As trocas e quaesquer outros contractos onerosos, que, não sendo nenhum dos referidos no paragrapho antecedente, versarem, ou sobre bens de raiz cujo valor não exceda a 800\$000, ou sobre bens moveis cujo valor não exceda a 1:200\$000 (158); ou sobre bens moveis qualquer que seja o seu valor para as pessoas comprehendidas na disposição do art. 2.º e paragrapho unico do Dec. n. 79 de 23 de Agosto de 1892.

2.º Os contractos entre pae ou mãe, e filho ou filha, sogro e genro, nora, padrasto ou madrasta, e enteado ou enteada, irmão ou cunhado, sobrinhos e tios, irmãos de pae ou mãe, e entre primos coirmãos de qualquer sexo (159).

A quitação da divida, escripta e assignada pelo credor nas costas da escriptura, estando esta na mão do devedor, tambem equivale a escriptura de distracto, ou desobriga, segundo é estylo (160).

A prova litteral, quando é necessaria para

(158) Alv. de 30 de Outubro de 1793.

(159) Ord. do liv. 3.º, tit. 59, § 11.

(160) Lobão a Mello, liv. 1.º, tit. 8, § 8, ns. 30 e seguintes; "porquanto, em regra, os assentos que o credor faz no dorso, ou na margem do titulo de credito, que estava em seu poder, sendo significativos de desobriga do devedor, fazem plena prova contra o mesmo credor," Pothier, *Traité des obligat.* 3.ª p. n. 726.

prova do contracto, deve ser feita, não só pela propria parte, ou seus herdeiros, mas tambem por qualquer terceiro que allegue interesse em tal contracto (161).

A perda da prova litteral por incendio, ou outro caso fortuito, pôde-se provar por testemunhas e, se es estas forem discretas e declararem o theor do contracto, haver-se-ha como reformada por virtude de seus testemunhos (162).

Têm força de escriptura publica :

1º Os escriptos particulares de cada uma das pessoas designadas na Ord. do liv. 3º, tit. 59, § 15 (163).

2º Os autos e termos judiciaes, escriptos pelo escrivão da causa e assignado pela parte em presença do juiz, ou, na ausencia deste, de duas testemunhas (164).

(161) Ass. de 5 de Dezembro de 1770, tomado sobre a interpretação da Ord. do liv. 3, tit. 20, § 23, e tit. 59.

(162) Ord. do liv. 3, tit. 60, § 6; Lobão, Acc. Sum. § 25; Pothier, Tr. des obligat. 3ª p. n. 781.

(163) Lei de 20 de Junho de 1774.

Pelo nosso regimen politico proclamado a 15 de Novembro de 1889, podemos reduzir a lista de nomenclatura da Ord. do liv. 3, tit. 59, § 15, ás seguintes pessoas: arcebispos, bispos e abbades bentos, titulares do imperio com ou sem grandeza, doutores em medicina ou em direito, bachareis em sciencias juridicas e sociaes, e magistrados, qualquer que seja a sua categoria.

(164) Ord. do liv. 1, tit. 24, §§ 9 e 21.

3º Os conhecimentos ou recibos de siza ou de quaesquer outros impostos, contribuições ou fóros (165).

4º Os assentos de baptismo, casamento e obito feitos pelos officiaes do registro civil, como antes do regimen republicano os assentos feitos pelos parochos, ou pelos administradores dos cemiterios publicos, quanto aos obitos.

(165) Ord. do liv. 3, tit. 59, § 18.

CAPITULO III

§ 1.º — Da incompetencia e illegitimidade das partes contractantes

São nullos os actos juridicos e o processo em que não forem representados por seus tutores, curadores e curadores *á lide* (166) :

1º. Os dementes, sandeus, mentecaptos, desmemoriados e furiosos (167).

2º. O menor impubere, isto é, o varão menor de 14 annos e a femea menor de 12 (168).

3º. O surdo mudo (169).

(166) L. de 22 de Dezembro de 1761, tit. 13. § 12.

(167) Ord. do liv. 4, tit. 81 princ. ; Dig. Port. vol. 1º, arts. 227 e 228 ; Cod. civ. franc. arts. 483, 509, 1124.

(168) Ord. do liv. 3, tit. 41, §§ 2, 5 e 8.

(169) Moraes, *de Execut.*, liv. 3, cap. 20, n. 17 ; Tereira e Souza, §§ 42, 49 e 88 ; Ord. do liv. 4, tit. 81, § 5.

Não por ser o surdo-mudo equiparado aos dementes, como era por Direito romano (Borges Carneiro, vol. 3º, § 269), porque o surdo-mudo póde ter integridade intellectual, mas pela impossibilidade de se fazer elle entender e de comprehender e poder praticar certos actos civis sem a assistencia de um curador que o represente.

O que se torna surdo-mudo por accidente superveniente, podendo se fazer entender, não recebe curador. Lafayette—*Direitos de família*, not. 400, § 163.

4º. O menor pubere, isto é, maior de 14 annos, sendo varão, e de 12 sendo femea (170).

5º O prodigo depois de julgado tal por sentença (171).

São tambem nullos o processo e a sentença proferida na causa em que figuram :

1º A mulher casada, não sendo commerciante, sem authorisação do marido (172).

2º O homem casado, sem outhorga da mulher, quando litigar sobre propriedade ou posse de bens immobiliarios (173).

3º. O falso e o illegitimo procurador (174).

4º. O filho-familia, ainda maior de 21 annos (175)

(170) Ord. do liv. 3, tit. 41, § 2.

(171) Ord. do liv. 4, tit. 103, §§ 1 e 6 e tit. 107. Dig. Port., vol. 1º, art. 237. — Sobre a differença entre a interdicção do prodigo e do louco, veja-se a nota n. 99. Como uma conquista do respeito á liberdade individual, vae vencendo a idéa iniciada pelo Codigo Civ. Franc. de abolir a curadoria do prodigo, que o Codigo Civ. Port. conservou (art. 340) com a restricção de que só se póde dar curador ao prodigo casado, ou que tem ascendentes ou descendentes.

(172) Ord. do liv. 3, tit. 47; Repert. v. 3º pag. 604 e 608; Dig. Port. vol. 2º, art. 383; Cod. Civ. Franc. arts. 215 e 1824; Pereira e Souza, §§ 42 e 49.

(173) Ord. liv. 3, tit. 47 pr.; Repert. vol. 3º pag. 423.

(174) Ord. liv. 3, tit. 63 § 5, e tit. 20 § 12.

(175) Argum. da Ord. do liv. 1, tit. 88, § 6; porque a dependencia em que se acha do pae, colloca o filho-familia na posição de só por elle poder ser defendido. Dig. Port., vol. 2º,

5º. O religioso sem licença do prelado ou chefe da Ordem a que pertence. (176)

§ 2º. — Distincção das nullidades do paragrapho antecedente

As nullidades referidas no paragrapho antecedente são absolutas umas e outras relativas.

Pertencem á primeira cathegoria, e nullos *ipso jure* são todos os actos praticados, quando em processo figuram sem assistencia e citação dos seus tutores, curadores (177) e de um curador *in litem* :

art. 559 ; Pereira de Souza, not. 99 e 115 ; Borges Carneiro, vol. 2º, § 192, n. 15 ; Pimenta Bueno, *Formalidades do processo civil*, sec. 7ª n. 65, pag. 36.

(176) Moracs, de Execut., part. 2ª, liv. 2º, cap. 20, n. 105.

(177) QUESTÃO : — São nullos os processos em que figuram estrangeiros como tutores ou curadores ?

Esta questão é controvertida, e autoridades distinctas, como Mello Freire, Borges Carneiro, Guerreiro, e, entre nós, Pimenta Bueno (Direito Internacional Privado), Lafayette (Direitos de Familia), Loureiro (Direito Civil) sustentam, fundados na Instituta de Justiniano (De exclusat. tutor et curat. — 1, 25), que sendo a tutela *munus publicum*, não pôde ser exercida por estrangeiros, porque ella representa uma fracção do Poder Publico Social, e por isso só pôde ser exercida por quem faz parte da nossa communhão ou associação politica.

Consultado o governo, declarou no aviso n. 281 de 8 de Junho de 1837, que um estrangeiro era inhabil para servir de tutor a filhos de outro estrangeiro, nascido no Brazil e consequentemente brasileiros.

Não obstante o respeito devido ás opiniões citadas, nos parece que a questão não pôde ser resolvida hoje á luz da Instituta de Justiniano. Nem entre nós, nem entre os povos modernos, é a tutela *munus publicum*, e mesmo no direito romano pôde-se á Instituta de Justiniano oppôr as seguintes palavras do Drg. liv. 27, tit. 1 § 15 — “ Tutella non est reipublice munus, nec quod ad impensum pertinet, sed civile”. — Mas admittido que a tutela fosse entre os romanos *munus publicum*, este principio não passou para o nosso Direito, desde que a Ord. liv. 4^o, tit. 102, permite que a mulher, mãe ou avó, possa ser tutora.

Admittido o principio de ser a tutela *munus publicum*, é a nomeação de tutor, ou curador, feita pela administração, como representante do poder social: “ Princeps, omnium minorum supremus tutor est” — é a phrase de Guerreiro.

Quando o juiz faz a nomeação de tutor ou curador, portanto, não funciona como membro do poder judicial, mas como agente da administração, porque os tutores ou curadores são agentes do poder social e só nesta qualidade podem exercer uma função publica.

Ora, estes principios não se harmonisam com os preceitos dos codigos modernos, que conferem a faculdade de nomear tutores, não aos juizes, agentes da administração e representantes do poder publico, mas aos *Conselhos de familia*, como interessados immediatos na sorte e prosperidade dos menores, como fazem o Cod. Civ. Franc. art. 405 e Cod. Civ. Port. art. 208; logo, estes codigos consideram a tutela um acto de Direito Privado, com sua base nas relações da familia.

E' preciso, pois, banir mais esta ficção do direito romano, até mesmo porque as nomeações de tutores e curadores não são feitas, nem entre nós, nem entre povo algum, pelo *pretor urbano*, segundo a lei *Atilia*, ou pelo *tribuno da plebe*, segundo a lei *Julia Tilia*.

Mão grado a opinião de Almeida e Souza, pensamos que, não contemplando a Ord. do liv. 4^o tit. 104 os estrangeiros no numero dos que excluiu de exercerem a tutela, considerou-os

1º. Os dementes, sandeus, menlecaptos, desmemoriados e furiosos. (178)

2º Os menores impuberes (179).

3º O surdo-mudo (180).

4º O falso procurador (181).

As nullidades resultantes da falta de citação dos tutores e curadores dos menores impuberes subsistirá ainda que a sentença lhes tenha sido favoravel, porque o erro é insupprível (182).

Pertencem á segunda cathegoria, isto é, são nullidades relativas as que provêm :

1º Da falta de citação do tutor ou curador dos menores puberes e dos prodigos.

ipso facto aptos para serem tutores ou curadores : "exclusio unius, inclusio alterius".

E' portanto nossa opinião que os estrangeiros podem ser nomeados tutores e curadores, e assim tem entendido a pratica dos juizes e tribunaes.— Vide Candido Mendes, Cod. Philip. Comm. á Ord. do liv. 4º, tit. 102 § 1º.

Podemos attestar, de sciencia certa, que no fôro do Brasil é grande o numero de portuguezes nomeados tutores pelos juizes de orphãos.

(178) L. cit. de 22 de Dezembro de 1761, tit. 3º § 12.

(179) Ord. do liv. 3º, tit. 41 pr. §§ 2, 5 e 8; Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 60.

(180) Moraes, cit. liv. 3º cap. 20, n. 17.

(181) Ord. liv. 3º, tit. 63 § 5º

(182) Ord. cit. tit. 63, § 5º; Arg. *contrario sensu* do art. 60 do Decr. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886.

2º Da presença, em juízo, da mulher casada sem autorisação ou outorga do marido.

3º Da presença do homem casado, litigando sobre bens de raiz, sem outorga da mulher.

4º Da presença do filho-família sem a citação do pai.

5º Da presença do illegítimo procurador.

De algumas especies, que offerecem varias questões á meditação do juiz e do advogado, nos occuparemos nos paragraphos seguintes (183).

§ 3º— Dos menores puberes e interdictos

São nullos todos os actos praticados na causa em que os menores puberes, ou interdictos, não tiverem tutores e curadores, ou tendo-os, elles não foram citados, ainda que houvessem os menores constituido procurador (184).

(183) QUESTÃO :— O cego deve considerar-se na classe dos impedidos por impedimento perpetuo para merecer curador que o represente?— O Acc. da Relação do Rio de 5 de Junho de 1877, reformando uma sentença de 1ª instancia proferida em processo em que figurou uma céga de maior idade, á qual foi dado curador, não affirma e não nega, concluindo por duvidar da necessidade da nomeação. (*Direito*, vol. 13, pag. 529). A exclusão que fizemos do cego é a affirmação de que elle, sendo maior, não carece de curador para o defender.

(184) Ord. do liv. 3º tit. 41, § 2º; Borges Carneiro, vol. 3º, § 227, n. 6; Moraes, liv. 2º, cap. 20, n. 61; *Dig. Port.* vol. 1º,

Se a sentença, porém, fôr proferida a favor dos menores puberes e interdictos, ella é valida e prevalece (185).

Tambem nullo é o processo e sentença proferida contra o menor, o interdicto e o ausente, quer sejam autores, quer sejam réos, ainda que os menores e interdictos tenham tutores e curadore, e ainda que sejam os menores simplesmente interessados na causa, se lhes não foi dado um curador á lide (186).

art. 228; *Repert.* vol. 5º pag 505, verb.—Menor quando trata—; Pereira e Souza, not. 24, 111, 217 e 578.

Contra tudo que ha de mais claro e terminante, um accórdão da Relação de Ouro Preto, de 7 de Maio de 1876 (*Gaz. Fur.*, vol. 16, pag. 227), e que aqui registramos como padrão da ignorancia, consagra o absurdo de que não existe nullidade no inventario em que ha orphãos menores, e no qual não figuraram tutor e curador nomeados aos menores.

(185) Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1866, art. 61; Cod. Civ. Ital. art. 1327. Os menores puberes são mais incapazes de obrigarem do que de adquirirem direito — “Placuit meliorem conditionem licere eis facere, aliam sine tutoris autoritate, de terriorem vero non”.—Inst. de aut. tutor *Dig. Port.* vol. 1º, art. 229.

(186) Ord. do liv. 3º, tit. 41; *Repert.* vol. 13º pag. 517 verb.— Menor contra quem se proferiu sentença, sem se lhe dar curador á lide;— Pereira de Souza, not. 111.

QUESTÃO:— Se o menor tiver pae, a omissão do curador á lide annulla o processo?—Pela affirmativa manifestam-se Valasco, *de Part.* cap. 7º n. 42; *Repert.* vol. 1º, pag. 48; Pereira e Souza, not. 94. Pela negativa manifesta-se Borges Carneiro, vol. 3, pag. 62, § 227 n. 14.

O Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1856 (Mafra, *Jurispr. dos Tribunaes*, vol. 1º, verb.—curador),

consagra o principio de que curador *á lide* se deve dar aos menores, ainda que os pais appareçam em juizo e plenamente os defendam; porque a Ord. do liv. 3.^o tit. 44, §§ 8 e 9 não faz esta excepção; mas o Acc. da Relação do Rio de 7 de Novembro de 1894, contém doutrina contraria. — Mafra, vol. 1.^o verb. cit. pag. 50.

QUESTÃO:— Dando-se aos menores curador *á lide* em processo de habilitação de herdeiros e não sendo o curador ouvido sobre os artigos de liquidação, é nullo o processo?—Pela affirmativa julgou o Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Junho de 1865 (Mafra, vol. 3.^o pag. 251), e com razão, porque a contestação dos artigos de liquidação importa defeza para os menores; á sua falta, portanto, induz a nullidade do processo, á vista do que dispõe a Ord. do liv. 3.^o tit. 41, §8.^o

QUESTÃO:—Fallecendo no decurso da causa um dos co-réos, deixando filhos menores, que não foram habilitados e aos quaes se nomeou curador *á lide*, não sendo este ouvido e não se lhe tendo dado vista dos autos para dizer antes da sentença, é nullo o processo? — A affirmativa não deixa duvida, e assim julgou o Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1866 (Mafra, cit. vol. 3.^o, pag. 316).

QUESTÃO:— Em processo de demarcação de terreno, havendo menores — heréos confinantes, a falta de curador *á lide* que os represente, importa a nullidade do processo?—A affirmativa não offerece duvida, e assim julgou o Acc. da Rel. do Rio de Janeiro de 19 de Março de 1872, conformado pela Rev. do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Junho de 1874 (*Gaz. Jurid.* vol. 3.^o pag. 482).

QUESTÃO:— Citado o tutor e curador do menor pubere, a falta de citação d'este, nos casos em que é necessaria a citação pessoal, annulla o processo? — A affirmativa é sustentada pelo Acc. do Snpremo Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 1885, o qual consagra tambem o principio de que o menor só se julga representado por seu tutor quando este, constituindo advogado, declara que o faz na qualidade de tutor (*Dir.*, vol. 37, pag. 503).

QUESTÃO:—Tendo funcionado curador nomeado, mas que não prestou juramento, isto é, que não assignou termo de com-

Não basta que seja nomeado curador *á lide*; é preciso que elle tenha as qualidades necessarias para procurar ou defender os interesses do menor (187).

A nomeação do curador á lide não exclue a do tutor que representa o menor na causa, quando elle o não tem, e a falta desta nomeação importa a nullidade do processo (188).

E' da competencia do juiz do inventario, e não do juiz da causa, a nomeação do tutor, competindo ao juiz da causa sómente a nomeação do curador *á lide* (189).

A intervenção dos Procuradores da Republica nas causas em que algumas das partes se defende

promisso ou obrigação e responsabilidade de defender os interesses do curatellado, importa essa falta nullidade do processo? — Sim, *ex-vi* da Ord. do liv. 3.^o tit. 41 §§ 7 a 9: Acc. da Rel. do Rio de Janeiro de 5 de Junho de 1877 (*Dir.*, vol. 13, pag. 529).

QUESTÃO :— A falta de curador *á lide* ao menor vluvo, induz a nullidade da acção? — A negativa é sustentada em um Acc. da Rel. do Recife, fundado na Ord. do liv. 1.^o tit. 88 § 28, que dispõe que do casamento em diante será o menor havido por maior (*Dir.* vol. 30, pag. 382).

(187) Curador sem as qualidades precisas é o mesmo que não haver, e é nullo o processo e a sentença (Corte-Real, Acc. do Sup. Trib. de Lisboa de 16 de Março de 1840).

(188) Ord. do liv. 3.^o tit. 4.^o, § 8, Acc. da Rel. de Porto-Alegre de 17 de Julho de 1874 (*Dir.*, vol. 5.^o pag. 647 e 648).

(189) Ord. do liv. 4.^o tit. 102; Acc. de 27 de Julho de 1874, que confirmou a sentença do juiz de direito da cidade do Rio-Grande (*Dir.* vol. 5.^o pag. 69).

por curador, nos termos do art. 19 § 1º n. 2 do Reg. n. 5618 de 2 de Maio de 1874. não exclue a nomeação do curador *á lide*; como não excluía essa nomeação a intervenção dos antigos Procuradores da Corôa, segundo a antiga jurisprudencia (190).

A nullidade proveniente da falta de tutor e curador nos processos em que os menores puberes são autores ou réos, ou simplesmente interessados, póde ser supprida antes da sentença, nomeando-se o tutor e curador e mandando se-lhes dizer novamente (191). Proferida, porém, a sentença, quer em 1ª, quer e 2ª instancia, sem este supprimento,

(190) Avis. n. 782 de 8 de Abril de 1876 e Avis. de 26 de Junho de 1878, do ministerio da justiça, conselheiro Lafayette.

Em contrario a esta doutrina pronunciou-se a Rel. de Goyaz em Acc. de 8 de Fevereiro de 1976 (*Dir.* vol. 11, pag. 901) — O Acc. cit. carece de razão juridica, porque, como se exprime o Avis. de 26 de Junho de 1878, a interferencia do Procurador da Corôa, sendo mais uma garantia aos legitimos interesses da administração da justiça, não deve excluir a assistencia do curador *á lide* na 2ª instancia e esta é a praxe fundada nas Ords. do liv. 3º tit. 41, § 9 e tit. 63 § 2º.

(191) Or. do liv. 3º tit. 93 §§ 1 e 2; Borges Carneiro, vol 3º, § 227 n. 17; Corte-Real, Acc. do Sup. Trib. de Lisboa de 23 de Março de 1840.

QUESTÃO :— Não se dando ao menor curador *á lide* nos actos essenciaes de defeza, como a contrariedade, a nomeação posterior para um incidente do processo satisfaz o preceito da Ord. do liv. 3º tit. 41 § 9º? — Não: o processo é nullo, se o curador não foi nomeado antes da sentença, ou não mandar o juiz ractificar o processado por termo nos autos. (Corte-Real, Acc. do Supremo Tribunal de Lisboa de 16 de Outubro de 1840).

é o processo nullo e o juiz responsavel pelas custas (192).

§ 4.º.— Da illegitimidade da mulher casada para transigir ou litigar sem outorga do marido.

A mulher casada não pôde transigir nem litigar sem autorisação do marido, nem como autora, nem como ré, qualquer que seja a natureza da causa controvertida (193).

(192) Ord. cit. e Silva á Ord. do liv. 3.º tit. 48, § 8, n. 49.

Esta ultima providencia é entre nós letra morta, e entretanto muito é para desejar que tenhamos disposições que sejam seriamente applicadas aos juizes e funcionarios que derem causa a omissões ou irregularidades de que resulte a nullidade dos processos, consoante ao que se acha disposto nos arts. 101, 116 e 139 do Cod. do Proc. Civ. Port.

(193) Ord. do liv. 4.º tit. 66; Reg. n. 737, art. 672, § 1.º Borges Carneiro no vol. 2.º § 125 emprega as expressões — mesmo versando o litigio sobre bens moveis, ainda que a causa seja summaria, possessoria ou criminal”.

Divergimos da opinião do illustre jurisconsulto, quando a causa fôr criminal, á vista deste trecho do art. 72 do Cod. do processo criminal:— “A queixa compete ao *offendido*, seu pae ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, senhor ou *conjuge* —; logo, sendo a mulher a *offendida*, pôde dar queixa em juizo desde que por qualquer impedimento physico ou moral não o faz seu marido. Parece fóra de duvida que o legislador não quiz considerar a mulher incapaz de queixar-se quando *offendida*; porque então, em vez de dizer que a queixa compete ao *offendido*, se u pae ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, senhor ou *conjuge*, teria dito precisamente — senhor ou *marido*. O Cod. Civ. Port.,

A nullidade decorrente da falta de autorisação só pôde ser allegada pelo marido, ou por seus herdeiros e representantes (194).

Soffre esta regra as seguintes excepções :

1º Sendo commerciante a mulher casada (195).

(art. 1192) só admite que a mulher esteja em juizo criminal sem autorisação do marido quando é ré.

Segundo Pothier, *Coutume d'Orleans*, art. 200, vol. 1º, parte 3ª, — “Femme mariée peut intenter et poursuivre en jugement, sans son mari, l'injure dite ou faite à elle; et aussi peut être convenue pour l'injure qu'elle aurait faite ou dite á aucun”.

Sem embargo de opiniões contrarias a nossa, autorizadas até por julgados de tribunaes superiores, como o Acc. da Rel. de S. Paulo de 5 de Agosto de 1883, que reformou uma sentença da 1ª instancia (*Dir.* vol. 32, pag. 378), entendemos que, se a mulher pôde dar queixa por crime de que seja o marido victima e em favor d'elle requerer *habeas-corpus*, como decidiu, fundado em Pimenta Bueno, um Acc. da mesma Rel. de 5 de Outubro de 1875 (*Dir.*, vol. 9, pag. 330), não ha razão para que não possa ella queixar-se quando offendida, no caso em que por ella não pôde, ou não quer fazer o seu marido.

QUESTÃO:— Casando a solteira, ou a viuva, que tem causa em juizo, pôde o processo proseguir, não apresentando a mulher autorisação do marido? — Não: o processo regularmente não pôde ir por diante; a sua nullidade, porém, só pôde ser invocada se a parte adversa for intimada do casamento, porque ella não é obrigada a saber que a mulher mudou de estado—Lafayette (*Dir. de familia*, § 43).

(194) Cod. Civ. Port., art. 1200; Reg. n. 737, art. 687.

(195) Cod. do Comm. arl. 27.

QUESTÃO:— E' valida a alienação dos bens dotaes, feita pela mulher que tem autorisação do marido para commerciar? — Não basta a autorisação do marido á mulher para commerciar para que sejam validos os actos de alienação por ella prati-

cados; é indispensável que a mulher seja commerciante, isto é, que faça do commercio profissão habitual, porque o art. 27 do Cod. Comm. diz: a mulher casada commerciante — e não: a mulher casada autorisada a commerciar; portanto a simples autorisação do marido, embora por escriptura publica, não é bastante para legitimar os actos de alienação praticados pela mulher que não faz do commercio profissão habitual; e assim julgou o Acc. de Sup. Trib. de Just. de 8 de Agosto de 1874 (*Dir.*, vol. 5.º pag. 97).

QUESTÃO: — A mulher casada, sendo negociante matriculada, pôde votar e ser votada nos collegios commerciaes? — Pela negativa manifesta-se o Av. de 28 de Janeiro de 1881, em consulta da secção de justiça do Conselho de Estado, porque o Cod. do Comm. no titulo unico, art. 14, e o Dec. n. 696 de 5 de Setembro de 1850 exigem para o gozo daquella prerogativa, além de outras condições, a capacidade politica, que falta ás mulheres.

QUESTÃO: — A brasileira casada com estrangeiro pôde ser proprietaria de embarcação nacional? — A brasileira casada com estrangeiro, seguindo a condição do marido, em face do art. 2.º da lei 1096, de 10 de Setembro de 1865, não pôde ser proprietaria, nem comparte de embarcação nacional (arts. 457 e 458 do Cod. Comm.) embora esteja a mulher autorisada a commerciar. Av. de 8 de Janeiro de 1885.

Só pôde ser proprietaria de navio: — 1.º a brasileira casada com brasileiro e autorisada por este para commerciar; 2.º a brasileira viuva que se acha na livre administração de sua pessoa e bens, quer tenha sido casada com brasileiro, quer com estrangeiro, contanto que neste ultimo caso conste ter declarado fixar seu domicilio no Brazil. Av. de 4 de Maio de 1886.

QUESTÃO. — Pôde a mulher não commerciante renunciar o beneficio do *S. C. Veleiano* e dar em hypotheca seus bens para aiançar ou garantir obrigação de terceiro? — Não; como instituição de ordem publica, o beneficio do Veleiano só pôde ser renunciado no caso de assumir a mãe, ou avó, a tutela do filho ou neto — Ord. do liv. 4.º tit. 61, § 9.º; Mello Freire, liv. 2.º, tit. 13 § 13; Almeida e Souza, *Seg. Linh.* not. 309.

2º Quando viver separada do marido por sentença de divorcio perpetuo (196).

Não se deve, porém, comprehender na palavra — fiança — endosso de letra e outros papeis endossaveis, quando forem cessões—*Consol. das leis civis*, art. 781 e nota respectiva.

Póde o juiz por occasião de julgar a especialisação de bens para hypotheca legal de menores, recusar [os bens especializados por pertencerem a mulher não comprehendida na excepção da Ord. cit. do liv. 4º tit. 61, § 9—Acc. da Rel. de S. Paulo de 15 de Dezembro de 1883, que confirmou a sentença de 1ª instancia (*Dir.*, vol. 33, pags. 437 a 442).

QUESTÃO : — A mulher que em seguida ao marido firma o aceite de uma letra, é reputada accitante tambem, e, como tal, responsavel pelos seus bens dotaes? — Desde que na letra se acha a expressão — acciteo — e logo depois a assignatura do marido, e que o *acciteo* não foi exarado segunda vez pela mulher antes de sua assignatura, que sem mais nada segue-se á do marido, ou não foi empregada a expressão — accitamos, — que é essencial para caracterisar o *acciteo* de mais de uma pessoa, expressão que não póde ser supprida pela simples assignatura (Forjas, Annot. ao Cod. Comm. Port., tom. 2º pag. 67; Mauzet, Cod. do Comm. n. 1307; Gouget e Merger, *Dict. verb.—lettre de change*, ns. 262 e 263) deve tal assignatura ser considerada como abono, ou fiança, e, neste caso, aproveita á mulher o beneficio do Velleiano para eximir-se da responsabilidade—Sentença de 16 de Junho de 1878 do Juiz do Commercio do Recife, confirmada pelos Acc. de 31 de Março de 1876 e de 3 de Outubro do mesmo anno e pela Rev. do Sup. Trib. de Just. de 20 de Junho de 1877. (*Dir.* vol. 13, pags. 555 e 557).

(196) Silva á Ord. do liv. 3º, tit. 47 pr. n. 11.

No caso de divorcio litigioso a sentença mandará entregar os filhos communs e menores ao conjuge innocente—Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 90.

Esta disposição de lei do recente regimen republicano, que suppriu grave lacuna das nossas *Ordenações*, posto seja uma con-

quista, que devemos agradecer ao legislador revolucionario, não é uma inovação.

Já em 1888, extranhando nós o silencio das *Ordenações* que, sem embargo dos depositivos do liv. 1.^o tit. 68 § 10 e Liv. 4, tit. 99 §§ 2, 3 e tit. 87 § 7, os quaes, fixando o principio do patrio poder, não davam ao pae a posse ou guarda dos filhos de preferencia á mãe, no caso de divorcio, escrevemos o seguinte: “Na falta de disposição expressa do nosso direito, deve prevalecer o principio do direito romano—de pertencer ao conjuge innocente a guarda dos filhos; principio consagrado por Justiniano em a novella 117, cap. 7.^o — “Et si quidem pater nuptias non veniret apud matrem nutriatur expensas patre proveat”.

O Cod. Civ. Port. no art. 1307 n. 3 deixa ao conselho de familia a faculdade de providenciar a respeito dos filhos, o que temos razão de acreditar ter sido aproveitado no projecto do Cod. Civ. elaborado pelo Sr. Dr. Coelho Rodrigues; idéa que nos parece corresponder melhor aos delicados interesses da familia, do que a do Cod. Civ. Ital., que, no art. 154, dá ao Tribunal, que pronuncia a separação, o direito de indicar o conjuge que deve ficar com os filhos, alimental-os e educal-os: — “Dichiarerà quale dei consugi debba tenere preso di se i figli e provvedere al loro mantienimento, alla loro educazione ed instruzione”.

QUESTÃO.—Vivendo a mulher separada do marido, mas não divorciada judicialmente, póde litigar sem autorisação? — Não; neste caso deve pedir o necessario supprimento, allegando o facto da separação—Borges Carneiro, § 125 vol. 2.^o; *Repert.*, vol. 3, pag. 608, verb. — *mulher não póde* —; Av. de 22 de Junho de 1855; *Mafra, Jurisp. dos Tribs.*, vol. 1.^o verb.— *mulher*.

QUESTÃO: — Casando a mulher quinquagenaria solteira, dá-se communhão de bens, ou apenas é communicavel a terça? — E' preciso distinguir: Se ella não tem filhos, não lhe póde ser applicavel a disposição da Ord. do liv. 4.^o, tit. 105 e sim a do liv. 4.^o, tit. 46 § 95, que permite a communhão dos bens, porque aquella Ord. é restrictiva e só applicavel — “às mulheres viúvas que casam, tendo filhos” — Acc. do Sup. Trib. de Just. de 4 de Setembro de 1880, que corrigiu o erro de dous Acc. da Rel. de

3º Para reivindicar os bens doados ou alienados pelo marido á concubina (197).

Belém, um de 18 de Agosto de 1879 e outro de 10 de Outubro do mesmo anno.

Quid, se a mulher solteira quinquagenaria, que casa, tem filhos?— Controvertem as opiniões, pensando uns como Rebouças, á vista da epigraphe —*mulher viuva*— da Ord. do liv. 4º tit. 105, que esta Ord. não é applicavel ás solteiras quinquagenarias, que casam tendo filhos; manifestando-se outros em sentido contrario, isto é, que a referida Ord. é applicavel ás solteiras quinquagenarias tendo ñhos.

São desta ultima opinião Borges Carneiro, tom. 2º § 158 not. 2 n. 11; Gama, Dec. 320, n. 4; *Dig. Port.* tom. 2º art. 272 e seg; Consol. das leis civis, art. 161 e not.; Loureiro, tom. 1º § 136; Lobão, *Dir. Emphy.*, tom. 1º; Candido Mendes, Cod. Philip. pag. 1011.

As razões dos que assim pensam são explicita e satisfactoriamente desenvolvidas por Borges Carneiro, Teixeira de Freitas e Loureiro, loc. cit., que attendem, em pdimeiro lugar, menos á epigraphe do que ao texto da Ord. do liv. 4º tit. 105, que é generico nas palavras — “quando alguma mulher casar” e em segundo lugar aos direitos adquiridos dos filhos naturaes, que succedem ás mães (Ord. do liv. 4º tits. 92 e 93), os quaes se acham comprehendidos nas palavras da citada Ord. do liv. 4º tit. 105 — “filhos que por direito lhe possam succeder”. Esta é a razão que dá Mello Freire — Inst. liv. 2º, tit. 8 § 11, quando diz que a Ord. do liv. 4º tit. 105 “não tem por fundamento o odio ao matrimonio, mas sim o favor aos filhos”. Em summa, tem sido esta a interpretação dada á Ord. citada, com a qual nos conformamos, pelo seu alto criterio juridico, e assim o têm entendido a jurisprudencia dos Tribunaes—Acc. da Rel. do Maranhão de 18 Março de 1881 (*Dir.* vol. 25, pag. 237).

(197) Ord. liv. 4ª tit. 66.

QUESTÃO:— Em que tempo prescreve esta acção?— “Pelos termos positivos desta Ord. (liv. 4º tit. 66 *in fine*) se é levado a

4º Quando tem de accionar ao marido, como *exempli grati* para divorciar-se; para pedir o dote (198).

crer, diz o redactor da *Gazeta Juridica*, vol. 5º pag. 79, nota, que a acção da mulher casada prescreve dentro de 4 annos, contados "de qualquer apartamento" que haja entre os conjugues, embora continue a communhão de bens, visto que a mulher póde intentar esta acção sem dependencia do poder marital, quer a esse tempo esteja ella em companhia do marido, quer separada d'elle, na phrase da mesma Ord.

Mas accrescenta a Ord. "e morrendo a mulher em vida do marido, e ficando-lhe filhos ou outros descendentes, ou ascendentes, elles poderão demandar a dita causa até 4 annos, contados do dia em que a mãe morreu". Destas palavras se póde concluir, com bons fundamentos, que, durante a vida do marido, não prescreve a acção de reivindicção, visto que a Ord. faculta aos ascendentes e descendentes intental-a até 4 annos depois da morte da mulher do concubinario, se ella morreu "em vida do marido", podendo aliás estar separada d'elle por muitos annos".

Uma sentença de 1ª instancia, confirmada por Acc. da Rel. do Rio, de 23 de Fevereiro de 1874. julgou procedente uma acção intentada pela mulher, 17 ou 18 annos depois de separada do marido, mas não divorciada, por não haver prescripção quando os bens continuam em commum (*Gaz. Jur.*, vol. 3º, pag. 78).

(198) Borges Carneiro, liv. 1º, tit. 12, § 125, n. 12: Silva á Ord. do liv. 3º, tit. 3º, pr. n. 25. Neste caso pó le a mulher, precedendo autorisação do juiz, procurar advogado e firmar contracto de honorarios.

Quid, se o divorcio se não effectuar? Responde pelos honorarios do advogado a meiação da mulher, ou os bens do casal? A acção deve ser proposta só contra a mulher, ou deve tambem ser citado o marido?—Não realisado o divorcio, continúa o systema da communhão, e, neste caso, os bens do casal respondem pelo contracto. A acção, porém, deve ser proposta contra a mulher e o marido, sem embargo do contracto celebrado por auto-

risação do juiz, que suppre o consentimento do marido, mas não o substitue.

Se o conjuge, a quem competir a acção, fôr incapaz de executal-a, poderá ser representado por qualquer de seus ascendentes ou irmãos e na falta delles pelos parentes mais proximos, observada a ordem em que são mencionados.—Decr. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 81.

QUESTÃO :— Julgado o divorcio, e tendo sido o matrimonio regulado por contracto antenupcial, no qual foi estipulado dote á mulher, é licito a ella retirar o dote precipuamente ou tem o marido o direito de exigir ou reter o dote para o fim de dar alimento aos filhos ?

Borges Carneiro, vol. 2º, § 115, n. 26. fundado em Strykio, assim se expressa:—“O marido, ainda que a separação se fizesse por sua culpa, retem o dote e a mulher não póde demandal-o.”

Igual opinião é tambem professada por Almeida e Souza—*Notas á Mello*, liv. 2 tit. 9, § 21, n. 9. Esta doutrina, porém, muito antes do Decr. n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, era repellida pelos nossos tribunaes que, com a torrente dos praxistas, tinham firmado o principio de que o divorcio julgado por sentença, — “*quoad thorum et cohabitationem*” — determina *ipso facto* a separação de bens entre os conjuges por meio de partilha amigavel ou judicial, e que no caso de ser o matrimonio regulado por contracto antenupcial, onde é licito permittir e acceitar tudo quanto fôr relativo aos bens, se foi estipulado dote á mulher, retira-se ella do casal, assim interrompido, com o seu dote, que é peculio privilegiado, excluido da communhão.— Sentença de 3 de Maio de 1876, confirmada pelos Accs. da Rel. do Rio de Janeiro de 27 de Fevereiro de 1877 e de 21 de Agosto do mesmo anno, e pelo Acc. do Sup. Trib. de Justiça de 1 de Dezembro de 1877 (*Gaz. Jurid.* vol. 18, pags. 285 e 286.)

O art. 91 do Decr. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 dispõe : — “O divorcio dos conjuges que tiverem filhos communs, não annulla o dote, que continuará sujeito ao *onus* do casamento, mas passará a ser administrado pela mulher, se ella fôr o conjuge innocente.”

5.º Dispôr dos bens que, por terem sido dados pelo marido á concubina, ella houver reivindicado (199);

6.º Alienar e administrar os bens sobre os quaes nos pactos antenupciaes se reservou semelhante direito (200);

7.º Doar para depois da morte e por acto de ultima vontade deixar a sua meiação, não tendo filhos ou herdeiros necessarios (201);

Se o divorcio se realisar por mutuo consentimento, a administração do dote será regulada consoantemente as declarações do art. 85, isto é, a declaração da contribuição com que cada um dos conjuges concorrerá para a criação e educação dos filhos, ou da pensão alimenticia do marido á mulher, se esta não ficar com sufficientes recursos para manter-se.

QUESTÃO:— A mulher, defendendo o seu dote, ainda contra terceiro, pôde estar em juizo sem consentimento do marido? — Pela affirmativa julgou o Acc. de 8 de Junho de 1877, da Rel. de S. Paulo (*Dir.*, vol. 13, pag. 763).

Nós pensamos que a mulher pôde estar em juizo para defender o seu dote contra terceiro, mas supprido o consentimento do marido por alvará do juiz.

(199) Ord. do liv. 4, tit. 66.

(200) Ord. do liv. 4, tit. 46 pr.

(201) Dig. Port. art. 411.

QUESTÃO:— Póde a mulher casada fazer sem autorisação do marido doação a um filho? No caso negativo, é preciso sentença que declare nulla a doação?

Dividem se as opiniões, pensando uns que pôde a mulher doar, á vista das seguintes palavras da Ord. do liv. 4, tit. 97:— “Se o pai, ou a mãe, ou ambos conjunctamente, doarem alguma cousa móvel ou de raiz a algum de seus filhos em casamento”... Outros, porém, não tomando isoladamente o texto da Ord. cit., mas entendendo-a de harmonia com outras dispo-

8.º Quando é curadora do marido demente ou prodigo (202);

sições, taes como a da Ord. do liv. 4, tit. 95, que diz:— “a mulher não tem posse do casal por carta de ametade” e a da Ord. do liv. 4, tit. 64, que só ao marido faculta a liberdade de doar, e que a mulher não tem direito de dispôr por doação, nem mesmo de bens moveis, chegam como Almeida e Souza, *Notas a Mello*, á conclusão de que a mulher não pôde doar ao proprio filho do commum ou do outro matrimonio. O Cod. Civ. Port., cuja autoridade para nós não pôde ser contestada, porque em substancia é a codificação do direito civil portuguez preexistente, salvo as modificações impostas pelo desenvolvimento social, resolve a questão pela negativa (e esta é a nossa opinião) e assim dispõe peremptoriamente no art. 1476 — “Pódem fazer doação todos os que podem contractar e dispôr de seus bens.”

Não ha excepção, pois, para a mulher em favor do filho na constancia do matrimonio — “ubi lex non distinguit, nemo distinguere debet.”

Para responder á 2ª questão é preciso distinguir se o donatario está, ou não, de posse do objecto doado. No 1º caso elle não pôde ser tirado da posse em que está senão por sentença, porque ninguem pôde ser esbulhado da posse em que se acha sem ser ouvido—Avs. de 9 de Julho de 1767 e de 2 de Maio de 1847. No 2º caso a doação é contracto nullo *ipso jure* e não tem valor, sendo produzido para qualquer effeito juridico ou official. Reg. n. 737, art. 686, § 1.

(202) Barbosa á Ord. do liv. 4, tit. 48, § 3, n. 8.

QUESTÃO:—A mulher, curadora do marido interdito, pôde alienar, sem autorisação judicial, bens do casal para pagamento de dividas?

Em um trabalho devido á penna do illustrado Sr. conselheiro Paulino José Soares de Souza, de 30 de Junho de 1873, (*Dir.*, vol. 19, pags. 428 a 430) sustenta o illustre jurisperito do imperio que “a mulher do interdito assume a posição de chefe de familia, ou cabeça do casal e administra os bens como pro-

prios que são, tanto quanto ao marido, no regimen da communhão, e que, por isso, não carece de autorisação judicial para dispôr dos bens do casal para pagamento de dividas, fundando o seu asserto na Ord. do liv. 4, tit. 103, § 1. Não nos parece aceitavel a opinião daquelle jurisperito e ella não encontra apoio, nem mesmo em nosso direito subsidiario. A mulher do interdicto só póde dispôr, sem autorisação do juiz, das cousas moveis que forem de vender “para alimentar-se a si e aos filhos, ou comprar o que fôr de manifesta utilidade do casal”—Lafayette, *Dir. de Familia*, § 46, ns. 1 e 2; Guerreiro, T. 2, liv. 6, cap. 2, n. 120; Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2, tit. 8, § 19, n. 60; *Acc. Sum.* § 638, n. 10. Ainda neste ultimo caso entendeu Cabedo—P. 1.^o Dec. 106 ns. 5 e 6, e Reinos, obs. 28, n. 20 — que é necessario decreto judicial.

Esta lição, porém, não póde pela sua severidade ser aceita.

O corollario deduzido da Ord. do liv. 4, tit. 103 não autorisa nem admite o principio proclamado pelo illustre conselheiro, porque a disposição invocada refere-se á administração dos bens do prodigo pela mulher; entretanto é indiscutivel que o poder de administrar não envolve o de alienar. Ao contrario, a faculdade, ou poder da mulher, como administradora dos bens do casal, sendo o marido prodigo, é muito limitada e restricta, se attender-se a que é principio consagrado na mesma Ord. do liv. 4, tit. 103, § 1 que os proprios alimentos do marido prodigo, assim como as demais despesas necessarias, devem ser taxadas pelo juiz: disposição que passou para o Cod. Civ. Port. art. 348 § 1, ouvindo o juiz o ministerio publico e o conselho de familia.

Sendo o interdicto comparado ao menor e sendo as obrigações do curador iguaes ás do tutor (Borges Carneiro, § 261, n. 11), assim como não pode o tutor alienar os bens do menor sem autoridade do juiz, precedendo conhecimento da causa, Ord. do liv. 1 tit. 88, §§ 25 e 26) não póde pela mesma disposição, o curador do interdicto, ainda que seja sua mulher, dispôr dos bens do casal sem autorisação judicial, ainda que seja para pagar dividas.

9º Estando o marido em lugar incerto, onde facilmente não possa ser citado (203). Neste caso póde a mulher contrahir dividas para alimentar-se e aos filhos, dispôr das cousas moveis que forem de vender (204), fazer compras de manifesta utilidade do casal e praticar todos os actos de administração.

No caso de ausencia do marido em lugar incerto, por muito tempo, póde a mulher: 1º escusar a ausencia do marido sem dependencia de procuração d'elle; 2º litigar sobre materia de negociação ou officio, que exercita por autoridade do marido (205).

Quando, ou por capricho, ou por outro qualquer motivo infundado, o marido recusa a autorisação de que a mulher carece para estar em juizo, ou para praticar actos juridicos; quando o marido

(203) Borges Carneiro, vol. 2 § 125.

(204) Guerreiro, tom. 2 liv. 6 cap. 2. n. 120; Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2 tit. 8 § 19, n. 60; *Acc. Sum.* § 638, n. 10; Lafayette, *Direitos de Familia*, § 46.

QUESTÃO: — Se os conjuges estiverem separados, mas não divorciados, estando o marido em lugar conhecido, caso em que a mulher deve pedir supprimento ao juiz, qual o juiz competente para concedel-o—o juiz do domicilio do marido, ouo juiz do domicilio da mulher? O Aec. do Supremo Trib. da Justiça de 1 de Abril de 1871 (*Dir.* vol. 3 pag. 49) firma a doutrina de que é competente o juiz do domicilio do marido. Não achamos correcto esse decreto judicial e pensamos que nesta hypothese o juiz competente para conceder o alvará de licença é o do domicilio da mulher, firmando a nossa opinião em Pereira e Souza, *Proc. Civil*. not. 98 e Correia Telles, *Dig. Port.*, liv. 2 § 385.

(205) Borges Carneiro, § 125 cit.

está physica, moral ou judicialmente impedido de prestar a autorisação, como: *a*) se o marido é menor de 18 annos (206); *b*) se é orphão menor de 20 annos e casou sem licença do juiz (207); *c*) se tratar se de alienação de bens de raiz e o marido é menor de 20 annos, embora houvesse casado com licença do juiz, ou tivesse obtido carta de supplemento de idade (208), póde a mulher recorrer ao juiz do domicilio conjugal para supprir o consentimento (209).

A nullidade decorrente da falta de autorisação do marido póde ser sanada ratificando-se o processo antes de ser a nullidade opposta *ex-adverso* (210).

§ 5.^o—Da falta de outorga da mulher para litigar o marido sobre propriedade, ou posse de bens immobiliarios.

E' nullo o processo e a sentença proferida na causa promovida pelo marido sobre propriedade ou posse de bens immobiliarios sem procuração ou outorga de sua mulher (211), ainda que os bens

(206) Ord. do liv. 1 tit. 88 § 27.

(207) Ord. cit. § 19.

(208) Ord. cit. § 28.

(209) Ord. do liv. 3 tit. 47 § 2.

(210) Borges Carneiro, vol. 2 § 125.

(211) Ord. do liv. 3 tit. 47 pr. e § 2; Repert. vol. 3 pag. 423 e 750.

sejam proprios de algum dos conjuges (212); assim como nullos são todos os actos praticados em processo sobre bens de raiz sem citação da mulher do réo, que não está separada do marido por sentença de divorcio perpetuo (213), versando o litigio sobre a propriedade ou sobre a posse dos immobilia-rios (214).

Por bens immobiliarios ou de raiz, para este effeito, entende-se não só os que o são realmente, por natureza ou destino, mas os que a elles são equiparados, taes como o uso-fructo, o dominio util, os fóros, as pensões, tenças e prestações annuaes (215).

A outorga da mulher deve ser expressa, não bastando o consentimento tacito (216). A outorga pôde ser dada ou no mesmo acto de alienação ou antes desta por procuração (217).

(212) Dig. Port. vol. 2, art. 392, Cod. Civ. Port. art. 1119

(213) Pereira Souza, not. 221, e Borges Carneiro, § 125, n. 12.

(214) Ord. do liv. 3, tit. 47 §§ 2 e 3; Reg. n. 737 art. 673 § 8.

(215) Ord. do liv. 3, tit. 47 pr.; Borges Carneiro, vol. 2 § 120 ns. 36 e 37, Accs. da Relação do Rio de Janeiro de 12 de Maio de 1874 e 7 de Dezembro do mesmo anno, confirmado^s pelos Accs. do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 1875 (*Dir.* vol. 7, pag. 700).

(216) Pereira e Souza, not. 101; Borges Carneiro, vol. 2, pag. 94; Pimenta Bueno, *Apont. sobre as formal. do proc. civ.* secc. XIII, n. 67.

(217) Barbosa á Ord. do liv. 4, tit. 48 pr. § 31; Valasco, Cons. 85, n. 6.

Nas acções sobre bens de raiz a mulher deve ser citada pessoalmente não só no começo da causa, como para a execução, dispensando-se a sua citação só nos incidentes do processo (218).

A citação é necessaria ainda no caso de opposição ou assistencia (219).

Quando sem justa causa nega a mulher a sua outorga, póde o marido requerer supprimento ao juiz (220).

(218) Ord. do liv. 3, tit. 70, § 4; Barbosa, cit. n. 20 — *verbis non ex factis* —; Pereira e Souza, not. 221; Borges Carneiro, § 124, ns. 17 e 18; Acc. Rev. da Rel. do Rio de Janeiro de 16 de Abril de 1875 (*Dir.* vol. 7 pag. 380).

(219) Moraes, *de Execut.*, liv. 6, cap. 1, n. 37; Ord. do liv. 3, tit. 47, § 2.

(220) Ord. do liv. 3, tit. 47 § 5 e tit. 63 § 4.

QUESTÃO:— O marido póde requerer supprimento de outorga para alienar bens de raiz, ou sómente para litigar?— O *Direito*, vol. 32, pag. 565, transcreve uma sentença consagrando o principio de que a falta de outorga da mulher para o marido alienar ou hypothecar bens de raiz não póde ser supprida pelo juiz, porque as Ord. do liv. 3 tit. 47 § 5 e tit. 63 § 4, sómente auctorisam o supprimento para o caso de demanda sobre bens de raiz, e que, se a Ordenação quizesse auctoral-o para a alienação, teria sido expressa. Parece que esta sentença passou em julgado e della não foi interposto recurso.

Achamos incorrecto o fundamento da sentença, deduzido da falta do emprego da palavra—alienar—porque: 1º, se a Ordenação é ommissa, quanto ao direito de alienar bens immobiliarios, tambem o é quanto aos mobiliarios; 2º, porque não é possível encontrar na lei todas as disposições, porque ella não póde ser casuística e ao direito civil é applicavel perfeitamente o conceito de Berlay sobre o estudo e applicação do direito commercial—*Il faut avoir soin de bien le comprendre, de manière*

A nullidade proveniente da falta de outorga da mulher para o marido litigar sobre os bens de raiz e a falta da citação da mulher (221), quando o marido é réo, é nullidade relativa, e como tal póde ser supprida (222) pelo consentimento superveniente em qualquer tempo (223), e não póde ser decretada pelo juiz *ex-officio*,

que la pensée de la loi, plus que ses mots, soit le guide de l'interprète ou du juge — Contrarios á severidade da sentença, que não nos parece consoante ao principio que rege o poder marital, são as opiniões de Lafayette *Direitos de Família*, §§ 39, 1, firmado nas opiniões de Guerreiro e Lobão; Coelho da Rocha § 233, e Loureiro, 33, 119 e 120, liv. 1, tit. 7, e, sobre todas, a auctoridade, para nós incontestavel, do Cod. Civ. Port., que no art. 1119. paragrapho unico, dispõe que póde ser supprido por decreto judicial o consentimento do consorte dissidente *no caso de alienação de bens immobiliarios*.

(221) *E tal obrigação subsiste, ainda quando o réo se case depois de começado o feito e desde o tempo do casamento* — Ord. do liv. 3, tit. 47 § 3.

(222) Ord. do liv. 3, tit. 63, § 1.—Reg. n. 737, art. 687, —*in verbis*—mas as nullidades relativas estabelecidas em favor de certas pessoas, como a mulher casada—

(223) Ord. do liv. 3, tit. 63 pr. e § 2, Silva á cit Ord. n 5: Borges Carneiro, § 124, n. 8; Repert., vol. 2, pag. 262, *in verbis*: “Erro que é allegado depois da sentença na segunda instancia, se suppre pelos juizes superiores.”

O chamamento da mulher a juizo, posto que necessario, não o é senão secundariamente, como interessada, e não ré principal—Borges Carneiro, vol. 2, § 124, ns. 1, 3, 5 e 30; e por isso pensa este juriconsulto que sendo a sentença favoravel á mulher e consentindo ella, a sentença é valida.—Vol. 2, § 124, not. 4, pag. 94.

QUESTÃO:—Póde um credor chyrographario arguir a nullidade de uma escriptura de hypothecca passada pelo marido sem

Tal nullidade só pôde ser allegada e proposta pela mulher ou por seus herdeiros (224).

outorga da mulher?—Não; só a mulher, ou seus herdeiros, pôde arguir a nullidade instituida em seu favor, conforme os principios que já largamente deixámos expostos. Entretanto, dois Accórdãos da Relação do Maranhão, um de 27 de Setembro de 1871 e outro de 6 de Dezembro do mesmo anno (*Direito*, vol. 29, pags. 514 e 517) contra o voto de um juiz que corporifica um protesto contra a dignidade offendida da lei, firmaram a absurda doutrina de que um credor chyrographario pôde arguir a nullidade de escriptura da hypotheca passada sem outorga da mulher. O Supr. Trib. de Just., felizmente, concedeu revista por decisão de 25 de Outubro de 1882, salvando assim a jurisprudencia de mais esse attentado.

(224) Esta doutrina foi sustentada pelo Acc. do Supr. Trib. de Lisboa de 9 de Junho de 1842 (Corte Real) que firmou o principio de que a falta de citação da mulher, quando allegada, não annulla o processo e deve ser supprida, porque a Ord. do liv. 3, tit. 63, §§ 1 e 2, diz que, allegada esta falta, mande o juiz fazer a citação, e, se fôr allegada no gráo de appellação, os juizes suppram tal erro, sem por elle os autos processados serem nenhuns. Reg. n. 737, art. 687. — E' erro grosseiro pensar-se, como temos visto por vezes, até em sentenças, que a falta de outorga da mulher não pôde ser em qualquer tempo ratificada; porque esta garantia concedida á mulher, como um meio de resguardar e proteger a meiação, é um direito que ella pôde renunciar. Esta nullidade é relativa, só a mulher por si ou seus herdeiros pôde arguil-a—*Dig. Port.*, vol. 2, art. 393.

Se a mulher entender que é util consentir, não se lhe deve disputar o seu direito, isto é obvio e logico; entretanto, no fôro da Parahyba do Sul, na causa de nullidade de testamento movida por Emydio Pereira Nunes e outros, dos quaes fomos advogado, contra o Barão de Santo Antonio, não se tratandô de uma acção sobre bens de raiz, mas de uma acção de nullidade de testamento e petição de herança, o juiz da primeira instancia, incorrendo em peccado, do qual deve estar arrependido, julgou

O supprimento da nullidade pôde verificar-se por diversos modos :

a) Mandando o juiz, antes de proferida a sentença, que o autor faça citar a mulher, sendo ella ouvida sobre o feito (225);

b) A requerimento do autor, antes da sentença (226);

c) Comparecendo a mulher em juizo para reclamar, caso em que se dá vista dos autos para dizer de novo o que lhe convier (227);

d) Comparecendo a mulher em juizo e prestando o seu consentimento espontaneo por termo

nulla a acção por faltar a procuração da mulher de um dos autores.—E, embargada a sentença, veiu a mulher a juizo ratificar a falta, por termo nos autos, sancionando expressamente tudo que seu marido tinha feito e juntando procuração para proseguir na causa; entretanto, quanto é triste esta recordação! o juiz, apezar de tudo, desprezou os embargos pelo fundamento de que a acção foi proposta sem outorga da mulher de um dos autores e que a *ratificação não podia sanar os actos anteriores*. Dislate gravissimo, que o Trib. da Rel. do Rio (como é triste dizel o, porque é uma vergonha!) confirmou! E' por causa disso que já uma vez escrevemos que no Brazil a justiça é cega, como a deusa que preside as bancas de jogo; cegueira ás vezes filha da ignorancia é outras muitas vezes da prevaricação.

(225) Ord. do liv. 3, tit. 63, § 1.

(226) *Repert.* vol. 2, pag. 259 *ibi*—*Erro do processo por não intervir procuração ou citação da mulher se pôde supprir até sentença sem se haverem por nullo os actos processados*;—é á pag. 262 *in verbis*: “Erro que é allegado depois da sentença na segunda instancia se suppre pelos juizos superiores”—Ord. do liv. 3, tit. 63.

(227) *Repert.* pag. cit. 259.

nos autos, ou juntando procuração para o proseguimento da causa (228), pelo principio de que — o comparecimento espontaneo do réo sana a falta ou defeito da citação (229).

(228) *Si tamen persona citata compareat in judicio ad se defendendum, tunc suppletur omnis defectus citationis*—*Repert.* vol. 3, pag. 752.

(229) Pereira e Souza, not. 88o n. 2

QUESTÃO:— Sendo a sentença favoravel á mulher e consentindo ella na mesma, sem ter dado anterior supprimento, é a sentença valida ?

Não temos duvida em sustentar a affirmativa, posto que da disposição do art. 61 do Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, que faz só referencia aos menores puberes e interdictos, se possa tirar argumento em contrario. Mas o silencio do Decr. citado desaparece diante das seguintes razões: A nullidade estabelecida em favor da mulher casada só por ella ou seus herdeiros pôde ser allegada e proposta (Reg. n. 737, art. 687) e, desde que a mulher consente na sentença que lhe é favoravel, fica sanada a falta ou defeito da sua interferencia no processo, ainda que o vicio provenha da falta de citação inicial, porque, não obstante não possa ella ser supprida, a regra não se estende á mulher casada, porque as *Ordenações* falam da primeira citação da parte principal e, conseguintemente, do marido e não da mulher; falta esta que *ex-post facto* pôde supprir-se, pois que a falta de citação da mulher casada não inibe a defeza que o marido pôde produzir por ambos, como inibiria se elle não tivesse sido citado.— Esta é a opinião de Silva á Ord. do liv. 3, tit. 63, § 5, n. 11.

CAPITULO IV

VICIOS INTRINSECOS DOS CONTRACTOS

§º 1º—Do erro (230)

O erro é o maior vicio dos contractos, porque assentando elles no consentimento das partes, não pôde haver consentimento, havendo erro sobre o objecto do contracto: *non videntur qui errant consentire* (231).

O erro só produz a nullidade do contracto quando recahe sobre a substancia do objecto do contracto e não sobre uma qualidade accidental (232).

O erro é a idéa falsa de uma cousa. Ignorancia é a falta total da idéa.

Esta é causa, aquelle é effeito na expressão de Domat.

(230) Sobre varias hypotheses que podem ser levantadas sobre o erro, como vicio das convenções, deve ler-se: Pothier, *Pandect.* t. 1 pag. 645, n. 3; Merlin, *Repert.* verb. *choix*, § 1, n. 10; Toullier, tit. 6, n. 58 e tit. 2 n. 63; Delvincourt, tit. 2, pag. 677; Duranton, tit. 10, n. 127; Favard de Langlad, verb. *Erreur*.

(231) Liv. 116, § 2 ff. de Reg. Juris; Cod. Civ. Franc., art. 1109; Pothier, *Oblig.*, art. 3, § 1.

(232) Cod. Civ. Franc., art. 1110.

Tanto o erro como a ignorancia podem ser de direito ou de facto, e desde que versem sobre a substancia do contracto, o annullam.

Alguns praxistas, seguindo a distincção do direito romano entre erro de facto e erro de direito, doutrinam que este só pôde ser invocado como favor concedido aos menores, soldados e rusticos (233).

Essa distincção é destituida de fundamento.

O profundo Mello Freire (234) sustenta que o erro, tanto de facto como de direito, pôde ser implorado, não só por via de restituição para se annullar a obrigação, como para repetir o que indevidamente foi dado (235).

O principio por alguns invocado como argumento contra o erro de direito:—*Nemo censetur ignorare legem*—só tem applicação no direito penal, porque a lei imperiosa da ordem publica exige que ninguem se defenda invocando a ignorancia da lei. Não ha razão plausivel para applical-o ao direito civil, e seria injusto que a lei sacrificasse aquelles

(233) *Rep. das Ord.* verb. *Ignorancia se não pôde.*

(234) *Inst. jur. civ. lusit.* liv. 4, tit. 4, § 10.

(235) A repetição do indebito tem logar (Pothier, *Treat. de consumption*, n. 142) quando se verificam estas condições: 1º, que o pagamento não fosse devido; 2º, que não houvesse causa real de pagar. Nesta acção ao autor compete a prova da falta de obrigação e de pagamento—*Acc. Rev. da Rel. do Rio de 30 de Novembro de 1877 (Gaz. Jur. vol. 18 pag. 106).*

que mais carecem de sua protecção, que são justamente os que ignoram as suas disposições (236).

O art. 1110 do Cod. Civ. Franc. não faz distincção entre erro de direito e erro de facto; o art. 659 do Cod. Civ. Port. admite o erro de direito como causa de nullidade, e bem assim o art. 1109 do Cod. Civ. Ital., desde que foi o erro a causa principal do contracto.

O erro de facto se dá quando fica evidente que, aquelle que errou, consentiu no contracto, porque ignorava a verdade do facto, ficando patente que o contracto não teve outro fundamento senão um facto contrario á verdade, que era desconhecida (237).

O erro commum não é causa de nullidade dos contractos—*Error communis jus facit* (238).

(236) Mourlon, *Repet. escript. sur le Cod. Nap.*, vol. 2 pag. 533.

(237) Domat, *Lois Civ.*, liv. 1, tit. 18 sect. 1, n. 6 pag. 149.

(238) Assim dispõe o art. 664 do Cod. Civ. Port.—“O erro commum e geral não produz nullidade. A respeito deste principio é varia a nossa jurisprudencia.

O Supremo Tribunal de Justiça em Acc. de 29 de Agosto de 1885 contra dois Accs. da Rel. do Ouro Preto, que confirmando a sentença de primeira instancia, julgaram valida uma escriptura de venda passada por um escrivão interino do juiz de paz, nomeado no impedimento do effectivo, que estava doente, concedeu revista por injustiça notoria. (*Direito*, vol. 38 pag. 338.)

E' severo e injusto este modo de julgar do antigo tribunal supremo, nullificando actos praticados pelas partes em boa fé, na crença de que o serventuário, munido de um titulo de nomeação do superior legitimo—o juiz de paz, e juramentado, podia dar authenticidade aos actos perante elle celebrados.

O erro *communis* a ninguém deve prejudicar.

“Na verdade, diz Dalloz— “Dispositions entre vifs et testamentaires” tit. 4 cap. 2 Secc. 4 art. 5 —acreditar no que todo o mundo deve crer, no que a autoridade publica induz a crer, e aos particulares não compete alterar, não deve, razoavelmente, constituir os cidadãos em má fé, nem tornal-os victimas de um acto fundado.

Dentre os praxistas foi Moraes quem melhor expoz os termos da questão, como se vê das seguintes palavras e de outras que vamos reproduzir:

“Quando ille qui est in possessione officii, titulum habet a legitimo superiore, sed nullum ab vitium latens, est quia ipse est ex communicatus, aut alias inhabilis ad officium”.

E' preciso distinguir quando o official publico não tem titulo de nomeação e se arrega a si proprio o officio; neste caso elle é *putativo e falso*, como diz Pereira e Souza em a not. 450 e nullos são todos os actos praticados e tal official incorre até em crime—“Quando ille (como diz Moraes) qui est in possessione officii existit atque titulo a legitimo superiore, gesta per eum instrumentaque per ipsum conscripta, nulla sunt”.

Quando, porém, o individuo exerce o cargo em virtude de titulo passado por superior legitimo e todos o suppunham validamente investido das attribuições do cargo, neste caso validos são os actos por elle praticados. Diz ainda Moraes: “Valent gesta per officialem qui pro tali communiter prestabatur, cum non esset et in hoc casu, procedent jura tantum tribuentia publico errore semper enim supponent legitimum a superiore habitum sed ob vitium latens nullum”.

Da mesma opinião são Silva Pereira, *Repet.* tom. 2 pag. 142, not. c, Liz Teixeira, part. 2^a tit. 5 § 11, que acompunha a opinião de Mello Freire, *Instit. Jur. Civ.* liv. 3 tit. 5 § 11; *Cod. Philip.* pag. 920.

Consoante a esta doutrina, a Rel. de S. Paulo em Acc. de 18 de Dezembro de 1883 confirmou a sentença do juiz de direito de Santos, que julgou valido um testamento feito por tabellião interino nomeado incompetentemente pelo juiz de direito.

Sem embargo da grande autoridade de Merlin, vol. 17 verb. *Temoins instrumentaires*, § 2 n. 3, 26 que, explicando a frag. 3^o de *officio Prætorum* (I, 14), diz que os editos e decretos promulgados pelo escravo Barbarius Philippus, que em Roma foi investido da pretura por ser desconhecida a sua condição, foram considerados validos, não por causa do erro *communis*, mas porque o povo romano poderia conferir a dignidade da pretura a um escravo manumittendo-o, se a sua condição fosse conhecida, sustentamos o principio do *error communis jus facit*, que no direito romano tem assento no frag. 3^o § 5^o Dig. de *supellectile legata* e 3^o de *Senat. Cons. Mac.* (XIV 6), no frag. cit. de *officio prætorum* e em nosso direito na Ord. do liv. 4 tit. 85, princ. O Cod. Civ. Ital. contém este salutar principio—“L'atto che per incompetenza od incapacità d'ell'uffiziale o per difetto di forma non ha forza di atto publico, vale come scrittura privata, quando sia stato sottoscritto dalle parti: art. 1316.”

Liz Teixeira, vol. 2, pag. 188, tratando da maxima—*error communis jus facit*—, pela qual reputam-se validos os actos praticados por pessoas incapazes, mas em exercicio de funções que lhes foram confiadas, chega ás seguintes conclusões com Guerreiro e Cujacio: 1^o—que é valido o testamento em que figura como testemunha o impubere reputado pubere;—2^o que é valido o testamento em que tem parte como tabellião o que por tal é tido geralmente, não o sendo, por applicação da lei 17 Dig. de *legibus*.

Mas pergunta o mesmo Liz Teixeira, se o erro não é *communis*, ou geral, a incapacidade de uma ou outra testemunha, por lhes faltarem algumas das qualidades, fará nullo o testamunho? Parece, responde elle, que se todas formam o numero legal e não ha depoimentos contradictorios em quanto á disposição, a capacidade real do maior numero com a putativa do menor, sustentam o testamento pela maxima — *Utile non vilitur per inutile*, pois não descobrimos razão sufficiente para que esta generalidade se não applique á hypothese.

§ 2º — Do erro sobre a causa

O erro annulla a convenção (Pothier, *Oblig.* n. 181) quando versa sobre a qualidade da cousa que as partes tiveram principalmente em vista, qualidade que constitue a própria substancia da cousa.

“Por substancia da cousa, diz Zachariæ, se deve entender não só os elementos materiaes que a compõem, mas ainda as propriedades, cuja reunião determina sua natureza especifica e a distingue, conforme as noções communs, das cousas de outra qualquer especie.”

O erro sobre a substancia é, segundo Pothier, erro sobre as qualidades; entretanto, todo erro sobre as qualidades não é substancial.

Como determinar ou precisar os casos em que o erro é substancial?

Dependendo o facto de varias circumstancias, é preciso, dizem Domat e Pothier, procurar o movel que levou as partes a contractarem, isto é, saber qual a intenção dellas.

A intenção das partes é que determina se uma qualidade é ou não principal, procurando-se no contracto ver o que ellas tiveram em vista.

Preferimos esta distincção ás definições de Zachariæ, Marcadé e outros, definições que muito têm contribuido para avolumar no fôro a confusão e a duvida.

Em nenhum caso, melhor do que neste, verifica-se que *omnia definitio in jure civili periculosa est.*

Assim se expressam Domat e Pothier: "Se as partes só contractaram porque ignoravam que a cousa não tinha tal qualidade que ellas suppunham, o erro é substancial e viciará o contracto; se, porém, as partes contractaram, ainda mesmo sabendo que a cousa não tinha tal qualidade, o erro não annulla o contracto.

Na impossibilidade de determinar regras fixas, ao arbitrio dos juizes e tribunaes fica a faculdade de apreciar a intenção das partes á vista das circumstancias e das provas, e d'ahi a variedade de decisões dos tribunaes francezes contradictando-se, contradicção, que ás vezes é apparente, porque as circumstancias das causas fazem variar o modo de julgar e de apreciar a intenção das partes contractantes.

Neste assumpto não offerece uniformidade o modo de julgar dos tribunaes francezes (239).

(239) Um individuo comprou um quadro de flores que o vendedor lhe disse ser de um certo pintor notavel; verificando, porém, que o quadro não era do autor a quem se attribuia, pediu a nullidade do contracto; o tribunal do Sena, fundando-se na definição de Zachariæ, entendeu não ser condição essencial do negocio o nome do autor do quadro, visto não ter havido estipulação formal. Este julgado foi, como não pôdia deixar de o ser, reformado pela Côte de Cassação, com o fundamento de que devia-se considerar como fazendo parte da cousa e pertencendo

cendo á sua substancia o nome do autor de uma obra d'arte, tal como um quadro, quando este nome entrou na convenção e formou a condição essencial. Dalloz, 1863, 3, 24.

QUESTÃO:— Um individuo comprou uma machina para descarregar café, garantindo-lhe o inventor que a machina descarregava um numero extraordinario e determinado de alqueires por dia; mas posto o apparelho a funcionar, não produziu elle o resultado garantido.

Tivemos noticia desta questão, que foi perdida pelo comprador, decidindo o juiz de primeira instancia não ser o numero de alqueires, que a machina devia descarregar por dia, condição essencial ao contracto, uma vez que a machina descarregava café, não tantos, porém quantos alqueires.

Surprehendeu-nos semelhante jurisprudencia e, consultados, declaramos ser tóra de duvida que o effeito prometido pelo vendedor da machina era condição essencial do contracto, porque o comprador não o teria effectuado, se não acreditasse na efficacia dos effeitos garantidos, e que estes não podiam deixar de ser reputados parte integrante e substancial da machina, porque a intenção do comprador não foi comprar uma machina qualquer, mas sim uma machina que pudesse satisfazer ás suas exigencias e necessidades, isto é: descarregar um certo numero de alqueires de café por dia, *condição que lhe foi garantida pelo inventor e vendedor.*

A questão ficou em primeira instancia, porque o comprador teve medo de pagar maiores custas. Bellezas do nosso velho regimen judiciario, um pouco melhor do que o actual.

Em Dalloz, verb. *Oblig.* n. 134, encontra-se um caso perfeitamente igual á hypothese proposta e que foi julgado, com criterio e justiça, pelo Tribunal de Grenoble; o caso é este: um individuo vendeu um processo mecanico de sua invenção, garantindo que por elle, no espaço de seis a oito dias, toda a pessoa de ordinaria intelligencia aprenderia a escrever.

O comprador pediu a nullidade da venda pelo motivo "de que os resultados prometidos pelo vendedor não podiam ser obtidos no prazo fixado", e o contracto foi por este fundamento julgado nullo.

O erro só vicia o consentimento quando é substancial, isto é, quando versa sobre a substancia da coisa que é objecto do contracto, ou quando versa sobre a consideração da pessoa que foi a causa principal do contracto (240).

§ 3^o—Do erro sobre a pessoa

Quando o erro sobre a qualidade da pessoa foi a causa principal do contracto, elle destróe o consentimento ou, como diz Pothier (241): todas as vezes que a consideração da pessoa, com quem se contracta, *entra por qualquer causa no contracto*, o erro destróe o consentimento e torna o contracto nullo.

E' preciso não entender restrictamente e ao pé da letra esta opinião, para não chegar-se á conclusão de que todo erro sobre a pessoa annulla o contracto. Precisemos, pois, as bases da questão.

Quando se póde dizer que a consideração da pessoa é a causa principal da obrigação?

A esta pergunta, formulada pelos jurisconsultos francezes, respondem elles da seguinte forma: Tudo depende da intenção das partes contractantes; é uma questão de facto, sobre a qual é impossivel dar uma resposta positiva, e para demonstral-a espraíam-se em muitos exemplos e distincções.

(240) Cod. Civ. Franc. art. 1110; Cod. Civ. Port. art. 657.

(241) *Obligat.* n. 19.

Para circumscrever a questão, nós distinguiremos os contractos gratuitos dos onerosos.

Naquelles a consideração da pessoa é sempre a causa efficiente e primordial, porque é sempre pela consideração pessoal que somos levados a praticar uma liberalidade.

Quando alguém faz uma doação ou emprestimo a Pedro, suppondo que o fazia a Paulo (é o exemplo de Pothier), o contracto é nullo porque a consideração da pessoa de Paulo entrou no contracto como causa principal; porque era a Paulo e não a Pedro que se queria beneficiar.

Nos contractos onerosos, porém, é preciso fazer a seguinte distincção: envolvendo elles a obrigação de fazer, de sorte que ella não possa ser satisfeita senão pelo devedor, ou que um outro não a possa satisfazer tão bem, a consideração da pessoa é a causa principal da obrigação, como no caso do mandato, onde a confiança pessoal do mandatario é a causa da obrigação: no caso de um trabalho artistico, onde a intelligencia e capacidade do artista são a causa do contracto; e, ainda, nos contractos em que o conhecimento dos negocios, as relações pessoaes e o credito de alguma pessoa são indispensaveis para a execução de certos empreendimentos (242).

(242) Massé, *Droit Commercial*, tit. 3, pag. 81, n. 1493.

Se o contracto, porém, tem por objectivo uma cousa que se vende, a consideração da pessoa será as mais das vezes indifferente, porque o nome do vendedor ou comprador em pouco importa, porque a cousa e o preço são o objecto principal do contracto.

Nos contractos de locação, por ex. : o nome do locatario muito importa e interessa ao locador, que procura não só pessoa exacta e pontual nos seus pagamentos, como ainda um rendeiro cuidadoso e trabalhador.

Nesses contractos prevalece o principio do Cod. Civ. Franc. art. 2053: Uma transação póde ser rescindida quando ha erro na pessoa ou sobre o objecto do contracto.—Ella o póde ser em todos os casos em que tem logar o dolo ou a violencia.

Igual disposição se encontra no Cod. Civ. Port. art. 657, n. 3 e no Cod. Civ. Ital. art. 1110, segunda parte—“che la considerazione della persona colla quale s'intende contrattare, sia la causa principale della convenzione”.

§ 4º--Da coacção

A coacção é exercida por medo ou violencia.
O medo é effeito da violencia.

Quando o consentimento de algum dos contrahentes é extorquido por medo ou violencia, o

contracto é nullo (243), pela razão que dá Mantica (244).

E' nullo o contracto, sendo o consentimento extorquido por coacção, ou ella provenha de algum dos contraheutes ou, note-se bem, de terceiro.

A coacção consiste no emprego da força phisica ou de quaesquer meios, que produzam damnos, ou fortes receios delles, relativamente á pessoa, honra ou fazenda do contraheute ou de terceiro (245).

Voluntas coacta non est voluntas, e, por isso, depende de provas em acção rescisoria, proposta pelo violentado ou seus herdeiros, a nullidade do contracto em que a vontade foi extorquida por coacção.

Cessando a violencia e approvando o violentado, expressa ou tacitamente, o contracto, deixando prescrever a restituição que deve ser pedida no prazo de 10 annos, depois de cessada a violencia, fica purgado o vicio do contracto (246).

Segundo o direito romano, a violencia só podia ser invocada como causa de nullidade do con-

(243) Ord. do liv. 4, tit. 75; Reg. 737, art. 685.

(244) " *Voluntas est animo motus, nullo congruo imperio, et si cogatus vin patitur et in errore arbitrum non est.* "

(245) Cod. Civ. Port. art. 666; Cod. Civ. Franc. art. 1111; Cod. Civ. Ital. arts. 1111 a 1114, Cod. Civ. da Sardenha, art. 1198.

(246) Cod. Civ. Franc., arts. 1115 e 1304. O Cod. Civ. Port. fixa o prazo de um anno a contar do dia em que a coacção haja cessado.

tracto, quando: 1^o—fosse ella capaz de fazer impressão sobre uma pessoa animosa—“*metus non vani hominis sed qui in homine constantissimo cadat*”; 2^o—quando a parte forçada a contractar tivesse sido intimada pelo temor de um grande mal—*meto majoris malis*,—exercido sobre a sua pessoa, ou sobre a de seus filhos ou parentes proximos—“*nam nihil interest in se quis veritas sit, aut in liberis suis*” (247); 3^o—quando o mal de que tivesse sido o contrahente ameaçado fosse mal immediato, sem demora, desde que não fizesse o que se lhe propunha—“*metum præsentem non suspensionem inferendi ejus*”.

Pothier, fazendo a critica destes principios com as opiniões de Grocio e Brunneman, assim se expressa (248): “Todos estes principios do direito romano são muito justos e tirados do direito natural; mas aquelle de não admittir outro temor senão o que é capaz de fazer impressão sobre um homem muito animoso, é muito rigido e não deve ser seguido á letra entre nós; deve-se ter respeito á idade, ao sexo e á condição da pessoa. O temor que não é sufficiente para intimidar um homem de idade madura, robusto e forte, póde ser sufficiente para abater o espirito de uma mulher, de um homem timido, de um velho. O Cod. Civ. Ital. apro-

(247) Cod. Civ. Franc. art. 1113.

(248) *Oblig.*, art. 3, § 2.

veitou-se da lição, estatuinto que: (249)—“ Il consenso si reputa estorto colla violenza, quando questa è di tal natura da far impressione sopra una persona senzata, e da poterle incutere ragionevole timore de esporre sè o le sue sostanze ad un male notabile. Si ha riguardo in questa materia all'età, al senso ed alla condizone delle persone ”.

As ameaças vagas e de futuro, que, no rigor do direito romano, não são causa de nullidade do contracto, constituindo uma manobra, um artificio para se obter o consentimento, dão logar á acção para pedir a reparação do damno causado, porque, se o contracto não pécca por falta de consentimento, pécca por falta de boa fé, e é pela rescisão do contracto que se póde obter a reparação do damno causado (250).

A ameaça, que faz um credor ao seu devedor, de mover-lhe demanda ou requerer contra elle ordem de prisão, não é motivo para nullidade do contracto.

Pothier, explicando a L. 22 ff. 22 *Qued met. caus.*, sustenta ser valido o contracto feito pelo devedor, embora preso, com o credor que requereu a sua prisão, e que a lei romana deve entender-se quanto á *prisão injusta*. Perante nosso direito, porém, deve ser entendida em sentido absoluto a lei romana — “ Qui in carcerem quem detrusit, ut

(249) Art. 1112.

(250) Grocio cit. por Pothier, obr. e lug. cit.

aliquid ei extorqueret, quid quid ob hanc causam factum est, nullius momenti est"; porque a Orç. do liv. 4º tit. 75 princ. não admite que aquelle que requer a prisão possa contractar com o preso, sem preceder licença do juiz, o qual deve tomar conhecimento do contracto e examinar se elle é ou não razoavel.

As considerações vagas ou geraes, que os contrahentes fazem entre si sobre os proveitos ou prejuizos, que naturalmente possam resultar da celebração do contracto, não são tomadas em consideração para qualificação de dóllo ou de coacção (251).

Não é licito renunciar previamente á nullidade proveniente do dóllo ou da coacção. Mas, tendo cessado a violencia, ou sendo conhecido o dóllo e o contracto ratificado pelo coagido ou enganado, este não poderá mais impugnal-o por aquelles vicios (252).

Em regra reputam se capazes de incutir medo as ameaças de perda da vida, da saude, da honra, da liberdade e da fortuna, ou seja com relação ao proprio ameaçado ou ao seu consorte, ascendente ou descendente (253).

(251) Cod. civ. Port., art. 667.

(252) Cod. Civ. Port., art. 668.

(253) Cod. Civ. Franc., arts. 1112 e 1113; Coelho da Rocha, obr. cit. § 102.

§ 5º — Do dolo, fraude e simulação

Por mais que andem por ahi confundidas as palavras — dolo, fraude e simulação — e empregadas como synonymos em arrazoados, sentenças e até em compendios de direito (254), ellas exprimem noções distinctas.

Dólo, como define Labeão (255) é o artificio, a astucia, a machinação, de que alguém se serve para enganar a outro e obrigar-o a praticar uma acção que sem isso não praticaria — *omninem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, discipiendum alterum*.

Na impossibilidade de precisar todas as *ruses* e recursos de que se póde servir o espirito humano para enganar, o jurisconsulto Aquilio descremina os seguintes elementos constitutivos do dolo — a astucia, trapaça, finura, artificio, manobra, dissimulações insidiosas, palavras e simulações calculadas, emprego de falso nome ou falsa qualidade, allegação de falsos empregos, de poder ou credito imaginario, excitação de esperanças ou temores chimericos, abuso de confiança, abuso de credulidade (256).

(254) Coelho da Rocha, no § 101, emprega-as como synonymos.

(255) L. 1, § 1, ff. *de dól.*

(256) Esta especie de Protheo, que toma fórmulas diversas para escapar á exactidão de um signal fixo, certo, absoluto, nem por isso deixa de ser apanhada e descoberta nas suas variações

O dolo divide-se em *determinante* e *incidente*, ou, conforme a expressão dos Doutores, *dolus dans causam contractui* e *dolus incidens in contractum*.

O primeiro é sempre causa de nullidade, o segundo não.

O primeiro vicia sempre o consentimento, o segundo affecta certos accessorios, certos incidentes do contracto.

A parte enganada pelo dolo *incidente* não tem, portanto, acção por nullidade da convenção, tem-n'a, porém, pelos damnos emergentes e lucros cessantes (257).

Os romanos reconheciam duas especies de dolo — o *dolo bom* e o *dolo máo* (258).

modalidades ou manobras para fazer uma cousa, simulando outra — *cum esset aliud simulatum, aliud alterum*.

E' preciso não confundir, como tantas vezes temos visto no fóro, o dolo civil com o dolo criminal, procurando-se descobrir naquelle os elementos constitutivos do estellionato.

A lei civil (Ord. do liv. 4, tit. 13) exige menos para a annullação de um contracto por causa do dolo, do que a lei penal, isto é: exige tão sómente que o consentimento de uma das partes tivesse sido illudido por manobras dolosas.

(257) Pothier, *Traité des obligat.*, n. 31, desenvolve brilhantemente a questão.

(258) L. 1, ff. *De dolo malo*. Consistia o *dolo bom* por opposição ao *dolo máo* no emprego de habilidade e destreza consummadas *pro solertia*, não para prejudicar interesses de outrem, mas no simples intuito de proteger legítimos interesses. Não passou para o nosso direito a expressão *dolo bom* e ao contrario empregam sempre as nossas Ordenações a expressão dolo, simplesmente, dando-lhe o sentido da expressão latina — *dolus malus*.

Ha uma especie de dolo que alguns jurisconsultos denominam *dolo tolerado*, isto é, o que a lei deixa passar com embargos da moral: tal o dolo que consiste em dissimular os defeitos da cousa, já emprestando-lhe predicados que ella não tem, já exaggerando-lhe as qualidades, ou occultando-lhe os defeitos, uma vez que a má fé não chegue ao ponto de, por artificios, mudar o exterior da cousa, ou impedir á outra parte a verificação da realidade.

O *dolo tolerado* é o que não justifica os danos e lucros cessantes, por sua propria grosseria, que consiste em processos de mediocre engenho, mui vulgarmente empregado nos mercados e nas transacções commerciaes.

Além do dolo na expressão geral, que é o praticado á força de manobras, reconhecem os jurisconsultos outra especie de dolo, que denominam *dolo real* — *dolus reipsa, quia res in se dolum habet* (259) e que não é mais do que a lesão enormissima, por tal fórma extraordinaria, que impossivel é

(259) L. 36 ff. *De verb. obligat.*

QUESTÃO: — Sendo o acto válido, pôde a parte obrigada tirar da má fé do seu adversario excepção a oppôr a terceiros? Um exemplo melhor esclarecerá a hypothese: Pedro subscreveu em boa fé uma obrigação de cinco contos de réis, sem que tal somma lhe fosse entregue. O doloso contractante que não deu a importância cedeu o crédito a um terceiro de boa fé, isento de conluio ou fraude.

Póde Pedro allegar em juizo o dolo, ou é obrigado a pagar ao cessionario?

Geralmente os nossos juizes e tribunaes têm julgado

suppôr não ter havido má fé da parte de quem d'elle se serviu. Como o nosso direito só o reconhece como lesão, d'elle nos occuparemos em capitulo especial.

O dóllo nem sempre affecta o fundo das convenções. Casos ha em que envolve sómente a fórma, o instrumento, *exempli gratia*: uma doação dissimulada sob a fórma de contracto de venda, ou uma venda em que se dissimula o justo preço, diminuindo-o ou augmentando-o.

Este dóllo não affecta intrinsecamente a validade da convenção, que não está no seu principio,

esta hypothese muito superficialmente e por umas noções apanhadas no ar, de que o terceiro de boa fé nada tem com o dóllo do cedente. Para responder á questão é preciso distinguil-a do seguinte modo: Se Pedro não foi induzido por dóllo a subscrever a obrigação e o dóllo sobreveiu depois do acto realizado, recebendo o contractante o documento e não dando a importancia d'elle, é claro que Pedro é obrigado a satisfazer ao cessionario, salvo o direito de proceder contra aquelle com quem contractou, porque a sua má fé e o seu dóllo (delle) sendo estranhos ao proprio fundo da convenção considerada em sua fórma originaria, só produzem resultados pessoaes, dos quaes não póde Pedro prevalecer se contra terceiros, de boa fé. Se, porém, o contracto foi viciado na sua origem por ter sido Pedro induzido por dóllo a subscrever a obrigação, então póde oppôr ao terceiro, ainda de boa fé, a nullidade resultante do vicio de que *ab initio* foi o seu consentimento inquinado.

Para bem se resolver em materia de dóllo é preciso que se tenha sempre em vista que é capital a distincção entre o dóllo que affecta a formação do contracto e que, portanto, o torna nullo para todos os effeitos legaes por vicio de consentimento (pois neste caso não ha contracto) e o dóllo que não sendo senão posterior, se confunde com a má fé simples na execução.

ou origem, viciada, mas affecta as circumstancias extrinsecas da sua execução e dos seus effeitos.

Do dolo, assim como do erro e da violencia, defluem, ora, a nullidade *ipso jure*, ora, o direito á rescisão, ora, tão sómente a acção de indemnisação.

A nullidade *ipso jure* dá-se quando a substancia do contracto é affectada por vicio, que se oppõe ao nascimento do vinculo juridico,

A outra especie de nullidade dá logar ao rompimento desse vinculo, mediante acção da parte innocente.

O direito, porém, de pedir rescisão pelos damnos causados, nenhuma relação tem com a existencia e consistencia do laço contractual.

Distinctos como são, por sua natureza, o erro, a violencia e o dolo, não deixa de haver entre elles certa afinidade em relação aos seus effeitos. Por exemplo: o dolo muita vez induz o erro essencial e como o erro sobre a substancia do contracto importa na inexistencia da obrigação, é claro que o dolo produz como causa remota a nullidade *a radice*, que se oppõe ao estabelecimento do vinculo juridico.

Fraude é o ardil, o artificio empregado, não por uma das partes contractantes para illudir a outra e obrigar a a fazer o que sem isto não faria, mas o ardil, o artificio empregado por uma, ou por ambas as partes contractantes para prejudicar a

terceiro, ou para defraudar o pagamento de impostos, ou para illudir qualquer disposição de lei.

A palavra—*fraude*—é empregada pelo Cod. do Comm. (art. 220) como synonymo de simulação. A simulação, porém, consiste mais precisamente no manejo empregado por uma das partes, ou por ambas, para o fim de dar aos actos uma apparencia differente do que elles na realidade são, como no caso de dar-se o character de venda, quando se faz uma doação (260).

Cujacio faz a seguinte distincção: “Dolum est persona ejusque calliditate, fraus ex re ipsa venit.” A simulação divide-se em absoluta e relativa (261).

O Cod. Civ. Port. emprega sómente as palavras dolo e má fé, e assim se expressa: “Entende-se por dolo nos contractos qualquer suggestão ou artificio, que se empregue para induzir em erro, ou manter nelle algum dos contrahentes, e por má fé a dissimulação do erro do outro contrahente, depois de conhecido.”

(260) Art. 663, paragrapho unico. “On appelle simulé l'acte qui n'est pas l'expression sincère des parties.” Berdarride, *De dol et fraude*, vol. 3, § 1257—“Cum aliud agitur, aliud simulatur, vel. scriptur.”

(261) “La similitudine si distingue in assoluta e relativa. E' assoluta quando le parti non hanno inteso de fare alcun atto giuridico. E' relativa quando ad un atto giuridico vero e reale, si da una apparenza che occulta la vera natura.” Maierini, *Della revoca dei atti*, pag. 47.

O dolo, a fraude e a simulação não se presumem, devem ser provados por quem allega, ainda que a prova possa ser feita por indícios e presumpções—*dolum non nisi perspicuis indiciis probari convenit* (262). *Dolus non presumitur nisi probetur* (263).

O Cod. do Comm. (art. 129, n. 4) e o Reg, n. 737, art. 685, dispõem—que o dolo e a simulação não se presumem, salvo os casos em que a lei permite que se presumam, como no caso do art. 827 do Cod. Comm.

O dolo, assim como a fraude e simulação, provam-se por conjecturas, indícios (264) e presumpções, Valasco (265), Arouca (266), Coelho da Rocha (267), pela razão de que quem pratica um acto condemnado por lei procura fazel-o encobertamente e não á vista de testemunhas. O engano sempre se faz encobertamente, como se exprime a Ord. do liv. 3º tit. 59, § 25. *Ad dolum vero probandum testis quia et conjecturæ sufficiunt* (268).

(262) L. 6 Cod. *De dolo mal.*

(263) Arouca, All. 70, n. 40.

Na ausencia de interesse em se julgar simulado o acto, a simulação se não pronuncia—“*Frustra probatur quod probantum non relevat.*”

(264) *Perspicuis indiciis*—L. 6, Cod. *De dolo malo.*

(265) Consult. 154, n. 16.

(266) All. 81, n. 32.

(267) Obr. cit. § 101.

(268) Mello Freire, Inst. Jur. Civ. Lusit. liv. 1. tit. 8, § 9.

Mas, para que o dóllo, a fraude e a simulação se provem por indícios e presumpções, é preciso que conste a causa e interesse de os praticar (269),

(269) Mafra, Jurisprudencia dos Tribunaes, verb. *Simulação*.

QUESTÃO:—Provas conjecturales e presumpções de simulação podem motivar a decretação de nullidade de uma escriptura de hypotheca?—Pela affirmativa julgou o Acc. da Rel. do Rio de Janeiro de 1º de Abril de 1873 (*Direito*, vol. 2, pag. 189).

QUESTÃO.—Presume-se simulada a compra de bens no valor de dois, tres, ou mais contos de réis, feita por individuo que não está na livre administração de seus bens e vive de uma mensalidade?—Pela affirmativa julgou sensatamente o Acc. da Rel. do Maranhão de 12 de Setembro de 1872 (*Direito*, vol. 3, pag. 122).

QUESTÃO:—A simulação da letra de terra pôde ser provada por presumpção e opposta em defeza pelo herdeiro?—Pela affirmativa e fundado no art. 129 § 4 do Cod. do Comm. e arts. 685 e 686 do Reg. n. 737, julgou, juridicamente, a sentença de 22 de Março de 1879, do juiz de direito da antiga 1ª vara commercial do Rio de Janeiro; sentença confirmada pelo Acc. de 28 de Outubro de 1879 (*Direito*, vol. 21, pags. 455 e 456).

QUESTÃO:—Os embargos oppostos na acção de deposito, articulando materia de simulação, podem ser recebidos e julgados provados, como embargos de falsidade?—Pela affirmativa julgou a sentença de 9 de Dezembro de 1879, confirmada pelos Accs. de 25 de Junho de 1880 e 8 de Outubro do mesmo anno (*Direito*, vol. 23, pags. 457, 463 e 467).

QUESTÃO:—A nullidade de uma escriptura publica de compra e venda pôde ser decretada em embargos de 3º senhor e possuidor, independente de acção directa rescisoria? A affirmativa não offerece duvida, á vista das seguintes palavras do art. 686, § 5, do Reg. n. 737:—“Todavia a nullidade dependente de rescisão pôde ser opposta em defeza, sem dependencia de acção directa rescisoria... 3º pelo exequente na execução para impedir o effeito de contractos simulados e fraudulentos.” E assim foi julgado pelo Acc. de 13 de Junho de 1884, da Rel. de S. Paulo,

não sendo licito presumil-a no acto de que não resulta prejuizo para terceiros (270).

A palavra—terceiros—exprime, segundo Bedarride (271), não só os credores, como, em certas circumstancias, a mulher, os filhos, os parentes successiveis do autor da fraude.

A simulação presume-se facilmente entre parentes e successiveis—*Fraus inter proximos facile presumitur* (272).

Claudestrini et domestici, fraudibus quibus quidvis facile confingi potest, é a sentença de Perezino (273) pela razão que dá Bedarride (274)—o interesse de um é de alguma sorte o interesse do outro.

São annullaveis (275) por via de acção rescis-

que reformou uma sentença de 1ª instancia, e o Acc. de 13 de Novembro de 1883 (*Direito*, vol. 37, pag. 293); e sem embargo disso, juizes ha na Capital Federal que entendem diversamente.

(270) Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1866 e Acc. Revis. de 23 de Julho do mesmo anno. (*Direito*, vol. 3, pag. 314) e Acc do mesmo tribuna! de 12 de Novembro de 1877. (*Direito*, vol. 20, pag. 669.)

(271) *Dol et fraude*, vol. 3. §§ 1402 e 1403.

(272) Dalloz, verb. *Obligation*, ns. 1020 e segs.

(273) I. Cod. l. 7, tit. 75, n. 10.

(274) *Traité du dol*, n. 1450.

(275) Empregando a expressão *annullaveis*, nos separamos da opinião dos que consideram o dólo *causam dans* nullidade *ipso jure* nos contractos de boa fé. Foi questão muito debatida entre juriconsultos notaveis—se o dólo *causam dans* annullava *ipso jure* o contracto de boa fé. Pela affirmativa manifestaram-se juriconsultos de alto valor como Gluck, Thibaut, Vinnio e o im-

mortal Cujacio; pela negativa Vangerow, Muklebruck, Molitor, Van-Welter, Mainz e o profundo Savigny.

A natureza deste livro não comporta, por ser demasiado longa, a exposição dos argumentos expostos com grande cabedal juridico de parte a parte.

Estudamos a questão com absoluta isenção de espirito e o desejo sincero de estar ao lado da melhor opinião, e chegámos á conclusão de que o dóllo *causam dans* não annulla *ipso jure* o contracto de boa fé, pelas seguintes razões:

1ª O dóllo não destróe a vontade, apenas vicia o consentimento; portanto, o contracto viciado pelo dóllo não pôde ser equiparado áquelle que carece de alguma das condições essenciaes para a existencia do contracto, as quaes são: objecto licito, consentimento e capacidade das partes contractantes. Quando falta alguma dessas condições não ha contracto, o que não se dá quando sobrevém o dóllo, porque posto que se ache viciada a vontade de uma das partes, existe um accordo e o contracto deve subsistir, salvo o direito á rescisão, que compete á victima do dóllo;

2ª A violencia é maior attentado que o dóllo (L. 116 Dig. L. T. 17) e o comprehende (L. 2, § 8, Dig. L. 47 T. 73); entretanto a violencia não produz a nullidade *ipso jure*, como a não produz o medo (L. 4, Cod. L. II T. 20; L. 1, Cod. L. IV T. 44).

3ª O contracto viciado por dóllo pôde servir de base a uma novação (L. 19, Dig. L. 46, T. 2ª)... "emit homo cupidus, et locuples, tanti quanti Pythius voluit et emit instructor; nomima facit, negotium conficit" — Cicero, *De offit.*, L. 3, T. 14.

4ª A' parte offendida pelo dóllo assiste o direito de confirmar o contracto, caso lhe seja conveniente (L. 5ª § 2, Dig. L. 26 T. 8ª); direito esse que é incompativel com a nullidade *ipso jure*.

5ª O auctor do dóllo pôde obrigar a victima da sua má fé a escolher entre a subsistencia e a nullidade do contracto, e para esse fim tem acção contra a outra parte contractante (L. 13, § 27, Dig. 19, T. 1ª); de onde se conclue, logicamente, que até á rescisão do contracto está de pé e permanente o vinculo juridico.

Um parenthesis: se as duas partes contractantes procederam de má fé, póde alguma dellas allegar a nullidade? A negativa acha-se expressa na L. 36 Dig., liv. 4, tit. 3, *in verbis*: “ Si duo dolo malo fecerint, invincem de dolo non agent. ”

6ª Era idéa predominante no direito romano, sem embargo dos muitos textos em contrario citados por Vinnio, que a victima do dolo tinha a liberdade de manter o contracto, caso lhe conviesse, como se vê destas palavras do edicto do pretor (Liv. 1º, pr. Dig. L. 4, T. 3): “ Hoc edicto proetor adversus varios et dolosos qui aliis offuerent calliditate quedam subvenit ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa ”, e essa idéa é incompativel com a nullidade *ipso jure*, e com franqueza, ma's equitativa e moralisadora, porque nega ao auctor do dolo a faculdade de allegar a nullidade *ipso jure*, no caso de reconhecer que, contra sua expectativa, do contracto lhe resulta prejuizo.

E as razões expostas são sufficientes para justificar a nossa opinião, sem precisarmos penetrar mais fundo na floresta sagrada da historia interna do direito romano, onde travou-se a grande lucta entre os escriptores citados; terreno que, entretanto, poderiamos com vantagem pisar, porque não ha duvida que a nullidade *ipso jure* é repellida pela historia interna do direito romano.

E tanto assim é que, em periodos anteriores ao seculo de Justiniano, e antes do systema inaugurado por Aquillio Gallo, segundo o testemunho de Cicero, nestas palavras: “ Inde everriculam mallitorum omnium, judicium de dolo malo; quod C. Aquillius, familiaris noster protulit ”, o dolo, ainda *causam dans* não invalidava o contracto de qualquer especie que fosse. E' bem eloquente o factio referido pelo eminente orador (*De Off.* L. 3, n. 14) do usurario Pythio que, por meios fraudulentos, conseguiu vender um predio a Cannio, cavalheiro romano. Conhecendo posteriormente a fraude, a victima nenhum recurso teve... “ stomachari Cannius. Sed quid facere? nondum enim Aquillius collega et familiares meus protuberat de dolo malo formulas. ”

soria todos os contractos convencidos de dolo, fraude e simulação (276).

A nullidade de taes contractos pôde ser arguida em defeza, independente de acção directa rescisoria, em qualquer das tres hypotheses mencionadas na 2ª parte do § 5º do art. 686 do Reg. n. 737.

O dolo dá logar á nullidade do contracto, ou seja praticado por uma das partes contractantes para illudir a outra, ou por um terceiro que tenha interesse directo no contracto.

O Cod. Civ. Franc. (277) e o Cod. Civ. Ital. (278) só admittem o dolo como causa de nullidade, quando praticado por uma das partes contractantes e não quando praticado por terceiro, que tenha interesse no contracto.

Apezar do respeito que nos merecem esses dous venerandos monumentos da sabedoria juridica deste seculo, não nos parece accetavel a distincção e nem nos convencem as razões com que alguns escriptores procuram justificar-a, porque, ou seja o dolo praticado por uma das partes contractantes, ou seja por um terceiro, elle vicia o contracto na sua essencia, por falta de exacto conhecimento de

(276) Ord. do liv. 3º, tit. 34, § 1; tit. 59, § 25, liv. 4º, tit. 71; Cod. do Comm., art. 129.

(277) Art. 1116.

(278) Art. 1115.

causa ou de objecto, dando lugar ao erro, vicio insanavel de todo contracto.

Não podemos comprehender a razão por que o direito francez e o italiano, prescrevendo a nullidade dos contractos sempre que o consentimento foi extorquido por violencia, *ainda quando praticada por um terceiro*, não admittem a nullidade quando o dóllo fôr praticado por um terceiro, concedendo ao enganado apenas o direito de pedir perdas e interesses.

Os commentadores do Cod. Civ. Franc. explicam do seguinte modo a distincção: “A parte cujo consentimento foi surprehendido pelo dóllo de terceiro, tem sempre que imputar a si o haver prestado sua confiança e se ter deixado enganar pelas manobras de um estranho (279).

A nullidade do contracto, quando o dóllo foi praticado por terceiro, dizem outros (280), redundaria em prejuizo de uma das partes contractantes, que não praticou o dóllo e que por principio de equidade só deve responder pelo acto illegal aquelle que o pratica. Collocada, porém, a questão no terreno dos principios, improcedem taes razões, porque ninguem se póde julgar seguro e a coberto de manobras, surpresas e machinações, e quando em virtude dellas, embora empregadas por terceiro,

(279) Delvincourt, tom. 2º, pag. 678.

(280) Demante, tom. 1º, n. 541; Marcadé, art. 1116, n. 1

é extorquido o consentimento, o contracto pecca por vicio insanavel—o erro (pouco importando que seja de uma ou de ambas as partes contractantes) e, por isso, é nullo.

Não tendo nós disposição de lei que fixe a distincção dos dous codigos referidos e não sendo licito distinguir onde a lei não distingue, deve, á luz do nosso direito, ser considerado nullo o contracto em que intervem dolo, ainda que este seja empregado por um terceiro, consoante a doutrina do Cod. Civ. Port.

Como o dolo e a fraude fazem excepção a todas as regras, a acção por dolo applica-se a toda especie de actos e contractos, mesmo ás convenções matrimoniaes. Os proprios testamentos não estão ao abrigo dessa acção, pois podem ser annullados por captação fraudulenta. Aos que precisarem aprofundar o assumpto, indicamos as fontes em a nota abaixo (281).

Reproduzimos como ensinamento algumas maximas de direito romano, que são de inteira applicação ao nosso direito :

1.^a “ Qui dolo dicit fatum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet ” (282).

(281) Turgot, *Test.*, cap. 5.^o, secç. 3.^a; Duranton, tit. 8 n. 61; Zachariæ, tit. V, pag. 51; Toullier, t. V. n. 705 e seguintes; Merlin, *Repert.* verb. *suggestion*, § 1, n. 1; Troplong, *Donations*, ns. 479, 491 e seguintes.

(282) L. 18, § 1, Dig. de probat.

2.^a "Dolum non videtur fecisse qui fraudem alterius excludit" (283).

3.^a "Dolus præsimitur in eo qui facit quod tenetur non facere" (284).

4.^a "Dolus cum dolo compensatur" (285).

5.^a "Dolus præponderat culpæ" (286).

6.^a "Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt" (287).

7.^a "Nihil dolo creditur facit, qui suum recipit" (288).

§ 6^o—Da lesão

ELEMENTOS HISTORICOS

A lei 2 C. *De rescind vend.* (Constituição dos imperadores Deocleciano e Maximiano) faz, expressamente, da lesão causa de rescisão do contracto de venda, salva a opção por parte do acquirente de pagar o excesso do justo preço. Essa lei exprime

(283) L. 77, § 31; Dig. de *legat.* 2^o, L. 6 § 8 Dig. *si quis omiss caus testam.*

(284) L. 8, § 9, Dig. *mandati*; Menochio, *De presumpt.*, liv. III, pr. 55 n. 10.

(285) L. 40 Dig. *solut matr.*; L. 36 Dig. *de dolo.*

(286) Arg. L. 9^a *in-fine*, Dig. ad Leg. Aquil.

(287) L. 145 Dig. de *reg. jur.*

(288) L. 129 pr. Dig. de *reg. jur.* et Dig. *quæ in fraud credit.*

Vêr a nota letra F, onde transcrevemos de Caminha as regras sobre a acção de dolo.

uma transacção da equidade com as inclemencias e severidades do Direito Civil; é uma protecção á ignorancia e ao erro: é um acto de humanidade, como affirmam suas proprias palavras: *humanum est.*

A authenticidade historica dessa Constituição, que formou o nosso direito commum, porque della recolheu a Ord. do liv. 4, tit, 13, não só os casos em que se dá a lesão, como a taxa fixada (que é a do preço da venda abaixo da metade do seu valor) foi atacada no principio do seculo passado por Christiano Thomasius, jurisconsulto allemão e professor em Hall, n'uma dissertação *de equitate cerebrina*, cuja analyse encontra-se em Troplong, *Vente*, t. 2, ns. 784 e seguintes.

Por occasião da discussão e redacção do código civil francez, a opinião de Thomasius foi invocada por Berlier, Real e outros, que se oppunham á rescisão dos contractos pelo vicio da lesão, posto que no direito francez dominasse então o Decreto 3 do *germinal*, anno V (23 de Março de 1797) que revogou a lei de 14 *fructidor*, anno III (31 de Agosto de 1795), lei esta que tinha abolido a rescisão da venda por lesão além da metade. A lei de 14 *fructidor* não foi inspirada por motivos de critica historica, mas pela pavorosa crise financeira decorrente da irrupção do papel moeda, que arrastou na sua voragem a mobilidade e perturbação do valor e do seu padrão representativo. Foi uma lei imposta

pelas circumstancias do momento. Os membros da commissão de redacção do Cod. que defendiam a abolição da acção por lesão aboquelaram-se nos seguintes argumentos; *a)* que Treboniano tomara a lei 2 C. *De rescind. vend.* em um codigo apocrypho, como poderosos motivos havia para o acreditar; *b)* que entre partes capazes de contractar, fóra dos casos de *dolo, violencia e erro*, a lei do contracto deve ser irrefragavel e não ceder a imaginaria equidade; *c)* que o valor das cousas é variavel, arbitrario, relativo, difficilmente apreciavel; *d)* que sem hesitar vale mais tomar como apreciação justa a propria apreciação das partes; *e)* que do contrario, fóra mister ter em conta o arbitramento por peritos, os documentos, cuja infallibilidade nada póde garantir; *f)* que a acção rescisoria, expondo os proprietarios aos perigos da evicção, torna-os indifferentes aos melhoramentos que augmentam o valor das cousas e á somma dos productos.

Em opposição a esses argumentos, Cambacérès, Portalis e outros membros da commissão e ao lado delles o primeiro consul, cuja opinião prevaleceu, replicaram: 1º que pouco importava a origem da lei 2 para os redactores do codigo civil francez, que deviam ter em vista o que fosse razoavel e justo; 2º que a lesão póde ser verdadeiramente tal que se não explique senão pelo erro, ou surpresa, ou decepção do consentimento; 3º que só essa deve ser a causa da nullidade; 4º que a venda é contra,

cto commutativo, no qual cada contractante deve receber o equivalente, mais ou menos perfeito, sob pena de contractar sem causa; 5º que assim, o que se procura é fixar o ponto onde começa a ausencia de causa, isto é, a *taxa da lesão*; 6º que as cousas têm valor real, commum, preço que se lhes dá commumente; 7º que as noções do bom senso dominam as subtilezas das theorias; 8º que os arbitramentos por peritos são os meios de apreciação, humanamente os mais seguros e praticaveis; 9º que ao acquirente não suffraga razão para se abster de quaesquer melhoramentos sob pretexto de responder á evicção, porque taes melhoramentos são-lhe necessariamente reembolsados; 10º finalmente, que a acção rescisoria podia ser limitada a prazo muito curto.

O primeiro consul, com a lucidez e amplidão do seu extraordinario genio, tomou parte no debate, fundamentando as suas razões de decidir nos principios de moralidade e equidade, que devem presidir aos contractos, e na necessidade de uma lei de costumes que obstasse a injustiça e a agiotagem, por isso mesmo que, existindo ella, mais raras seriam as occasiões de a invocar, e assim venceu a rescisão, que foi consagrada nos artigos 1674 e seguintes do codigo, que recebeu o nome do maior genio militar dos tempos modernos. O Cod. Civ. Franc. parece admittir a acção de lesão sómente nas vendas de bens de raiz e só em favor do vendedor

quando foi lesado em mais de sete doudecimos, prescrevendo a acção no prazo de dois annos, a contar da data da venda, sendo nulla a renuncia desse beneficio, assim como a declaração de que se faz doação do excesso do valor.

O Cod. Civ. Italiano (arts. 1529 e 1531) admite tambem a lesão só na venda de bens de raiz e em favor do vendedor sómente, quando foi lesado além da metade do justo preço, conforme o estado e valor do immovel ao tempo da venda, ainda que no contracto houvesse renuncia expressa do beneficio, ou declaração do valor, e a acção prescreve passados dois annos do dia da venda. As disposições do Cod. Civ. Ital. são as mesmas do Cod. Civ. Franc., só com a differença do valor em que foi o vendedor lesado. Exigindo a lesão em mais da metade, seguiu o Cod. Ital. ao Cod. Civ. da Sardenha (art. 1679), que contém quanto ao mais os mesmos dispositivos do Cod. Napoleão, com a differença do prazo para a prescripção da acção, que por aquelle codigo é de cinco annos.

O Cod. da Austria (art. 934) permite a lesão em todos os contractos sygnalagmaticos, sendo a lesão enorme; não tendo ella, porém, logar quando foi expressamente renunciada, ou á parte se deu conhecimento do verdadeiro valor, ou o contracto participa de gratuito.

O Cod. Civ. Port. (art. 1582) não admite rescisão em contractos de compra e venda senão

quando ella envolve erro que annulla o consentimento, e o mesmo dispõe sobre os vícios redhibitorios.

§ 7º—Caracteres da lesão

Ou a Constituição dos imperadores Deocleciano e Maximiano fizesse da lesão causa de nullidade segundo alguns escriptores, ou, segundo outros, determinasse, sómente, a taxa da lesão, cuja apreciação era commettida ao arbitrio do juiz, o que é certo é que não suppõe ella o *dolo especial e pratico*, nem o *dolo real (reiþsa)*, que não é mais do que a lesão enormissima, mas sómente a lesão enorme, ou segundo a taxa fixada, isto é, a lesão além da metade (289).

Posto que se não possa exigir na permuta um exacto balanço, porque as cousas não podem ser apreciadas real á real, é corrente que o preço dellas não está no ponto indivisível em que os contractantes devam encontrar-se precisamente. O preço estende-se a certos limites, entre os quaes podem as partes discutir, chegar do mais ao menos, sem que, por isso, haja convenção lesiva (290).

Se o valor das cousas fosse absoluto a desigualdade poderia ser um vicio para annullar todos

(289) Troplong. *Vente* t. 2, art. 1674.

(290) Pothier, *Obligat.* n. 33

os contractos, como o é para annullar a partilha, ou pedir a sua emenda.

Nada, porém, é mais vario do que o valor, variedade dependente das circumstancias de tempo e logar (291).

E' necessario que se dê differença consideravel no valor dos objectos da permuta, isto é, que exceda metade do justo valor da cousa, para que se dê a lesão enorme (292).

A lesão envolve não só vicio pessoal de consentimento, como vicio real de causa.

Vicio pessoal de consentimento—quando a differença no valor dos objectos da permuta fôr tal e tão consideravel que, á primeira vista, se possa affirmar que o contractante que a soffreu não deu o seu consentimento senão por erro, na supposição falsa do justo equilibrio de valores, no que não

(291) Laurent, *Pri. de droit civ. fran.* n. 435, pag. 559, vol. 15, acha incorrecta, e com justiça, a redacção do art. 1104 do Cod. Civ. Fran. *in verbis*: “Lorsque chacun des parties s'engage a donner, ou a faire une chose, qui est regardée come l'EQUIVALENT de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on faite pour elle”; porque o *equivalente* presuppõe a igualdade e para admittir a igualdade como causa de rescisão, seria preciso distinguir o valor relativo do valor real. Como admittir, pergunta o notavel commentador, que uma cousa que para Pedro não vale mais que dez, não possa para João valer cincoenta?

(292) Ord. do liv. 4, tit. 13 *princ.* e § 6. A expressão *lesão enorme*, diz a *Consol. das leis civis*, nota ao art. 359, é vulgar e acha-se admittida em nossos costumes. Só no § 10 diz a *Ord.* —*engano enormissimo.*

consentiria se tivesse tido consciencia da iniquidade do contracto.

Vicio real de causa—quando a differença no valor dos objectos de permuta é tão consideravel que exclue a *causa*, que deve presludir a todo contracto commutativo, que consiste na reciprocidade das dações, prestações ou factos (293).

§ 8º— Da acção por lesão

A acção rescisoria por lesão tem logar não só nas partilhas (294) como em todos os contractos commutativos, estendendo os interpretes o principio

(293) E' por demais ommissa e deficiente a *Ord.* do liv. 4, tit. 13, porque nem define a lesão, nem assignala os caracteres, nem diz quaes os contractos rescindíveis por esse vicio. D'ahi as grandes controversias sobre esse difficil assumpto.

(294) Embora a *Ord.* do liv. 4, tit. 96 § 18 não consinta na rescisão das partilhas judiciaes ou amigaveis, legalmente feitas e concluidas, “ainda que alguma das partes a contradiga” —cit. *Ord.* § 19—e não conceda o remedio da rescisão senão aos menores, que della usam pelo beneficio da restituição—cit. *Ord.* § 20;—todavia, provando o herdeiro que se oppõe á partilha ter sido lesado além da metade do que lhe devera pertencer, os outros herdeiros devem indemnisal-o, inteirando-o do seu verdadeiro quinhão, mesmo quando a indemnisação não se refira a mais do que a lesão da sexta parte. Este ponto de doutrina achase tão solidamente apoiado na tradição e autoridade da antiga jurisprudencia, que seria temeridade tentar a sua abrogação, sobretudo attendendo-se a que as *Ordenações Filipinas* vieram fortificar o principio nas suas disposições de igualdade.

Na partilha judicial ou amigavel, a lesão de um dos herdeiros é mais visivelmente involuntaria do que a soffrida por um

ás locações, trocas e todos os contractos de boa fé (295).

A generalidade do direito romano, que admittia a acção de lesão em todos os contractos commutativos, foi accepta pela *Ord. Aff.* do liv. 4^o tit. 45, d'onde passou para a *Manoelina*, tit. 13, com as duas seguintes notaveis alterações: 1^a de ser de 15 annos e não de 30 o prazo para prescripção da

dos contractantes em consequencia da convenção, cujo prejuizo pôde ser melhor levado á conta da irreflexão e da imprudencia, quando o acto foi, á todos os respeitos, voluntaria e livremente consentido. No caso de partilha lesiva a *lesão* enorme não produz os mesmos effeitos da *Ord.* do liv. 4, tit. 13, isto é, não permite a alternativa de—desfazer a partilha—ou de ser o herdeiro indemnizado da lesão. Se ha nullidade não duvidosa, a lesão dá direito á annullação; se a nullidade é duvidosa, a *lesão* só dá direito á *emenda* da partilha.

Quando a partilha se annulla, procede-se a outra, ficando de nenhum effeito a nulla, ou annullada. Quando a partilha se emenda por *lesão enorme* (*Ord.* do liv. 4, tit. 96, § 18 *in fine*) ou mesmo por *lesão* na sexta parte (*Ord.* cit. § 19) o herdeiro leso é indemnizado pelos outros co-herdeiros. A *emenda* da partilha tanto se pôde conseguir no seguimento della e nos autos do inventario, como fóra dos autos por acção ordinaria. *Vide Consol. das leis civis*, art. 1181.

(295) Almeida e Souza, *Obrig. Recip.* § 570, assim se expressa: “ Eu sigo a generalidade da *Ord.* do liv. 4, tit. 13, que sujeita a poderem ser rescindidos pelo remedio da lesão não só os contractos de compra e venda, mas ainda quaesquer outras avenças, em que se dá ou deixa uma cousa por outra, generalidade comprehensiva das renunciações futuras feitas pelos filhos que dos pais ou irmãos receberem alguma cousa, ou dinheiro. ” E' digno de ler-se o commentario de Gothofr sobre a *Lei 2 Dig. de rescind. vend.*

acção; 2^a de não ser permittida ás partes a renuncia do beneficio da lesão.

A lesão divide-se em *enorme*, quando o engano se verifica em mais de metade do valor que a parte por commum estimação devia receber, por se presumir erro ou dolo (296), e em *enormissima* (que é o dolo *reipsa*) quando alguém recebeu sómente a terça parte do justo valor da cousa (297).

A acção por *lesão enorme* prescreve no prazo de 15 annos e a parte lesada tem acção alternativa—ou para pedir a rescisão do contracto, ou a indemnisação do valor que não recebeu, e o possuidor fica obrigado a restituir os fructos desde o litigio sómente (298).

Não se livra de ser demandado o comprador que tiver alienado a cousa comprada, e, caso a não possa restituir, deve inteirar o justo preço (299).

A acção por lesão *enormissima* prescreve no prazo de 30 annos. O contracto é nullo porque envolve dolo e o possuidor é responsavel pelos fructos desde o tempo do contracto (300).

(296) *Ord.* do liv. 4, tit. 13, princ.

(297) *Dig. Port.* vol. 1, art. 253.

(298) *Ord.* do liv. 4, tit. 13, §§ 4 e 5; *Consol. das leis civis*, arts. 564 e 565; *Dig. Port.* vol. 1, art. 257; Coelho da Rocha, *Inst. de dir. civ.* § 787.

(299) *Ord.* do liv. 4, tit. 13, § 4, *Consol. das leis civis*, art. 566.

(300) *Cit.* *Ord.* do liv. 4, § 10; Moraes de *Execut.* liv. 6, cap. 14, n. 17; *Dig. Port.* art. 255; Coelho da Rocha, obra e log. cit.

QUESTÃO:— A acção de lesão *enormissima* póde ser in-

As partes não podem renunciar o beneficio da rescisão por lesão e ainda mesmo com a declaração de fazer doação do excesso do valor da cousa, póde o renunciante intental-a (301).

O remedio da lesão só póde ser invocado nos contractos civis. Os vicios que annullam os contractos commerciaes são a fraude, o dóllo, a simulação e o erro (302). Como, entretanto, a lesão enormissima faz presumir o dóllo, verificando-se ella em qualquer contracto commercial, póde ser elle annullado, não com o fundamento de lesão, mas com o de dóllo.

tentada contra o terceiro possuidor da cousa?—Pela negativa manifesta-se, peremptoriamente, o auctor do *Digesto Portuguez* no art. 256; mas a sua opinião carece de fumento juridico e ella não é um corollario logico da Ord. do liv. 4, tit. 10. Com melhor fundamento pensa o auctor da *Consol. das leis civis*, not. 67, art. 567, que a acção de lesão enormissima é acção real e póde ser intentada contra o terceiro possuidor, ao passo que a acção de lesão enorme é pessoal, porque o vendedor póde ser demandado para inteirar o justo preço, caso não possa entregar a cousa. E se não fosse acção real, como restituir-se a cousa precisamente e com os fructos desde o dia da venda?

(301) Ord. do liv. 4, tit. 13, § 9: *Dig. Port.* art. 258. Igual dispositivo se encontra, como já dissemos no paragrapho anterior, nos codigos civis da França, Italia e Sardenha.

(302) Cod. Com. art. 129, n. 4; Reg. n. 757 de 1850, art. 685.

§ 9.º—Quando não tem logar a acção

Vimos no parographo antecedente que as nossas Ordenações acceitaram a generalidade do direito romano, opinião seguida pelos nossos reinicolas, que, como Almeida e Souza, sustentam a rescisão pelo vicio da lesão não só dos contractos de compra e venda, como de quaesquer outras avenças em que se dá ou deixa uma cousa por outra.

Contractos ha, porém, que escapam á base e fundamento regular do calculo e para os quaes não tem logar a acção pelo vicio da lesão, taes como:

a) O cambio, porque ahi falta o dinheiro, padrão legal e medida indispensavel dos valores.

b) As *cessões* de successão de direitos universaes, onde se toma em massa o bom e o máo, o activo e o passivo, ou em outros termos: quando ao tempo do contracto é desconhecido o valor dos bens e a importancia das dividas passivas da herança, sujeitando-se o comprador a verdadeiros riscos e eventualidades (303).

(303) “Non habent locum in contratibus qui pendent ex futuro evento, diz o *Repert.*, vol. 2, pag. 348. Na jurisprudencia dos nossos tribunaes encontramos dois accordãos que firmam doutrina contraria: Um de 15 de Março de 1855 (Mafra, vol 1 verb. *Lesão*) que annullou por lesão enormissima a venda por 300\$000 de uma herança do valor de 3:000\$000, e outro de 13 de Junho do mesmo anno (obra cit.) não admittindo a lesão na venda de uma herança por quantia pouco inferior á metade do seu valor. pelo fundamento de que—“as despezas judiciaes, indispensaveis

c) Os contractos aleatorios, porque o *alea* exclue o elemento veridico da offerta de preço, impedindo a sua redução á somma precisa (304).

d) A *locação* de homem, ou de cousa, porque trata-se de serviços ou gozo de valor incerto e incapaz de avaliação positiva.

Nesta regra geral comprehendem-se os contractos dos mestres e empreiteiros de obras (305).

e) A venda de moveis, porque o valor destes é variavel e caprichoso.

f) A venda judicial (306).

para o recebimento da herança, absorveram o pequeno excesso que produziu a lesão."

O Cod. Civ. Ital. no art. 1118 permite que possam ser objecto de contracto as cousas futuras; mas não permite a renuncia de uma successão não aberta, nem que sobre ella se faça estipulação de qualquer especie.

(304) E' essencial que o contracto seja de facto aleatorio, que contenha verdadeiros riscos e perigos serios, como o explica Troplong, *Vente*, n. 790, e Dalloz, *Vente*, pag. 924.

(305) Ord. do liv. 3.º tit. 13 § 18; Coelho da Rocha, obr. cit. § 737.

(306) Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 24. Antes que este decreto viesse firmar o principio de excluir da lesão a arrematação em hasta publica, já era corrente a doutrina de se respeitarem os factos consummados sob a fé da justiça, segundo os preceitos de varias disposições, como os da Ord. do liv. 4, tit. 13 § 7, combinada com a do liv. 2, tit. 53 § 7 e com o § 18 da lei de 20 de Junho de 1774.

A lesão pode ser intentada por qualquer das partes enganadas—o comprador ou o vendedor (307).

Fóra dos casos especiaes, em que vicia os contractos, a lesão, qualquer que seja a sua *enormidade*, não auctorisa a rescisão do contracto (entre maiores) se não se complica com o vicio caracterizado do consentimento, tal qual o dóllo e a violencia (308).

§ 10.—Lesão dos menores

O *beneficio de restituição*, concedido aos menores para poderem rescindir os actos extra-judiciaes e judiciaes em que forem lesos durante o tempo da minoridade, tem o seu fundamento no damno e *lesão* (309).

(307) E' mais amplo o nosso direito do que o de algumas nações, como já vimos, quando tratamos do elemento historico. Segundo os commentadores do Cod. Napoleão o acquirente não tem acção por lesão, porque elle está ao abrigo das influencias e sollicitações da precisão, não tem necessidade de comprar.

(308) *Entre maiores*, porque se nas partilhas e nas vendas do co-herdeiro ou acquirente póde evitar a rescisão do acto, offerecendo o supplemento do lote ou do preço, essa facultade resultante de disposções excepçionaes não póde, no silencio da lei, ser estendida aos que fizeram contractos, declarados lesivos, contra menores; porque neste caso, sem embargo de todas as offertas de indemnisação, a acção rescisoria deve ser levada a termo, se seu auctor nella persiste:—"Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam lesus."

(309) Ass. de 30 de Agosto de 1779. Esse beneficio só se concede em falta de remedio ordinario e nos casos e pela forma que o direito determina—Ord. do liv. 3, tit. 41, §§ 2 e 7.

Esse beneficio suppõe que o acto é valido, mas que foi lesivo pela maxima: *Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus* (310).

O beneficio de restituição é uma classe dos direitos *restitutorios*. O auctor da *Censol. das leis civis*, nota ao art. 12, divide os direitos em *rescisorios*, *restitutorios* e *annullatorios*. No 1º caso—*direitos rescisorios*, diz elle, ha acto irregular mas com duvida sobre sua nullidade; no 2º caso—*direitos restitutorios*, ha acto irregular, porém só de lesão, sem nullidade; no 3º caso—*direitos annullatorios*, ha acto irregular, sem duvida sobre a sua nullidade.

Esta divisão de direitos não tem grande alcance na pratica torense por não poder adaptar-se perfectamente ás acções, que Justiniano definia—“o jus persequendi in judicio quod sibi debetur”—e que, mais correctamente, Daniel definiu—“o direito de invocar a auctoridade publica e de obrar regularmente perante ella para obter justiça.”

E dizemos que a divisão não tem grande alcance na pratica, porque, sendo as acções “direitos em garantia de outros direitos preexistentes,” devia ao *direito rescisorio* corresponder especialmente a acção rescisoria e ao *direito annullatorio* a acção de nullidade. Entretanto o que vemos na pratica é que todas as acções de nullidade são acções rescisórias e neste ponto o art. 681 § 4 do Reg. n. 737 destrõe a maxima romana do “nullum quod est rescindi non potest”; assim como na sua maior parte, salvo algumas excepções, como a da acção de restituição pedida por acção ordinaria, as acções rescisórias, são também acções de nullidade.

(310) Quando o acto é nullo ou annullavel, a lesão póde ser reparada por acção de nullidade, ou pela allegação da nullidade em defeza—L 16 *prin* e §§ 1 e 3, Dig. *de minor*.

Em vez de fundamentar o direito do menor na acção de nullidade por incapacidade, as nossas *ordenações*, seguindo a maxima, acima citada, do direito romano—“*Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus*”, fizeram da falta de auctori-

sação do menor meio de restituição por lesão — Ord. do liv. 1, tit. 88 § 28, tit. 20 §§ 19 e 32; tit. 21 § 22; tit. 41 *princ.* e §§ 1, 2 § 7; tit. 42 §§ 1, 3 e 4; tit. 86 § 6; tit. 88; Ord. do liv. 4, tit. 61 e 7, tit. 79 § 2 e tit. 96 § 21.

A restituição por inteiro—“*in integrum restitutio*”, era um beneficio que não existia no direito puro; era um soccorro extraordinario—*extraordinarium auxilium*—L 16 fl. *De minor*—que o pretor, levado pelo sentimento de equidade, concedia ao menor. Era a restituição permittida contra todos os actos—“*quaecumque gestum esse dicetur, sic accipimus qualiter, qualiter*”—quer contracto, quer outro qualquer acto, “*sive contractus sit, sive quid aliud contigit*”—compra, venda, sociedade, acceitação de herança, etc. Ao juiz ficava, porém, o direito de apreciar no fundo o acto para verificar se continha lesão, quer se tratasse de perda, ou lucro cessante, porque a restituição só era concedida *causa cognita*.

Tal a jurisprudencia do pretor, temperada, eutretanto, por outras disposições, como: a de não poderem ser desfeitos, nem iupugnadss os actos de boa fé praticados pelo tutor por si, ou auctorizado, estivesse elle, ou não, solvavel—“*qu bona fide á tutore gesta sunt, RATA HABENTUR.. nec interest tutor solvendo fuerit, nec ne.*”—L 12 § 1. *De adm et per tu.*

O nosso direito, salvas as excepções indicadas no texto, fo além e cercou os interesses do menor de dupla protecção: a responsabilidade contra seus tutores—acção de nullidade por incapacidade, e a rescisão dos actos por elles praticados quando lesivos—acção rescisoria por lesão.

Parecem-nos pertinentes ao momento actual, de organização de um codigo civil, algumas considerações *de jure constituendo*.

Por mais respeitaveis e dignos de favor que sejam os interesses dos menores não é razoavel que se lhes deva, em absoluto, sacrificar tudo: a segurança de terceiros, a fixidade das relações, a certeza da propriedade. O excesso da protecção que lhes é dispensada produz, como consequencia fatal, o isolamento dos menores da sociedade, desviando-os do commercio dos contractos pelo receio da acção rescisoria, sempre eminente e contra a qual nem uma garantia tem os terceiros. Mais concentanea com a

razão jurídica e com os intuitos de uma boa legislação nos parece a excepção creada pelos arts. 353 e 911 do Cod. Comm. e reproduzida nos arts. 594 e 679 do Reg. n. 737 de 1850.

Aquelle primeiro artigo dispõe que nas liquidações de sociedades commerciaes em que houver menores interessados, proceda-se á liquidação e partilha com seus tutores e com um curador especial que para este fim lhes será nomeado pelo juiz dos orphãos, sendo validos e irrevogaveis todos os actos que com o tutor e curador se praticarem, sem que contra taes actos em tempo algum se possa allegar beneficio de restituição; ficando, unicamente, direito salvo aos menores para haverem de seus tutores e curadores os danos que da sua negligencia culpavel, dolo ou fraude, lhes resultarem.

No art. 911 dispõe ainda o Cod. Comm. que os menores, herdeiros do fallido, sendo legalmente representados por seus tutores e curadores, não gozam de privilegio algum nos casos de quebra, applicando-se-lhes o dispositivo do art. 353.

Pensamos que esses principios podem adaptar-se ao direito civil e que, mantido o principio altamente justo da incapacidade do menor para exercer os actos de administração, ainda do seu peculio, devem ser respeitadas os empenhos—compra ou outros contractos, que no interesse delles forem constituídos de boa fé por quem legalmente os represente, concedida para os casos de qualquer excesso a acção de *redução*, que deffere em principio e consequencias da acção por lesão.

Sabe-se quanto o silencio da lei tem dado logar a divergencias e entre os antigos escriptores partilhavam uns a opinião de que a lei, não fixando a quota, quiz que servisse de fundamento á acção de lesão (para os menores) a quota por minima que fosse— a *lesão minima*; partilhando outros a opinião de que era necessario a lesão natural e até o *damno grave* da lei 44 ff. *De minor*, e finalmente outros, e esta era a opinião de mais criterio juridico, que se collocavam no meio termo, achando que era muito exigir o *damno consideravel* e que era muito pouco contentar-se com a *lesão minima* e que aos juizes e tribunaes devia ficar a faculdade do *prudente arbitrio*.

Só tem logar o beneficio contra a pessoa com quem foi feito o contracto lesivo e herdeiros desta, não podendo em regra ser allegado contra terceiro possuidor da cousa, salvo as excepções da L 9^a, 13 § 1^o, 14 e 38 Dig. de *minor vinq. quinq. ann.* (311).

Sempre que ha lesão de alguma importancia abaixo da *lesão enorme*, ou quando esteja o menor exposto a soffrel-a (312), tem logar o beneficio de restituição.

Só não tem elle logar :

a) Quando o menor com intenção fraudulenta declarou-se maior (313).

b) Quando obteve supplemento de idade (314).

c) Quando depois de maior ratificar o acto, expressa ou tacitamente (515).

d) Quando, sendo já pubere, confirmar o acto por declaração judicial (316).

(311) L. 4 Dig. *de integr restit.* L. 9 princ.; L. 49 Dig. *de minorib.*; f.9 § 4 Dig. *de jurejur.*; L. 5 princ. Cod. *de in integr. restit. minor.*

(312) L. 4 Dig *de in integr. restit.*; L. 9 princ. e L. 49 Dig. *de minor*; L. 9 § 4 Dig. *jurejur.*; L. 5 princ. Cod. *de in integr. restit. minor.*

(313) L. 1 Cod. *si min. se maj. dix.*

(314) L. 1. Cod. "de bis qui ven etat impet." Supprida a idade (*Consol. das leis civis*, art. 22) ou sendo casado o menor e de idade de 20 annos cessa o beneficio da restituição, ainda que seja leso em qualquer contracto posteriormente feito e mesmo no judicialmente auctorizado sobre bens de raiz.

(315) L. 1 e 2 Cod. *si maj. fact. rat. hab.*

(316) L. 1 Cod. "si ado vendit."

Não pode o beneficio de restituição ser allegado: *primo* —contra o pae e mãe com quem houvesse o menor contractado (317); *segundo* —contra outro menor, salvo se este locupletou-se com o acto lesivo. (318)

A allegação do beneficio de restituição pode ser feita por acção ou por excepção (319) e, portanto, por embargos na execução (320).

§ 11.—Os menores em juizo

Os *impuberes* isto é, o menor até a idade de 14 annos e a menor até a de 12 annos, serão activa e passivamente representados em juizo por seus tutores (321).

(317) L. 2 Cod. “qui est adv. quos in integ. restitut.”

(318) L. 11 § 6 e 84 “princ. Dig. de minor vig. quing. ann.”

(319) L. 9 § 4, Dig. *de juvejur.*

(320) Ord. do liv. 3 tit. 86 (6 e tit. 87 § 2; Pereira e Souza *Linhas civis*, nota 883.

Sobre os varios casos em que se não concede a restituição veja-se o *Cod. Orph.* de Suzano, nota 117, tendo-se o cuidado de lel-o através da critica judiciousa do auctor da Consol. das leis civis, nota ao art. 13, afim de evitar os equivocos em que incorre aquelle escriptor.

(321) Ord. do liv. 3, tit. 29 § 1; tit. 41 § 8; tit. 63 § 5.

Estas disposições de lei declaram a “incapacidade absoluta, do menor impubere” quanto aos actos judiciais. *Quid* em relação aos actos extra-judiciaes? Não temos lei que proclame a incapacidade do *impubere* senão quanto *a)* á procuração (Ord. do liv. 3 tit. 29 § 1; *b)* á facção testamentaria (Ord. do livro 4º tit. 81) e

Se o *impubere* fôr citado em juizo e não seu tutor, o processo é nullo e esta nullidade é *insanavel* (322). O juiz pode e deve pronuncial-a independente de allegação (323).

c) á serem testemunhas nos testamentos e codicillos (Ord. do liv. 4º tit. 85 princ. e tit. 86 § 1.

De accordo com o auctor da *Consol. das leis civis*, not. ao art. 25, pensamos que é applicavel aos contractos em geral o positivo do art. 129 n. 1 do Cod. Comm., que declara nullos todos os contractos commerciaes, celebrados entre pessoas inhabeis para contractar e que a incapacidade dos impuberes, de que não cogitou a lei civil para os contractos, está declarada naquella disposição.

(322) Importa isso a falta de citação da Ord. do liv. 3º tit. 63 § 5 e tit. 75 princ. A nullidade é *insanavel*, isto é: o menor ou seu tutor não pôdeu ratificar o processado e o juiz não póde supprir a nullidade.

(323) O texto e a nota antertor não deixam duvida sobre o nosso modo de pensar, que quizemos deixar transparente pelas duvidas que têm suscitado os arts. 672 § 1 e 674 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Dispondo aquelle artigo que são nullos os processos, quando as partes são menores, ou pessoas semelhantes, sem tutor ou curador, não distingue entre *puberes* e *impuberes*, assim como não faz distincção no art. 674, quando no final d'elle diz que as *nullidades* anteriormente referidas *podem ser ratificadas*. Desta disposição final tem pretendido alguns que a ratificação é sempre possivel, ainda quando a parte é menor *impubere*, que foi citado e não seu tutor.

Foi para banir um erro grosseiro que nos servimos da maxima clara, porque, sem embargo da auctoridade do auctor da *Consol. das leis civis*, nota ao art. 25 o temos visto repetido. Posto que o art. 674 do Reg. n. 737 deixasse de exprimir que a nullidade, proveniente da falta de citação do tutor do *impubere*, citado este embora, deve ser pronunciada pelo juiz, ainda que não allegada, assim deve ser entendido, porque se deve applicar aos actos do

Os puberes, isto é, os menores depois daquella idade, que forem auctorisados, têm *intervenção propria*, e se forem réos devem ser especialmente citados e tambem seus curadores, sob pena de nullidade do processo.

A intervenção propria effectua-se por procuração, mediante auctorisação para passal-a do juiz do processo ou do pae do menor, se elle está sob o patrio poder, ou do seu curador, se o não está (324).

Essa nullidade, que é sanavel, relativa (325), pode dar-se nos seguintes casos :

a) Figurando no processo, como auctor ou réo, somente o curador sem intervenção do menor.

processo a distincção entre nullidades *absolutas e relativas* e nullidades de *pleno direito e dependentes de acção* dos arts. 683 e 687 do cit. Reg. n. 737. Entender-se-ha com exactidão o citado art. 674, diz Teixeira de Freitas, approximandó-se delle estas palavras do art. 686 § 3—‘a nullidade de pleno direito não pôde ser relevada pelo juiz, que a deve pronunciar.’

Ord. do liv. 3, tit. 29 § 1, tit. 41 § 8, tit. 63 § 5.

(324) Ords. cit. do liv. 3, tit. 29 § 1 e tit. 41 § 8.

(325) E' *sanavel*, porque o menor (*pubere*) ou seu curador pôde ratificar o processado. Póde o juiz supprir essa nullidade ?

Pela disposição expressa da Ord. do liv. 3, tit. 63, §§ 1 e 2, não havia duvida que no processo civil podia o juiz supprir a nullidade quando allegada, na 1.^a instancia, antes da sentença e na 2.^a antes do accordão, mandando, no caso de falta de procuração, juntal-a por um termo, sob pena de lançamento e no caso de falta de citação, fazel-a, sob pena de revelia. Mas hoje, tendo o Dec. n. 1030, que, endossou o cháos e a anarchia do fôro da Capital Federal, mandado applicar ao processo civil o Reg. n. 737, nos parece que, sem embargo do modo de pro-

b) Figurando somente o menor sem assistencia ou auctorisação do curador.

c) Tendo sido citado como réo somente o curador sem citação especial do menor.

d) Tendo sido citado somente o menor sem citação do curador.

A ratificação por parte do menor ou seu tutor pode ser expressa ou tacita; isto é, não depende sacramentalmente de um termo de ratificação do processado, posto que seja este o melhor meio de ratificação (326).

A ratificação cobre a nullidade dos actos judiciaes e extra-judiciaes e tem effeito retroactivo, salvo o prejuizo de terceiros.

Não procede a nullidade do processo, á despeito da falta de representação ou citação do

cessar de alguns juizes das antigas varas commerciaes e da resistencia de Teixeira de Freitas, em não querer acreditar que o Reg. n. 737 tivesse tido a intenção de afastar-se da boa doutrina da Ord. do liv. 3, tit. 63, §§ 1 e 2, nos parece incontestavel que, não podendo mais ser invocada a referida Ord., não póde o juiz supprir a nullidade decorrente de falta de citação ou procuração do menor pubere, á vista da lettra expressa do art. 674 *in fine* do Reg. n. 737 — as referidas nullidades não podem ser suppridas pelo juiz. E' esta uma disposição tão clara e peremptoria, embora menos logica do que a da velha Ord., que não admite discussão nem interpretação — “Quando verba sunt clara, non admittitur mentis interpretatio”.

(326) *Consol. das leis civis*, not. ao art. 26.

meior pubere se a sentença, foi dada em seu favor (327).

(327) Borges Carneiro, Dir. Civ. liv. 1, tit. 12 § 124 n. 4. A opinião de Borges Carneiro, que reproduzimos, e que é inatacavel, não se apoia em nenhuma disposição de lei, mas é logica e racional, porque a nullidade é remedio instituido por lei em proveito do menor e não do seu adversario. Já provámos não valer o argumento deduzido do celebre — “ ubi lex non distinguit nemo distinguere debet ”, applicado á Ord. do liv. 3, tit. 41, § 8, que na sancção da nullidade não distingue se a sentença é dada contra ou a favor do menor. Mas se é principio de hermeneutica juridica, tão velho como o proprio Direito, que — “ Non enim lex est quod scriptum est; sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit ” (L. de quib. ff. De legis) é facil de comprehender que a razão que teve o legislador para estatuir a providencia ou o remedio da nullidade foi o receio da lesão dos menores e que tal razão cessa desde que os menores não foram lesados graças á sentença favoravel.

A nullidade é medida de protecção aos menores; elles é que são os protegidos pela lei e não os seus adversarios; como, pois, sem contrasenso e sem absurdo, amparar os adversarios dos menores com a protecção sómente em favor destes estatuida? Seria attribuir o disparate ao legislador, o que não é licito nem permitido. Carradas de razão teve Seneca, posto que em regra os nossos juizes assim não entendam, quando, fallando da razão natural, disse que della vêm cousas não escriptas, que valem tanto, ou mais, que as escriptas.

CAPITULO V
DO MANDATO (328)

§ 1.^o.—Noção e divisão do mandato

O mandato é o contracto pelo qual alguém confia a outrem a gestão de um ou mais negocios, gra-

(328) Deixando de tratar de cada uma das especies de contractos onerosos e gratuitos, julgamos entretanto dever expôr algumas regras e questões sobre o mandato, assumpto connexo com a especie de que trataremos adiante — *o mandato judicial*.

Não ha em nosso direito civil mareria tão deficiente como esta.

Não ha um só texto de lei que defina o mandato, os direitos e obrigações do mandante e do mandatario, servindo-nos de fontes o que se encontra no *Inst.*, liv. 3, tit. 26, no *Dig.*, liv. 17, tit. 1, e no *Cod.*, liv. 4, tit. 35. Segundo o direito romano, varios são os modos porque um negocio póde pertencer a uma pessoa, a saber :

- 1.^o — *cura et solitudine* ;
- 2.^o — *re ipsa* ;
- 3.^o — *ratiabitione* ;
- 4.^o — *ipso gestu* ;
- 5.^o — *more civitatis* ;
- 6.^o — *naturali ratione* ;
- 7.^o — *virtute conseqaentia* ;
- 8.^o — *præambula voluntate*.

Tão deficiente é o nosso direito civil objectivo sobre o contracto de mandato, que o autor da *Consol. das leis civis* não encontrou uma só disposição para consolidar, tanto que no ca-

tuita ou onerosamente, obrando o mandatario e obrigando-se em nome do mandante (329).

O mandato é acto *unilateral* antes de acceito pelo mandatario. E' contracto *bilateral imperfecto*, depois de acceito, porque para o mandante só, *ex post facto* produz obrigações. E' *contracto consensual*, porque produz seus effeitos desde logo, ainda que sua execução dependa de alguma coisa que deva ser entregue (330).

O mandato divide-se em gratuito e oneroso,

pitulo 3, tit. 5, que se inscreve — Do mandato — occupa-se exclusivamente do mandato judicial e não do contracto.

Reconhecendo a grande lacuna do nosso direito civil, diz o autor da *Consol.* que foi talvez por isso que o legislador brasileiro, no Cod. Comm., tratou, sem necessidade, do mandato e da commissão, quando em um Cod. Comm. era bastante tratar somente desta.

(329) O Cod. Civil Port. assim dispõe no art. 1398: "Dá-se o contracto de mandato ou procuratoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar ou fazer alguma coisa por mandato e em nome de outrem."

(330) Stryk (de *cautelis contract.*, sect. III, cap. 1.º § 3.º) tratando do que um gestor de negocios deve fazer antes de começar a exercitar a gestão, diz: "Ipse gestor in hoc cautus sit, ut non facile alienis negotiū se immisceat. Sed primum attendat ad necessitas aliqua vel utilitas gestionis adsit, quod ipsum est postea eo melius probare valeat consultum ipse est, ut si res alicujus momenti suscipienda sit, coram. Notario et testibus prius inquisitio et demonstratio utilitatis fiat, desumper conficiatur instrumentum, quo postea eo facilius ipsi excitat probatio impensarum."

conforme o mandatario tem ou não direito a retribuição; e em civil e commercial (331).

Este presume-se oneroso até que se prove o contrario, aquelle presume-se gratuito até que tambem o contrario se prove.

O mandato requer instrumento publico ou particular, em cuja classe entram as cartas missivas; contudo poderá provar-se por testemunhas nos casos em que é admissivel este genero de prova, a

(331) Quando o mandato é civil e quando é commercial? O Acc. da Rel. do Rio de Janeiro, de 29 de Setembro de 1857 (Mafra, *Jurisp. dos Trib.*, vol. 1, pag. 198) consagra a seguinte doutrina: — O mandato, para ser mercantil, depende de ser o committente commerciante, embora possa ser mercantil o contracto feito pelo mandatario com terceiro. Não sendo o committente commerciante, o mandato é civil.

Teixeira de Freitas, nota ao art. 456 da *Consol. das leis civis*, pensa, e nós accitamos sem restricções a sua opinião, que o mandato é commercial desde que tem por objecto o exercicio de um ou mais actos do commercio, *seja ou não o committente commerciante*; que as palavras do art. 140 do Cod. Comm. — *quando um commerciante confia a outrem* — devem ser entendidas demonstrativamente, como indicando que o mandato commercial se dá ordinariamente entre commerciantes, ou que, sendo commerciantes, presume-se commercial, até que se prove o contrario (Delamare e Poitvin, tit. 1, ns. 30, 42, 43 e 44); que somente são essenciaes para caracterisar o mandato mercantil estas outras palavras do art. 140 — *A gestão de um ou mais negocios mercantis* — completando-se a sua definição com o disposto no art. 154, quando prescreve que o mandante deve pagar ao mandatario os salarios ou commissões, que forem devidas por ajuste expresso e, na falta de ajuste, por uso e pratica do lugar onde se cumprir o mandato.

saber: quando o contracto não exceder a taxa do art. 140 do Cod. Comm (332).

O mandato se completa pela acceitação do mandatario, que pode ser expressa ou tacita: (333) o principio da execução prova a acceitação para todo o mandato (334).

Vinculo juridico resulta entre o mandante e o mandatario, sempre que tiver começo de execução o instrumento do mandato (335).

O mandatario é obrigado a cumprir o mandato, uma vez acceito, segundo as ordens e instrucções do committente, empregando na sua execução a mesma diligencia que qualquer homem activo e probo costuma empregar na gerencia de seus proprios negocios (336).

(332) O mandato não se presume e requer instrumento escripto, maxime em valores excedentes da taxa legal.— Ord. do liv. 1, tit. 48, § 15, liv. 3, tit. 29, pr., applicaveis *adverso* por semelhança de razão; Ordem de 30 de Março de 1849; Ord. do liv. 3, tit. 59, pr.; Alv. de 30 de Outubro de 1793; Acc. Rev. da Rel. da Bahia, de 14 de Outubro de 1871 (*Direito*, vol. 3, pags. 50 a 54).

(333) O Cod. Civ. Port. admite o mandato inscripto ou verbal — art. 1318, 2ª parte.

(334) Cod. Comm., art. 141.

(335) Rev. Civ. n. 8450 de 1 de Agosto de 1874 (*Gaz. Fur.* vol. 4, pag. 271).

(336) Cod. Comm., art 142.

QUESTÃO: — O mandato não executado dá direito á cobrança de honorarios? — A negativa é uma verdade que não carece demonstração; entretanto, a sentença de um juiz de direito da capital da Bahia, confirmada por dous accor-

A carta de ordem é instrumento de mandato, quando este é estabelecido por correspondencia (337).

Ordem é o poder ou commissão dada por um commerciante para alguém fazer um ou muitos negocios (338).

Quando em um mandato ha expressões duvidosas, obscuras e ambiguas, devem ser interpretadas contra o mandante (339)

dãos da Rel. do mesmo Estado e por Decis. do Sup. Trib. de Justiça, consagra estes absurdos: 1º, o facto só de possuir alguém mandato de outrem dá lugar á acção por indemnisação, *ainda que não prove a natureza dos serviços que, como mandatario, prestou*; 2º, ainda que taes serviços sejam repellidos pela sentença na execução, podem ser liquidados por arbitramento; 3º, pode a sentença mandar pagar desde logo o que fór liquidado na execução por serviço que *realmente* tiver prestado aquelle que a propria sentença diz *ser mero portador do mandato sem nunca o ter exercido!*!...

Isto que fica enunciado é um acervo de dislates, que recebeu entretanto a consagração dos tribunaes superiores, e como é possível que muitos duvidem da verdade que acabamos de enunciar, e para que chegue ao conhecimento de todos o estupendo julgado, reproduzimos o fielmente, com algumas ligeiras observações, em a nota C, no fim deste livro, onde o leitor poderá recreiar-se por alguns instantes.

(337) Ferreira Borges, *Dic. Comm.* verb. *carta*, pag. 71.

(338) Savigny, citado por Delamare e Poitvin, vol. 6º, pag. 439.

(339) Ferreira Borges, *Dic. Comm.*, verb. *carta de ordem*; Casarèges, Diss. 57. n. 9 — “verba obscura, dubia, œquivoca, semper interpretare debet contra scribentem, principue inter mercatores.” — Troplong. *Du Mand.*, § 316 e cap. 1º n. 101 — “Il n’y a pas des paroles sacramentelles pour exprimer la volonté du mandant. Come le mandat prend sa force dans le seul

Ommissão ou negligencia culpavel no desempenho do mandato obriga o responsavel a indemnisação do damno causado (340).

Se o mandatario, depois de acceito o mandato, vier a ter conhecimento de que o committente se acha em circumstancias que elle ignorava ao tempo da accitação do mandato, poderá deixar de exequir o mandato, fazendo prompto aviso ao mesmo committente.

Pode, igualmente, o mandatario deixar de exequir o mandato, quando a execução depender de supprimento de fundos, emquanto não receber do committente os necessarios; e até suspender a

consentiment, il suffit que ce consentement soit certain pour que le mandat demeure ferme et assuré.

“Toute déclaration par laquelle on manifeste l'intention qu'une personne entreprenne une affaire et la gère dans notre intérêt, est une procuration.”

(34c) Acc. do Trib. do Comm. de 10 de Outubro de 1872 (*Gaz. Jur.*, vol. 1º, pag. 502), confirmado por outro de 29 de Novembro de 1872, e por decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 1873 (*Gaz. Jur.*, vol. 3º, pag. 237.)

QUESTÃO: — Aquelle que administrar os bens maternos por vontade e autorisação da proprietaria, está obrigado a prestar contas ao juiz do inventario? Não; simplesmente contenciosa a jurisdicção do juiz do inventario e limitada pelo art. 20 da Disp. Prov. ás causas que nascem do inventario, contas de tutor e suas dependencias, só pôde ser chamado a prestar contas o que administra os bens maternos, no juizo commum, mediante a acção competente, que é a do mandato. Acc. da Rel. da Bahia de 24 de Agosto de 1875 (*Gaz. Jur.*, vol. 9, pag. 17).

execução já principiada, se as sommas recebidas não forem sufficientes (341).

O mandante só pode ser accionado por actos praticados pelo mandatario no fôro do seu domicilio e não no do contracto (342).

O mandato geral abrange todos os actos de gerencia connexos e consequentes, segundo se entende e prática em casos semelhantes no logar da execução ; entretanto, na generalidade dos poderes não se comprehende os de alhear, hypothecar, assignar fianças, transacções ou compromissos de credores, entrar em companhias ou sociedades, nem os de outros quaesquer actos para os quaes se exigem poderes especiaes (343).

(341) Cod. Comm., art. 144.

(342) Acc. de 22 de Novembro de 1878 (*Dirito*, vol. 18, pag. 317).

343) Cod. Comm., art. 145.

QUESTÃO: — O mandato geral confere poderes ao mandatario para abrir credito em bancos? No fôro desta Capital Federal discutiu-se uma importante questão entre partes Roberto Wilson, negociante estabelecido em Montevideo, e a Companhia de Officinas de Machinas Industrial, como cessionaria da Companhia Brasileira de Paquetes a Vapor, pedindo o A. o pagamento de um credito de 7.000 pesos, aberto á Companhia de Paquetes por ordem de Ricardo de Faria, que era na cidade de Montevideo representante ou mandatario da companhia. O juiz da antiga 1ª vara do commercio (Desembargador João Sertorio), considerando o acto praticado pelo gerente da Companhia de Paquetes a Vapor connexo e consequente da gerencia da companhia, por não se conceber mandatario dessa especie privado do poder de realisar as operações de credito necessarias para

ocorrer ás despesas da companhia, na falta de fundos sufficientes, e comprehendendo assim os actos de mandatario na generalidade do art. 145 do Cod. Comm., condemnou a companhia ao pagamento pedido (*Direito*, vol. 3, pag. 302). Esta sentença, porém, foi reformada (e não podia deixar de ser) pela Relação, porque a faculdade de abrir credito em Bancos não deve ser comprehendida na generalidade do art. 145 do Cod.; mas na sua excepção, isto é, na 2.^a parte do mesmo artigo: — Accs. de 11 de Setembro de 1863 e de 4 de Novembro do mesmo anno (*Direito*, vol. cit. pag. 310). Aquelles decretos judi- ciaríos foram confirmados por Decis. unanime do Sup. Trib. de Justiça de 29 de Agosto de 1874 (*Direito*, vol. 5, pag. 112). A nossa opinião é esta: — A Roberto Wilson assistia o direito de haver da Companhia de Navegação, ou da sua cessionaria, as quantias ministradas para occorrer ás despesas da companhia, não por meio da acção de mandato, porque, como mandatario, não podia Ricardo de Faria abrir credito sem poderes especiaes, e a este respeito é expresso o art. 47 do Cod. Comm. da Allemanha: — O agente de negocios não tem autoridade para contrahir obrigações cambiarias, contrahir empréstimos e susten- tar demandas, salvo no caso em que tal faculdade lhe fosse particu- larmente conferida, mas por meio da acção *in rem verso*, uma vez provada a importancia das quantias applicadas em pro- veito da companhia, porque o proprietario ou emprehendedor é obrigado a satisfazer as quantias que outrem despendeu em favor de seus negocios ou empregos, quer tenham sido despen- didas com sciencia, quer com ignorancia, e ainda com prohibi- ção, se dessas quantias auferiu utilidade, porque a boa fé do commercio não permite que alguem se locuplete com a fortuna dos outros.

Contrahindo Roberto Wilson um empréstimo de 7.000 pesos para occorrer ás despesas da Companhia de Paquetes, é fóra de duvida que obrou como gestor de negocios, resultando deste facto para a companhia a obrigação de indemnizar a quantia de que locupletou-se.

A este respeito assim se expressam Domenget (*Mandat.* ns. 1276 a 1279) e Dalloz (*Oblig.*, ns. 5358 a 5480: “A intenção

do interventor não é de consideração alguma em um quasi-contracto, em que tudo depende dos factos. Que importa haver por erro uma pessoa julgado fazer seu proprio negocio, quando, de feito, fazia o de um terceiro? Não houve da parte della um facto que redundou em proveito desse terceiro? Isto basta para essa pessoa ter direito ao embolso do despendido em beneficio do—*negotii dominus*.—E mais, quaesquer que fossem os motivos, constitue o facto por si só o quasi-contracto, desde que entre as partes não houve convenção de mandato. D'onde decorre ser indifferente em direito a intenção que presidira aos actos do interventor, ainda que fosse ella mero lucro e especulação, se com o seu resultado se locupletara o—*negotii dominus*.

A jurisprudencia franceza tem firmado esse justissimo principio, como se vê do seguinte facto: Os administradores de uma companhia anonyma contrahiram um emprestimo de alta somma sem autorisação da assembléa geral e contra a expressa determinação dos estatutos. A companhia, accionada pelos credores, defendeu-se allegando nada dever, porque, sendo nullo o contracto, delle não podia resultar obrigação alguma. A Côte de Cassação, porém, no aresto de 24 de Março de 1852 (Dalloz, *Jurisp.* de 1852, pag. 109) firmou o verdadeiro principio de que a companhia não era obrigada á quantia demandada por virtude do contracto celebrado, o qual de facto era nullo; mas por causa da reversão das sommas havidas de terceiro em proveito da companhia, a qual foi condemnada ao pagamento pedido, por força da obrigação oriunda do quasi-contracto.

No turvelinho de alicantinas levantadas, ultimamente, por companhias sem escrupulos, é digna de ser imitada essa honestissima pratica de julgar.

Em conclusão: na questão Wilson, se não tivesse havido erro na propositura da acção, acreditamos que outra teria sido a decisão dos tribunaes brasileiros, e o negociante de Montevidéo não teria de extranhar a *severidade* da nossa jurisprudencia. Devia ter sido interessante a discussão desta causa por parte dos advogados, do auctor e da ré; o *Direito* não nos dá noticia della e apenas publica (vol. 3, pag. 302) os fundamentos da sentença da 1^a instancia, que extractamos, e os Accs. de

O mandatario não póde subrogar o mandato, se elle não contém clausula expressa que autorize a subrogação (344).

Tendo o mandato fim certo e determinado, o dinheiro com o fim especificado de ser posto a juros não se póde confundir com o patrimonio do mandatario fallido, por não haver transacções de credito reciproco; verificando-se, por isso, a existencia de um deposito, é o mandante considerado credor de dominio e o seu credito deve ser comprehendido no § 1º do art. 874 do Cod. Comm. (345).

11 de Setembro de 1873 e de 4 de Novembro do mesmo anno (vol. cit., pag. 310), confirmados pela Decis. do Sup. Trib. de Just. de 24 de Agosto de 1874 (vol. 5, pag. 102), consagrando esses julgados apenas que—a faculdade de abrir creditos em Bancos está comprehendida na excepção do art. 145 do Cod. Comm., para a qual são precisos poderes especiaes.

(344) Cod. Comm., art. 146.

(345) Revs. ns. 7843 e 8082 de 28 de Junho de 1872. (*Gaz. Jur.*, vol. 1, pag. 465.)

Tambem é considerado credor de dominio o dono de uma herança liquidada por mandatario que venha a fallir, tendo em seu poder o producto da herança. — Accs. da Rel. do Rio de 27 de Abril de 1875 e de 13 de Agosto do mesmo anno, e Rev. do Sup. Trib. de Justiça de 15 de Março de 1876 (*Dir.*, vol. 10, pag. 762).

O mandante é credor de dominio do fallido pelos dinheiros de que lhe fez entrega para o fim especial e unico de habilitalo a dar execução ao mandato, porque dest'arte o dinheiro com destino especificado não pode confundir-se com o patrimonio do fallido, nem entrar em conta corrente. — Rev. de 7 de Outubro de 1872. (*Dir.*, vol. 3, pags. 114 e 115.)

Quando no mesmo mandato se estabelece mais de um mandatario, entende-se que são todos constituídos para obrarem na falta, e, depois dos outros, pela ordem da numeração ; salvo declarando-se, expressamente, no mandato que devem obrar solidaria e conjunctamente. Neste ultimo caso, ainda que todos não acceitem, a minoria dos que acceitaram poderá exequir o mandato (346).

Se o mandatario fôr constituído por diversas pessoas para um negocio commum, cada uma dellas será solidariamente obrigada por todos os effeitos do mandato (347).

O committente é responsavel por todos os actos praticados pelo mandatario dentro dos limites do mandato, ou o mandatario obre em seu proprio nome, ou em nome do committente (348).

(346) Cod. Comm., art. 147.

(347) Cod. Comm., art. 148.

(348) Cod. Comm., art. 149.

QUESTÃO:—O mandatario, incumbido da entrega de dinheiro, contrahe com o destinatario vinculo juridico, e a este assiste o direito de pedir a entrega ?

Esta questão foi julgada de differentes modos. Entendeu o juiz de primeira instancia (da ex-3.^a vara civil desta capital) que ao destinatario assiste o direito de pedir a entrega. O Trib. da Rel., no Acc. de 27 de Maio de 1873, reformou a sentença com o fundamento de não existir entre o mandatario e o destinatario vinculo algum juridico (*Direito*, vol. 3, pags. 84 a 88). O Supremo Tribunal de Justiça, entretanto, concedeu revista por Decis. de 1 de Agosto de 1874 (*Direito*, vol. 5, pag. 82), declarando ter havido injustiça notoria ; porquanto, reconhecendo-

O mandante só pôde ser accionado por actos praticados pelo mandatario no fôro de seu domicilio e não no do contracto (349).

O mandante não tem acção criminal, mas civil, contra o mandatario que, pretextando liquidação de contas, recusa entregar dinheiro recebido (350).

Sempre que o mandatario contractar expressamente em nome do committente, será este o responsável: ficará, porém, o mandatario pessoalmente obrigado, se obrar em seu proprio nome, ainda que o negocio seja em conta do committente (351).

Havendo contestação entre um terceiro e o mandatario, ficará este livre de toda a responsabilidade, apresentando o mandato ou ratificação daquelle por conta de quem contractou (352).

A lettra aceita pelo procurador legalmente constituído em nome do mandante obriga a este para com o portador. Ainda que o procurador tivesse abusado da confiança nelle depositada, não

se que no facto de receber alguém dinheiro, por ordem de outro, para entregal-o ha mandato com principio de execução—o recebimento do dinheiro—não pode deixar de crear vinculo juridico entre o mandatario e o destinatario, considerado mandante, desde que foi por ordem deste que o mandatario recebeu o dinheiro para entregar.

349) Acc. de 22 de Novembro de 1878. (*Direito*, vol. 18, pag. 317).

(350) Rev. n. 2302 e Acc. Revis. da Relação da Bahia de 10 de Setembro de 1880 (*Direito*, vol. 23, pag. 396).

(351) Cod. Comm., art. 150.

(352) Cod. Comm., art. 151.

constitue isto excesso de mandato em relação ao terceiro (353)

Quando o mandatario, tendo fundos ou credito aberto do committente, comprar em nome d'elle, mandatario, algum objecto que devera comprar para o committente, por ter sido individualmente designado no mandato, tem o committente acção para obrigar-o á entrega da cousa comprada (354).

O commerciante que tiver na sua mão fundos disponiveis do committente, não póde recusar-se ao cumprimento das suas ordens relativamente ao emprego, ou disposição dos mesmos fundos, sob

(353) Sentença de 11 de Setembro de 1876, confirmada pelos Accs. de 14 de Setembro de 1877 e 19 de Março de 1878 (*Gaz. Jur.*, vol. 21, pags. 325 e 326). Aceitamos esta jurisprudencia com a condição, porém, de dar a procuração poderes especiaes para aceitar lettras, com especialisação de quantia certa, logar e tempo, porque o aceite de uma lettra é acto equivalente á alheiação ou transmissão de propriedade.

(354) Cod. Comm., art. 152.

QUESTÃO: —O mandato conferido pelo devedor ao credor para vender bens seus, d'elle devedor, para pagamento, se o credor mandatario não proceder com o zelo e solitudine necessarios, pode ser obrigado a indemnisação? A affirmativa não oferece duvida. Dispondo o mandatario da propriedade do credor como de certo não disporia da sua, isto é, tratando só do seu interesse á custa dos bens que lhe foram confiados, no unico intuito de embolsar-se da divida, fica sujeito á indemnisação e responde ao credor pelo prejuizo causado.—Sentença de 23 de Fevereiro de 1872, confirmada pelos Accs. da Rel. da antiga Côte, de 25 de Fevereiro de 1873 e de 19 de Agosto do mesmo anno e pela Decis. do Sup. Trib. de Just. de 13 de Junho de 1874 (*Gaz. Jur.*, vol. 4, pags. 206 e 219).

pena de responder pelas perdas e damnos que dessa falta resultarem (355).

O committente é obrigado a pagar ao mandatario todas as despezas e desembolsos que este fizer na execução do mandato e os salarios ou commissões que forem devidas por ajuste expresso, ou por uso e pratica mercantil do logar onde se cumprir o mandato, na falta de ajuste (356).

O committente e o mandatario são obrigados a pagar juros um ao outro reciprocamente: o primeiro pelos dinheiros que o mandatario adiantou para cumprimento das suas ordens, e o segundo pela móra que tiver na entrega dos fundos que pertencerem ao committente (357).

O mandatario tem direito para reter, do objecto da operação que lhe foi commettida, quanto baste para pagamento de tudo quanto lhe fôr devido em consequencia do mandato (358).

§ 2º—Do mandato judicial

A procuração pôde ser geral ou particular; no 1º caso ella confere poderes para todos os bens ou negocios — *omnium bonorum sive negotiorum*; no 2º caso confere poderes para certos e determinados actos.

(355) Cod. Comm., art. 153.

(356) Cod. Comm., art. 154.

(357) Cod. Comm., art. 155.

(358) Cod. Comm., art. 156.

A procuração geral e com amplos poderes sómente se entende sufficiente para actos de administração (359) e, por isso, não é sufficiente para aquelles que exigem poderes especiaes, taes como:

a) Vender ou alienar por qualquer fórma bens do constituinte (360).

b) Transigir (361).

c) Comprometter se em arbitros (362).

d) Remir dividas (363).

e) Dar em penhor ou hypotheca bens do constituinte (364).

f) Receber qualquer quantia e dar quitação (365)

(359) *Dig. Port.*, vol. 3, arts. 606, 609 e 610; Moraes, de *Execut.*, liv. 5, cap. 2, n. 12; *Cod. Civ. Franc.* art. 1988.

(360) L. 16 *Cod. procurat.*; *Manual do Tabellião*, § 277; Per. e Souza, nota 161.

(361) A palavra—*transigir*—na accepção juridica quer dizer extinguir obrigações litigiosas ou duvidosas—*Consol. das leis civis*, nota 29 ao § 4 do art. 470; L. 69 D. de *procurat.*; *Manual do Tabellião*, § 277; Pereira e Souza, log. cit.; *Dig. Port.*, vol. 1, art. 1226, e vol. 2, art. 1223; Mello Freire, liv. 4, tit. 3, §§ 10 e 11; *Cod. Civ. Franc.*, art. 2045.

(362) *Dig. Port.*, vol. 3, art. 606; *Cod. Civ. Franc.*, art. 1988.

(363) *Manual do Tabellião*, cit. § 277; *Dig. Port.*, vol. 2, art. 1262.—O perdão da divida é uma especie de alienação, ou doação (Pothier, *Tratado do Mandato*, n. 164.

(364) *Dig. Port.*, vol. 3, art. 606; *Cod. Civ. Franc.* art. 1988.

(365) *Manual do Tabellião*, log. cit.; *Dig. Port.* cit.—O poder de receber comprehende o de dar quitação. O de receber um credito hypothecario comprehende o de consentir

g) Confessar divida ou obrigação (366).

h) Substabelecer (367).

i) Responder em juizo pelo constituinte, quando é judicialmente citado para depôr (368).

j) Averbar o juiz de suspeito, porque a suspeição importa dar ao constituinte um juiz (369). Sem embargo do desuso dessa praxe em nosso fôro, consagramol-a por ser juridica.

k) Renunciar por contracto o fôro do domicilio (370).

l) Contrahir matrimonio ou requerer a nullidade delle (371).

na baixa do registro da hypotheca, depois de feito o pagamento. O de vender e receber o preço da venda comprehende o de fazer as despezas necessarias para a venda—*Consol. das leis civis*, nota 30, § 5 do art. 470.

(366) Reg. n. 737, art. 155.

(367) Ord. do liv. 1, tit. 48, §§ 15 e 28. O substabelecimento que não excede a folha da procuração não paga novo sello—Ordem n. 119 de 13 de Setembro de 1850. O substabelecimento deve ser feito, como a procuração, em livro de notas—Av. n. 434 de 19 de Setembro de 1850—salvo o direito dos que o podem fazer de proprio punho.

(368) Ord. do liv. 3, tit. 43, § 3; liv. 17, § 1; D. *de jure jur.* As testemunhas, porém, não podem jurar por procurador; o antigo direito por excepção concedia esse privilegio aos Bispos e pessoas egregias, tendo de sahir de suas casas—Av. de 18 de Agosto de 1787; *Consol. das leis*, art. 470, § 2.

(369) Almeida e Souza, *Seg. Linhas*, nota 289 *in fine*; *Manual do Tabel.* cit.

(370) Almeida e Souza, *Seg. Linhas*, nota 410; Mendes, art. 2, cap. 7, n. 10.

(371) *Manual do Tabel.* § 277; Pereira e Souza, log. cit.

m) Requerer o beneficio da restituição *in integrum*, directamente (372).

n) Resignar beneficios ou renunciar direitos (373).

o) Aceitar lettra, devendo a procuração para tal fim, além de poderes expressos, declarar a quantia, tempo e logar (374).

§ 3.º—Do procurador judicial

Procurador é a pessoa competentemente autorizada para tratar quaesquer negocios.

E' *geral* quando incumbido de todos os negocios do constituinte: *especial*—quando só encarregado de certos e determinados negocios.

(272) *Mannual do Tabel.*, log. cit.

(373) *Dig. Port.*, vol. 2, art. 1250.

(374) Sentença de 11 de Setembro de 1876; Accs. de 14 de Setembro de 1877 e 19 de Março de 1878, e Rev. de 31 de Julho de 1878. (*Gaz. Jur.*, vol. 21, pags. 325 e 326.)

QUESTÃO.—A lettra aceita por procurador, legalmente constituído em nome do mandante, obriga a este para com o portador, ainda que o procurador tivesse abusado da confiança em si depositada?—Pela affirmativa julgou a sentença de 11 de Setembro de 1876, confirmada pelos Accs. de 14 de Setembro de 1877 e 19 de Março de 1878, e pela Rev. unanime de 31 de Julho de 1878—*Gaz. Jur.*, vol. 21, pags. 325 e 326.—Acceitamos esta jurisprudencia, como já dissemos, com a condição de dar a procuração poderes especiaes para aceitar lettra com especialização da quantia, logar e tempo; porque o acceite de uma lettra é acto equivalente á alheiação ou transmissão de propriedade.

O procurador tambem é judicial, conforme a natureza do negocio de que tem de tratar.

Procurador judicial é a pessoa que solicita a causa em juizo com procuração legitima de alguma das partes (375).

O procurador judicial é responsavel ás partes pelos damnos que lhes causar por dolo, culpa, ou ignorancia (376).

Assiste-lhe o direito de contractar os seus honorarios, ou por quantia determinada, ou por porcentagem sobre o valor da demanda, ou por uma quota parte do objecto della (377).

(375) Per. e Souza, *Linh. Civ.*, § 63; Mello Freire, liv. 4, tit. 3, § 1.

(376) Ord. do liv. 1, tit. 48, §§ 10 e 17.

(377) Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874, art. 202, §§ 1 e 2—Como se vê, não consolidamos a Ord. do liv. 1, tit. 48 § 11 e Alv. de 1 de Agosto de 1774, que prohibiam o contracto de *cota-litis*. Para nós é fóra de duvida que aquellas disposições de lei foram implicitamente revogadas pelo Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874, que, no art. 202 §§ 1 e 2, tornou obrigatorio o contracto do advogado com o cliente, sob pena de sujeitar-se o advogado (§ 3 do art. cit.) ás taxas do regimento.

Ora, a lei, não estabelecendo limite, não fixando o maximo de taes contractos, não determinando quaesquer condições, deu ao advogado a plena liberdade, o direito de contractar, como e por quanto quizesse, os seus serviços; e se, como convenção, o contracto de honorarios precisa ter uma base, é indifferente que está seja uma quantia certa, ou uma porcentagem e quota pecuniaria sobre o valor da demanda.

Consequentemente o contracto de honorarios é regido pelas regras geraes dos contractos; está sujeito á rescisão por lesão

nos mesmos casos e pelas mesmas razões porque o são os outros contractos.

Ao advogado é permitido contractar como entender os seus serviços, e não pode mais ter vigor a Ord. do liv. 1, tit. 48 § 11, que vedava aos procuradores receber outra qualquer cousa além dos "salarios que se lhes diretamente contasse e por Ordenações lhes eram taxados".

A Ord., coherente com o seu systema e tendo estabelecido para os advogados, assim como para o juiz, escrivão e mais officiaes de justiça, quantias determinadas nos seus regimentos, vedava aos advogados, como ainda hoje é vedado aos juizes, receber, a titulo de honorarios, emolumentos ou exportulas, além dos contados. O officio de *procurar* era officio de justiça, como se evidencia da Ord. cit. pr. e § 1.

E', portanto, preciso julgar sem criterio, para applicar-se ainda ao nosso systema a Ord. do liv. 1, tit. 48 § 11, como vemos vulgarmente sustentado por juizes e letrados. Pensamos que aos advogados é livre contractar os seus honorarios da fórma porque entenderem e sob as regras estabelecidas para o contracto em geral.

O Dr. Macedo Soares, luminar da nossa magistratura, em longo e bem deduzido artigo, publicado no *Direito*, vol. 25, pag. 369, sustentou a verdadeira doutrina, e melhor autoridade não podemos invocar para patrocinar a nossa opinião. Ao illustrado magistrado pedimos venia para reproduzir algumas das suas justissimas considerações, que sem restricções subscrevemos:

"Para substituir o arbitramento do Dec. n. 1569 de 3 de Março de 1855, systema que pelo compadresco tanto escandalizou o fóro, senão a sociedade, foi admittida a liberdade dos contractos, abrangendo a porcentagem, a taxa fixa, a *quota-litis*, a paga em qualquer cousa que esteja no commercio e possa servir de preço no contracto de compra e venda, na *datio in solutum*, na locação de serviços, etc.

Não é ainda para nós o ideal nesta materia; adoptando o regimen da liberdade dos contractos, quizeramos que, em vez de taxar a preço de balcão generos de impossível cotação na

Póde ser procurador judicial o individuo suspenso por crime de responsabilidade, porque a advocacia não é emprego publico (378).

Procurador com poderes especiaes e amplos, com a clausula de poder revogar os poderes dos substabelecidos, é pelos actos destes responsavel para com o mandante, embora tenha feito sem reserva o substabelecimento da procuração (379).

Procurador com poderes especiaes que pratica actos de turbação, sem que para isto esteja devidamente autorizado pelo locador, seu constituinte, é parte competente para contra elle propôr-se a acção possessoria (380).

praça, como são os serviços de gabinete do advogado, se lhe dêsse uma porcentagem, a do estylo, a qual é de 10 %, em regra, das dividas cobradas, e para os feitos cuja solução se não converte em especie metalica, em tantos por cento, de accordo com os usos do fóro. O advogado exerce na realidade uma industria, troca serviços por dinheiro; não é comtudo um creado de servir, um jornaleiro, e a differença é esta: o jornaleiro, o creado troca serviços para estar ás ordens do amo e ser por elle dirigido; o advogado, ao contrario, troca os seus para dirigir o cliente e tê-lo sob suas ordens no tocante ao negocio judicial.

O creado é subalterno, só obedece; o advogado é superior, manda, ensina, aconselha e recommenda."

(378) Avis. n. 147 de 17 de Abril de 1867 e de 29 de Abril de 1876.

(379) Sentença de 15 de Março de 1872 e Acc. de 17 de Dezembro do mesmo anno (*Dir.* vol. 2, pags. 199 a 201).

(380) Porque: 1º—O interdicto *retinenda possessionis* não pode ser intentado senão contra o autor da turbação—Maynz. *Dir. Rom.* tom. 1º § 175, pag. 418; 2º—porque é a acção que compete ao possuidor contra aquelle que o perturba na posse—

O procurador não pôde substabelecer poderes que lhe forem conferidos, afim de obter do mandante quitação em seu proveito (381).

Nullus é o processo quando para elle é citado o procurador do réo, que deste recebera poderes para tratar de outra causa, embora connexa (382).

§ 4.^o—Dos que não podem ser procuradores judiciais

Não podem ser procuradores judiciais:

1.^o Os interdictos e os menores não emancipados (383).

2.^o As mulheres, excepto, *a*) se são commerciantes, *b*) em causa propria ou de seus ascendentes

Corrêa Telles, *Dout. das acções*, § 190; 3.^o—porque contra o procurador geral compete o remedio possessoris—*Competit. adversus procuratorem generalem qui sine mandato speciali aliquem spoliat a sua possessione, excedendo mandato*—Silva, á Ord. do liv 3, tit. 48, n. 48.—Accs. da Rel. do Rio de Janeiro de 30 de Novembro de 1877 e de 14 de Maio de 1878, que confirmaram a sentença de 19 de Fevereiro de 1876, confirmados pela Rev. de 2 de Outubro de 1878 (*Dir.* vol. 17, pags. 553 a 555).

(381) Rev. Civ. n. 7458 de 30 de Junho de 1869.

(382) Acc. do Tribunal do Comm. do Recife, confirmado pela Rev. Civ. n. 8119 de 14 de Dezembro de 1872 (*Gaz. Jur.*, vol. 1, pag. 536)

(383) Ord. do liv. 1, tit. 48 § 20; Cod. Civ. Port. art. 1354 n. 1; Pereira de Souza, nota 159. Mas podem os menores não emancipados exercer o mandato extra-judicial.—Accs. da Rel. do Rio de Janeiro de 26 de Novembro de 1872 e de 2 de Dezembro de 1873, confirmados pelo accordão do Sup. Trib. de Just. de 17 de Junho de 1874 (*Gaz. Jur.* vol. 4, pag. 517).

e descendentes, ou de seu marido, achando-se elles impedidos (384).

3.^o Os juizes em exercicio dentro dos limites de sua jurisdicção (385).

4.^o Os escrivães, tabelliães e mais officiaes de justiça, nos districtos de suas jurisdicções, excepto em causa propria (386).

5.^o Os ascendentes e descendentes, irmãos e cunhados dos julgadores (387).

6.^o Os membros do ministerio publico, em toda e qualquer causa em que possam intervir, de officio, dentro dos limites de suas respectivas jurisdicções (388).

7.^o Os descendentes contra os ascendentes e *vice-versa*, excepto em causa propria (389).

8.^o Os inhibidos por sentença de procurarem em juizo, ou de exercerem officio publico (390).

9.^o Todos aquelles contra os quaes pôde existir ou apparecer impedimento legal, *exempli gratia*:

(384) Cod. Civ. Port. art. 1554, n. 2; Per. e Souza, nota 159; *Manual do Tabellião*, § 276.

(385) Ord. do liv. 1, tit. 48, §§ 23 e 24, e liv. 3, tit. 28, § 2; Cod. Civ. Port. art. cit. n. 3.

(386) Ord. §§ cits.; Cod. Civ. Port. art. cit. n. 4.

(387) Cod. Civ. Port. art. cit.

(388) Cod. Civ. Port. art. 1354, n. 8.

(389) Cod. Civ. Port. art. cit. n. 9; Per. e Souza, nota 160; Ord. do liv. 1, tit. 48, §§ 25 e 26.

(390) Ord. do liv. 1, tit. 48 §§ 22 e 24; Acc. da Rel. do Rio de 28 de Agosto de 1852; Mafra, *Furispr. dos Trib.* vol. 1.^o verb.—Procurador.

o promotor publico, nas causas criminaes, ou que possam afinal tornar-se taes.

10. O irmão do escrivão do feito (391).

11. Um dos socios da firma demandada contra os credores (392).

§ 5º—Do falso, do illegitimo e do não bastante procurador

E' preciso distinguir o procurador falso do illegitimo ; porque a nullidade proveniente dos actos praticados pelo procurador illegitimo é nullidade relativa, que póde ser rectificada (393); a nullidade, porém, resultante dos actos praticados pelo falso procurador, é nullidade absoluta e insanavel ; os actos são nullos *ipso jure* (394).

A definição:—*Procurator enim eum generali mandato dicitur falsus, ubi speciali requiritur* (395) tem dado logar a erros grosseiros, até em julgados e sentenças ; essa definição é erronea, porque, quando o procurador não tem poderes especiaes para o acto, não é falso procurador, é illegitimo.

(391) Ord. do liv. 1, tit. 9 § 15 ; Acc. de Rel. do Rio, de 24 de Abril de 1852.

(392) Rev. de 30 de Novembro de 1861 e Acc. de 22 de Setembro de 1862 ; Mafra, obr. e log. cit.

(393) Ord. do liv. 3, tit. 20 § 12.

(394) Ord. do liv. 3, tit. 63 § 5.

(395) Silva á Ord. do liv. 3, tit. 86, § 1, nota 5.

Falso procurador é o que tem procuração falsa, ou o que a tem verdadeira, mas já revogada e intimada a revogação.

Illegítimo procurador é o que, *a)* não tem capacidade (396); *b)* não tem poderes para o acto de que se tratava; *c)* foi constituído por pessoa inhabil (397).

Sem mandato não ha mandatario, e, por isso, são nullos os actos praticados por procurador sem procuração.

Soffre essa regra duas excepções: 1º quando o parente ou amigo se apresenta a tratar do negocio sem procuração, prestando caução *de rato* (398); 2º quando o dono do negocio ratifica por termos autos os actos do agente, que obrou sem procuração (399).

Além do falso e do illegítimo procurador, ha o não bastante procurador, que é o que trata da causa sem poderes especiaes. Esta falta suppre-se juntando-se taes poderes e ratificando-se o proces-

(396) O escrivão do juizo, por exemplo, que não pode ser procurador, nem mesmo para substabelecer—Ord. do liv. 1, tit. 24, § 18.

(397) Esta distincção é de Almeida e Souza, *Seg. Linh.*, nota 288. Suprimimos a ultima classe de que falla Almeida e Souza, porque hoje podem passar procuração de seu proprio punho todas as pessoas que estiverem no gozo de seus direitos politicos e civis.

(398) Pereira de Souza, *Processo civil*, nota 153.

(399) Corrêa Telles, *Dig. Port.*, vol. 3, art. 603.

sado, e isso tanto na primeira, como na segunda instancia (400).

(400) Ord. do liv. 3, tit. 63 §§ 1 e 2; Pereira e Souza, nota 288; Moraes, liv 5, cap. 5 n. 16; *Repert. das Ords.*, vol. 4, pag. 305, v.—Procurador, quando não é bastante, o juiz manda citar a parte a que venha fazer outro procurador.

PARTE SEGUNDA

TITULO UNICO

Do testamento cerrado

CAPITULO I

NULLIDADES DO TESTAMENTO CERRADO

Depois do contracto é o testamento o mais importante dos actos juridicos.

Segundo a expressão do direito romano, que o direito moderno sancionou, o testamento não é sómente um meio de provar a vontade do testador, elle é a propria vontade em si.

Zachariæ assim se expressa (401):

“Le testament n'est pas seulement un moyen de prouver quelle est la dernière volonté du testateur; il constitue la dernière volonté même de son auteur.” E por isso, quando o testamento não é revestido das formalidades prescriptas pela lei, deixa de ser a vontade do testador, perde este caracter.

(401) Droit Civ. Franc., vol. 3, pag. 85, § 443.

A lei primeira Dig. *qui testam facere possint* assim o define: *Voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Os romanos prestavam aos actos de ultima vontade um respeito tão profundo, que Santo Agostinho, o grande Doutor da Igreja, assim descreve a abertura e publicação dos testamentos nos comícios: “Tandin contradicatur de hœreditate mortuorum quandin testamentum fuerit probatum in publicum, tacent omnes, et tabulæ aperientur et recitentur. Judex intus audit, advocati silent, precones silentium faciunt, univêrsus populus suspensus est, ut legantur verba mortui.”

Em 1885 tratámos, no fôro da Parahyba do Sul, da nullidade do testamento cerrado com que falleceu D. Anna Pereira Nunes, e grande parte do trabalho, que systematisamos hoje nos seis capitulos que se seguem, foi extractado dos autos daquella acção, que não proseguiu por accôrdo das partes, e sobre a qual não foi proferida sentença *de meritis*, nem mesmo na primeira instancia (402).

(402) O testamento, cuja nullidade pedimos por acção ordinaria, foi escripto por uma pessoa a rogo da testadora e por outra assignado; no termo de approvação não declarou o tabellião ter recebido da testadora o papel cerrado e cosido com a declaração della de ser o seu testamento, que o hovia por bom, firme e valioso; na ausencia dessa declaração da testadora, não lhe perguntou o tabellião se o papel que della recebera era o seu testamento, que ella o havia por bom, firme e valioso; uma das testemunhas da approvação presume se

não ter estado presente ao acto, porque ao seu nome accrescentou-se appellido de que nunca usou; o acto de approvação não foi assignado por uma das testemunhas instrumentarias, mas por pessoa, da qual se não faz menção no mesmo acto; o instrumento de approvação não foi lido á testadora e ás testemunhas.

Por mais doloroso que nos seja recordar a sentença da primeira instancia, proferida por um distincto magistrado, hoje simples advogado no interior, cujo nome não declaramos para não perpetuar neste livro grave censura á sua memoria, notaremos que assanharam-se ardentemente os grandes interesses pecuniarios agitados pela causa, sob nosso patrocínio, contra um poderoso argentario e titular do imperio, que se havia opposto á acção, porque entre os sobrinhos da testadora (cinco ou seis) que figuravam como auctores, e quasi todos casados, deixou um delles, um só, de apresentar no inicio da causa procuração da mulher, que, entretanto, compareceu em juizo para ratificar tudo quanto tinha feito o procurador de seu marido, constituindo-o seu procurador para proseguir nos termos ultteriores da acção!!!...

Sobre o valor de tão futil e escandalosa nullidade nos occupamos á pag. III, nota 222.

A sentença da primeira instancia, acarretando grandes despezas para os auctores, porque os autos se haviam avolumado extraordinariamente e elles eram pobres, produziu o effeito desejado pelos poderosos protectores do réo.

Os auctores deixaram de proseguir, sujeitando-se á miseravel imposição, um verdadeiro imposto de sangue ás suas bolsas e ao seu direito. Uma questão interessante agitou-se, da qual não fizemos extracto para reduzi-la a principios juridicos para não prejudicar o interesse do principal com incidentes que occorreram na dilação probatoria, e a questão foi a seguinte: Ao sobrenome de uma das testemunhas instrumentarias accrescentou-se appellido de que ella nunca usou.

Esta testemunha, chamada a depôr, declarou não ter estado presente ao acto e não ter assignado o auto de approvação. A hypothese é realmente interessante e pode reproduzir-se, e

As condições essenciaes, ou formalidades legaes do testamento cerrado, *ex-vi* da Ord. do liv. 4.^o, tit. 80, §§ 1.^o e 2.^o e do Ass. de 10 de Junho de 1817, cuja ommissão importa nullidade do acto, ainda que a ommissão ou violação seja de uma só dellas, são as seguintes :

a) Que a disposição seja escripta pelo punho do testador, ou por outrem a seu rogo, devendo neste caso ser assignada ou pelo mesmo testador ou pela pessoa que a escreveu.

b) Que o proprio testador entregue ao tabellião o papel em que está escripta a sua disposição de ultima vontade, cosido e cerrado, perante cinco testemunhas, com expressa declaração de que o papel contém o seu testamento, que o ha por bom, firme e valioso, e de que quer que elle se cumpra.

c) Que o tabellião, verificando achar-se o testador em perfeito estado de razão e de discernimento, córte a linha e, passando os olhos sem ler, para verificar se tem entrelinhas ou riscaduras ou borrão, lavre o instrumento de approvação, em que mencione explicitamente, além daquellas circumstancias, o facto da entrega e declaração sobredita, com a indicação do dia, mez, anno, logar e mais condições do estylo.

os que desejarem examinal-a remettemol-os para a nota *E*, na qual reproduzimos a discussão com todos os seus incidentes e os nomes dos figurantes de uma das farças mais audaciosas de que temos noticia como assalto á fortuna alheia em materia testamentaria.

d) Que o instrumento seja assignado pelo testador, ou por uma das testemunhas a seu rogo, se elle não souber, ou não puder escrever, declarando-o ao pé da assignatura e fazendo o tabellião disso menção.

e) Que seja lavrado na presença das testemunhas e assignado por ellas e pelo tabellião, tudo em acto seguido.

f) Que o instrumento seja principiado na ultima folha do papel que contém a disposição, e caso isso não seja possivel, o tabellião rubrique o testamento com o seu signal, lavrando o mesmo instrumento em novo papel, mas fazendo ahi declaração disso mesmo.

g) Que, lavrado e assignado o instrumento, o tabellião o feche com o testamento, cosendo e lavrando, e o entregue ao testador (403).

(403) Sobre as solemnidades do testamento cerrado valioso subsidio offerece o Acc. de 16 de Dezembro de 1873, confirmado pelo de 20 de Agosto de 1874 e por decisão unanime do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 1876, e que por ser um corpo de doutrina sob as solemnidades do testamento, o transcrevemos em sua integra em a nota seguinte n. 405.

CAPITULO II

NULLIDADE DO TESTAMENTO

escripto por uma pessoa a rogo do testador e por outra assignado

O testamento, conforme o direito romano, deve ser feito de harmonia com as disposições legaes: *Iusta sententia* — expressão que jurisconsultos de nota acham mais completa do que a do código civil francez.

Zachariæ (404) assim se expressa :

“As declarações de ultima vontade não se podem constatar senão por um acto, e este acto deve, para ser valido, ter a fôrma exterior prescripta pela lei.”

Violada qualquer fôrma ou prescripção da lei, o testamento é nullo.

Quando o testador não sabe ler nem escrever, o seu testamento deve ser assignado pela mesma pessoa que a rogo delle o escreveu.

A Ord. do liv. 4º, tit. 80 § 1º assim dispõe :
“E, quando o testador fizer testamento cerrado, o poderá fazer desta maneira:— Depois que escrever ou mandar escrever seu testamento, em que declare sua vontade, o assignará, não sendo escripto por sua mão, porque, sendo escripto por sua mão, o

(404) Droit Civ. Franc., vol. 3, pag. 19.

bastará, ainda que não seja por elle assignado. E não sabendo assignar, será assignado pela pessoa que lh'o escrever e será cerrado e cosido, e elle, testador, o entregará ao tabellião perante cinco testemunhas, varões, livres, ou havidos por taes, e maiores de quatorze annos, e perante ellas lhe perguntará o tabellião se é aquelle o seu testamento e se o ha por bom, firme e valioso; e, dizendo que sim, fará logo em presença das testemunhas o instrumento de approvação nas costas do proprio testamento, declarando como o testador lh'o entregou, e o houve por seu, bom e firme; no qual instrumento de approvação assignarão todas as cinco testemunhas e o testador, se souber ou puder assignar.

E não sabendo, ou não podendo, assignará por elle uma das testemunhas, declarando ao pé do signal que assigna por mandado do testador, por elle não saber, ou não poder assignar, e de outra maneira não será valioso o testamento. E isso sem embargo de qualquer costume que em contrario haja em algum logar ou logares."

O Assento da Casa de Supplicação de 17 de Agosto de 1811 positivamente declara que: "o decreto irritante da Ord. do liv. 4º tit. 80, § 1º—*e de outra maneira não será valioso o testamento*—não se limita á disposição proxima, comprehende geral e exclusivamente todas as disposições contidas no dito paragrapho, que, além de deverem concorrer, não

podem antepôr-se, pospôr-se, ou substituir-se por equipolencia.”

O Assento de 10 de Junho de 1817, explicando a Ordenação citada e o Assento de 17 de Agosto em dois pontos, como se vê da primeira parte do mesmo Assento, que são : primeiro, o lugar onde se deve começar o instrumento de aprovação ; segundo, como se deve entender as palavras que prohibem antepôr, pospôr, ou substituir por equipolencia as fórmulas prescriptas pela mesma Ordenação—, são terminantes em declarar que, além das formalidades prescriptas, “ o mesmo se deve entender dos mais requisitos da lei, *cujá intenção é que a elles se não falte.*” A Ord. do liv. 4.^o consagra o decreto irritante de que, não sabendo o testador escrever, será o testamento assignado pela pessoa que o escreveu.

Quando a lei prescreve fórmula jurídica para um acto, ella não póde ser supprimida ou substituida, sob pena de ser o acto nullo:—*Ex forma nom servata resultat nullitas actus.*

O facto de encontrar-se em um testamento a declaração e assignatura de quem o escreveu, *na qualidade de testemunha—que viu assignar o testamento*, nada colhe para sanar a nullidade á luz dos principios de direito, porque ; 1.^o é irritante o decreto da Ordenação citada § 1.^o, que manda ser o testamento assignado pela mesma pessoa que o escreveu ; 2.^o porque, se a pessoa que escreveu o

testamento tinha algum impedimento para assignal-o, tinha tambem para escrevel-o ; 3º porque a assignatura de uma testemunha que viu escrever o testamento, se não é nescidade, é cousa inutil, porque a lei não exige essa formalidade ; 4º porque nem a Ord. cit. nem lei alguma permite a assignatura do testamento, a rogo do testador, á pessoa differente da que o escreveu, servindo como testemunha do acto o escriptor do testamento ; 5º porque sendo certo que o tabellião póde approvar um testamento por elle escripto, a rogo do testador, — Ass. de 22 de Julho de 1811, — não ha motivo para que a pessoa que escreveu o testamento deixe de assignal-o a rogo do testador.

Exame da questão á luz dos principios de direito e da jurisprudencia dos tribunaes

1º—PRINCIPIOS DE DIREITO—Coelho da Rocha, *Direito civil*, § 673, doutrina que : “as solemnidades que as leis exigem nos testamentos não são só *ad probationem*, mas *ad solemnitatem*, e, por isso, a falta de qualquer dellas induz nullidade.” Doutrina semelhante professa Corrêa Telles, *Doutrina das acções*, § 125, nota 4, in verbo : “devem ser observadas no modo de testar as fórmulas e solemnidades que as leis ordenam ; e ainda nos testamentos que os paes fazem a favor de seus filhos se devem observar *á risca* as fórmulas da Ordenação do liv. 4º tit. 80, conforme muito bem nota Pegas, tomo 4º,

á Ordenação liv. 1º tit. 50, e Mello Freire, liv. 3º tit. 5, § 16.”

Na aprovação do testamento cerrado devem observar-se escrupulosamente as fórmulas da Ord. do liv. 4º tit. 80, § 1º O notavel Mendes de Castro, *Pratica Lusitana*, pag. 52, profere o seguinte ensinamento: —“Ou estas solemnidades se requeiram por prova, ou por fórmula substancial do testamento, sempre a sua omissão o invalida e não podem, sem ellas, produzir efeitos legitimos.” Não basta, pois, que o testamento seja, de facto, a manifestação da vontade do testador, é preciso que essa manifestação seja feita conforme os principios de direito e as solemnidades da lei.

Este principio, que assignala uma das victorias do direito moderno sobre o direito romano, e que é corollario da diversidade no modo de testar, como attesta a lição do profundo Makeldey, § 665, foi proclamado por Dumoulin, uma das mais altas intelligencias do seculo XVI: “Consuetudo requirit hanc probationem ex-ipsomet testamento et hoc nom sufficit habere aliunde.” Este principio foi proclamado por todos os escriptores e recebido por todos os tribunaes; e, como constatação desta verdade, transcrevemos as palavras de um dos mais eminentes jurisconsultos da Europa, e que teve assento na Côrte de Cassação: “Toutes les fois qu’une mention requise par la loi est omise, le testament doit être annullé sans examen ultérieur,

parce que la loi, en exigeant cette mention dans le testament même, nécessairement proscrie toute autre manière de prouver la formalité non mentionnée." (Merlin, *Repert.*, verb. *Test*, not. 2, § 2º, art. 6.º)

Sendo, pois, incontestavel que quando a lei prescreve uma formalidade no testamento, proscree necessariamente toda outra maneira de provar a formalidade, é indiscutivel que a assignatura da pessoa que escreve o testamento, como testemunha que foi, e viu assignar, não preenche a formalidade que a lei exige de ser o testamento assignado pela mesma pessoa que o escreveu.

Se nesta altura elevada dos principios, unica compativel com a soberania do direito e a dignidade da justiça, prescrutarmos o pensamento do legislador, chegaremos, fatalmente, ao seguinte raciocinio:—Ou a pessoa que assignou o testamento, a rogo, ouviu ler as disposições de ultima vontade, e então o testamento deixou de ser cerrado ou mystico, tornou-se testamento aberto, e, neste caso, é nullo por não ter sido feito conforme o dec. da Ord. cit.; ou a pessoa que o assignou não ouviu ler as disposições nelle contidas, e, neste caso, não pode ser fiel interprete da vontade do testador, porque a desconhece, e a sua assignatura equivale á assignatura de cruz, por ignorar quaes as disposições do testamento; e, ainda assim, é elle nullo, porque a Ord. do liv. 4, tit. 80, § 1 não admite assignatura de cruz; e assim tem sido julgado

pelos nossos tribunaes.—Mafra, *Jurisprud. dos Trib.* vol. I, pag. 295, verb. *Test.*

Admittindo se, entretanto, que o testamento assim feito seja a sincera manifestação da vontade do testador, o poder judiciario nada tem que ver com isso; o seu dever é cumprir rigorosamente a lei, quaesquer que sejam as suas consequencias, as quaes correm por conta do legislador. Um exemplo bastará e elle é de uma grande eloquencia: A Côte de Cassação confirmou o aresto do tribunal de Liège, que annullou o testamento de Joanna Traipont. O testamento tinha realmente sido escripto pelo notario; não pairava sobre este facto a menor duvida, mas como o notario deixou de declarar expressamente que o testamento tinha sido por elle escripto, conforme a exigencia do art. 972 do Cod. Civ., o venerando tribunal confirmou a sentença de nullidade, e o fez porque, embora não tivesse sido offendida a verdade do acto, deixou de ser cumprida uma formalidade da lei. (Merlin, verb. *Testament.*)

E' assim que julga o tribunal que se impõe ao mundo pela illustração de seus membros e pela circumspecção de seus arestos.

Ao poder judiciario não assiste o direito de prescrutar a intenção do testador.

Julgar valido um testamento sem as formalidades leaes, sob o pretexto de respeitar-se a von-

tade do testador, é um absurdo que dá logar aos maiores absurdos.

Se da arena dos principios passarmos aos escriptores de direito, que todos os dias nos andam pelas mãos, veremos que todos são accordes em repetir a lição da lei, isto é, que o testamento deve ser assignado pela pessoa que o escreveu, não se encontrando em nenhum a resalva, ou hypothese, de que a falta de assignatura desta pessoa é supprida, assignando ella como testemunha conjunctamente com a pessoa que declara assignar a rogo do testador. Entre estes escriptores citaremos Gouvêa Pinto, que tratou da materia *ex professo* (*Tratado de testamento e successões*, cap. 5, § 2, pag. 55, edição annotada pelo Dr. Macedo Soares, e cap. 9, pag. 110; Liz Teixeira, vol. 2, pag. 172; Almeida e Souza, *Notas a Mello*, vol. 4, diss. 4, § 13; Dig. Port., tomo 3, ns. 1771 e seguintes; Mello Freire, liv. 3, tit. 5, § 13; *Manual do Tabellião*, §§ 198 e seguintes; Pires Ferrão, *Guia Pratica e Formulario do Tabellião de Notas no Brazil*; Coelho da Rocha, §§ 677 e seguintes; Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis*, arts. 1053 e seguintes)

2º.—JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAES.—O accordo do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1853 (Mafra, Jurisp. dos Trib. vol. 1, pag. 394) consagra a seguinte doutrina: “Ha injustiça notoria em julgar valido o testamento, quando do mesmo se mostra que, sendo elle cer-

rado, se infringiu a Ordenação do liv. 4, tit. 80 § 1, que prescreve a forma e solemnidade de fazer o testamento, sendo essencial *a assignatura da pessoa que escreveu o testamento a seu rogo*, no caso de o testador não poder ou não saber escrever. Constando, pois, que o testador não sabia escrever, não se achando assignado o que escreveu, mas diversa pessoa, incorre o testamento na determinação da Ordenação citada, que irroga a pena de nullidade.” —Na Revista n. 8269 firmou o Supremo Tribunal de Justiça, em 21 de Junho de 1873, esta doutrina: “Não sabendo o testador assignar, será assignado o testamento pela pessoa que o escreveu, de outro modo não será valido o testamento.” Esta mesma doutrina acha se consagrada no accordão da Relação ds Rio de Janeiro n. 4585 de 16 de Dezembro de 1873 (*Direito*, vol. 3, pag. 1471), declarando-se nullo o testamento de que trata o traslado, por não estar elle revestido das formalidades substanciaes decretadas pela Ord. do liv. 4, tit. 80, por ter sido feito e escripto por uma pessoa e assignado por diversa. Esta mesma doutrina consagram os Accs. de 16 de Dezembro de 1873 (*Direito*, vol. 6, pag. 468) e de 21 de Abril do mesmo anno (*Direito*, vol. 4, pag. 453).

O Supremo Tribunal de Justiça, por decisão unanime de 5 de Abril de 1876 (*Direito*, vol. 10, pag. 562, e *Gaz. Jur.*, vol. 12, pags. 57 e 62), de uma vez por todas firmou os sãos principios de

direito, confirmando o corpo de doutrina sobre solemnidades do testamento, que se encontra no accordão de 16 de Dezembro de 1873, confirmado pelo de 20 de Agosto de 1874 (*Dircito*, vol. 6, pags. 453 e 468) e, como o accordão referido e confirmado por decisão unanime é da mais alta relevancia, por envolver questões diversas, julgamos de grande interesse transcrevel-o na integra (405).

(405) Prova-se dos autos que não sabia ler, nem escrever Luiza Maria da Fonseca, que figurava como testadora no referido testamento, e dispondo esta Ord. que, não sabendo assignar o testador, seja assignado o testamento pela pessoa que lh'o escrever, que seja o testamento cerrado e cosido e assim entregue pelo testador ao tabellião e faça logo este em presença das testemunhas o instrumento de approvação nas costas do proprio testamento; que, não sabendo assignar o testador, seja assignado o instrumento por uma das testemunhas com a declaração ao pé da assignatura de o assignar por mandado do testador, por não saber assignar, taes solemnidades não foram cumpridas no testamento de fls. 15, como se evidencia do instrumento de fls. 16, no qual não se declara que o testamento estava cerrado e cosido no acto de ser entregue pela testadora ao tabellião; não se declarou o logar do testamento, onde foi feito o instrumento de approvação; Hyppolito Frigueirinho não fez a declaração sacramental de assignar o instrumento de approvação por mandato da testadora, por ella não saber escrever; e prova-se dos autos, que ao auto de approvação não estavam presentes cinco testemunhas, embora figurem nelle cinco assignaturas de testemunhas, visto que da discussão havida nos autos resulta a não existencia do individuo com o nome de Manoel Gomes Guimarães, sendo inverosimil que em documento de tamanha importancia alguém se sujeitasse a assignar com um nome que não era o seu, e meños que fosse acceito por

quem tinha responsabilidade e por quem tinha interesse pelo acto.

Em cuja conformidade declaram não valioso aquelle testamento, nos termos da referida Ord., e mandam que a meiação de Luiza Maria da Fonseca seja devolvida aos auctores appellantes, seus herdeiros legitimos."

Releva ponderar que a circumstancia, ou facto, que deu logar ao accordão transcripto, confirmado pelo de 28 de Agosto de 1874, e pela decisão unanime do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 1876, foi o seguinte:

Luiza Maria da Fonseca pediu ao tabellião Candido Gomes Pacheco para escrever o seu testamento, por ella não saber ler, nem escrever; tendo o tabellião escripto o testamento, foi elle assignado á rogo (é exactamente a hypothese de que tratamos) por outra pessoa, assignando o tabellião o seu nome por baixo do da pessoa que assignou o testamento a rogo, mas sem a declaração de que assignava como testemunha, de sorte que, em vez de uma, tinha o testamento duas assignaturas; como, porém, a declaração de assignar a rogo da testadora precedia ao nome de outra pessoa, e não ao do tabellião que tinha escripto o testamento, os accordãos e revista citados declararam o testamento nullo, pelo fundamento de não ter sido assignado pela mesma pessoa que o escreveu.

CAPITULO III

NULLIDADE DO TESTAMENTO

quando no termo de approvação não declara o tabellião ter recebido do testador o papel cosido e cerrado.

Critica e impugnação á doutrina de Almeida e Souza

A Ord. liv. 4, tit. 80, § 1 preceitua que o testamento seja entregue pelo testador ao tabellião, cerrado e cosido. A solemnidade, pois, do cerramento da cedula deve ser praticada antes de sua apresentação á approvação. Esta solemnidade que a Ordenação foi buscar na lei 21 C. *de testamentis* — *Scripturam consignatam, vel legatam clausam involutamque* —, fonte da Ordenação Franceza de 1735 e de quasi todas as legislações posteriores, como adiante mostraremos, tem sido e continuará a ser considerada solemnidade essencial, não obstante a opinião de Almeida e Souza, seguida por alguns escriptores, sem critica juridica, e até sem criterio philosophico.

As palavras da Ord. — cerrado e cosido devem ser entendidas em sentido restricto, ou exprimem ellas, conforme a opinião de Almeida e Souza (*à Mello*, diss. 4^a, § 15), entregar o testador o testamento apenas dobrado?

Almeida e Souza firma a sua opinião no Assento de 10 de Junho de 1817.

Essa opinião não resiste a analyse.

A Casa de Supplicação de Lisboa tinha a faculdade de fixar a intelligencia das leis, ou de interpretação authentica. Esta faculdade encerrava-se dentro dos limites da interpretação e não ia além. A Casa da Supplicação não podia revogar ou derogar as leis vigentes, ou promulgar disposições novas, faculdades estas do poder soberano. E, pois, absurdo repetir-se com Almeida e Souza que o Assento de 10 de Junho revogou a Ordenação do liv. 4, tit. 80 § 1; pois tanto importa dizer que o Assento de 10 de Junho, interpretando a Ordenação, sancionou a pratica de ser o testamento entregue dobrado e não cerrado e cosido.

Quando o poder legislativo trata de fixar a intelligencia de uma lei, por lei nova, pôde, sem duvida, revogar as disposições anteriores, porque o poder legislativo tem a plenitude da faculdade de fazer leis. Uma corporação, porém, como a Casa de Supplicação, revestida tão sómente da attribuição de interpretar a lei, fica adstricta aos limites da sua faculdade—interpreta simplesmente.

Estas palavras que deixamos transcriptas não são nossas, são do conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, um estimavel jurisconsulto patrio (*Direito*, vol. 5. pag. 574). E isto não é tudo.

Os escriptores que seguiram a opinião de

Almeida e Souza não fizeram mais do que addir á influencia de um nome em voga; não se deram ao trabalho de examinar o Assento de 10 de Junho, que assim se expressa na parte que interessa á questão, e da qual nos vamos occupar com amplitude. Copiamos as palavras do Assento: " Assentou-se pelos desembargadores de agravo, e do conselho de Sua Magestade para este fim convocados, quanto á primeira parte, que o tabellião não podendo começar o instrumento de approvação dentro do testamento cerrado e cosido, que não acaba no verso da ultima folha escripta, mas em parte desta, como pode começar quando acaba nas costas e verso da ultima folha, deve principiar o instrumento logo e immediatamente no fim do testamento, cerrando-o e cosendo-o depois de concluido o mesmo instrumento, na fórma da pratica geral e sempre observada, que é o melhor interprete da lei, e neste caso necessaria para interpretar a disposição do paragrapho 2º com a do paragrapho 1º, á vista da impossibilidade de se escrever dentro de um instrumento que se acha cerrado e cosido." Este Assento, como se vê da sua propria lettra, foi tomado—"para remover duvidas que se têm suscitado com muito prejuizo da validade e firmeza dos mesmos testamentos, conciliando se a intelligencia dos paragraphos primeiro e segundo da Ord. liv. 4, tit. 80". Assento de 17 de Agosto de 1811.

O facto de não se ter dado cumprimento nos testamentos e sua aprovação ás solemnidades dos §§ 1º e 2º da Ordenação, foi que provocou o Assento que, reconhecendo que na pratica foi motivo de nullidade dos testamentos a não observancia de solemnidades da lei, accentuou a consequencia irrecusavel de que, prescrevendo a observancia dessas solemnidades, não curou da solemnidade de ser entregue o testamento dobrado, antes considerou tal facto violação do § 1º da Ord. e, por isto mesmo, motivo de nullidade. Em um artigo que lemos no *Dirêito*, vol. 18, n. 2, pag. 202, juridicamente e com summo criterio elaborado e escripto e ao qual tomamos de emprêstimo valioso subsidio para esclarecimento da these em discussão, analysando o seu auctor o Assento de 10 do Junho, enuncia o seguinte conceito: "Da exposiçào da duvida e da decisão proferida pelo Assento deduz-se que a hypothese figurada foi a seguinte: Era apresentado ao tabellião para ser approved um testamento que se achava cerrado e cosido; o official publico verificará pela simples inspecção que a escriptura não se achava no verso, costa da ultima folha. O § 2º da Ord. obriga o tabellião a começar o auto de aprovação logo em seguida á ultima disposiçào testamentaria, não deixando espaço de permeio. Como fazel-o, porém, estando a cedula cerrada e cosida? Já o dissemos, e insistimos na affirmativa, o Assento não cura da hypo-

these de ser o testamento entregue dobrado ; porque neste caso, podendo o tabellião desdobral-o, folheal-o á vontade, iniciar o auto no proprio corpo da cedula, onde acabava a ultima verba testamentaria, não havia razão de duvida. Como solveu o Assento a duvida? Com as seguintes palavras : “Deve principiar o instrumento logo e immediatamente no fim do testamento. ”

Se o testamento, porém, estava cerrado e cosido, é claro que a solução do Assento suppunha forçosamente que elle fosse descerrado e descosido para escrever-se dentro, sob pena de dar o Assento á consulta feita uma resposta irrisoria, mandando o tabellião fazer aquillo que elle reputava impossivel; respondendo á questão pela questão. Esta solução, unica possivel, é, além disso, tornada evidentissima pelas expressões usadas logo em seguida pelo Assento como complementares da instrucção que dava — cerrando e cosendo-o depois que concluir o mesmo instrumento.

Ora, se reflectirmos, como já accentuámos, que o Assento tratava de um testamento que era apresentado cerrado e cosido, como podia mandar que o tabellião cerrasse-o e cosesse-o depois do auto de approvação, se não houvesse sido descerrado e descosido para lavrar-se este auto?

Na sua ingenuidade de provectoros jurisconsultos e praticos consummados esqueceram-se os desembargadores da Supplicação de collocar após a

palavra—*deve*—as seguintes: “descerrar e descoser o testamento”.

A' vista deste raciocinio irrespondivel, ficando fóra de qualquer duvida que o Assento resolveu que, na hypothese de ser offerecido á approvaçào um testamento cerrado e cosido, cujas disposições não findassem no verso ou nas costas da ultima folha, mas sim em parte da face interna della, descosesse e descerrasse o tabellião a cedula, e, em seguida á ultima parte do testamento, começasse o auto de approvaçào, é tambem fóra de duvida que a pratica apregoada por Almeida e Souza não foi acceita pelo Assento de 10 de Junho, porque este contém disposições consoantes com as solemnidades prescriptas pela Ord., solemnidades que o Ass. manda guardar e cumprir, porque tem em vista, não destruir, mas conciliar as disposições do § 1º com as do § 2º da Ordenaçào.

E como conciliou o Ass. os dous paragraphos? —Da maneira que ficou exposta:—dando ao tabellião a faculdade de descerrar e descoser o testamento para dentro d'elle começar o termo de approvaçào; faculdade que a Ord. não havia concedido ao tabellião, mas que o Ass. subentendeu, como meio pratico de conciliar, isto é, de mandar que se cumprissem as disposições dos §§ 1º 2º da Ord.

Se o Assento, como demonstrámos, tratou da hypothese de ser apresentado ao tabellião um testamento cerrado e cosido, cujas disposições não

findaram nas costas da ultima folha, mas sim em parte da face interior della, é transparente que a pratica invocada pelo Ass. como boa mestra, era a de poder o tabellião descerrar e descoser o testamento para dentro delle fazer o auto de approvação. E esta pratica é attestada por um jurisconsulto illustre, que escreveu *ex-professo* sobre a meteria, Gouvêa Pinto.

No seu *Tratado de testamento e successão*, dando conta do Assento de 10 de Junho, assim se expressa o illustre reinicola no cap. 45, not. 303: "A pratica que se observa geralmente nas approvações dos testamentos cerrados é a mesma que se deduz da lettra dos §§ da Ord. cit.; a saber: "logo que o testamento é feito e acabado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, dos que em direito se chamam cerrados, ainda que o tabellião esteja logo prompto para o approvar, sempre se cumpre a formalidade que exige a Ord. no § 1º, isto é, cerra-o ou dobra-o o testador, ou a pessoa que lh'o fez a seu rogo e, cosendo-o com dous ou tres pontos de linha, ou retroz, o entrega assim o testador ao tabellião perante as cinco testemunhas", e então é que o tabellião lhe pergunta se aquelle é o seu testamento, e se o ha por firme e valioso; e dizendo o testador que sim, corta o tabellião com um canivete ou tesoura os fios com que fôra cosido e cerrado o testamento, e, abrindo-o, lança os olhos por todo elle para ver se tem algum borrão ou entrelinha,

afim de assim o portar por fé no instrumento de aprovação, no qual se costuma dizer—vi e não li—feito isto, principia o auto de aprovação, que o § 1º designa.

Agora abordemos a questão por outra face: A pratica apregoada por Almeida e Souza concilia o § 1º com o § 2º da Ordenação, como teve em vista o Assento da Casa da Supplicação, a qual não tinha faculdade de fazer e derogar leis, mas a de interpretar?

Não, absolutamente não; o que ensina a pratica do illustre advogado de *Lobão* é que o testamento seja entregue dobrado e não cerrado e cosido

Ora, semelhante pratica, em vez de conciliar o preceito do § 1º com o § 2º, revoga, elimina, extingue o § 1º por julgal-o inconciliavel, por ser impossivel escrever-se o instrumento de aprovação, quando o testamento estiver cerrado e cosido e as disposições findarem na face interna da ultima folha.

Para que a patica de Almeida e Souza, realisando o objectivo que teve em mira o Assento de 10 de Junho, conciliasse as disposições dos dous paragraphos, fôra mister que ella respeitasse o § 1º e que este preceito pudesse subsistir.

Ora, suppôr um testamento entregue dobrado simplesmente, é revogar, é dar como insubsistente, como impossivel, a disposição que manda que elle seja entregue cerrado e cosido.

Isto é materialmente claro.

Nos paizes constitucionaes o desuso e, muito menos, o uso em contrario, não pôde ser acceito como meio abrogador das leis.

Esta sentença é do eminente Demolombe, *Curso do Codigo Napoleão*, vol. 1º ns. 35 e 130.

Sendo a pratica de que fala Almeida e Souza contraria ao decreto irritante do § 1º da Ord. do liv. 4º tit. 80, fallece-lhe força e prestigio; porque sobre ella recahe a condemnação inflicta pela Lei de 18 de Agosto 1769, que, no § 14, declara *corruptelas e abusos os usos e costumes em alguma cousa contrarios ás leis*.

Tem-se procurado tambem patrocinar a pratica apregoada por Almeida e Souza com a allegação de que o Assento de 10 de Junho, mencionando as formalidades que devem ser observadas no auto de approvação, não incluiu a de ser a cedula entregue cerrada e cosida. Custa a crer em tanta falta de criterio e de reflexão.

As solemnidades mencionadas pelo Assento são as que devem ser observadas *no acto solemne de se approvar o testamento*. São palavras estas textuaes do Assento; isto é, são *solemnidades da approvação*. Ora, estas solemnidades só começam depois que é feita pelo testador a tradição da cedula.

O encerramento e a cosedura da cedula, assim como a assignatura do testamento, são solemnidades da cedula, e, portanto, anteriores ao acto de

approvação, e das quaes o Assento não se occupou especificamente, porque elle só curou do acto da aprovação.

Um só argumento basta para assignalar o erro de Almeida e Souza, e é o seguinte: Se as solemnidades a observar nos testamentos são as referidas no Assento de 10 de Junho, e não especificando elle a formalidade de ser o testamento assignado pelo testador ou por quem o escreveu a seu rogo, segue-se que o testamento nestas condições deveria ser considerado valido. Isto é simplesmente um disparate juridico, porque não era preciso, para assim julgal-o, que o Assento de 5 de Abril de 1770 houvesse declarado que o testamento recebe sua validade da assignatura. Se do silencio do Assento sobre a cosedura da cedula se quizesse concluir não ser esta solemnidade substancial, seria tambem logico concluir não ser necessaria a cosedura e cerramento a que o tabellião deve proceder depois do auto da aprovação, assim como não seriam necessarias: 1º, a declaração do dia, mez e anno do auto de aprovação; 2º, a declaração do lugar, do nome do testador, do reconhecimento das testemunhas pelo tabellião; 3º, a leitura do instrumento de aprovação; 4º, o signal publico e subscripção do tabellião; solemnidades estas de toda a escriptura ou instrumento publico, e que não foram especificadas pelo Assento.

Um outro argumento se tem ainda levantado

em favor da pratica aconselhada por Almeida e Souza, e consiste elle em dizer-se que a tradição da cedula pelo testador, cerrada ou cosida, é um direito que a lei conferiu ao testador, e do qual pode elle desistir.

Isto é simplesmente um dislate, porque a tradição da cedula pelo testador não é um direito, é uma formalidade, é uma circumstancia do modo de manifestar, ou de exercer o direito de testar, é uma modalidade legal.

Ninguem pode exercer um direito senão pelo modo ou formalidade prescripta por lei. E erigir-se em direito uma circumstancia ou forma de manifestar ou exercer um direito é consagrar um absurdo. A lei, garantindo o direito de testar, estabeleceu a norma, o molde, a forma de exercicio desse direito, estatuinto as formalidades da Ord. do liv. 4, tit. 80. Com o dislate acima referido chega-se ao aniquilamento de todas as regras e principios fundamentaes que são a larga base da organização social.

Resumindo a questão ao ponto que se controverte, chegámos á seguinte conclusão: O facto de assignar o testador o seu testamento, quando elle não puder escrevel-o, é um direito que a lei confere ao testador, e do qual elle pode desistir; o facto de dizer o testador, entregando ao tabellião o seu testamento, que o ha por bom, firme e valioso, é um direito que a lei confere ao testador, e do qual

elle pode desistir; a assignatura do testador no termo de approvação é tambem um direito que a lei confere ao testador e do qual elle pode tambem desistir; e assim, fazendo-se de cada formalidade um direito, de que o testador pode desistir, chega-se á conclusão de que, não cumprindo a forma prescripta pela lei para o exercicio do direito de testar, pode o testador exercer esse direito pela forma que lhe approuver.

Dizer-se que a tradição da cedula cerrada ou cosida é um direito do testador, é incorrer em erro grosseiro de critica historica.

Ninguém ignora que o testamento cerrado, ou mystico, foi instituido como meio de ordem ou garantia social. "A necessidade, diz Gouvêa Pinto, de extinguir as desordens e dissensões nos seios das familias pelo conhecimento previo das disposições de ultima vontade, determinou o modo de manifestação dessas vontades, sob a forma do testamento cerrado, que caracteriza uma medida de ordem publica."

Se o interesse geral foi que determinou o molde de manifestação das ultimas vontades, se o legislador quiz que ellas fossem rodeadas do maior resguardo e sigillo, em vez de ser um direito do testador a circumstancia de entregar a cedula cerrada e cosida, é isso um dever que a lei impoz, dever que garante o exercicio do direito de testar.

A omissão, portanto, do cumprimento de um

dever imposto pela lei para manifestação, ou exercício de um direito, importa a impossibilidade de poder exercel-o.

Medida de ordem publica, como foi a instituição do testamento cerrado, as formalidades que a lei creou para esta especie de testamento não constituem, nem todas ellas de per si, nem cada uma deilas isoladamente, um direito do testador, mas sim uma fórmula legal e legitima para exercer-se o direito de testar.

O argumento de Almeida, de que a formalidade da tradição da cedula cerrada e cosida é absurdo por não poder-se lavrar o termo de approvação dentro do que está cosido, já demonstrámos ser um argumento filho de pouca reflexão e de nenhum exame, e, para robustecer nosso modo de pensar, vamos folhear os codigos das nações que mais alto se têm levantado na sciencia do direito.

A formalidade da cedula cerrada e cosida e assim entregue pelo testador no acto de approvação, se encontra no codigo civil francez, o *corpus juris* dos tempos modernos.

São estas as palavras do art. 976: " Lorsque le testateur vaudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui même, ou qu'il les ait faites écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier que servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. "

Igual disposição encontra-se nos arts. 782 e 783 do código civil italiano, esse vasto monumento da sabedoria jurídica do nosso século, e no art. 751 do código da Sardenha. São estas as palavras do art. 783 do código civil italiano: "La carta in cui sono stese le disposizioni, o quella che serve d'involto, sarà sigillata com impronta qualunque in guisa che il testamento non si possa aprire nè estrarre senza rottura od alterazione. Il testatore in presenza di quattro testimoni la consegnerà al notáio cosí sigillata, o la farà sigillare nel modo sopra espresso in presenza del notáio e dei testimoni, e dichiarerá che in quella carta si contiene il suo testamento."

O código da Toscana, tão justamente respeitado pela sensatez e simplicidade de suas disposições, assim dispõe no art. 307: "Le testateur doit le remettre clos et scellé á un notaire en présence de cinq temoins en declarant que le contenu en ce papier est son testament, etc., etc."

O código civil do Chile, que é um dos mais acabados monumentos da legislação do século, consigna igual doutrina no art. 1023: "El escribano expressara en el sobrescrito o cubierta bajo el epigraphe —testamento—, etc. etc."

Já se vê, pois, que o decreto do § 1º da Ordenação citada, consagrado pelos códigos que attestam a grande conquista do saber jurídico, não é cousa para cair ao sopro do ridículo, ou de uma

refutação dos discipulos de Almeida e Souza, mestre que, sempre dominado pelas minudencias da hypothese, deixou-se arrastar pela voragem da glosa e pela casuistica dos arestos, que nos seculos XVII e XVIII muito degradaram a sciencia do direito, ao ponto de prevalecerem contra a lettra expressa dos textos as opiniões de Acurcio e Bartholo, sendo preciso que a Lei de 18 de Agosto de 1769, chamada da boa razão, se antepuzesse ao desmantelamento geral.

Ainda em suffragio da opinião que sustentamos, de ser formalidade substancial a tradição da cedula cerrada e cosida, apparecem sentenças dos nossos tribunaes, como o accordão, já transcripto, de 16 de Dezembro de 1873, confirmado pelo de 28 de Agosto de 1874, e por decisão unanime do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 1876 (*Direito*, vol. 6, pags. 453 e 468, e vol. 10, pag. 562).

CAPITULO IV

NULLIDADE DO TESTAMENTO

quando, na falta da declaração do testador, não pergunta o tabellião se o papel que o testador lhe entregou é o seu testamento que ha por bom, firme valioso.

E' expresso na Ord. já transcripta, do liv. 4° tit. 80, § 1°, que o tabellião no acto da approvação perguntará ao testador—*se aquelle é o seu testamento e se o ha por bom, firme e valioso.*

O Ass. de 10 de Junho, explicativo da Ord. citada, assim se expressa no § 3°:—“ Com a declaração do testador de que é o seu testamento, que o ha por bom, firme e valioso, ou, na falta desta declaração, com a resposta do testador ao tabellião, dada ás perguntas declaradas no § 1° da Ord. cit.”

Não se póde mudar ou substituir a fôrma de um acto, quando ella é prescripta pela lei.

Fôrma não observada é fôrma não cumprida.
—*Ex-forma non servata resultat nullitas actus.*

Quando a lei positivou com as palavras—*bom, firme e valioso*—a expressão da vontade do testador, não estatuiu uma redundancia ou superfluidade.

Não é bastante que o testador manifeste ao tabellião e ás testemunhas a sua vontade, é preciso que elle manifeste tambem que essa vontade é filha

do seu livre arbitrio. As suggestões por um lado, as coacções por outro, inspiraram ao legislador a sábia medida de exigir não só a manifestação da vontade, como a manifestação da liberdade do testador.

Pela declaração do testador ao tabellião de que o papel que lhe entrega é o seu testamento, e quer que lh'o approve, não está expressa a manifestação da liberdade que presidiu a feitura do testamento; não está implicitamente incluída a manifestação de que a vontade do testador não cedeu a suggestões ou imposições: vontade e liberdade são faculdades distintas.

Foi para exprimir a vontade em toda a sua plenitude de liberdade que a lei decretou uma forma expressiva e concisa, com as tres palavras—bom, firme e valioso.

Estas palavras não são redundantes nem superfluas, porque ellas envolvem a manifestação do livre arbitrio, constituem solemnidade legal ou absoluta, reconhecida pelo Ass. de 10 de Junho, que, para determinar a intelligencia da Ord., prescreve ao tabellião o dever de fazer a pergunta, quando o testador não se antecipar em declarar.

E' erro, portanto, avançar-se que a intenção da lei fica satisfeita com a apresentação do testamento pelo testador, declarando ser seu e pedindo para approval-o; porque a intenção da lei é que o testador manifeste tambem que elle não foi por qual-quer forma coagido a fazer o seu testamento.

Quando foi tomado o Ass. de 10 de Junho, muitas tinham sido as questões levantadas sobre a intelligencia da Or. liv. 4, tit. 80; havia-se annullado testamentos pela simples omissão de uma só dessas palavras, e até pela anteposição ou posposição de uma á outra. O Assento conservou-as, tornando indispensavel a declaração do testador de ser o seu testamento bom, firme e valioso, e, no caso de omissão, a pergunta feita pelo tabellião.

Interpretando a intelligencia da Ord. permittiu o Ass. de 10 de Junho a anteposição ou posposição de qualquer palavra, que não alterasse o sentido e a intenção da lei. O que deu lugar a ser tomado o Assento foi, como observa Coelho da Rocha, *Diri-to Civil*, vol. 2º not. FF. “o grande numero de questões originadas da interpretação restricta da Ord., sendo certo que annullavam-se testamentos pela anteposição ou posposição de uma das palavras bom, firme e valioso; assim como annullavam-se testamentos pela omissão de uma só dessas palavras, que entretanto foram conservadas pelo Assento como a fórma de manifestar a vontade do testador, constituindo ellas solemnidade substancial.”

Já dissemos com a autoridade do eminente Merlin (*Repert. verb. Test. sect. 2ª § 2º art. 4º*) *que todas as vezes que uma menção ou declaração requerida pela lei é omittida, o testamento deve ser annullado sem exame ulterior.*

“A fórma dos actos não é cousa indifferente,

dizem todos os juriconsultos, e quando a lei a esta-tuiu teve em vista demonstrar que esta fôrma é ne-cessaria para que os actos mereçam fé em suas diversas relações; e, por isso, quando ella não deixa a fôrma ao arbitrio do homem, não é permittido infringil-a, sob pena de atacar se a authenticidade do acto."

Verdade e authenticidade são duas condições essenciaes da escriptura ou instrumento publico.

A verdade consiste na existencia real do que nelle se contém, relata ou expõe; a authenticidade, em ter sido elle feito segundo o modo, a fôrma pre-scripta pela lei.

Póde, pois, um instrumento ser verdadeiro e não ser authenticico, e, posto que verdadeiro, não sendo authenticico, não faz fé, não prova em juizo. D'ahi o principio de que, quando a escriptura ou in-strumento publico não foi feito com as solemnidades ou fôrma que a lei lhe prescreve, perde a sua qualida-de privativa e principal de—*prova provada*—e deixa de produzir em juizo os effeitos que lhe são assig-nados por lei.

Executores da lei, interpretes quotidianos do seu espirito, os tribunaes do paiz, por modo uni-forme de julgar, têm firmado a verdadeira doutrina do ponto em questão.

O accordão da Relação do Rio de Janeiro de 11 de Maio de 1856 (Mafra, *Jurisprudencia dos Tribunaes*, vol. 1, pag. 296) e a revista do Supre-

mo Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 1864 (obra cit. e vol., pag. 297 *in fine*) consagram a doutrina de ser preciso que o tabellião pergunte e o testador declare que ha o seu testamento por bom, firme e valioso.

Igual doutrina se encontra na revista de 14 de Outubro de 1853 (Mafra, ob. cit., vol. 2, pag. 250).

A revista de 4 de Junho de 1864, cuja integra se encontra em Mafra (obr. cit. vol. 3º, pag. 195), prescreve que as palavras—bom, firme e valioso—devem ser explicitas e não subentendidas. São estas as suas textuaes expressões: “Visto que não consta do referido auto de approvação que o tabellião perguntasse ao testador, e nem este declarasse que havia por bom, firme e valioso o testamento que lhe entregava, feito por seu proprio punho; não bastando affirmar o mesmo tabellião que lhe fizera as perguntas da lei, pois que aquellas palavras—bom, firme e valioso—devem ser explicitas e não subentendidas.”

Ainda a revista de 29 de Julho de 1876 (*Dirreito*, vol. 10, n. 3, pag. 567), revista que conta apenas um voto vencido, consagra a doutrina de ser necessaria a pergunta feita pelo tabellião e a resposta do testador de ser aquelle o seu testamento e de o haver por bom, firme e valioso.

Em suas annotações a Gouvêa Pinto o Dr. Macedo Soares affirma que os nossos tribunaes se têm pronunciado invariavelmente no sentido de ser

formalidade substancial do testamento a declaração do testador de o haver por bom, firme e valioso; máo grado o accordão da Relação de Lisboa (nota á pag. 58 do Tratado dos testamentos).

Que as palavras—bom, firme e valioso—devem ser explicitamente declaradas e não subentendidas, é doutrina corrente dos escriptores Gouvêa Pinto, obr. cit. cap. 5, § 2º; Teixeira de Freitas, *Consol. das leis civis*, art. 1055, § 5º; Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, art. 1783; Liz Teixeira, *Direito civil*, vol. 2º pag. 173; e outros.

CAPITULO V

NULLIDADE DO TESTAMENTO

quando o auto de aprovação, em vez de assignado por uma das testemunhas presentes, o foi por pessoa da qual não se fez nelle menção.

E' solemnidade da Ord. do liv. 4, tit. 8o, explicada pelo Ass. de 10 de Junho, que, não sabendo o testador escrever, deve ser o auto de aprovação assignado por uma das testemunhas instrumentarias, *in verbis*: "E não sabendo ou não podendo, assignará por elle uma das testemunhas, declarando ao pé do signal, etc."

E' tambem principio corrente entre os escriptores que, não sabendo ou não podendo assignar o testador o termo de aprovação, deve ser assignado por uma das testemunhas instrumentarias. Lobão, *Notas a Mello*, tom. 4º diss 4ª, § 28; Gouvêa Pinto, obr. e log. cit.; Liz Teixeira, *Direito Civil*, tom. 2º pag. 173; Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, tom. 3º art. 1784; Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 1055.

Vem de molde suscitar a seguinte questão: As omissões do instrumento de aprovação podem ser suppridas por prova testemunhal?

Com as opiniões de Pêgas, Pinheiro, Cordeiro e outros romanistas se tem sustentado, erradamente, a affirmativa.

Seguindo o falso methodo de applicar, sem criterio, ao nosso direito as doutrinas do direito romano e da glosa, os escriptores citados deram como vigente o principio de que—*o cumprimento das formalidades da approvação podia ser provado por duas testemunhas*—. Isto é erro grave, combatido e repellido por notaveis autoridades como Zachariae, obr. citada, vol. 3º pag. 85, § 483—*in verbis*: “La preuve de l'observation de telle ou telle formalité n'est donc pas admissible, si elle ne résulte de l'acte testamentaire lui même”.

Este axioma juridico foi consagrado e generalizado pelo legislador brasileiro na seguinte disposição do art. 690, 2ª parte, do Decr. n. 737 de 25 de Novembro de 1850: “A forma que a lei exige para qualquer acto presume-se não observada ou preenchida, se do mesmo acto não consta ter sido observada, *ainda que por outro modo isto se prove.*”

O defeito muito corrente de se ler incriteriosamente livros escriptos sob a influencia de idéas e principios em voga em certas épocas e sob o influxo de escolas decahidas, tem aberto espaço á propagação da erronea theoria de Pêgas, Pinheiro, Mantica, Cordeiro e outros sectarios do direito romano. Para accentuar a falta de criterio dos que perfilham a doutrina do romanismo neste ponto,

basta ponderar que entre os romanos o testamento privado era feito em presença de sete testemunhas, as quaes subscreviam o involucro e o authenticavam com a sua assignatura e sello. A esse acto não assistia official publico, não se lavrava auto, ou instrumento, para constatar as solemnidades praticadas (Makeldey, *Direito Romano*, § 665) Desde, pois, que a lei romana não estatuiu acto escripto e solemne para prova das solemnidades, prevalecia a regra de direito de que as formalidades podiam ser provadas por qualquer dos meios de prova

Isto era simplesmente logico.

Entre nós, porém, essa regra não pode ter applicação, porque, prescrevendo a lei a presença do tabellião e a necessidade do auto de approvação, quiz que fosse este o instrumento authenticico das formalidades por ella prescriptas.

A simples assignatura do instrumento, sem menção do nome da testemunha no corpo do mesmo instrumento, não prova que a testemunha tivesse estado presente a todos os actos; prova, simplesmente, que ella pôz a sua firma naquelle instrumento, o que podia fazer chegando ao lugar depois de preenchidas as demais formalidades e até depois de lavrado o instrumento.

O fim que teve em vista a Ord. do liv. 4, tit. 80, foi apurar a verdade, pela constatação do auto de approvação,—de que as testemunhas estiveram presentes a todo acto.

A nomeação do nome das testemunhas e de sua presença em todo o acto da approvação é cousa que em tempo nenhum foi posta em duvida ; é uma formalidade de seculos praticada, não só em nosso paiz, como em Portugal e todas as nações da Europa (Gouvêa Pinto, obr. cit. cap. 46 ; Corrêa Telles, *Manual do Tabellião*, § 247 ; Merlin, verb. *Test.* ; Dalloz, *Rep.*, verb. *Test.*)

CAPITULO VI

NULLIDADE DO TESTAMENTO

quando o tabellião não certifica ter lido ao testador e testemunhas o auto de aprovação.

A leitura de toda a escriptura ou instrumento publico é formalidade substancial, e a sua falta induz nullidade. Não falta quem pretenda deduzir do silencio da Ord. do liv. 4, tit. 80, e do Ass. de 10 de Junho sobre a leitura do instrumento da aprovação ao testador e ás testemunhas, não ser ella formalidade substancial. Erro manifesto. Ha solemnidades que, ainda não expressas em lei especial, se subentendem por serem *substanciaes*.

Este principio foi consagrado pelo § 2 do art. 684 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, que tratando das nullidades de *pleno direito*, assim se expressa: — Aquellas que, posto não expressas na lei, se subentendem, por ser a solemnidade que se preteriu substancial para a existencia do contracto e fim da lei, como se o instrumento é feito por official publico incompetente, sem a

data e designação do logar, sem subscripção das partes e testemunhas, *não sendo lido ás partes e testemunhas antes de assignado.*"

Antes, muito antes do Dec. 737, já Moraes, de *Executionibus*, liv 4, cap. 1, n. 26, e Pégas, *For.* cap. 19 n. 82, diziam que a falta ou omissão da leitura annullava a escriptura ou instrumento publico; opinião esta firmada no preceito da Ord. do liv. 1, tit. 78 § 4.

O argumento deduzido do silencio da Ord. sobre a leitura do instrumento de approvação é um contrasenso juridico, porque a leitura é formalidade de toda a escriptura.

A mesma Ord. do liv. 1, tit. 78 § 3, que trata dos testamentos e está subordinada á epigraphie — *Scripturas* — exige no § 4 a leitura das escripturas ás partes. Em face, pois, da Ord. citada são synonymos as palavras—escriptura e testamento—; consequentemente a leitura exigida nos §§ 4 e 5 é tambem applicavel ao § 2, com o qual aquelles dous estão ligados pela conjuncção—e—.

Se a leitura (o que ninguem contesta) é da substancia da escriptura de contracto ao qual estão presentes as proprias partes, zelando os seus interesses com mais diligencia do que fariam como testemunhas, maior é a força de razão para ser ella essencial no acto do testamento cerrado, ao qual o moribundo muita vez assiste, cogitando mais das causas de além-tumulo do que dos interesses da

terra, estando presentes testemunhas que mal sabem escrever o seu nome (406).

A formalidade da leitura do auto de aprovação tem um grande alcance e fim jurídico. Ella serve para convencer as testemunhas de que vão assignar um auto que contém tudo quanto ouviram do testador e para, sendo necessario, jurarem em juizo que depois da leitura o testador nada oppôz e, antes, sancionou, assignando o auto ou pedindo para assignar; pois que as testemunhas são, na phrase de Corrêa Telles, os fiadores da fé do official publico.

Como é possivel que a leitura do instrumento seja solemnidade exigivel no contracto e dispensavel em acto tão importante como o testamento, o mais solemne da vida do homem?

Ja houve quem escrevesse que, não constando ter sido o auto de aprovação lido ao testador e ás testemunhas, deve ser esta formalidade presumida. Este paradoxo é de Almeida e Souza.

Demonstrámos largamente que as solemnidades que não constam do auto de aprovação, não podem ser provadas por qualquer outro meio de prova, e muito menos subentendidas.

O argumento de que a leitura não é formalidade substancial nos testamentos cerrados, por não

(406) Fallamos com a pratica de muitos annos de judicatura e advocacia no interior.

ter sido ella exigida pela Ord. do liv. 4, tit 8o, nos conduziria naturalmente a grandes absurdos, pelas seguintes razões :

a) A data, isto é, o dia, o mez e anno, solemnidade de todo o instrumento publico (Ord. do liv 1º tit. 24, § 16, tit. 79 § 5º, tit. 8o § 7º) e solemnidade tão substancial, que não ha instrumento que sem ella seja valido, não foi exigida pela Ord. do liv. 4º tit. 8o.

b) O nome das partes (Ord. liv. 1º tit. 24, § 36, tit. 29, § 3º) outra solemnidade substancial de todo o instrumento, não foi tambem exigida pela citada Ord.

c) A competencia do tabellião, que fóra do seu districto não póde funcionar, sendo nullos todos os actos que praticar, é outra solemnidade de que se não occupou a cit. Ord. do liv. 4º tit. 8o.

d) O reconhecimento do testador pelo tabellião, solemnidade exigida para toda escriptura, porque o tabellião deve affirmar o reconhecimento das partes, por si, ou por duas testemunhas conhecidas, tambem não foi mencionada pela cit. Ord. liv. 4º tit. 8o.

e) O signal publico e subscrição do tabellião (Ord. do liv. 1º tit. 78 § 5º., Reg. do Desembargo do Paço, §§ 64 e 71), formalidade legal de toda a escriptura, é outra solemnidade não exigida pela Ord.

De sorte que, a prevalecer o argumento do

silencio em relação á leitura, solemnidade geral de todo o instrumento e que, por isso, não foi preciso que a Ord. do liv. 4º tit. 8º a especificasse no instrumento de aprovação, necessariamente, logicamente, se chegará á conclusão de que valido e bom é tambem o testamento de cujo termo de aprovação não conste o dia, mez e anno em que elle foi lavrado, o nome do testador, o lugar onde foi approvado, e, ainda mais, sem ter signal publico e subscrição do tabellião que lavrou o termo.

Se ninguem ha que ouse enfrentar com as ultimas consequencias, que deduzimos, forçoso é reconhecer que a Ord. do liv. 4º. tit. 8º, especificando as solemnidades especiaes do auto de aprovação, não fez, nem podia fazer, menção das solemnidades que revestem toda a escriptura ou instrumento, porque isto era inutil, redundante e superfluo.

Compulsando-se a *Jurisprudencia dos Tribunaes*, encontra-se o Acc. da Rel. do Rio de Janeiro de 12 de Abril de 1870 (*Gazeta Juridica*, anno 2º, vol. 2º, pag. 81), que, confirmando a sentença de 8 de Abril de 1869, assim se expressa :

“Considerando que do termo de aprovação a fls. 8 não consta que o tabellião fizesse a leitura do dito instrumento antes de ser assignado, como prescreveu a Ord. liv. 1º tit. 78 § 4º, o que induz nullidade, e isto embora esta solemnidade não esteja comprehendida na disposição da Ord. do liv. 4º

tit. So § 4º, porque, sendo a disposição daquella Ord. generica, comprehensiva de todos os instrumentos, com mais força de razão deve ser applicavel aos termos de approvação dos testamentos, onde o legislador redobra as formulas para garantir a livre manifestação da ultima vontade.....”
(Seguem-se os demais considerandos.)

NOTA — A

Versa sobre a não retroactividade da lei de 2 de Setembro de 1847 a questão de direito ventilada no accordão que vamos transcrever. Tratava-se de pessoa nascida no anno de 1835 e baptisada como filha de homem solteiro e mulher solteira, no anno de 1836, alimentada, criada e tratada como filha na casa paterna, onde casou-se; tinha, pois, inteira applicação á hypothese o principio da não retroactividade da lei de 1847, e a questão foi brilhantemente discutida pelo Sr. Conselheiro Duarte de Azevedo, sob a egide da grande autoridade do direito francez e italiano.

O accordão, em vez de firmar doutrina, perdeu-se em considerações inintelligiveis, vestindo a idéa com estylo ou fôrma ingrammatical.

Eis a integra do accordão:

“ Accordam em Relação, etc.

Sustentam a sentença do juiz da 1.^a instancia, da qual interpuzeram appellação para a Relação da Côrte Manoel Antonio Antunes e sua mulher, tendo sido proferida a favor de D. Elisiaria Maria de Freitas Guimarães; porquanto, julgam procedentes os fundamentos juridicos da mesma sentença, considerando applicaveis á especie em questão a lei vigente de 2 de Setembro de 1847, que foi com toda a justiça observada. Os ditos appellantes, movendo a presente caasa de filiação natural e petição de herança por um pretense reco-

nhecimento paterno em acto de baptismo, segundo o assento ecclesiastico, que prestaram, e mais por diversas provas particulares de *accepção paterna* (1), não era possível serem ! admittidos *em tela de juizo* ao direito de filiação natural, não só em virtude da citada lei, como pela *necessidade forçosa* (?), para o julgamento, do reconhecimento paterno por escriptura publica ou testamento, os meios que restrictamente prescreve (2).

As outras provas que não esta *cahiram em desmoralisação* ? e deixaram de fazer fê em pleito de tal especie pela facilidade com que eram pervertidas pelos especuladores e a *ostentação mais revoltante no processo* da prostituição (3), foram, portanto, banidas por uma vez (isto até parece bestialógico), *assegurando-se a consciencia do juiz* (4) e tambem garantindo-se o direito do filho natural.

(1) Ignoramos o que seja *prova de accepção*. A palavra—accepção—(acceptio), derivada de *accipere*, receber, tomar, exprime o sentido ou significação em que é tomada alguma palavra ; assim se diz—a palavra tal deve ser tomada em tal accepção, ou tal sentido ; tambem se diz—accepção de pessoa para exprimir predilecção, preferencia. Prova de *accepção paterna*, portanto, ou quer dizer prova de significação, prova de sentido, ou prova de predilecção e preferencia paterna !!!!.

(2) Quem prescreve? *A necessidade forçosa*, a citada lei, *a tela de juizo* ou a prova de *accepção paterna*? E' impossivel pôr em ordem grammatical todo esse periodo. Que vem a ser *necessidade forçosa*?

(3) Que destempero é este? Que vem a ser processo de prostituição? A palavra processo significa, segundo a definição de Pereira e Souza, a fórma estabelecida pelas leis e praxe para se tratarem as causas em juizo ; segundo os lexicographos, a palavra—processo— (do latim *processus*) significa a causa que vae progredindo. Tomada a palavra na accepção jurídica, processo de prostituição quer dizer a fórma de tratar a prostituição em juizo. Mas isto é de fazer pejo a qualquer sargento de milicias. Se ha causa de que se não pôde, se não deve tratar, é a das fórmas da prostituição.

(4) Que é que assegurou a consciencia do juiz? O processo da prostituição? Detestavel, simplesmente detestavel toda essa grammatica da Relação de S. Paulo.

Tem cabimento o principio de Brugham — *de que a lei da evidencia é a Lex fori* (5) segundo a jurisprudencia mais autorisada contra o preceito mal invocado *da não retroactividade da lei, pelo facto do casamento do testador, que esqueceu essa paternidade* (6), attribuida pelos appellantes no testamento com que falleceu, tendo sido esse casamento em data anterior á *da mesma lei vigente* (7); quando, segundo o art. 2º (8), só é indispensavel o reconhecimento do pae,

(5) Que calumnia é esta? Nós não affirmamos só, juramos que Burgham, o valente advogado da tribuna judicial ingleza, o parlamentar illustre e intemerato, que teve a coragem de afrontar a mensagem real apresentada á camara dos *lords* por lord Liverpool e de arcar com os odios do libertino Jorge IV, para defender a desventurada rainha de Inglaterra, Carolina de Brunswich, accusada de adulterio com um pagem seu—o italiano Bergani, era incapaz de dizer esta tolice—a lei da evidencia é a *Lex fori*—. O Tribunal quiz dizer, sem duvida, mas a lingua não o ajudou: *Usus fori*. Isto sim, é cousa differente: *Usus fori* quer dizer a pratica de julgar, a jurisprudencia dos tribunaes; mas ainda pomos em duvida que Burgham dissesse que a lei da evidencia é a pratica de julgar. O disparate deve figurar á conta do illustre tribunal, que, sem reflectir, injuriou a memoria de um dos homens de mais nomeada da Inglaterra no principio deste seculo.

(6) E' uma nova jurisprudencia esta—de ser mal invocado o principio da não retroactividade, porque o testador casou-se, esquecendo a paternidade!!... Mas ninguem comprehende o que isto quer dizer. Se o casamento faz esquecer a paternidade, os filhos legitimos de viuvo que passa a segundas nupeias, ou os filhos naturaes legitimados antes do casamento do pae, são filhos sem pae,—e perdem os seus direitos—porque o pae casando-se, esqueceu a paternidade!!...

(7) Que mesma lei vigente é esta? A ultima lei de que falla o accordão é a *Lex fori*; isto é, a lei da praça, do logar da feira ou das audiencias, tomada a palavra como *forum, fori*; ou então a lei do convés da não: dos degrãos dos palanques, tomada a palavra na accepção de *fori, forium*.

(8) E' provavel que esse art. 20 de que falla o accordão seja da *Lex fori* e não da lei de 1847, porque, na hypothese ventilada e julgada, não havia fihos legitimos concorrendo com filhos naturaes, porque Jeronymo Guimarães não deixou filho do segundo consorcio.

feito por escriptura publica antes do seu casamento, para que o filho natural tenha parte na herança paterna, no caso de concurrencia com filhos legitimos do mesmo pae ; e assim tal authenticidade em qualquer tempo, uma vez que não deu-se essa concurrencia, bem como o reconhecimento no testamento referido (9). Ora, segundo a technologia juridica, o assento de baptismo classifica-se como instrumento publico, mas não é o que especialmente se diz uma escriptura publica, *cujó meio de prova a lei restricta e virtualmente exige* (10).

Outrosim (11) é de todo infundada uma pretensão de direito adquirido da parte dos appellantes ; porquanto, não se achava habilitada ou julgada por sentença como filha natural a mulher apenas habilitanda ; nunca teve virtude além do objecto de sua competencia (12); salvo extensivamente como

(9) Que significa tudo isto? *Quanta species cerebrum non habet.*

(10) Reduzindo á ordem o embroglio do egregio tribunal, chega-se ao seguinte disparate :—Uma escriptura publica é meio de prova da qual (escriptura) a lei restricta e virtualmente exige. Ou por outra :—A escriptura publica é um meio de prova que deve ser provada por algum meio virtual que a lei exige !!... Se ninguem entende isto, muito menos nós.

(11) Este *outrosim* é irmão germano daquelle *ora*, do periodo antecedente : um pobre orphão de pae e mãe, porque chega-se ao fim do luminoso accordão sem encontrar-se nunca o *logo*.

(12) Competencia do assento de baptismo. Juridicamente que vem a ser competencia de assento de baptismo? Nós conhecemos a competencia do juiz ou tribunal, a competencia do fóro, a competencia da parte para estar em juizo, segundo a lição de Mello Freire, liv. 4º tit. 7º § 23.—*Agere quis, et convenire debet (quæ posterior rubricæ pars est) coram judice competente; et talis dicitur, cui jurisdictionis competit in ea causa, et iis personis, inter quas lis est. Forum competens, quod judicis subest jurisdictionis, vel generale est, vel speciale, ad omnes causas, vel speciales; vel privilegium, quod vel causam, vel personam tantum respicit. Reus, cujus forum actor sequitur, illud ex-quatuor sostitur causis domicilio, contractu, re sita, et malificio.*

Competencia de assento de baptismo, porém, é uma conquista que fez o accordão para o vocabulario juridico.

certidão de idade, o assento de baptismo 13 e as demais provas offerecidas poderiam ou não convencer o juiz (14).

Demais, declara o Ass. 2º de 9 de Abril de 1772: que a successão regula-se pela lei vigente ao tempo da abertura da *mesma* (15); e a successão de que se trata foi aberta muito depois da lei citada de 1847 (13); tendo assim confirmado a doutrina, sabiamente adoptada pelo Supremo Tribunal de Justiça, de que ao herdeiro não *concede-se* mais do que uma expectativa á herança futura, e nunca direito adquirido (17).

(13) Se o assento de baptismo extensivamente prova a idade, é claro que intensivamente elle prova outra cousa qualquer.

Qual será ella? Só o egregio tribunal é *competente* para dizer-nos.

(14) Que demais provas são essas que poderiam, ou não, convencer o juiz? Se as demais provas poderiam convencer, onde fica a necessidade *forçosa* da escriptura publica, ou do testamento?

(15) Mas a lei de 1847 apenas regula a successão no art. 1º em que trata de filhos naturaes dos nobres, aos quaes outorgou ella os direitos dos filhos naturaes dos plebãos; nos arts. 2º 3º a lei dispõe ácerca da prova da filiação natural, e é portanto, uma lei de processo. A que vem, portanto, a lei de 1847, como lei de successão, uma vez que não se trata dos direitos dos filhos naturaes dos nobres?

(16) Este disparate de considerar a lei de 1847 lei de successão acha-se endossado pelo Supremo Tribunal de Justiça, como diz o accordão!!... Santo breve da marca!...

(17) E' erro do Supremo Tribunal de Justiça; erro que provém da confusão entre direitos *adquiridos* e direitos *consummados*, como profundamente demonstra Gabba na sua primorosa obra—*Theoria de la retroattività delle legi*, vol. 1º pag. 33. O direito do herdeiro á herança, antes de abrir-se a successão, é um direito adquirido; depois de aberta a successão, é um direito consummado.

Eis como se expressa o illustre jurisculto: "Direito adquirido é, geralmente fallando, toda a consequencia legitima de um facto ou de uma relação juridica existente do modo consagrado e reguiado pela lei, mas ainda não executado."

A denominação *adquirido* significa que o direito não está ainda consummado, mas existe como poder—*in potenza*,—existencia potencial que tem solido apoio em um modo de obrar contemplado e regulado pela lei e que, para se fazer valer, só depende de um facto acontecido

Em consequencia, confirmando a sentença appellada, julgam os appellantes em carencia legal da acção proposta, e os condemnam nas custas.

S. Paulo, 11 de Julho de 1876. — *Aquino e Castro*, presidente (18). — *S. Brito*. — *Faria*. — *Cerqueira Lima*, vencido. (*Gazeta Juridica*, vol. 13, pag. 104.)

—*ma non potido esse farse valere per mancata occasione*—como diz Manzoni.

(18) E' triste ver este nome subcrevendo tantos dislates.

NOTA — B

O Acc. da Rel. do Rio de 20 de Maio de 1887 decretou a nullidade de um processo de arbitramento de honorarios medicos, (nullidade não articulada pela parte, que della não cogitou) *por não constar dos autos os termos de discussão e conferencia entre os peritos em presença das partes, juiz e escrivão*; fundando-se o accordão em Pereira e Souza e na Ord. do liv. 3º tit. 17.

O accordão teve a coragem de suffragar o seu desacerto com a opinião de Pereira e Souza !... Isto é de mais ; não se trata já de uma argueia da glosa, falta-se a verdade historica.

Pereira e Souza (edição Teixeira de Freitas), not. 561 ao § 276, vol. 2º pag. 280, diz que “nos *arbitramentos* não se procede com a solemnidade das *vistorias*, aprazando-se dias para elles, para o fim de comparecerem os louvados com as partes ou seus procuradores, e de reduzir-se tudo a auto lavrado pelo escrivão e assignado por todos com o juiz”. Apezar disto, que é claro, ainda acrescenta o referido praxista :

“Nos *arbitramentos* os louvados apresentam os resultados de seus trabalhos — avaliações, exames, em papeis separados, que levam ao cartorio depois de algum tempo, ou em um só papel, assignados por ambos, quando concordam, ou distinctamente, quando discordam no todo ou em parte.”

E esta é a pratica que tem sido invariavelmente seguida.

Onde descobrio a Relação que Pereira e Souza pensa que nos *arbitramentos* de honorarios medicos devem os louvados discutir e conferenciar em presença do juiz e das partes?

Pois a Relação não distingue vistoria de arbitramento e de louvação? Pois, tratando-se de honorarios medicos, a inspecção ocular do juiz é necessaria para conhecer o facto sobre que versa o litigio? Se a Relação entende que é necessaria, nesta hypothese, a presença do juiz e a conferencia e discussão dos louvados, constando de termo assignado nos autos, chegará, fatalmente, á conclusão da nullidade de todas as avaliações feitas em inventarios e em execuções pelo modo aconselhado até hoje pela pratica, porque o parecer dos medicos, determinando o valor dos honorarios, é simples louvação.

Deixando de parte as opiniões de praxistas e submettendo o *accordão* á razão escripta da lei, é que se pode avaliar até onde foi o desplante do ex-egregio tribunal, decretando nullidade relativa, se houvesse, não allegada pela parte, porque a Ord. do liv. 3º, tit. 17, § 1º prescreve, que *os louvados devem estar sós e livres quando conferirem e formarem seu juízo*. A Relação derogou este preceito de lei, exigindo que os louvados confirmem em juizo em franca oratoria judiciaria, na presença do juiz e das partes.

E qual a utilidade desse meeting forense?

A Ord. citada faz distincção entre juizes *arbitros* e *arbitradores*, que ella chama tambem avaliadores, estimadores; a Relação, porém, confunde entidades distinctas e decreta nullidades *ad libitum*!!

Só aos juizes arbitros, e não aos arbitradores, é applicavel o que diz respeito á ordem do juizo e formalidades prescriptas aos juizes togados.

Na acção de arbitramento de honorarios medicos, processada no juizo commum, os peritos funcionam como arbi-

tradores, avaliadores e estimadores, e não como *juizes arbitros*.

Todo o mundo sabe isto, menos o ex-egregio tribunal da Relação do Rio de Janeiro !

Que Deus se amercie de nós e illumine para ávante os venerandos juizes. (Isto escrevemos ha annos ; hoje não é a Deus que devemos pedir mercê, é ao diabo.)

NOTA — C

SENTENÇA

“ Vistos estes autos : No libello de fls. allega o auctor que se emprega no fôro, como fôra delle, em agenciar negocios alheios, mediante certo lucro, porcentagem ou gratificação, que préviamente ajusta com as partes respectivas, ou é de estylo pagar-se.

Que, em razão disso, foi incumbido pelo réo da compra da fazenda Santa Cruz, do Rio Vermelho, em principio do anno de 1872, pertencente então ao casal de Antonio Joaquim da Silva e Abreu, em que havia orphãos, e estava hypothecada a terceiro, compra pela qual mostrava o réo empenho, e era desejada por muitas pessoas, pela influencia que começava a ter essa localidade.

Que o auctor tomou a si essa incumbencia sob a recompensa, offerecida pelo réo, de 500\$000, logo que a desembarcasse da hypotheca, e fosse legalmente autorizada por parte dos orphãos, cujas despesas com o necessario processo sómente corriam por conta delle auctor, que conseguiu vencer todas as difficuldades, lavrando-se a devida escriptura ;

Que, á vista do tempo que gastou em todo esse trabalho, para se conseguir a compra, e ainda do que se gastou com a medição da fazenda, despesas judiarias, que fizera o auctor

com buscas de autos de inventario daquelle casal, e das diversas demandas, extracção de documentos, emancipação de um menor, minuta da escriptura, custo desta e sello respectivo, o que tudo ficou a cargo do auctor, o que de certo não se pagava com a quantia ajustada, nem por isso o réo lh'a satisfez, realisada, como foi, a compra. Ao contrario, para pagar ao auctor, metten-o em novo trabalho, encarregando-o da cobrança de quantia maior de cincoenta contos (50:000\$000), que lhe devia o brigadeiro Antonio Joaquim Alvares Pinto de Almeida, na cidade de Santo Amaro, pelo que seria generosamente recompensado, e pago da fazenda *Campinas* ;

Que o auctor partiu logo para Santo Amaro, a entender-se com aquelle brigadeiro, e, depois dos meios que empregou, conseguiu que elle reconhecesse a obrigação de pagar a divida de que se queria excusar, valendo-se da prescripção, e ficou de satisfazer, dando 11:000\$, no que conveiu promptamente o réo;

Que se comprometteu a dar ao auctor 15 por cento sobre tal quantia, que reputava perdida e incobravel ;

Que mais tarde, arrependido o réo desse trato, fez com que o auctor de novo fosse entender-se com o mesmo devedor para augmentar a quantia offerecida, e já com elle fechada, obrigando-se a dar-lhe, além de 15 por cento, mais a quarta parte do que acrescesse ;

Que, voltando o auctor outra vez a Santo Amaro, redobrou de esforços, dirigindo-se ao devedor no seu engenho, leguas distantes da cidade, e depois de alguns dias de ausencia de sua familia e casa, conseguiu d'elle mais 2:000\$000, que o réo recebera por intermedio do Dr. Ferreira de Pinho, a quem o auctor tinha substabelecido a procuração, pela certeza do dia em que se realisaria o pagamento; que, além dessa incumbencia, ainda teve de ir o auctor a *Itaparica* em procura de provas para uma causa de liberdade, que contra o mesmo

réo haviam levantado alguns dos figurados escravos, e por isso teve de se demorar e fazer viagens até á noite, como fosse a viagem do sitio *Jaburú*, e assentou o réo de a gratificar com 100\$000, que ficou de dar-lhe.

Que, sendo o debito do réo para com o auctor de 2:750\$000, e sómente tendo-lhe dado 186\$500, a saber: 100\$000 em dinheiro e 86\$500 em pagamento á caixa economica, que por elle fizera, como consta das contas juntas sob ns. 4 e 5, restava-lhe 2:563\$550, que não lhe tem pago, apesar de chamado á conciliação;

Que o réo deve afinal ser condemnado na referida quantia, juros da mora em diante, e custas.

O réo, na contrariedade de fls. 23, diz que o pedido do auctor, no libello, de 2:563\$550 de serviços, que o auctor allega ter prestado ao réo, como agente de negocios, é um verdadeiro desproposito, e de modo nenhum póde ser attendido, sendo imaginarios os ajustes de que falla o Auctor, bem como esses immensos serviços que diz haver prestado ao réo;

Que entre o auctor e o réo nenhum contracto existiu para prestação de quaesquer serviços, sendo que o auctor, na intimidade em que vivia com o réo, dava alguns passos em negocios desses, do que era logo recompensado, até porque, allegando sempre necessidades, estava constantemente a tomar-lhe dinheiro;

Que é inteiramente falso que lhe promettesse 500\$000, pela compra da fazenda de *Santa Cruz*, compra que nenhuma difficuldade offerecia;

Que o réo pagou as despezas dessa compra e retribuiu ao auctor seus serviços;

Que tanto é verdade isto que, quando em Julho de 1873, muito depois da compra da dita fazenda, o auctor teve a idéa de exigir do réo o pagamento pelos serviços relativos á cobrança da dívida do brigadeiro Alvares Pinto, disse-se só-

mente credor desses serviços, e não se lembrou do pretendido trabalho para a aquisição da fazenda Santa Cruz (doc. n. 7);

Que desse mesmo documento se evidenciava a má fé do auctor no pedido que agora faz, pois que nelle apenas se dizia com direito a 400\$000, por já ter recebido 100\$000, e sem fallar em nenhum ajuste; e agora allega que houve contracto, pelo qual o réo se obrigou a pagar-lhe 2:150\$000

Que ainda se faz saliente a má fé do auctor, comparado esse documento com a conta de fls. 13, na qual confessa ter recebido 100\$000 pelo trabalho em *Santo Amaro*, e em datas que podem ter relação com esse negocio, e na conta só menciona;

Que, para essa cobrança, sómente fez uma viagem a *Santo Amaro*, a qual foi inefficaz, porque, para a realisação dessa cobrança como se fez, teve o réo de commettel-a ao Dr. Pinho, a quem o auctor substabeleceu a procuração que lhe déra o réo, e que a realisou, como se vê dos docs. ns. 2 e 3;

Que pelos serviços do Dr. Pinho nessa cobrança pagou-lhe o réo 300\$000, sendo absurdo imaginar-se que o réo carecesse de constituir outro procurador, se o auctor realisasse o negocio, ou que se compromettesse a pagar-lhe a quantia que lhe pede, por serviços que não prestou;

Que ainda quando o réo houvesse feito qualquer contracto com o auctor para essa cobrança, tinham desaparecido as obrigações do contracto, desde que não foi o auctor quem cobrou;

Que é falso ter o réo promettido ao auctor dar-lhe 15 % dos 11:000\$000, que diz ter o brigadeiro promettido pagar, bem como a quarta parte do que, além dessa quantia, pagasse o mesmo brigadeiro;

Que ainda é inexacto acerca dos trabalhos em *Itaparica*; porquanto, dessa viagem, em que sómente acompanhou o réo, nada teve que fazer, sendo tambem falsa a viagem ao *Jaburú*;

Que, pelos serviços prestados pelo auctor, deu-lhe o réo dinheiro por diversas vezes, além dos mencionados na conta de fls. 23, do que não tomou nota, nem exigiu documento, visto não ter com elle nenhum contracto, e attentas as relações de amizade e confiança em que viviam ;

Que não exhibindo o auctor nenhum contracto pelo qual se obrigasse o réo a pagar-lhe a quantia pedida, e tendo-lhe o réo pago os serviços que d'elle recebeu, para o que seria mais que sufficiente o dinheiro que o auctor confessa ter recebido, torna-se evidente a improcedencia do seu pedido, e portanto, deve ser recebida a sua contrariedade e julgada afinal provada, para ser o réo absolvido do pedido no libello e o auctor condemnado nas custas.

O auctor replicou a fls. e o réo fez treplica de fls. e fls. ; e arrazoaram afinal, como tambem consta de fls. fls.

O que tudo visto e examinado :

Considerando que o auctor provou com as testemunhas de fls. 59 e 79, e com o depoimento em separado de fls. 97, ter sido encarregado pelo réo de agenciar não só a compra da fazenda de Santa Cruz, no Rio Vermelho, como tambem a cobrança da divida do brigadeiro Antonio Joaquim Alvares Pinto de Almeida, na cidade de Santo Amaro, e mais outra viagem e agencia em Itaparica ;

Que, comquanto esteja provado o mandato, o auctor não provou a natureza dos serviços que prestou nessas agencias, como aliás era indispensavel para conhecer-se a procedencia e legitimidade da quantia pedida no libello ; (1)

(1) Note-se bem este considerando : o auctor só provou o mandato, isto é, só provou que recebeu a procuração do réo ; mas não provou a natureza dos serviços que prestou, como era indispensavel ; logo, devia ser o réo absolvido do pedido—*actore non probante reus absolvitur*.

Que tambem o auctor não provou o contracto da pretendida porcentagem de 15 % sobre a quantia de 11:000\$000 cobrados do dito brigadeiro, nem tambem da quarta parte sobre 2:000\$000, que depois pagou aquelle brigadeiro ; (2)

Que a cobrança amigavel obtida do referido brigadeiro não resultou sómente da intervenção do auctor, mas do advogado a quem o réo encarregou desse negocio, com mandato especial, como se vê de fls. 26 e fls. 28 ; (3)

Que tambem não provou o auctor quaes os serviços prestados em Itaparica ; (4)

Por esses fundamentos, reconhecendo que o auctor tem direito ao pagamento dos serviços que *realmente prestou!* condemno o réo a pagar-lhe a quantia certa que se liquidar na execução, pagas as custas pelo mesmo réo. (5)

Bahia, 18 de Outubro de 1895.—*Joaquim Tiburcio Ferreira Gomes.*”

(2) O auctor tambem não provou (note-se bem) o contracto da porcentagem de 15 %.

(3) Logo, o auctor não provou ter cumprido o mandato.

(4) Logo, devia o juiz absolver o réo.

(5) Mas que serviços são esses que realmente prestou o auctor, quando a sentença reconhece que o auctor não provou quaes os serviços prestados? Se o juiz não pode julgar senão pelo provado nos autos, ainda que a consciencia lhe dicte outra causa—Ord. do liv. 3º, tit. 66 § 8º,—e se, como diz a sentença, o auctor não provou quaes os serviços prestados, como conclue que o auctor tem direito ao pagamento de serviços que realmente prestou? Isto é o *simul esse et non esse*; é o *jogo do disparate*.

A sentença condemnou o réo a pagar o que se liquidar na execução.

Mas o que se vae liquidar na execução?

Serviços que a sentença reconhece que não foram prestados, porque o auctor não provou a natureza delles?

Pois é na execução que o auctor ha de provar os serviços que prestou? Então qual o fim da acção? Sabe qualquer estudante de praxe que na acção é que são provados os serviços e não na execução, na qual apenas se liquida o valor, porque a liquidação é o acto pelo

qual se fixa em certa somma e quantidade a condemnação feita por sentença judicial d'uma causa cujo valor ou quantidade não era antes determinada (Ass. de 24 de Março de 1753 ; Pereira e Souza, Lin. Civ. § 440 ; Ramalho, Praxe Braz. § 369).

Se na execução pode o auctor provar os serviços que prestou, então inutil é a acção e podia ter o auctor começado logo pela execução, o que é disparate.

Se não ha serviços provados, como é possível liquidal-os na execução, onde os arbitadores são chamados para dar valor aos serviços reconhecidos pela sentença? Se não ha serviços provados, o que poderão os avaliadores avaliar?

Terão elles competencia para tomar conhecimento das allegações das partes e julgarem a natureza dos serviços?

Mas isto seria o maior dos dispartes, porque os arbitadores não julgam, não são juizes da causa.

E esta sentença foi confirmada não só pelos Accs. de 26 de Setembro de 1876 e 13 de Fevereiro de 1877, como por Decis. unanime do Sup. Trib. de Justiça de 8 de Agosto de 1877!!! (*Gaz. Jur.*, vol. 17, pags. 74 a 81). Como é triste o registro destes attestados de penuria scientifica dos mais elevados tribunaes do paiz, no tempo do imperio!.. E hoje com a Republica? Virgem santa!

NOTA — D

O divorcio e separação de pessoas nas principaes legislações estrangeiras

Auxiliado por Paulo Gide, professor da Faculdade de Direito, que lhe ministrou indicações sobre a Austria, Alemanha, Italia, Belgica e Inglaterra, teve Naquet a coadjuvação tambem de Vogt, professor em Berne ; de Wyruboff, que lhe traduziu o codigo russo ; de Olivercrona, por indicação do qual pôde estudar a legislação sueca ; e de Merill, advogado americano, que lhe franqueou a collecção de leis dos Estados-Unidos, e pôde, assim, desenvolver a parte relativa á legislação dos differentes paizes, que trasladamos para aqui, porque em tempo mais ou menos proximo a questão do divorcio ha de ser levantada no parlamento e ha de ser victoriosa, como foi na França.

Os Estados catholicos não têm, em geral, admittido o divorcio, permittindo sómente a separação de pessoas e bens.

E' o que succede na Hespanha, Portugal, Italia e Brazil. O moderno codigo italiano, de 1865, declara o casamento indissolúvel (art. 148), mas admitte a separação por consentimento mutuo ; no que foi por nós imitado no decreto do governo republicano n. 181 de 24 de Fevereiro de 1890.

Na Austria, assim como em Saxe e no Wurtemberg, ha a attender á religião dos conjuges.

O casamento dos catholicos é indissolúvel : a lei permite-lhes apenas a separação de pessoas, por causas determinadas, ou por *commun accord* dos conjuges (Oesterz. Allg. Gesetzbuch de 1811, §§ 103 a 109) ; para os christãos, não catholicos, protestantes ou gregos e para as pessoas que não seguem religião reconhecida, admite-se o divorcio por qualquer dos fundamentos seguintes :

Adulterio ;

Condemnação a cinco ou mais annos de prisão (Kerterstraf) ;

Abandono do domicilio conjugal ;

Ausencia, no sentido juridico da palavra (Cod. Civ. Fr. arts. 112 a 119) ;

Cilada, que faça perigar a vida ou a saúde do outro conjuge ;

Mãos tratos repetidos ;

Aversão invencível e reciproca (divorcio por *accord* *commun*) ; mas, neste caso, o divorcio só pôde ser decretado depois de passar o tempo marcado pela lei e que varia com as circumstancias (*Gesetzbuch*, § 115).

Para os israelitas os fundamentos legaes do divorcio são sómente o adulterio da mulher e o consentimento de ambos os conjuges, e está sujeito a formalidades especiaes tiradas da Lei de Moysés (*Gesetzbuch*, § 133 a 136).

Finalmente, em caso de casamento mixto, applica-se a cada um dos conjuges a lei que lhe é propria. Assim, por exemplo, se um catholico obteve decreto de separação de pessoas pelo *tribunal ecclesiastico catholico*, — jurisdicção a que estas causas pertencem, — e o outro conjuge é protestante, pôde este, fundado naquella sentença, obter julgamento de divorcio pelo tribunal ecclesiastico protestante. — (Lei de 8 de Outubro de 1856, arts. 68 e seg.)

Dissemos acima que os Estados catholicos não admittem

o divorcio ; não é absoluta esta regra ; Estados ha que o admittem ainda nos termos da velha lei franceza de 1803.

Esses Estados são os que, incorporados á França naquella data, já não o estavam quando, em 1816, o divorcio foi abolido : Belgica, Prussia rhenana, ducado de Badem e cantão de Genebra (antes da lei federal de 24 de Dezembro de 1874).

Na Suissa, até 1862, os 22 cantões eram soberanos pelo que respeita ao divorcio.

Nos cantões protestantes admittia-se o divorcio, dadas as causas declaradas que eram fundamento legal para elle ; verificando-se adulterio, sevicias, doença grave, ausencia prolongada, era decretado o divorcio pelos tribunaes matrimoniaes ou pelos civis, sendo estes ultimos os que foram ficando competentes para estas causas, pela tendencia geral de fazer desaparecer os outros tribunaes. O juiz tinha poder discrecionario para autorisar o divorcio, ainda que se não dessem as causas legalmente determinadas, em casos como o de procedimento reprehensivel de qualquer dos conjuges, máo trato do marido á mulher, etc., etc.

Os cantões catholicos, segundo o direito canonico, não permittiam o divorcio. O Bispo tinha a faculdade de autorisar a separação de pessoas e os tribunaes civis eram os competentes para decidir sobre os bens.

A lei federal de 1862 estabeleceu :

a) Que os catholicos, mudando de religião, podiam obter o divorcio. O vinculo ficava indissoluvel só para o conjuge que se conservava catholico, emquanto que o outro podia de novo casar ;

b) Que os tribunaes federaes eram os competentes para conhecer das causas de divorcio.

Resumindo : Até 1874 os conjuges protestantes podiam divorciar-se, havendo entre elles motivo de desunião ; mas,

se algum dos conjuges era catholico, para este subsistia a indissolubilidade do casamento, se não mudasse de religião.

A nova lei federal de 24 de Dezembro de 1874, declarada em vigor desde principio de 1876 e que rege toda a Suissa, estabelece os seguintes principios :

“ Art. 43.—Para o processo de divorcio é competente o tribunal civil do domicilio do marido ; o tribunal federal, por appellação, resolve em ultima instancia.

“ Art. 45.—Requerendo divorcio os dous conjuges, deverá decretar-se, se o tribunal entender, pelas circumstancias do caso, que a vida delles em commum é incompativel com a natureza do casamento.

“ Art. 46.—Se um só dos conjuges requer o divorcio, deve ser decretado, verificando-se alguma das causas seguintes :

“ Adulterio ;

“ Sevicias e injurias ; attentado contra a vida.

“ Condemnação a pena infamante ;

“ Abandono voluntario ;

“ Doença mental incuravel. ”

Na Allemanha está admittido geralmente o divorcio em principio, variando muito o modo da sua applicação, segundo os Estados : e a unificação politica ainda não chegou á sua ultima consequencia, isto é, a unificação das leis civis. Concordam os Estados protestantes em autorisar aos tribunaes que decretem o divorcio nos casos seguintes :

Adulterio ;

Abandono ;

Sevicias ;

Ciladas (*embustes*) ;

Condemnação a pena infamante e que prive da liberdade.

Alguns desses Estados — Hesse eleitoral, Schleswig-Holsten, Mecklembourg, Brunswich, Weimar, Cobourg-

Gotha, Meiningen e Anhalt — permitem que, fóra destes casos, o chefe do Estado decreta o divórcio.

A Prússia, cuja legislação exerce na Allemanha influencia preponderante, distingue-se dos outros Estados protestantes pela latitude de casos em que consente o divórcio.

Pelo *Algemein Landrecht* prussiano (II, §§ 669 e seg.) é permittido o divórcio, não só pelas causas admittidas nos outros Estados e que já mencionámos, mas tambem nos casos de :

Impotencia posterior ao casamento ;

Doenças repugnantes e incuraveis ;

Demencia ou furor ;

Insultos grosseiros ou ultrajes ;

Denuncia falsa de um contra o outro conjuge ;

Aversão grande e invencivel de um ao outro ;

Accordo commum dos conjuges, quando não ha filhos ;

E finalmente, no caso do art. 695, que é assim concebido :

“ Se um dos conjuges, pelo seu procedimento, impede voluntariamente a consecução do fim legal da vida em commum, tem o outro direito de se divorciar. ”

Sem ir tão longe como esta sabia legislação, o codigo de Saxe, e as leis de Gotha, Altemburg, Schwazburg, Londerhausen, approximam-se della pela facilidade relativa com que consentem o divórcio.

Não sendo estas causas reconhecidas pelo direito canonico protestante, como não o são pelo catholico, succede que o clero protestante mesmo tem recusado a benção nupcial ás pessoas divorciadas que têm pretendido casar de novo.

O *Landrech* prussiano rege todos os prussianos sem distincção de religião.

Não succede o mesmo nos Estados regidos por outra lei, como são Saxe e Wurtemberg. Nestes, e bem assim na Aus-

tria, a separação decretada pelos tribunaes equivale a divorcio para o conjuge protestante ; mas é simples separação de pessoas para o catholico. (V. *Rechlslexicon* de Holtzendorf—Leipsick, 1875—79, e *Recht. der Eheschlussung* por Sohom, Weimar, 1875.)

A Inglaterra tinha até ha poucos annos confiado aos tribunaes ecclesiasticos o conhecimento das questões de casamento. O clero inglez sómente admittia a separação de pessoas, que se chamava *Divortium a thoro et mensa*, e rejeitava o divorcio propriamente dito, ainda no caso de adulterio, contra a doutrina das outras communhões protestantes.

Em 1857, o *divorce act* (Statut. 20 e 21, Victoria, c. 85,) fez a seguinte reforma :

A competencia para conhecer da nullidade e dissolução dos casamentos passa da jurisdicção ecclesiastica para o novo tribunal — *court for divorce and matrimonial causes* ; — o *divortium a thoro et mensa* fica chamando-se separação judicial para o distinguir do divorcio, propriamente assim chamado ; — o novo tribunal pôde decretar este divorcio, que confere a liberdade de contrahir novo casamento, nos casos seguintes : 1º a favor do marido, quando a mulher commette adulterio ; 2º a favor da mulher, quando o marido é culpado de incesto, bigamia, rapto, sodomia, adulterio com sevicias tão graves que bastem a autorisar a separação, ou adulterio com abandono do domicilio conjugal por dous ou mais annos.

Nestes casos deixa de ser admissivel o divorcio se o conjuge requerente consentiu no acto de que se queixa, ou perdoou o demandado, e bem assim se é tambem culpado de erros ou offensas graves. (V. *Stiefdien's commentares*, tit. II, pag. 200 ; 7ª ed.—1874.)

Nos Estados-Unidos, a legislação varia de Estados para Estados, não só nas causas que podem motivar o divorcio, como tambem no poder competente para decretal-o.

Na Virginia e Carolina do Sul o divórcio só pelo poder legislativo é decretado, e por lei, não por sentença. Note-se mais que, para essa lei, se requer a maioria absoluta de dous terços de votos.

Em tempo acontecia o mesmo no Tennessee, Carolina do Norte, Arkansas, Michigan, Nova York, Florida e Nova Jersey. Hoje, porém, nestes Estados já passou o parlamento para os tribunaes a attribuição de conhecer dos divórcios.

Igual competência têm os tribunaes de justiça nos Estados de Maine, Nova Hampshire, Massachussets Connecticut, Vermont, Pensylvania, Delaware, Ohio, Indiana, Kentucky, Illinois, Mississippi, Missouri, Georgia e Alabama.

No *Estado de Nova York* póde decretar o divórcio e dissolução do casamento o Supremo Tribunal, no caso de adulterio da mulher ou do marido, comtanto—*a*) que ambos residam no Estado, ou—*b*) que, ainda que o casamento fosse celebrado fóra, fôr no Estado commettida a offensa, achando-se ahi o conjuge offendido; e—*c*) que nelle resida o conjuge e queixoso no tempo da offensa ou da instauração da acção, tendo o casamento sido ahi contrahido. (*Revised statutes of the state of N. Y.*—prepared by Amasa y Parker, G. Wolford e Ed. Wad. 5ª ed. cap. 8º art. 3º § 51.)

Provado que seja o adulterio, póde comtudo deixar de ser decretado o divórcio nos casos seguintes :

- 1º Verificando-se que o queixoso foi connivente na offensa;
- 2º Tendo havido cohabitação voluntaria dos conjuges depois do conhecimento do facto, o que faz presumir perdão;
- 3º Deixando o queixoso passar cinco annos depois de saber da offensa, ainda que não tenha cohabitado com o seu conjuge;

4º Sendo o requerente tambem réo de adulterio, em termos que pudesse o demandado pedir o divórcio, se fosse innocente. (*Lei cit. § 85.*)

Decretado o divórcio, o cônjuge auctor pôde contrahir outro casamento em vida do mesmo que foi réo ; este, porém, convencido do adultério, só pôde fazel-o depois da morte do primeiro.

O Tribunal Supremo é também competente para julgar nullos os casamentos nos seguintes casos :

- a) Se algum dos contrahentes não tem a idade legal para validamente consentir ;
- b) Se ao tempo do contracto algum dos cônjuges se achava ligado por outro casamento subsistente ;
- c) Sendo idiota ou doudo algum dos cônjuges ;
- d) Se o consentimento para o casamento foi obtido por dolo ou violencia ;
- e) Se algum dos casados, ao tempo do contracto, era incapaz de preencher o fim do casamento.

A legislação dos Estados-Unidos admite, além disso, a separação de pessoa e bens, nos casos de crueldade e tratos deshumanos, abandono e por actos que produzam doença na mulher, quando essas ou aquellas offensas sejam praticadas pelo marido.

Resumindo : nos Estados-Unidos os casos de nullidade de casamento comprehendem a demencia, loucura e incapacidade ;

O divórcio pôde ser decretado por adultério, salvas as excepções que mencionamos, e a separação mantém-se para os casos a que o divórcio não chega, mas em que a união dos cônjuges se reconhece ser impossivel.

No Estado de Massachussets, sempre que entre os cônjuges houvesse parentesco em gráo que impedisse o casamento, era este annullado ; o que igualmente succedia quando um dos contrahentes era demente ou doudo, ou não tinha a idade legal para consentir, e tendo estado separado do outro até a maioridade, não teve cohabitação depois de maior.

No caso de supposição de fraude, o meio competente para dissolver o casamento é o *divorcio*, o qual póde tambem ser decretado nos casos seguintes :

1.^o Adulterio ou impotencia de qualquer dos esposos ;

2.^o Filiando-se algum delles em seita religiosa que proscreeva o casamento (seita que exista neste Estado)—e, conservando-se nella por tres annos, recuse nesse tempo cohabitar com o outro conjugue ;

3.^o Condemnação a degredo e prisão ou detenção correccional por cinco ou mais annos. O perdão posterior ao divorcio não valida o casamento ;

4.^o Abandono por cinco annos consecutivos, não sendo motivado por acto de crueldade, e quando praticado pela mulher, não sendo ella obrigada pela necessidade de procurar meios de viver, que o marido deixasse de lhe ministrar.

A separação de pessoas e bens póde ser auctorizada, fundando-se em crueldade, embriaguez, sevicias graves, etc.... Cinco annos depois, tendo vivido separados os conjuges, póde o que foi auctor obter decreto de divorcio, o que o outro póde tambem requerer, mas só passados outros cinco annos.

Os conjuges divorciados, que vivem como marido e mulher ou habitam a mesma casa, ficam incursos na pena dos adulteros.

Decretado o divorcio, póde casar outra vez o conjugue innocente ; o outro não o póde fazer, sem ser punido como bigamo, excepto se o tribunal superior lhe conferir essa auctorisação, o que não é comtudo permittido, quando o adulterio foi causa do divorcio. (*The general statutes of the Commonwealth of Massachusetts. Boston, 1860.*)

No Connecticut é maior o numero de causas de divorcio.

A lei consente que elle seja decretado nos casos de adulterio, abandono voluntario por espaço de tres annos sem cumprir os deveres conjugaes, falta de noticias durante sete

annos, intemperança habitual, crueldade insupportavel, prisão perpetua ou imposta por falta de cumprimento dos deveres conjugaes, e, finalmente, por quaesquier actos que *ataquem a felicidade do requerente.* (*General statutes, 1875.*)

Na Luiziania são causas de divorcio o adulterio, embriaguez, erneldade, offensas graves, condemnação, pena afflictiva e infamante e abandono voluntario por cinco annos.

A não ser por motivo de infamia legal, em que o divorcio pôde ser decretado em acto seguido, nos demais casos tem de mediar um anno entre a proposição da acção e o seu julgamento.

O conjuge culpado de adulterio não pôde, em vida do seu conjuge, casar outra vez, apezar de divorciado. (*Cod. Civ.; Lei de 14 de Março de 1855.*)

Na Pensylvania, o divorcio pôde ser decretado por adulterio, por abandono sem motivo justificado por dous annos, por sevicias ou actos indignos que ponham em perigo a vida do outro conjuge ou o torne impossivel viver com o culpado, e por condemnação com pena de prisão a dous ou mais annos.

No caso de adulterio, não pôde o adúltero casar com o seu cumplice.

Além do divorcio ha tambem a separação de pessoas e bens. (*Digest. of the law Pensylvania, 9ª ed. 1862.*)

No Illinois as causas de divorcio, são :

1º Impotencia anterior ao casamento, se continúa depois delle.

2º *Ligamen* de casamento anterior ;

3º Adulterio ;

4º Abandono sem motivo que o justifique ;

5º Embriaguez habitual por espaço de dous annos ;

6º Attentado contra a vida do outro conjuge ;

7º Actos repetidos de crueldade ;

8º Felonia, ou outro crime infamante.

Provando-se que o conjuge queixoso consentiu na offensa com o fim de pedir o divorcio; ou, em caso de adulterio, sendo tambem elle adultero, não pode decretar-se o divorcio.

As leis dos outros Estados da União, umas seguem a de New-York, admittindo só o divorcio por causa do adulterio; outras approximam-se dos cinco Estados de que acabamos de fallar. No primeiro caso estão o Tennessee, Alkansas e Florida; no segundo, o Maine New Hampshire, Vermont, Delaware, Ohio, Indiana, Michigon, Kentuchy, Mississipi, Missouri, Georgia e Alabama.

Pelo decreto imperfeitissimo, que nos rege, n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, o divorcio só pôde ter lugar por alguns dos seguintes motivos (art. 82):

1º Adulterio;

2º Sevicias, ou injuria grave;

3º Abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dous annos continuos.

4º Mutuo consentimento dos conjuges, se forem casados mais de dous annos;

O adulterio deixará de ser motivo para divorcio:

(a) Se o réo fôr a mulher e tiver sido violentada pelo adultero;

(b) Se o auctor houver concorrido para que o réo o commettesse.

(c) Quando tiver sobrevindo perdão da parte do auctor.

Presume-se perdoado o adulterio quando o conjuge innocente, depois de ter conhecimento d'elle, houver coabitado com o culpado (art. 84).

O divorcio não dissolve o vinculo conjugal, mas auctorisa a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regimen dos bens, como se o casamento fosse dissolvido (art. 88).

LEI DE 27 DE JULHO DE 1884 (*)

Art. 1.º A lei de 8 de Maio de 1816 é revogada.

As disposições do Cod. Civ. revogadas por essa lei são restabelecidas, á excepção daquellas que são relativas ao divórcio por consentimento mutuo, e com as modificações seguintes, feitas aos arts. 230, 232, 234, 235, 261, 263, 295, 298, 299, 306, 307 e 310.

Art. 230. A mulher poderá pedir o divórcio por causa do adultério de seu marido.

Art. 232. A condemnação de um dos esposos a uma pena afflictiva e infamante será para o outro esposo uma causa de divórcio.

CAPITULO II

DO PROCESSO DO DIVORCIO

§ 1º—*Das fórmulas do divórcio*

Art. 234. A acção de divórcio não poderá ser intentada senão perante o tribunal do districto do domicilio dos esposos.

Art. 235. Se alguns dos factos allegados pelo conjuge e auctor derem logar a qualquer diligencia criminal por parte do ministerio publico, a acção de divórcio ficará suspensa até depois da decisão da jurisdicção repressiva; depois ella poderá continuar, sem que seja permittido concluir dessa decisão fim algum para não admittir em juizo o conjuge auctor, ou admittir contra elle excepção prejudicial.

Art. 261. Quando o divórcio fôr requerido por motivo de condemnação de algum dos conjuges á pena afflictiva e

(*) Esta é a lei franceza, que traduzimos na sua parte mais importante.

infamante, as unicas formalidades a observar consistirão em apresentar ao tribunal de primeira instancia uma certidão em forma regular da sentença condemnatoria, certificando o escrivão que a sentença não é susceptivel de ser reformada pelos meios legaes ordinarios. A certidão do escrivão deverá ser visada pelo procurador geral ou pelo procurador da Republica.

Art. 263. A appellação só será recebivel quando interposta dentro de dous mezes a contar do dia da notificação do julgamento proferido contradictoriamente ou por faltas.

O prazo para se recorrer para a Córte de Cassação contra um julgamento em ultima instancia será tambem de dous mezes, a contar da notificação. O recurso será suspenso.

CAPITULO III

DOS EFEITOS DOS DIVORCIOS

Art. 295. Os conjuges divorciados não se poderão mais unir, se um ou outro, posteriormente ao divoreio, contrahir novo casamento seguido de um segundo divoreio. No caso de reconciliação dos conjuges, será necessario uma nova celebração do casamento.

Os conjuges não poderão adoptar regimen matrimonial diverso do que regia originariamente a união conjugal.

Depois da reconciliação dos conjuges, não será recebido da parte delles pedido algum de divoreio por qualquer motivo que não seja uma condemnação á pena afflictiva e infamante proferida contra um delles depois de sua reconciliação.

Art. 296. A mulher divorciada só poderá se casar dez mezes depois de ter terminado o divoreio definitivo.

Art. 298. No caso de ser decretado o divoreio por causa de adulterio, o conjuge culpado não poderá casar com o seu cumplice.

Art. 299. O conjuge contra o qual fôr decretado o divoreio perderá todas as vantagens que o outro conjuge lhe houvesse feito, ou por contracto de casamento, ou depois do casamento.

CAPITULO IV

DA SEPARAÇÃO DOS CORPOS

Art. 306. No caso de ter logar a accção de divoreio, será livre aos conjuges formular um pedido de separação de corpos.

Art. 307. Esta accção será intentada, instruida e julgada da mesma maneira que qualquer outra accção civil.

Art. 310. Quando a separação de corpos durar tres annos, o julgamento poderá ser convertido em julgamento de divoreio sobre o pedido apresentado por um dos conjuges.

Este novo processo será admittido por assignação de oito dias completos, em virtude de despacho concedido pelo presidente.

O processo será discutido em tribunal de conselho.

O presidente nomcará um juiz relator, ordenará que se participe ao ministerio publico e fixará o dia do comparecimento da parte notificada.

O julgamento terá logar em audiencia publica.

Revogam-se os arts. 233, 275 a 294, 297, 305, 308 e 309 do Codigo Civil.

Art. 2º O paragrapho addicionado ao art. 312 do Cod. Civil pela lei de 6 de Dezembro de 1850 é modificado do seguinte modo :

“ Em caso de julgamento, ou mesmo de accção, quer de divoreio, quer de separação de corpos, o marido poderá não reconhecer a eriança nascida trezentos dias depois da decisão que houver auctorisado a mulher a ter domicilio separado, e

menos de cento e oitenta dias, depois da improcedencia definitiva da acção, ou depois da reconciliação.

A acção de retractação não será admittida se tiver havido entre os conjuges reunião de facto.

Art. 3º A reprodução de discussão entre os conjuges sobre os processos do divorcio ou da separação de corpos é prohibida sob pena de multa de 100 a 2000 francos, fixada no art. 39 da lei de 30 de Julho de 1881.

DISPOSIÇÃO TRANSITORIA

Art. 4º Os processos de separação de corpos, pendentes na occasião de ser promulgada a presente lei, poderão ser convertidos pelas partes em processo de divorcio. Esta conversão poderá ser intentada mesmo na Côte de Appellação.

O processo especial de divorcio será acompanhado do ultimo acto valido do processo de separação de corpos.

Poderão ser convertidos em julgamento de divorcio, nos termos do art. 310, todos os julgamentos de separação de corpos que se tiverem tornado definitivos antes da dita promulgação.

NOTA—E

Nullidade do testamento, quando ao nome de uma das testemunhas accrescentou-se appellido de que nunca usou e essa testemunha declara não ter estado presente ao acto da approvação.

E' preceito da Ord. do liv. 4º tit. 80, interpretada pelos Ass. de 17 de Agosto de 1811 e de 10 de Junho de 1817, § 1º, que o testador deve apresentar o seu testamento para o acto solenne de approvação em presença de cinco testemunhas e que todas ellas (§ 6º do Assento) devem assignar com o tabellião o termo de approvação, no qual devem ser declarados os nomes das testemunhas.

No termo de approvação á fls. está declarado, como segunda testemunha, o nome de Vicente Rodrigues da Costa e Silva e o mesmo nome assignado no termo de approvação.

A firma e assignatura de Vicente Rodrigues da Costa e Silva é attribuida a um distincto cidadão e fazendeiro deste municipio (*) que, aqui residindo ha quarenta e cinco annos, nunca, jámais, usou de outro nome, firma e assignatura, senão a de Vicente Rodrigues da Costa.

Intimado este respeitavel cidadão para depôr, declarou sob juramento que nunca se assignou Vicente Rodrigues

(*) Parahyba do Sul.

da Costa e Silva ; que não *foi testemunha* do auto de approvação do testamento de D. Anna Pereira Nunes ; que foi, sim, testemunha do testamento de D. Maria Pereira Nunes, e que recorda-se perfeitamente de que no dia em que foi approvado o testamento desta não viu, elle testemunha, D. Anna Pereira Nunes, que não esteve presente ao acto e ao logar.

Depuzeram, além desta, duas testemunhas instrumentarias do auto de approvação.

José Gonçalves Portugal, testemunha instrumentaria, disse que Vicente Rodrigues da Costa esteve presente no dia em que foi approvado o testamento de D. Anna Pereira Nunes, *não sabendo porém se o mesmo assignou como testemunha no auto de approvação*, e que no mesmo dia em que foi approvado o testamento de D. Anna Pereira Nunes foi approvado o de D. Maria Pereira Nunes.

A presença, pois, de Vicente Rodrigues da Costa está explicada, porque elle esteve presente, como declarou, ao auto de approvação do testamento de D. Maria Pereira Nunes.

O proprio réo, no seu depoimento, confessa que o testamento de D. Anna Pereira Nunes foi approvado no mesmo dia em que o foi o de D. Maria Pereira Nunes.

E' principio corrente de direito que—uma só testemunha que contradiga o escripto, invalida a disposição, salvo provando-se que aquella testemunha foi subornada para contradizer a verdade. (Corrêa Telles, Digesto Portuguez, art. 1780.)

Na hypothese dos autos temos que a testemunha José Gonçalves Portugal, cuja assignatura figura no auto de approvação em ultimo logar, e após a assignatura de Vicente Rodrigues da Costa e Silva, declarou que Vicente Rodrigues da Costa esteve presente (o que se explica pelo facto de ter sido approvado no mesmo dia o testamento de D. Maria Pereira Nunes), não sabendo, porém, se elle assignou como

testemunha no auto de approvação do testamento de D. Anna Pereira Nunes.

Quanto ao caracter e dignidade de Vicente Rodrigues da Costa, acha-se tão firmado e reconhecido neste lugar, que todas as testemunhas inquiridas sobre este ponto, e o proprio réo, não tiveram um facto, uma circumstancia, mesmo minima, a allegar.

Tendo deposto apenas duas testemunhas instrumentarias, e só tendo uma dellas affirmado que Vicente Rodrigues da Costa foi testemunha no auto de approvação, depoimento isolado e que, por isso, não faz fé, é falso, como provaremos; não tendo o réo provado, por lhe ser impossível, ter sido subornada a testemunha Vicente Rodrigues da Costa, prova a que era obrigado—*Probatio incumbit ei qui dicit*—, nullo é o auto de approvação do testamento.

O depoimento do tabellião Antonio Alves Filho em uma causa de falsidade de testamento, é depoimento suspeito.

Todas as testemunhas que depuzeram nesta causa, declaram que Vicente Rodrigues da Costa nunca usou do sobrenome—Silva.

A certidão extrahida do cartorio do jury e que a esta acampanha, prova que annos depois e annos antes da approvação do testamento de D. Anna Pereira Nunes, nunca Vicente Rodrigues da Costa usou do pronome—Silva—; e o mesmo comprovam cartas desta época, juntas aos autos.

Por muito menos do que isto foi annullado o testamento de Luiza Maria da Fonseca, pelo Accordão de 16 de Dezembro de 1873, confirmado pelo de 28 de Agosto de 1874 (*Dirêito*, vol. 6º pags. 453 e 468), e tambem pela decisão unanime do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 1876 (*Dirêito*, vol. 10, pag. 562) sob o justo fundamento de que—“no auto de approvação não estiveram cinco testemunhas, visto como da discussão havida nos autos resulta a não existencia do

individuo com o nome de Manoel Gomes Guimarães, sendo inverosimil que, em um documento de tamanha importância, alguém se sujeitasse a assignar com um nome que não era o seu, e menos que fosse acceito por quem tinha a responsabilidade e por quem tinha interesse pelo acto”.

Releva accentuar que na causa de nullidade do testamento de Luiza Maria da Fonseca, como se vê da sentença de primeira instancia (*Direito*, vol. 6º pag. 446), além de terem deposto todas as testemunhas instrumentarias, que declararam ter Manoel Gomes de Moraes assignado o termo de approvação com o nome de Manoel Gomes Guimarães, a mesma declaração fez a testemunha Dr. Antonio Joaquim Leme, que, não sendo instrumentaria, esteve presente a todo o acto da approvação.

Sómente havia nos autos a declaração de Manoel Gomes de Moraes de não ter assignado o termo de approvação e de nunca ter usado do appellido—Guimarães—. Ao demais, sobre a fama do tabellião Pacheco nada foi e nem podia ser allegado.

Na causa, porém, que defendemos, provado a toda evidencia que Vicente Rodrigues da Costa nunca usou do pronome—Silva—, depuzeram unicamente duas testemunhas instrumentarias, declarando uma dellas não saber se Vicente Rodrigues da Costa assignou o auto de approvação.

Quanto á fama do tabellião Antonio Alves Filho, que approvou o testamento, não precisamos mais do que repetir o que é tão publico e consta de autos e processos judiciaes.

Esse tabellião, actualmente, acha-se suspenso do exercicio de suas funcções e processado por actos de falsificação em seu cartorio.

Não sendo admissivel que a assignatura de Vicente Rodrigues da Costa e Silva seja a de Vicente Rodrigues da

Costa ; não constando haver neste municipio individuo com aquelle nome ; é claro e logico que não estiveram presentes ao auto de approvação do testamento de D. Anna Pereira Nunes cinco testemunhas, numero determinado pelo decreto da Ord. do liv. 4º tit. 80, § 1º

NOTA—F

Caminha—Annotatio XXX (*)

1^o—Hujusce actionis de dolo meminit Imperator in § proæteria, Inst. de action, versiculo in personam, ubi etiam enumerat inter arbitrarias actiones, que in personam dantur, ibi: *aut dolo malo factum est*; meminit etiam *Ord. nostra lib. 4, tit. 84, in princ.*, cum §§ ibi: *Ou engano—Ord. cadem lib 4, tit. 13*, et passim; novissime Barbosa in suis *remissionibus* ad dictas *Ords.*

2^o—Solet vero describi, ut sit actio personalis, competens adversus decipientem aliquem dolo malo causa cognita si alia actio deficiat, pro consequenda indemnitate illi qui deceptus est; sigillatim et erudite more solito explicat Monsinger, ibidem a *num. 29, cum sequent*, ub *num. 41*, docet certam Libelli formam in hoc judicio præscribi non posse utpote quia ex varietate casum et factorum, in quibus dolus versatur, et committi solet, Libelli etiam variatio necessaria sit; et adde que novissime post hoc Emmanuel Mendes a Castro in *Pract. Lusit. lib. 4, cap. 9, § 2^o a num. 8*.

3^o—Enimvero aliquando dolus versatur in bone fidei contractibus, interdum in strictis judiciis, nonnumquam vero

(*) E' interessante este capitulo e digno de leitura, porque reporta-se ás opiniões de muitos praxistas.

extra iudicium componitur, ut post alios tradit Zazius sub titul—*D. de dolo malo*.

4º—De doli autem boni et mali distinctione eleg. Brison *lib. 4 de verborum significatione fol. mibi 190*, verbo *dolus*, optime Titaq in *prafatione retr. linag. num. 71*.

5º—Ex quibus observabis dolnm bonum esse solertiam et industriam, quæ licet fraudem, id est, damnum injuriosum et iniquum a se depellere, idque adseribitur potius prudentiæ, quam dolo, ut ex multis eleg. confirmat Tiraq ubi supra *num. 69*, utque in veteribus proverbiiis dicitur, clavo clavum pellere, paxillum paxillo, laborem labore, dolumque dolo trudi, notat Affict. Dec. 156 post *num. 30*; de bonoque dolo loquitur S. Paul. *ad Corinth. 2 cap. 12*: *Ego vos, inquit non gravavi, sed cum esse astutus, dolo vos decepi*.

6º—Hinc fit licitum esse vectigal illicitum fraudare, carcere injusto aufugere, et non teneri eum, qui rem suam dolo recuperat, restituere, advocatumque in casu justo posse adversarium decipere; recte duci solet ex jureconsulto in *l. Cum pater, § Titio, D. de leg. 2*, ibi: nec videtur dolo fecisse qui fraudem excluserit; prosequitur Tiraq. in dicta præfatione ex *num. 68* cum sequentibus. Covarr. *lib. 1, var. cap. 2, num. 1*, ubi in iis adhibet quandum moderationem ex *l. 1 D. de dolo*, et *cap. dominus*, in verbo *ex insidiis 25* quest. 2, ubi quod duci exercitus in bello permittitur, et avocato consensum censetur, modo nec dux belli, nec avocatus etiam adversus alterius cavillationis falsitate, aut mendacio utatur, sed tunc demum arte quapiam decipere adversarium juste ei licebit, cum id necessarium esse duxerit ad alterius cavillationes tute effugiendas, ut victoriam consequatur. Cum eodem alia prosequere meminerisque illud Boetti Severini “de consolatione Philosoph. *lib. 1, metro 5*: *Nil perjuriam nil nocet ipsis Fraus mendacii compta colore*.

7º—De dolo igitur malo notat in *l. 1 D. de dolo malo*,

estque dolus-malus, cum aliud agitur, aliud simulatur ut inquit Cicero in *Topicis*, Juriscons. in l. *Juris. gentium* § Dolo, *D. de pact.*; ex aliis Tullii et Lucii auctoritatibus confirmat Tiraq, supra num. 71. Brison *d. fl.* 190, Cardoso do Amaral in summa, *sua praxi*, verb. *Dolus et fraus* num. 1.

8º—De simulatione autem in contractibus extat apud nos optima *Ord.* lib. 4º tit. 71, ad evitandum dolum et fraudem, Ang. in princ. n. 27, *Instur de action*, Gom. in l. 45 Tau. o num. 27, Coepola de *simulatione contract*, Valasc. Cons. 5 n. 21, Mascard concl. 438 n. 12, Valasc Cons. 71 n. 9, Gam. decis. 120, Pinel in l. 2º *C. de rescind.*, 2ª part. cap. 2, n. 28; quod contrahens possit vel ejus heres adversus contractum simulatum venire, Barbosa in l. *Lucius* num. 20, versiculo Limitatur tamen, *D. soluto matrimonio*.

9º—Tandem de dolo in contractibus vide que Soares da Paz, 3 tom. cap. 5, § 6º; et quando contractum riddat nullum ipso jure, vel ope exceptionis, Gama Dec. 589, n. 2, Doctores post glosam in § *Auctionum autem*, *Inst. de action*.

10.—Advertas autem, quod bona fides distinguitur contra dolum malum, importatque sinceritatem ab omni dolo seu fraud alienam, l. *Bonæ fidei* 109, *D. de verb. significat*, l. *Bonæ fidei* *D. de acquir rerum dominio*, l. *Res bona* *D. de contract emp.*; et passim vulgo dici solet: *A boa fé sem máo engano*, Corras 2, *Miscel.* cap. 8, n. 1.

11.—Ceterum respectu actionum stricti juris bona fides accipitur, non proet distinguitur contra dolum malum, sed contra rigorem, et strictum juris subtilitatem, atque ita importat æquitatem, sen id quod bonum et æquum est, l. *Bona fides* *D. depositi*, l. *Et in quis* § *Hoc actio*, *D. de relig.*, l. *Placuit*. *C. de judiciis*; explicant Othon, Baro et alii noviores in dicto § *Actionum*, Aleciat. in l. *Bona fides*, *D. depositi*, Covarr. in *regul. possessor* 2, p. § 6, n. 4, Forcatul. *Dial.* 99, Charond lib. 3, *verosimilium* cap. 3, Duaren in l. *In action* n. 12,

D. de in litem jurando, Valase. queest 5 Budaes in l. 1 *D. de justitia et jure*.

12.—Quod vero fraus excepta intelligitur in omni dispositione legali, notat Afflictis Dec. 111 n. 3, et Dec. 84 post num. 3, et quod dolus omnis sit contra jus divinum, idem Dec. 104 n. 11; quod autem dolum minima causa excuset, idem, Dec. 360 n. 6; tandem, quod ratificatio dolum excludat Dec. 220, n. 7, et quod dolus re ipsa æquiparatur dolo commisso ex proposito, Gama Dec. 90, n. 1 et plura de dolo et fraude prosequitur in sua *Summa seu praxi judicium*, Cardoso do Amaral, verb. *Dolus et fraus*.

ERRATA

A' pag. IX (prefacio) — linha 12, em vez de — modelo do pensamento — leia-se — molde do pensamento.

A' pag. XII (prefacio) ultima linha, em vez de — evocou attribuição — leia-se avocou attribuição.

A' pag. XX (prefacio) linha 9, em vez de — Codigo Napoleão — leia-se — Codigo Civil.

A' pag. XXI (prefacio) linha 11, em vez de — para estes — leia-se — para este.

A' pag. XXXVII (prefacio) linha 8, em vez de — vira voz leia-se — *vira vox*.

A' pag. 5 (nota, linha 11) — em vez de — quatrocentos militares — leia-se — quatrocentos mil militares.

A' pag. 7 (nota 4) em vez de — Legislatum civ. — leia-se — *Legislation civ.*

A' pag. 21 (nota) em vez de — Quod — leia-se — *Quod*.

A' pag. 22 (nota 28, 4.^a linha) — em vez de — interpellção — leia-se — estipulação.

A' pag. 28 (nota 39, linha 4) — em vez de — a falta das formalidades não annullam — leia-se — a falta de formalidades não annulla.

A' pag. 70 (nota 113, linha 2) — em vez de — Causa quando se move demanda — leia-se — Causa quando se move demanda.

A' pag. 101, linha 2 — em vez de — exempli-grati — leia-se — *exempli-gratia*.

A' pag. 126, linha 5 — em vez de intimada — leia-se — intimidada.

A' pag. 143, linhas 12, e 36 — em vez de — Elementos historicos — leia-se — Elemento historico.

A' pag. 193, linhas 2 e 4 — em vez de — acto de approvação — leia-se — auto de approvação.

A' pag. 200, linha 9 — em vez de — a sua omissão o invalida e não podem — leia-se — a sua omissão o invalida e não pode.

INDICE GERAL



PARTE PRIMEIRA

TITULO I

Propedeutica das nullidades

	Pag.
Autoridade da lei	1
Norma da lei	1
Respeito à lei (nota 1).....	2
Da lei oppressora e seu remedio.....	3
Theoria da resistencia passiva (nota 2).....	3
Abrogação das leis	5
Limite ao direito de derogar as leis.....	6
<hr/>	
Actos contrarios á lei.....	6
Leis de interesse publico e de interesse privado.....	6
Quando a violação dellas importa nullidade dos actos.....	7
Excepção á regra geral.....	8
O casamento e o contracto.....	8
A regra de Merlin sobre nullidades.....	11
Critica a essa regra.....	11
Das nullidades tacitas ou virtuaes.....	11
O antigo direito sobre taes nullidades.....	13
Do escopo do legislador na decretação das nullidades (nota 13)...	13
<hr/>	
Actos contrarios ao interesse publico.....	14
Que são leis que interessam á ordem publica.....	15
Actos contrarios aos bons costumes.....	17
Que se deve entender por bons costumes	17
Divergencia entre os juristas.....	19
<hr/>	
Leis imperativas e prohibitivas	20
Constituição dos imperadores romanos.....	21
Regra geral sobre as disposições prohibitivas.....	22
Excepção á regra.....	23
A forma prohibitiva e a forma imperativa.....	24
Como no fundo ás leis são imperativas.....	26
Distincção das nullidades.....	27

	Pag.
Noção, definição e divisão das nullidades.....	28
Nullidades de pleno direito.....	31
Nullidades por vicio do instrumento (nota 47).....	32
Formalidades do testamento (nota 48).....	33
Nullidades dependentes de rescisão.....	36
Da ractificação do acto nullo.....	37
Quando a vontade das partes não pôde sanar a nullidade.....	38
Da ratificação dolosamente obtida (nota 56).....	39
Da renuncia expressa e da renuncia tacita.....	40
Efeitos da distincção das nullidades.....	40
Como pôde ser opposta a nullidade de pleno direito.....	42
Do consentimento expresso e do tacito (nota 66).....	42
Como pôde ser opposta a nullidade dependente de rescisão.....	43
—	
Nullidades absolutas e nullidades relativas.....	43
Quem as pôde allegar.....	44
Nullidade decorrente da violação da fôrma do acto juridico.....	45
Caracteristico das nullidades absolutas e das nullidades re- lativas (nota 75).....	45
—	
Nullidades absolutas do casamento.....	47
Nullidades relativas do casamento.....	49
—	
Nullidades absolutas da fallencia.....	51
Nullidades relativas da fallencia.....	54

TITULO II

Dos actos juridicos

Divisão dos actos juridicos.....	58
Dos contractos.....	59
Distincção entre contractos e outros actos juridicos.....	59
Da promessa e da acceitação.....	60
Da acceitação entre presentes e entre ausentes.....	61
Dos çontractos tratados por correspondencia epistolar.....	61
Da acceitação condicional.....	61
Divisão dos contractos.....	62
Das varias especies de contractos.....	62
Da hypotheca em garantia da letra de terra (nota 84).....	63
—	
Dos elementos constitutivos dos contractos.....	64
Da capacidade das partes contractantes.....	65
Da incapacidade natural e da incapacidade civil.....	65
Do consentimento.....	67
Do consentimento tacito.....	68
Do silencio como consentimento.....	68
Quando o q. e se cala era obrigado a responder.....	68
Do consentimento expresso.....	69

	Pag.
Do objecto do contracto.....	69
Do contracto nullo por seu objecto.....	70
Que são cousas litigiosas no rigor do Direito.....	70
Ação litigiosa o que seja.....	71
Quando pôde a cousa litigiosa ser objecto de contracto.....	72
—	
Da causa.....	72
Da falsa causa e da causa illicita.....	73
Caracteres primordiaes.....	73
—	
Da fôrma.....	74
A escriptura publica.....	75
Da insinuação nas doações remuneratorias (nota 139).....	77
Quando a escriptura publica é da substancia dos contractos.....	76
Da escriptura nos contractos commerciaes.....	78
Contractos que podem ser provados por escriptura particular.....	82
Quando o escripto tem força de escriptura publica.....	83
—	
Incompetencia e illegitimidade dos contractantes.....	85
Nullidades absolutas e relativas dos actos praticados por partes illegitimas.....	87
Do estrangeiro como tutor (nota 177).....	87
Dos menores puberes e interdictos.....	90
O cego deve ser considerado na classe dos impedidos? (nota 183).....	90
Nullidades quando no processo são partes menores puberes e interdictos.....	91
A omissão de curador <i>a lide</i> ao menor que tem pai annulla o processo? (nota 186).....	91
Do curador nos artigos de liquidação (nota 186).....	92
Como se procede quando no decurso da causa falhece um dos co-réos deixando filhos menores? (nota citada).....	92
E' nullidade no processo de demarcação a falta de curador aos menores heréos confinantes? (nota cit.).....	92
E' nullidade a falta de citação do menor pubere, tendo sido citados seu tutor e curador? (nota cit.).....	92
Quid se o curador deixou de assignar o termo de responsabilidade? (nota cit.).....	92
E' nullidade a falta de curador <i>a lide</i> ao menor viuvo? (nota cit.).....	93
—	
Da illegitimidade da mulher casada para litigar sem outorga do marido.....	95
Quando a mulher casada pôde litigar sem outorga do marido....	96
Como se procede quando casa a solteira ou viuva que tem causa em juizo (nota 193).....	96
Pôde alienar bens dotaes a mulher que tem autorisação do marido para commerciar? (nota 195).....	96
Da mulher casada commerciante para votar e ser votada (nota 195).....	97
A estrangeira casada com brasileiro pôde possuir embarcação nacional? (nota cit.).....	97

	Pag.
Póde renunciar o beneficio do Veleiano a mulher casada não commerciante para o fim de afixar obrigação de terceiro? (nota cit.).....	97
A mulher que em seguida ao marido firma o aceite de uma letra responde com seus bens dotaes? (nota cit.).....	98
A mulher separada do marido, mas não divorciada judicialmente, póde litigar sem autorisação? (nota 196).....	99
Casando a quinquagenaria solteira ha communhão de bens ou é só communicavel a terça? (nota 196).....	99
<i>Quid</i> se a quinquagenaria solteira que se casa tem filhos? (nota cit.).....	100
Em que tempo prescreve a acção de reivindicacão dos bens doados pelo marido á concubina? (nota 197).....	100
Julgado o divorcio quando o matrimonio foi regulado por contracto ante-nupcial é lícito á mulher retirar o dote precipuamente, ou tem o marido direito de exigir alimentos para os filhos? (nota cit.).....	102
A mulher para defender o seu dote póde estar em juizo sem consentimento do marido? (nota cit.).....	103
Póde a mulher casada fazer doação a um filho sem autorisação do marido?.....	103
A mulher, curadora do marido, póde, sem autorisação judicial, alienar bens do casal para pagamento de dividas? (nota 202)	104
Que juiz é competente para conceder supprimento á mulher para litigar, estando o marido ausente em lugar sabido? (nota 204).....	106
Nullidades do processo sobre propriedade ou posse de bens immobiliarios.....	107
Modos de conceder a outorga e de suppril-a quando negada sem justa causa.....	108
O marido póde requerer supprimento de outorga para vender bens de raiz ou sómente para litigar? (nota 220).....	109
Credor chyrographario póde arguir a nullidade da escriptura de hypotheca feita pelo marido sem outorga da mulher? (nota 223).....	110
Como se suppre a nullidade proveniente da falta de outorga?....	112
E' válida a sentença favoravel á mulher que não deu outorga para litigar? (nota 229).....	113

TITULO III

Dos vicios dos actos juridicos

Do erro como vicio dos contractos.....	114
O erro de facto e o erro de direito.....	116
O erro commum (nota 238).....	116
Erro sobre a causa.....	119
Erro sobre a pessoa.....	122

	Fig
Da coacção.....	124
Das ameaças vagas e de futuro.....	127
Renuncia das nullidades provenientes da coacção	128
<hr/>	
Dólo, fraude e simulação	129
Dólo determinante e dólo incidente.....	130
Dólo tolerado	131
Póde a parte enganada tirar da má fé do seu adversario excepção a oppór a terceiros? (nota 259).....	131
Quando o dólo affecta sómente a fórma e não a substancia.....	132
Nullidades que deflhem do dólo	133
Da fraude.....	133
Distincção entre simulação e fraude.....	134
Como se prova o dólo, a fraude e a simulação	135
Varias questões sobre simulação (nota 269)	136
Que especie de nullidade produz o dólo <i>causam dans?</i> (nota 275).....	137
Como se argúe a nullidade dos contractos viciados por dólo	140
Da nullidade quando o dólo é praticado por terceiro	141
Actos e contractos que podem ser annullados por dólo	142
<hr/>	
Da lesão. Elemento historico.....	143
Caracteres da lesão.....	148
Vícios que a lesão envolve	149
Da acção por lesão	150
Quando prescreve a acção.....	152
Contractos em que póde ser invocado o remedio da lesão	153
Actos ou contractos em que não tem lugar a acção por lesão	154
Lesão dos menores.....	156
Quando o menor não póde invocar o remedio da lesão.....	160
Os menores em juizo.....	161
<hr/>	
Do mandato.....	166
Quando é commercial e quando é civil (nota 331)	168
Vínculo juridico e obrigações do mandato.....	169
Ordem o que seja.....	170
Expressões obscuras e dubias como se interpretam (nota 339).....	170
Omissão ou negligencia culpavel.....	171
Do mandato geral.....	172
O mandato geral confere poderes ao mandatario para abrir cre- dito? (nota 343).....	172
Qual a natureza de credito do mandante, fallindo o mandatario? (nota 345).....	175
Do mandato com mais de um mandatario.....	176
O mandatario encarregado da entrega de dinheiro contrahe com o destinatario vínculo juridico? (nota 348)	176
Responsabilidades e obrigações do mandante e do mandatario... ..	177
Do mandato conferido ao credor pelo vendedor para a venda de bens deste em pagamento daquelle (nota 354)	178
Direitos e obrigações reciprocas do mandante e do mandatario... ..	179
Do mandato judicial.....	179

	Pag.
Actos que exigam poderes especiaes.....	180
A letra acceita por procurador obriga o mandante para com o portador ainda que houvesse o procurador abusado da confiança nelle depositada? (nota 374).....	182
Do procurador judicial.....	183
Seus direitos e obrigações.....	183
Póde contractar seus serviços como convier, ainda que por <i>cota-lites</i> (nota 377).....	183
Dos que não podem ser procuradores.....	186
Do falso, do illegitimo e do não bastante procurador.....	188

PARTE SEGUNDA

TITULO UNICO

Nullidades do testamento cerrado.....	191
Nullidade do testamento escripto por uma pessoa a rogo do testador e por outra assignado.....	196
Nullidade do testamento quando no termo de approvação não declara o tabellião ter recebido do testador o papel cosido e cerrado.....	207
Nullidade do testamento quando, na falta de declaração do testador, não declara o tabellião ser o papel que o testador lhe entregou o seu testamento, que o ha por bom, firme e valioso.....	222
Da verdade e autenticidade dos actos juridicos.....	225
Nullidade do testamento quando o auto de approvação, em vez de assignado por uma das testemunhas presentes, o foi por pessoa de que nelle se não fez menção.....	228

