

Doutrina e Prática das Obrigações

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Do mesmo autor brevemente:

Rios e Aguas Correntes

ESSA OBRA CONTERÁ:

- Primeira Parte: I—*Physica dos rios.*
II—*Hydrographia sul americana.*
- Segunda Parte: I—*Historico da legislação dos rios.*
II—*Os rios em direito internacional.*
III—*Os rios no systema do direito publico federal do Brazil.*
IV—*Fundamento da propriedade das aguas correntes.*
V—*As aguas correntes em direito civil.*

A minha Espôsa e Companheira

*... Nos
amoris*

Exemplum cana stemus uterque coma.

DOCTRINA E PRÁTICA

DAS

OBRIGAÇÕES

OU

Tratado Geral dos Direitos de Crédito

por

Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça

Luiz Federal do Paraná

tt.

CURITYBA

Typ. e Lith. a vapor *Imp. Paranaense*

1908

PREFACIO

Quanto a mim, confesso, a grande copia das nossas leis recentes, sem ordem, nem systema, me não permite conhecer bem a todas ellas, apezar de fazer de seu estudo minha profissão habitual, e, o que me acontece a mim, deve acontecer si não a todos os collegas, ao menos á grande maioria dos nossos concidadãos.—(COELHO RODRIGUES—*Introdução historica ao Projecto do Codigo Civil*, n. 39.)

E' um estylo quasi geralmente seguido por todos que tratam de um ramo especial do direito privado, prefaciarem seu livro com o estudo da classificação externa dos institutos a fim de ligar o assumpto considerado ao conjuncto do direito civil.

Entendemos abandonar o habito estabelecido por motivo do methodo que adoptámos. Tratando da evolução geral dos direitos de credito, achámos que o estudo das classificações mais bem collocado ficaria ao considerarmos o ultimo estadio do direito civil moderno, quando os Codigos das nações cultas procuraram distribuir sua materia em uma ordem systematica. Assim deslocámos tal assumpto para o têxto de nosso trabalho.

Para aqui reservamos as explicações devidas ao leitor acêrca do modo como executamos o opusculo offerecido a sua leitura e meditação, os escólhos que tivemos de evitar, o espirito geral que nos dominou.

VIII

Só quem jamais empreendeu uma obra jurídica pode desconhecer as inumeras difficuldades que se antolham ao exito do empreendimento.

A primeira, postoque de ordem secundaria, é certamente a escôlha do estylo da exposição.

Parece a muita gente que o estylo conciso, sentencioso, é o que mais se adapta á exposição das theorias jurídicas.

Não queremos contestal-o. Razões multiplas, entretanto, desviaram-nos da pretensão de o empregar.

Com effeito, um tal modo de se exprimir não tem quem o queira ter.

Escrever como um COELHO DA ROCHA e sobretudo um LAFAYETTE em nossa lingua, como um DERNBURG na Alle-manha, como o immortal MONTESQUIEU e poucos outros, não é obra da resolução da vontade, que o homem consiga só por querer fazel-o.

D'AGUESSEAU por ser prolixo não ficou menos claro.

Entre nós aquelles que têm querido imitar o modo do eminente autor dos *Direilos da Família* e do *Direito das Cousas*, só têm conseguido caricatural-o e faxerem-se insupporta-veis em seu estylo canhestro e sorna. Nas mãos de quem não possuir por natureza esse modo de se exprimir, o recurso a notas extensas e explicativas torna-se indeclinavel. E' que ellas vêm exercer a funcção muito natural de esclarecer um pensamento que o proprio autor julga achavascado no artificial esforço dispendido no arremedilho da concisão alheia.

Temos desse facto um bem frisante exemplo em uma obra juridica brasileira que outro merito teria sem tal pre occupação.

A vista disso e seguindo o modelo hoje geral dos autores francêzes, italianos e allemães, dididimo-nos bem consciente mente pela forma adoptada.

Nosso trabalho, subdividido em numeros ou paragraphos, é escripto com amplitude, procurando em cada um destes dar, a maior extensão ao assumpto considerado, deixando ás notas

IX

tão somente a indicação das fontes da theoria exposta, ou mesmo das expressões empregadas quando não as alteramos.

Entendemos, em summa, que nossa maior preocupação devia ser a clareza, Ora, a concisão nem sempre se pode alliar com ella, sobretudo em materia tão vasta e tão recheiada de controversias como a das obrigações.

A magnitude do assumpto, pois, aconselhou-nos a recalcar a cogitação da forma para o segundo plano. E'que aqui, como em tudo mais, como bem dizia o autor de *Faust*, a razão e o bom senso não têm necessidade de tanta arte para se exhibirem ; desde que se tenha alguma cousa séria a dizer, que necessidade ha de andar a cata de palavras ?

*Es trägt Verstand und rechter Sinn Mitwenig
Kunst sich selber vor ; Und wenn's euch
Ernst ist, was zu sagen. Ist's nöthig, Worten
nachzujagen ?*

Não queremos com isso dizer que tivéssemos abandonado ou sacrificado de qualquer forma a technica. Ao contrario,se guimol-a rigorosamente. As *verba juris* a que os romanos consagraram tanto carinho, têm sua logica, seu historico e fi liação : ellas guiam, favorecem e não raro inspiram o proprio raciocínio jurídico. Seu sacrificio seria imperdoavel.

Muito maiores, muito mais sérias e infelizmente irremediaveis, são as difficuldades que nos offerece a falta completa de fontes theoricas a que possamos recorrer no Brazil para uma obra jurídica.

As questões de doutrina jurídica cahiram entre nós em um inteiro abandono. As sentenças dos juizes e tribunaes são de uma esterilidade theorica contristadora.

Quando as comparamos com as dos tribunaes estrangeiros, em que a exposição do direito é feita com tanto cabimento ao facto em discussão, quasi nos convencemos que os no-

X

ssos juizes são puros arbitros a decidirem as hypotheze» por equidade, tomando sómente em consideração o facto e os elementos de prova sem nenhuma applicação de princípios^(a). Este facto não é novo. Já vimos no regimen passado um Aviso de ministro recommendando aos juizes que fundamentassem seus despachos e sentenças, como queria a Ordenação, e citassem as folhas dos autos ! Tal era o descuido em que já havíamos cahido.

I O mal, porém, aggravou-se mais do que se supõe, com o systema que prevaleceu em nossa Constituição Federal de entregar-se o processo á competencia dos Estados.

Precisamos abrir um parenthesis para declarar que de modo algum nos preocupamos com a revisão constitucional.

Não somos fetichista da lei e a razão é porque entendemos que sua acção é mui restricta.

I As sociedades humanas regem-se por leis superiores, tão positivas, tão reaes, como as que regulam os phenomenos astronomicos ou chimicos, salvo para aquellas a maior possibilidade de serem modificadas em sua intensidade, por isso mesmo que os phenomenos são mais complicados.

Quando essas leis superiores são respeitadas pela legislação politica (digamos assim na falta de vocabulo mais adequado), esta constitue-se, por assim dizer, a consagração das condições de existencia da sociedade a que se destina em uma dada época.

Pois bem; não entendemos que os legisladores de 1891 estivessem todos em condições de apreciar o que mais convinha a nossa Patria ao decretarem a Constituição de 24 de Fevereiro.

^(a) Existem felizmente excepções honrosas, e conhecemos Accordãos importantissimos de alguns dos nossos Tribunaes, principalmente da Bahia, S. Paulo e sobretudo do Rio Grande do Sul.

XI

Estamos certo, entretanto, que aquillo que venceu era o melhor que podia então ser ob tido.

Uma revisão hoje seria um terrível desastre.

Antes de tudo, que é que evoluiu depois da Constituição ? Quaes os pontos fracos da lei fundamental sobre os quaes se tenha uniformisado a opinião nacional ? Em uma palavra, qual é o programma revisionista ? Nem o menor vislumbre de accôrdo.

O prurido de revisão decorre da erronea fé na efficacia da lei para modificar os phenomenos sociaes, junto a um desesperado e não menos erroneo pessimismo sobre as cousas da Republica.

Um pouco mais de sentimento republicano e todos se convencerão de que a verdadeira solução não está na esteril propaganda revisionista e sim no concurso sincero e cheio de fé para fazer da Constituição uma realidade pratica, porque realmente ella ainda não começou a ser cumprida.

Examinemos a letra da Constituição Americana...

Que ha ali superior á nossa ? Positivamente nada, si a questão é da letra.

Devemos, entretanto, lembrar que o que na grande Republica do Norte chama a atenção dos estrangeiros superiores, como Dicey e Bryce, não é a letra muda daquelle texto de lei, é os grandes principios delia deduzidos pela construção judicial e pela pratica do regimen.

Temos apenas dezésete annos de regimen republicano e podemos ter já a vaidade de affirmar que experimentámos sufficientemente nossa lei basica para proclamarmos irremediaveis na pratica seus inevitaveis defeitos ?

A regra universal é que a experiencia de um paiz não pode servir a paiz estranho. Si a Republica Federativa tem feito nos Estados Unidos uma evolução completa, devemos nos lembrar que os antecedentes historicos, a multiplicidade de origem, de opiniões e de costumes ali dominantes, deviam determinar uma marcha mui diversa da que nos traçam os nossos antecedentes. Precisamos de experiencia propria e temos fé que havemos de fazel-a, acarretando embora para a

XII

nossa geração todos os soffrimentos, aliás compensados pela certeza de prepararmos o futuro prospero da Posteridade.

Os Estados commettem desatinos—dizem os revisionistas. E' a reacção inevitavel ;é o ímpeto da borracha comprimida que se solta. Provimos de um regimen centralizado, em que as necessidades locais não achavam anças de se satisfazerem.

Mas nem por isso retrogradamos. Nem o individuo nem a sociedade podem retrogradar sinão parcialmente e por pouco tempo, e isso mesmo por excepção. A mór parte das vezes a retrogradação é só apparente e devida á consideração muito exclusiva dos detalhes, porque todo o movimento social é sempre oscillatorio. Nessa materia, como em mecanica celeste, é preciso sómente considerar a trajectória media.

Si os Estados praticam mal o regimen, como pretendem os revisionistas, o remedio, na peicr hypotheze, ha de surgir espontaneamente do desenvolvimento do proprio mal como um abcesso que amadurece e rompe, já que nenhuma doutrina geral inspira a pratica politica do mundo inteiro. Dirão que, em vez de romper.pode o abcesso infeccionar todo o organismo. Si isso, no caso pathologico individual, só é concebível no organismo decahido e incapaz de reacções, no nosso caso social é inadmissível.

Somos um organismo forte e tonificado, capaz de vencer pelas reacções proprias os pequenos desvios que por ventura venhão perturbar nossa vida normal.

E' ainda de hontem a campanha abolicionista. Nós que a fizemos com a efficacia bastante para realisar de facto a emancipação, antes que ella fosse consagrada de direito, nós sabemos por experiencia que não é a lei que é bôa ou má e sim o civismo e a preocupação do interesse social de quem a applica que a tornam util ou nociva.

Não somos, pois, revisionista. Nossa opinião é sem preconceitos (^a).

(^a) O que deixamos dito é a reprodução do que dissemos a uma folha do Rio de Janeiro que nos honrou com uma consulta acêrca da questão do *revisionismo*.

XIII

A Constituição não podia deixar de consagrar prejuízos dominantes das classes dirigentes. Forão estes que determinaram a opposição formal ao plano de se deixar aos Estados a liberdade de legislação. Encarou-se a dualidade desta como um perigo para o laço federativo, dependente, como dizia-se, da unidade do direito.

Puro engano ! A unidade do direito em seus princípios capitaes haveria de se manter entre nós, como em todo o occidente, ao passo que a liberdade legislativa serviria para que fossem consagradas as differenças que naturalmente e pela força das couzas hão de se accentuar de dia para dia em Estados que têm sua vida, suas necessidades, seus recursos interindependentes e especiaes.

A unidade de raça, de língua, de precedentes historicos, seria o elemento ponderador, o factor da ordem, o laço indestructivel de nossa fraternidade; mas a liberdade legislativa viria auxiliar os progressos alcançados por cada um dos Estados.

Não queremos nos enveredar nessa discussão tão vasta e tão inexgotavel, que aliás já temos abordado em outros lugares.

A longa digressão a que fomos arrastado pelo interesse do assumpto tem como conclusão affirmarmos que ao menos isso seria perfeitamente logico. Porém o que venceu na Constituição, a transacção realisada de uma legislação uniforme e de um processo vinte vezes differente, foi uma verdadeira monstruosidade que é hoje necessario remediar por qualquer forma.

Voltando ao assumpto que vínhamos tratando, o processo estadual teve reacções crueis sobre o direito patrio e sobre as garantias dos indivíduos que pleiteiam por seus direitos.

A exacção das formulas tornou-se nos tribunaes dos Estados uma preocupação exclusiva.

Quando em 1850 já o Regulamento Commercial procurava cercêar esse recurso aos juizes, predeterminando os casos especiaes de nullidades, reduzindo o mais possível as insanaveis, vemos agora multiplicarem-se seus casos pelos fun-

damentos mais futeis e mais irrisorios. Não se trata de saber si o pleiteante propoz a acção competente para exigir o direito lesado de que era titular; não se vae indagar o que a lei estabeleceu e em que se possa enquadrar a hypotheze ; não se vae prescrutar a legislação estranha para tirar um preceito que possa supprir a nossa lacunosa legislação. Nada ; tudo isso é somenos. O que vemos é nullidades por todos os pretextos. O essencial é saber si consta o tóque de campainha em audiencia, si o sêllo do documento está inutilizado com a data e assignatura começadas em certo ponto do papel e terminadas em outro, e outras pequices igualmente ridículas.

MACEDO SOARES dizia que o recurso ás nullidades era um recurso das nullidades. Mas é muito peor do que tal revelação, afinal de effeitos só pessôaes ; a maior calamidade desse aferro ás formulas é o prejuízo ao direito das partes, pasmadas muitas vezes de verem perdida por nullidades futeis a acção em que provaram perfeitamente sua intenção.

Conhecemos um Estado em que, pela lei judiciaria, os juizes são multados pela Relação por nullidades a que deem causa, descontando-se a multa no acto do pagamento dos vencimentos daquelles.

Como se vê, é uma fonte de renda *sui generis* para o referido Estado. Consequência :—a preocupação do Tribunal é esmiuçar as nullidades;—a do juiz inferior ê defender-se do prejuízo imminente e, portanto, prestar uma attenção exclusiva ás formulas externas.

Que esperar de uma jurisprudencia formada sob taes inspirações ?

Que instrucção podemos haurir nessas fontes viciosas onde, entretanto, se aventam as questões mais complicadas e importantes que surgem em todo o vasto territorio de nossa Patria ?

Quem toma aos hombros uma obra jurídica pedirá em vão o auxilio e a collaboração de nossa jurisprudencia.

Desde os tempos da monarchia só possuimos um enxurdeiro informe de julgados sem nexos, sem logica, sem unidade, em compita com o senso jurídico e, portanto, incapaz de fornecer

ao jurisconsulto elementos para generalisação das regras dominantes.

Ninguém se avisará de deferir á jurisprudencia o papel de crêar theorias. Sua missão exclusiva é analysar as hypothezes que a vida real suscita e applicar-lhes as theorias que triumpharam na legislação. Essa funcção, porém, não é machinal.

O direito não rege homens sinão taes como elles são. cheios de paixões e incertezas de todos os dias. e então resta ao juiz um certo arbítrio em examinar qual das disposições de lei é applicavel ao caso. E' este o campo do direito costumeiro.

A reincidencia dos Arestos, a reiteração das hypothezes, podem bem dar lugar a concepções uniformes, a tendencias dominantes, que constituem por assim dizer uma *lheoria da jurisprudencia*.

E' isto que não temos em nosso paiz.

A origem do mal apontado é o vicio da propria legislação : é o lugar commum sempre invocado.

De accôrdo. E é esta outra difficuldade com que tivemos de aloitar.

O maior contrasenso que exhibimos ao mundo civilizado é o dominio entre nós da legislação portugueza de 1603.

Como diz BROOKS ADAM, nada mais perigoso do que o inconsiderado conservantismo em uma sociedade que se move com rapidez ^(a).

Ha quasi um seculo a extincta Constituição do Imperio já acreditava insufficientes as Ordenações para formular a promessa de um Codigo Civil. Essa promessa é mesmo anterior á Constituição monarchica, pois data da lei de 20 de Outubro de 1823.

Já naquella epoca era vista como merecia a velha compilação sem merito scientifico, sem ordem systematica, constantemente remissiva ao direito romano e canonico.

(a) In a society moving with unprecedented rapidity unintelligent conservatism is dangerous. No explosion is more terrible than that which shatters an unyielding law.

XVI

Social e moralmente ella representa-nos sempre a imagem pungitiva de nossa mãe Patria alanceada pelo domínio estrangeiro.

Portugal desde 1867 erradicou e despececeu-se da velha e incongruente legislação, por jugal-a incapaz de presidir á regulamentação de seus direitos privados, apesar de ter ella sido decretada para seus costumes e da permanencia ali da forma politica monarchica.

Em relação ao Brazil sóbe de ponto a radical incompatibilidade das Ordenações com a forma republicana, pois que esta ampliou necessariamente a orbita da acção civil dos individuos em suas relações mutuas pelas necessarias reacções produzidas com o alargamento das operações economicas e crescente intercurso internacional.

Demais, a unidade nacional portugueza é muito mais accentuada do que a nossa.

Ao fundo constituído pela nossa unidade de origem vão se ennastrando elementos varios, provindos de todos os pontos do velho mundo. Somos uma nacionalidade em vasta elaboração. Quem duvidar venha estudar este sul do Brazil que habitamos.

E' preciso attender a essa circumstancia que se impõe, a fim de evitar o despotismo de uma legislação que a nós mesmos já repugna.

A respeito das obrigações, as Ordenações do Reino são de uma inopia completa. Ali não se encontra nenhum methodo, nenhuma doutrina segura, nenhum fio na exposição.

O recurso aos reinicolas não suppre de modo algum as lacunas de nossa legislação. Só existe entre elles confusão e obsbcuridade.

Entre os modernos bem poucos satisfazem ás exigencias da epoca actual. O proprio CORREA TELLES não escapa a essa censura e si COELHO DA ROCHA fez mais do que qualquer delles, não deu ás doutrinas a especial attenção que realmente não podia prestar em um tratado completo do direito civil.

A mesma observação pode ser feita ao jurisconsulto portugues que os procedeu e foi seu mestre— MELLO FREIRE.

No que mais de perto nos toca, é - preciso consignar com tristeza que até bem pouco tempo a elaboração das theorias jurídicas nada deveu ás Faculdades de Direito,

Apenas desperta-se agora a nova geração dos lentes, quando os advogados e os magistrados, apesar de suas funcções praticas, já haviam dado o melhor de seus esforços á grande obra theorica.

Si exceptuarmos as obras de *Pratica* de RAMALHO e de PAULA BAPTISTA, nada attesta a existencia dessas corporações sabias, durante longos annos hybernadas em completa apathia.

Entretanto ellas tiveram mestres gloriosos.

As lições profundas de JOÃO CRISPINIANO, de JUSTINO DE ANDRADE, de ALMEIDA REIS, FALCÃO FILHO, DUARTE DE AZEVEDO, perduram indeleveis na reminiscencia de seus alumnos.

Mas estes vão rareando; a morte os dizima dia a dia e quando desaparecerem de todo, nada mais restará da limitada collaboração dos mestres na formação do direito patrio.

Ao passo que em França cada professor deixa apoz si a exposição completa da cadeira que professa, acompanhando os progressos obtidos e preparando os que devem vir, nós não possuimos, em tão longos annos da existencia dos cursos academicos, nenhuma obra completa de direito civil.

Sim : porque a obra de TRIGO DE LOUREIRO sobre ser um simples compendio, não tem nexo, nem unidade : é uma collecção de excerptos alinhavados uns nos outros sem a menor critica.

A obra de RIBAS, todo o mundo o sabe, é uma exposição de elementos, bastante preciosa, é certo, mas restricta á parte geral do direito privado.

A unica tentativa de exposição completa do direito privado, devida entre nós ao meio academico, é a do DR. CLOVIS BEVILAQUA. Esta é dos ultimos dias.

Naquillo que mais nos interessa aqui, a obra do eminente jurisconsulto é de uma insufficiencia manifesta.

XVIII

Não ha duvida que elle sabe sempre se collocar no melhor ponto de vista, tem o dom de exposição que prende e arrasta o leitor, acompanha com elevado criterio o direito moderno dos povos cultos. São, porém, essas qualidades elevadas de BEVILAQUA que mais aggravam o defeito capital de sua obra. Elle a reduziu a um simples Manual; comprehendeu em poucas paginas a vasta theoria geral das obrigações e a especial dos contractos, de modo que suscita mais questões do que resolve, põe theses que não aprofunda, addiando talvez mais amplos desenvolvimentos para a exposição oral de sua cathedra.

Perdôe-nos o illustre jurisconsulto, com quem tanto sympathisamos, a franquêsa deste juizo. Não temos a vaidade de competencia para formulal-o; exprimimos somente aquillo que sentimos ao prescrutar o mesmo assumpto de que elle tratou.

Fóra do meio academico, algumas obras patrias de subido valor foram por nós manuseadas com resultados differentes.

Referimo-nos a *Consolidação das Leis Civis* de TEIXEIRA DE FREITAS, aos *Apontamentos Jurídicos sobre o Contracto* de SILVA RAMOS, ao *Direito Civil Recopilado* de CARLOS DE CARVALHO e ás *Obrigações* de LACERDA.

Qualquer, porém, que seja o valor real das três primeiras, sua contribuição ao nosso estudo foi mui limitada.

Basta lembrar que todas ellas são obras de consolidação de nossas leis, cujo tronco é a viciosa codificação philippina.

Preferimos, entretanto, cital-as em seu texto coordenado a remetter directamente o leitor ás combinações e arranjos necessarios para perceberem as soluções no emmaranhado das nossas leis.

Fóra desse serviço, nenhum outro d'ali derivámos, pois que a theoria geral das obrigações muito pouco apoio encontra em nossas leis para ser formulada. Dahi vem que taes obras são mais completas nos contractos em especial.

XIX

De muito maior valor, sem duvida, é a obra de LACERDA. Erudição, profundêza, segurança nas thezes que apresenta e resolve, tudo ali se encontra. Si a sua leitura não tem o attractivo da de BEVILAQUA, obriga mais do que aquella á meditação. Mas—perdôe-nos tambem o nosso melhor tratadista das obrigações—achamos em sua obra um pendor mui pronunciado para as soluções mais retrogradadas, um afêrro muito sympathico ás theorias mais velhas.

Não lhe fazemos disso um crime de lesa sciencia, não formulamos uma censura, para a qual mais uma vez nos confessamos incompetentes. A questão é de ponto de vista e apenas expomos a nossa divergencia de princípios fundamentaes, tanto mais de lamentar quando reconhecemos o inquestionavel merecimento desta obra e a elle nos curvamos.

Seja como for, as obras de LACERDA e de BEVILAQUA são as unicas que possui nossa litteratura jurídica sobre obrigações, as unicas, portanto, a que podíamos recorrer.

Elias, porém, lutam, como nós, com a deficiencia de nossas leis, com a inopia de nossos Arestos.

De maneira que, tanto seus autores como nós, tivemos de ir beber inspirações, afinal de contas, nos tratadistas estrangeiros.

O contingente, porém, que nos podem fornecer os autores estranhos deve ser recebido com excessiva prudencia.

Ainda mesmo na parte mais theorica do direito civil, qual seja a doutrina das obrigações, devemos nos lembrar sempre que esses civilistas commentam uma lei, um codigo systematico e organizado, formulam suas theorias sobre a baze de um texto escripto, bom ou máu, mas positivo e certo, emquanto que nós outros temos de adaptar theorias geraes á uma legislação defeituosa, falha e absoleta.

O fanal do direito romano nem sempre nos offerece um guia seguro nessas investigações. Apezar de ter elle systema-

tisado quanto era então possível a theoria das obrigações, muito tem andado o direito, e a difficuldade no assumpto é precisamente determinar as modificações que tem soffrido o direito romano.

Tivemos, porém, um criterio no nosso trabalho que reputamos mais seguro. Nisto sómente fomos mais felizes do que os dous eminentes jurisconsultos que nos precederam no assumpto.

Referimo-nos a discussão que suscitou nosso ultimo Projecto de Codigo Civil pelo mesmo DR. BEVILAQUA.

Não é possível contestar que esse Projecto foi um marco na evolução geral do direito patrio.

Ao profundo saber de seu autor seguiu-se a mais ampla discussão a que jamais se sujeitou um Projecto qualquer de lei em nosso paiz. A essa discussão esteve sempre de atalaia o elemento conservador, a resistencia do principio historico e, o que é mais, resumido em um jurisconsulto do valor de ANDRADE FIGUEIRA.

Juizes, Tribunaes, Academias, foram convidados a darem seus Pareceres. Todas as classes sociaes collaboraram com as classes technicas no entusiasmo e esforço para a realização do *desideratum* commum.

De sorte que aquillo que venceu, as theorias que sahiram formuladas na ultima revisão da Camara dos Deputados, não podem deixar de ser consideradas como o direito existente entre nós no texto da lei, ou na modificação dos costumes.

Ora, no meio de tantas emendas que soffreu o primitivo *Projecto Bevilaqua*, a parte menos alvejada foi a referente as obrigações ^(a). Entretanto preocuparam-se especialmente com essa parte juristas do valor de DUARTE DE AZEVEDO, TORRES NETTO ; AMARO CAVALCANTI, OLIVEIRA FIGUEIREDO e outros.

(») *Trabalhos do Cod. civil, VI pag.332 ,360, 614.*

Não queremos dizer que tivéssemos seguido ás cegas a lêtra do Projecto. Seria isso commentar um Codigo, e elle não tem ainda essa cathegoria.

Adoptando sem reserva seu methodo de distribuição por julgal-o impeccavel, cotejamos sempre seu texto com o direito existente e só acceitamos o que deste se afastasse depois de um maduro exame das legislações estranhas e das opiniões dos jurisconsultos.

Cada divergencia ou innovação foi por nós sujeita a um exame detido em que procurámos estabelecer o laço logico com o conjuncto do direito existente. E' a logica da analogia.

A theoria logica da analogia, como observa BAIN, é difficil e obedece a preceitos rigorosamente scientificos.

E' sua applicação falsa que em direito publico produz o absurdo de transplantações de institutos de povos regidos por um systema politico semelhante. E' essa tendencia analogica desregrada que, no dizer de COGLIOLO, tem em todos os tempos e ainda mais nos de decadencia jurídica produzido a mania das citações. Faz-se então repouzar a justiça de um pleito, a autoridade de uma decisão, a procedencia de um preceito, no numero de escriptores favoraveis ou de Arestos anteriores.

Conhecendo os escóelhos do methodo a applicar, só o exercemos com meticulosa prudencia.

Para nos esclarecer servimo-nos dos guias mais acreditados nas escolas francêza, italiana e allemã.

Sem duvida o genio amplo e comprehensvio da raça la. tina, o ponto de vista altamente philosophico dos autores italianos soube reunir o espirito de commentario dos francêzes ás tendencias systematicas dos allemães. Cada uma dessas outras escolas, porém, exerce funcções importantes na collaboração a que é chamada em trabalhos como o nosso.

Eis porque fizemol-as contribuir cada uma a seu modo para nosso fim, conforme a identidade de suas soluções com o espirito geral de nosso direito.

Além desse subsidio theorico, compulsámos uma copia immensa de Codigos e leis de nações estranhas, embora algumas já sem uso como os Codigos da Sardenha, de Napoles, etc.

As citações feitas destas e dos autores são rigorosamente fieis. Nunca as fazemos de segunda mão sem dizer de onde as haurimos e isso nos raros casos em que não as tomamos do original.

A funcção suprema do jurisconsulto não é glozar textos sêccos da lei, prever hypothezes causidicas e preparar os so-phismas do fôro. Por qualquer face que a encaremos, nossa epoca constitue uma transição em que o que ha a renovar ea substituir não são sómente institutos jurídicos e sim doutrinas geraes. Classes, opiniões e institutos actuaes, desaparecerão fatalmente diante da generalisação immensa e fecunda que previu o gênio incomparavel de Augusto Comte.

Para nós a missão organica ainda reservada ao jurisconsulto é modificar as instituições do direito em vista desse objectivo ao qual a Humanidade se dirige fatal e inevitavelmente.

E' então preciso, como diz BRUGI, não exagerar o sentimento da legalidade, que faz crêr que uma lei é o termo fixado contra toda a novidade. E' preciso, em summa, servir o presente com os olhos nas gerações futuras. O afêrro aos textos e os esforços para encaixar nelles os factos occorrentes é um resto de theocracia, em que o sacerdote que ensinava era o juiz que julgava.

«Deve-se evitar a supersticiosa observancia da lei, que olhando só a letra delia destróe sua intenção » ^(a).

Este são principio, estabelecido em nossas leis, deve ser, na mão dos jurisconsultos e dos juizes o caminho natural para a modificação dos princípios jurídicos e para o progresso das instituições.

As legislações mais modernas já comprehenderam essa necessidade indeclinavel de abrir uma valvula a todos os progressos do espirito novo, que vêm reformar tudo, sem perturbar a ordem existente. « . . . Quand ni la loi ni la coutume « ne fournissent aucunc régie applicable á un cas donné.et » « qu'il est impossible d'en trouver par analogie, l'équité est » « alors pour le juge la source directe oú il doit puiser la ré- »

^(a).—Ass. 345 de 17 de Agosto de 1811 ; Ass. 358 de 10 de Junho de 1817, consolidadas por CARLOS de CARVALHO, *Direito Civil Recopilado*, art. 62 §3.º

« gle dont il a besoin, suivant la nature particulière de *Vai* » « faire en litige ... En pareil cas, le juge doit, exami » « nant l'affaire sous toutes ses faces, rechercher ce que les » « honnêtes gens regardent comme bon et juste, et ce qui » « répond á cet idéal de loyauté et de bonne foi sans lequel » « les il n'y a pas de relations possibles entre les hommes. » « Bien que le juge fasse cette appréciation en son âme et » « conscience, il doit néanmoins consulter, autant que possi » « ble, l'opinion et le sentiment du peuple ou de la classe » « des gens qui ont l'habitude des affaires du même genre. (?) »

E' preciso que os juristas não se surpreendam por verem que a evolução fez surgir institutos fõra de suas previsões, que destruiu a harmonia de seus sistemas. Tudo isso é, ao contrario, muito habitual e muito legitimo. Si uma legislação não entrou na ordem das legislações mortas, seus textos têm uma vida que se agita e se move, que se modifica sempre por influencias multiplas.

Ora, de todos os institutos aquelle que mais se compadece com as modificações da sociedade são os que se referem aos direitos de credito. Sua elasticidade é incalculavel.

Emquanto as tendencias cada vez mais altruístas da sociedade occidental nos revellam, nos direitos de família, uma evolução para um fim determinado, qual a preponderancia moral crescente da mulher no lar, a abolição dos asperos costumes romanos e mediévaes, ninguem pode predeterminar as modificações de que são susceptíveis as obrigações.

A actividade humana alarga todo o dia seu campo de acção.

A liberdade politica, as machinas de trabalho, a accumulção dos capitaes, a facilidade crescente de communicações quer de indivíduos quer de suas vontades e deliberações, a emancipação do proletariado, toda a vida moderna—emfim—com suas facilidades e suas exigencias multiformes, tendem a dar ao credito uma extensão nunca dantes observada no passado.

(^a.) Art. 782 do *Code General des Bi ens pour la Principauté de Monténégro* de 1888, traduzido por DARESTE e RIVIÉBE—(Paris 1852).

Contractos inumeros, impossíveis no direito romano, inconcebíveis na idade media, têm surgido e se desenvolvido nas novas condições de existencia social. Iriamos longe si pretendessemos descer a esmiuçar o que de renovação já produziu o moderno movimento social e as applicações concretas das leis superiores que regem a sociedade e os indivíduos, feitas pelos mestres actuaes do direito —os IHERING e sua escola, os CARLE, BRUGI, COGLIOLO, TORTORI, RICCI, BENZA, DAGUANO e muitos outros.

E', pois, impossível tratar das obrigações sem attender a todos esses elementos.

Quem mette hombros a uma tal emprêza deve bem medir a extensão de suas forças.

Temos certeza de que fomos temerario.

A' nossa legislação viciosa era forçoso accomodar, a todo transe, por qualquer processo, tudo quanto os novos conhecimentos jurídicos trouxeram ao difficil assumpto das obrigações. Era preciso ver na multidão de nossas leis esparsas, que ninguem pode ter a vaidade de conhecel-as todas familiarmente, uma brecha para encartar essas modificações sem illogismo e para isso requer-se uma critica severa dos textos, onde, ás vezes, luz com a rapidez de um relampago a influencia das idéas novas contrastando com o fundo escuro de nossas Ordenações seculares.

Pois bem: não é nosso intuito dar aqui o methodo que seguimos. Preferimos entregar o resultado á critica dos competentes.

Por mais insignificante, porém, que seja o trabalho que damos ao publico, elle representa para nós um esforço que só poude conseguir a bem educada energia de nossa vontade.

Somos magistrado federal. Basta, pois, que o leitor tome em conta os desalentos, as lutas, as decepções, o silencioso e continuo martyrio que essa situação (não ousamos dizer *carreira*) traz a quem cultiva com amor o direito.

Sentimos mais de uma vez que o repouzo e a calma de espirito que reclama a meditação de uma obra juridica é radical-

mente incompatível com as agruras dessa posição em nossa Patria. Ingentes foram, pois, os esforços que tivemos de empregar para vencer o impulso de abandonar o trabalho que hoje publicamos.

Temos fornecido aos leitores os elementos necessarios para julgarem esta obra com benevolencia e sem os rigores da justiça. A grande dedicação que votamos ás letras juridicas é o titulo em que fundamos a esperança de que assim nos tratem os nossos collegas.

Immenso prazer temos de encerrar estas linhas consignando a nossa eterna gratidão ao illustre DR. JOÃO CANDIDO FERREIRA, digno Presidente do Estado do Paraná, pelo auxilio a nós prestado para a publicação de nosso trabalho.

A manifestação de nossos sentimentos nos é tanto mais agradável neste momento, em que, vencido pelas manobras da politica, cujos segredos sua sinceridade e sua bôa fé lhe não permittiram bem descortinar, S. Ex. recolhe-se desilludido e abandonado dos amigos de hontem ao remanso tranquillo e incomparavelmente mais nobre e mais util de sua vasta clinica.

Ao nosso illustre collega, o talentoso poeta e mestre do vernaculo—DR. EMILIANO PERNETTA, que de tão bôa vontade nos prestou seu inestimavel auxilio na revisão de nossas provas, devemos a immensa gratidão que nos é agradável deixar aqui consignada.

Carvalho de mendonça

Coritiba— 1908.

I

friátu duá Ôtíuá eúnáuitadaá e tíadaA
no pfá&mtó Uabalhú

- ACCARIAS—*Precis de droit romain* (1886—1891).
ADAM SMITH—*Philosophical and Literary Essays*.
— —A inquiry into the Nature and causes of
the wealth of nations.
AMARO CAVALCANTI—*Responsabilidade Civil do Estado*.
ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH—*Concordance entre les Codes*
Civiles Etrangers et le Code Napoleon (1856).
APPLETON—*Histoire de la compensation en droit romain*.
ARGOU—*Institutions du droit français*.
ARIOSTO—*Orlando Furioso* (Paris—1777 no original italiano).
ARISTÓTELES—*La Politique* (trad. de Thurot). ARNDTS—
Pandekten (1897).
ARNDTS-SERAFINI—*Trattato delle Pandette* (1883). AUBRY ET
RAU—*Cours de Droit Civil Français d'après la*
methode de Zacharice (1897). I
AUDIFFRENT—*Du Cerveau et de l'innervation d'après Au-*
guste Comte. AUGUSTE COMTE—*Systeme de*
Politique Positive.
— —*Systeme de Philosophie Positive*.
AULUS-GELLIUS—*Nuits Attiques*.
BARON—*Die Gesamtrechtsverhältnisse in römisch Recht*.
BASTIAT—*Capital et Rente*.
BATBIE—*Traité theorique et pratique du droit public et admi-*
nistratif. BAUDRY LACANTINERIE ET BARDE—*Des*
Obligations. BATJDRY LACANTINERIE ET WAHL—*Des contrats*
aleatoi-
res, mandat et cautionement.
BEAUREGARD—*Du Paiement avec subrogation, ses origines en*
droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français.

XXVIII

- BECHMANN—Kauf.
BÄHR—Sentenças do Tribunal do Imperio (trad. port.)
BENTO DE FARIA—Codigo Commercial.
BENSA E OUTROS—Commentario al Codice di Commercio.
BENSA — — Il diritto cambiario italiano comparato.
BEVILAQUA—Direito das Obrigações; Direito da Família;
Princípios Elementares de Direito Internacional Privado;
Projecto de Codigo Civil. BIANCHI—I contratti
conclusi per telefono. BEKKER—La conzunione
processuale (trad. ital.)
— — Biblia. BLACKSTONE—Commentaries on the laws of
England. BLUNTSCHILI— Gutachten in den Verhandlungen des sechs-
ten deutschen Juristentags. BONASI—Responsabilità penale e
civile dei ministri e degli
altri ufficiali pubblici. BONNIER—Traité theorique et pratique
des preuves en droit
civil et en droit criminei (1862). BORGES CARNEIRO—Direito
Civil de Portugal. BORSARI—Commentario al Codice di Procedura
Civile. BRAUN—Traité pratique de droit civil allemand. BREAL—
Dictionaire Etymologique Latin, BREZZO—La rievoca degli atti
freudolenti compiuti a danno
dei creditori. BRINZ—
Pandekten (1873).
BROOM—Commentaries on the common law (1884). BRUGI—
Introduzione alle scienze giuridiche e sociali. BUCKA—Die Lehre
von den Stellvertretung. BUFNOIR—Propriété et Contrat CALDAS—
Analyticus Commentarius, sive ad typum instru-
menti, Emptionis et Venditionis Tractatus. CAMINHA—Tractado
da Forma dos Libellos (1824), CAMPILI—Il grande ipnotismo e la
suggerione ipnotica nei
rapporti col diritto penale e civile.
CANDIDO MENDES—Codigo Philippino.
CAPORALI—Vide Hölder.
CARDOSO—Summa, seu Praxis Judicium et Advocatorum. CARLE—
Le Origini del Diritto Romano. CARLOS DE CARVALHO—Direito
Civil Brasileiro Recopilado. CAROZZI—La vera teoria dei contratti.
CARVALHO DE MENDONÇA—(J. X.) —Fallencias. CASSIODORUS—
Variis Litteris. CESAR—CEuvres completes (trad. D'Artaud.)
CHARONDAS—Pandectes Françaises ; —Reponses dn droit
CHIRONI—Istituzioni di diritto civile : La Colpa Contrattuale.

XXIX

- CICERO—De Legibus ; Pro Flacco; Pro Coecina; Ad Atticum.
CLEMENT BILLIET—Les Lois Civiles de Malte mises en concordance avec le Code Civil.
COELHO DA ROCHA—Instituições de Direito Civil Portuguez.
COELHO RODRIGUES—Projecto de Codigo Civil.
COELHO—Filosofia del Diritto Privato.
— —La Responsabilità giuridica delle societa ferroviarie.
COLLET SANDARS—The Institutes of Justinian.
COLMET DE SANTERRE—Cours Annalitique de Code Civil. (Esta obra é de Demante mas continuada pelo autor citado deste o art. 980 do C. Civ.
COLVIELLO NICOLA—Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni.
CORREA TELLES—Doutrina das Acções; Digesto Portuguez.
CROME—System des deutsche Burgerlich Recht.
CUJACIUS—Variarum Resolutionum.
CUJACIUS—Opera omnia (1758—1783).
D'AGUANNO—La Genesi e l'Evoluzione dei Diritto Civile.
DALLOZ—Reportoire; Supplement au Repertoire; Recueil des Arrêts.
DANTE—La Divina Commedia (ed. Scartazzini).
DARESTE—Estudes d'histoire du Droit.
DARESTE ET RIVIERE—Le Code general des Biens de Montenegro.
DOMAT—Les Lois Civiles dans leur ordre naturelle.
DARQUER—Des Contrats par correspondance.
DEJENIRE—Semiologie du systeme nerveux.
DELAMARRE ET LEPOITVIN—Traité theorique et pratique de droit commercial.
DELBRÚCH—Die Uebernahme fremdem Schulden nach gemein und preussischen Recht.
DELVINCOURT—Cours de droit Civil.
DEMANGEAT— Cours elementaire de droit romain.
DEMANTE—Vide Colmet de Santerre.
DEMOLOMBE—Des Contrats et des Obligations; (Cours de Code Napoleon); Traité des donations entre vifs et des testamento.
DENYS D'HALICARNASSE—Antiquités romaines.
DERNBURG—Pandekten; Geschichte und Theorie der Compensation: Lehrbuch des Preussen Privatrecht; e Das Burgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens.
DESLANDRES—De l'assurance sur la vie.
DONELLUS—Commentariorum júris civilis libri XXIII.

- DORVILLE—De l'interêt moral dans les obligations. DUCAURROY—
Institutes de justinien nouvellement expliquées
(1832).
- DUMOULIN—De Usuris ; Tractatus de divisuo et individui.
- DURATON—Cours de droit français suivant le Code Civil.
- DUVERGIER —Vente. EINERT—Wechsel recht, ENDEMANN—
Einführung in das Studium des Bürgerlichen
Gesetzbuch. ENMANUËL BESAN—La legislation civile de
l'Algerie. ESCHYLO—Obras (trad. fr. de La Port du Theil). ESPIRITO
SANTO—Compendio para a cadeira de Direito da
Escola Militar.
- ERXLEBEN—La condictio indebiti (trad. ital.)
- FABER—Definitiones.
- FAVRE—De erroribus pragmaticorum. FENET—Recueil complet des
travaux preparatoires du Code
Civil (1836). FESTUS—De significatione verborum. FERREIRA
BORGES—Diccionario Jurídico Commercial. FIORE—Droit
International Privé. FITTING—Die Natur der Correalobligationen.
FRANCKE—Civil Abhandlung uber die lex Cincia. FRANCISCO DE
CASTRO—Da insolvencia civil. FROMAGEOT—Dela fautes comme
source dela responsabilité. FURGOLE—Commentaire de
l'ordonnance de 1731 sur lessub-
stitutions. FUSTEL DE COULANGES La Cité Antique. GABBA—
Teoria della retroattività delle leggi in materia civile;
— Questioni di diritto civile personale e reale.
- GABRIEL HANOTAUX—Lechoix d'une carrière.
- GAREIS--Vertrag zu gunsten Dritter.
- GAROFALO — Riparazione alle vittime del delitto. GAUDEMET—
Etudes sur le transport de dettes. GENGLER—Lehrbuch des
deutschen Privatrechts. GENY—Methodes d'interpretation et sources
en droit privé positif.
- GERBER—Deutschen Staatsrechts.
— —System des deutsches Privatrechts.
- GERY—Histoire de la ville Saint-Omér.
- GIACOBONE—I diritti della donna sedotta.
- GIANGIULLO—II Codice di Procedura Civile.
- GIANTURCO—Istituzioni di diritto civile italiano.
- GIRAULT—Traité des contracts par correspondance.

- GIORGIO GIORGI—Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano.
 — —Doctrine delle Persone Giuridiche.
- GIERKE—Deutch Privatrecht
- GIRTANNER—Die Stipulation.
- GLASSON—Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre.
- GLUCK—Commentario alie Pandette (trad. ital. de SERAFINI e COGLIOLO).
- GCETHE—Werke (Auswahl in sechzehn Bände—Leipzig.)
- G ou VÊ A PINTO—Testamentos.
- GRAHAM WALLAS—Property on Socialism.
- GRAWEIN—Verjährung und gesetzliche Befristung.
- GRCEMEVEGIO—Ad Institutas.
- GROTIUS—Die Jure belli ac pacis.
- HASSE—Die Culpa des Römischen Rechts.
- AURIOU—Precisde Droit Administrif.
- HEINECIUS—Recitationes in elementajuris civilis secundum ordinem Institutionum.
- HEISE—Grundniss eines Systems des gemeinen Civilrechts.
- HEPP—De la correspondance privéé, postale ou telegraphique dans ses 1 apports avec le droit civil et commercial.
- HEUSLER—Instituzioni (trad. annot. de Caporali.)
- HOMERO—Illiade (trad.de Monti); Odisséa (trad. Pindemonte.)
- HUBERUS—Digressiones justinianece ; Prelectiones juris civilis secundum Institutiones.
- Kuc—Commentaire theorique et pratique du Code Civil; — Traité theorique et pratique de la Cession et de la transmission des créances.
- HUDELOT ET METMAN—Des Obligations—Source, extinction, preuves.
- YHERING—L'Esprit du droit romain ; —Zweck im Recht; Ausíührung uber die Aequivalent im Satisfaktion des Geldes; La lutte pour le droit; Rechtgestachten in Sachen ; Oeuvres choisis trad, por Meulenaere.
- IVES GUYOT—La Science Economique.
- JOÃO BARBALHO—Commentarios á Constituição Federal.
- JOÃO MONTEIRO—Processo Civil e Commercial.
- JULES DE LE COURT—Codesbelges et lois usuelles en vigueur en Belgique.
- KELLER— Pandekten;—Ueber Litiscontestation und Urtheil.
- KLEINE—Genugt Affections Interesse bei Geltendmachung einer Forderungsrecht.

- KOEPPEL—Dif obligatorische Vertrag unter abwesenden (no Jahrbuch. Vide Revistas.) KOHLER—Das obligationsinteresse (no Archiv für etc.)
- KASIMIRSKI—Al Koran.
- KRAFC-EBBING—Trattato di psicopatologia forense.
- KUNTZE—Die Lebre von der Inhaberpapièren.
- LACERDA—Obri gações.
- LACOSTE—De la chose jugeé.
- LAFAYETTE—Direitos de Família; Direito das Cousas.
- LAMBERT—Du Contrat en faveur de tiers. son fonctionnement, ses applications actuelles.
- LAROMBIERE—Theorie et Pratique des Obligations. Cours du Code. Civil.
- LAURENT—Principes de droit civil français,
- LEHR—Droit Scandinave ; Elements de droit civil russe.
- LEVE—Le Code Civil Espagnol.
- LE SELLYER—Traité de Tassurance et de l'extinction des actions publique et privée.
- LÍBERATO BARROSO—Letra de Cambio.
- LIZ TEIXEIRA—Direito Civil.
- LOBÃO—Notas a MELLO ; —Execuções;—Fascículos; Segundas Linhas e Suplemento; Avaliações e Danos;—Obri-gações Reciprocas ; Direito Enfiteutico; Aguas e Casas.
- LOCRÉ—Legislation Civile, criminale et commerciale de la France.
- LOENIG—Die Haftung des Staats.
- LCEWENFELD—Die selbständige actio in rem verso.
- LOYSEL—Institutions coutumières.
- LYCOPS—Les Codes congolais et lois usuelles en vigueur au Congo.
- Louis BORNO—Code Civil d'Haiti.
- LYAN-CaEN ET RENAULT — Precis de droit commercial.
- MACHELARD—Des obligations naturelles en droit romain (1861).
- MACKELDEY—Manuel de droit romain (1846).
- MADAI—Die Lehre von der Mora.
- MADIA—Istituzioni di diritto Civile.
- MANGIN—De l'action publique et de l'action civile.
- MARCADÉ ET PONT—Explication theorique e pratique du Code Napoleon.
- MARGHIERI—Il diritto commerciale esposto sistematicamente
- MAREZOLL—Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes.
- MARTINHO GARCEZ—Nullidades dos actos jurídicos. MASSÉ ET VERGÉ—Le droit civil français de K. S. Zacharice.

XXXIII

M A.SSIN—De Pexecution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire. MASSOL—De l'obligation naturelle et de Vobligation morale en droit romain et en droit français. MANOLESCO—De la subrogation legale. MONTELLINI—Lo Stato e il Códice Civile. MAY ET BECKER—Institutions de droit prive des romains. MAYNZ—Cours de droit romain. Des Obligations en droit romain. MEILI—Istituzioni de scienza dei diritto compat ato. — —Das Telephonerecht. MELUCCI—Teoria delle obbligazioni solidali. MELCHIOR GIOIA—Deiringiuria e dei danni dei soddisfacimento. MELLO FREIRE—Institutionesjúrís civilis lusitani. MERLIN—Repertoire de Jurisprudence. Questions de droit. MEUCI—Istituzioni di Diritto Amministrativo. MEULENAERE—Oeuvres de Ihering choisis—(trad.) MEYER—Lehrbuch des deutschen Verwaltungssacht. MICKOUD—De la responsabilité de l'Etat á raison des fautes de ses agents. MALIÉRE—Theatre. MOMMSEN—Die Lehre der Mora. MONGALVY—Traité de l'arbitrage em matiere civ. et comm. MOLITOR—Les obligations en droit romain. MORAES CARVALHO—Praxe Forense. MORAES VELHO—Execuções de Sentença. MORTARA—Procedura Civile. MONTESQUIEU—L/Espritdes Lois. MOURLON—Repetitions ecrites sur le code civil. MUHLENBRUCH—Doctrina Pandectarum (1821). Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. MUIRHEAD—Historical Introduction to the private law of Rome. MUTEAU—De la responsabilité civile. OLEA—De Cessione Jurium. OLIVEIRA COUTINHO—O phonographo e suas combinações nas relações jurídicas. ORLANDO—Diritto Amministrativo. ORLANDO—Código Commercial, ORTOLAN—Legislation romaine. OTTOLENGHI—La suggestione e la facoltà psichiche occulti in rapporto alia pratica legale e medico forense. PACIFICI-MAZZONI—Istituzioni di diritto civile italiano. PARDESSUS—Droit Commercial.

- PAULA BAPTISTA—Processo Civil.
- PAULMIER—De la subrogation réelle en droit romain et en droit français. PEGAS—Resoluciones forenses. PELLAT—Textes choisis des Pandectes. PEREIRA DE CARVALHO—Processo Orphanologico. PEREIRA E SOUZA—Primeiras Linhas sobre o Processo Civil (1834). PICARD—Le droit pur.
- PLANIOL—Traité Elementaire de droit civil.
- PLANK—Bürgerliches Gesetzbuch.
- PLUTARCHO—Les vies des hommes illustres (trad. Ricard.)
- POLACCO—Le obbligazioni nel diritto civile italiano.
- PALLOCK—Principies of contracts.
- POST—Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz.
- POTHIER—Oeuvres completes.
- PUCHTA—Pandekten Lehrbuch; Lehrbuch für Institutionen Vorlesungen.
- RAMOS—Apontamentos jurídicos sobre contractos. RAMALHO—Praxe Brasileira.—Pratica Civil e Commercial. RANELLETI—Il silenzio negli atti giuridici.
— —Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative.
- RAOUL DE LA GRASSERIE—Les lois civiles du Brésil.—Le Code Mexicain.—Les Codes Suedois.
- RAUTER—Traité theorique et pratique de droit criminel français.
- REBOUÇAS — Observações á Consolidação das Leis Civis.
- RENUSSON —De la subrogation. RIBAS—Direito Civil. Direito administrativo. RIBBENTROP—Zu Lehre von den Correalobligationen. RICCI—Corso teorico e pratico di diritto civile.—Indole e fonti delle obbligazioni e dei contratti. RICK—Die Obligatio.
- RODIÈRE ET PONT—Du Contrat de mariage et des droits des époux.
- RÖNNE—Staatsrecht der Preussischen Monarchie.
- RÖMEN—Die Leistung an Zahlungstats nach dem römischen und gemeinen Recht.
- RODRIGUES DE SOUZA—Analyse e commentario a Constituição do Império.
- ROGRON—Les Codes Français expliqués.
- ROMUSSI—De datione in solutum.
- ROSSEL—Manuel du droit federal des obligations.

- SALEILLES—Etude sur la theorie generale de l'obligation d'a«
 prés le premier Project de Code Civil pour l'empere alle-
 mand. SALPIUS—Novation und
 Delegation.
- S. THOMAZ—Summa Theologia.
- SUMNER-MAINE—Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive.
- SARAIVA—Direito cambial Brasileiro. SAVIGNY—Systeme de Droit
 Romain.—Das Obligationenre-
 cht.
- SCHMITTHENNER—Grundlinien des allgemeinen oder idealen
 Staatsrecht. SCHOEMANN—L'antiquité grecque. SCHOTT—
 Der obligationische Vertrag unter abwenden. SCHÖMAN—Mauuale
 de diritto civile (trad. ital.) SCHWANERT — Obbligazione naturale
 (trad. ital.) SEGOGNE—De la dation en payement en droit romain et
 en
 droit français. SERAFINI—Istituzioni di
 diritto romano.
 Il telegrafo in relazioni alla giurisprudenza civile e com-
 merciale (A mesma obra em francez trad. por Lavielle
 de Lameilliére. SEUFFERT—Praktischen Pandektenrechts.
- SHAW—(Bernard) - Fabiah Essays on Socialism. SciALOIA—
 Dizionario Pratico dei Diritto Privato. SICE'—Legislation hindou.
- SIDGWICK—Principies of Political Economy. SIEGEL—Das
 Vcrsprechen als Verpflichtungsgrund in heu-
 tigen Recht. SILVA LISBOA- Direito Mercantil (ed. Cândido
 Mendes.) SILVA - Ad Ordenationes.
- SINTENIS—Das praktische gemeine Civil Recht. SOURDAT—Traité
 general de la responsabilité, ou de l'action
 en dommages—intérêts en dehors des contrats. STOBBE—
 Zur Geschichte des deutschen Vertragsrecht. I Deutsche Pri-
 vatrecht.
- STRIKIUS—Usus modernus Pandectarum (1717). SUFFERT—
 Burgerliches Gesetzbuch nebst Einführungs-
 gesetz, SAREDO- La nuova lege sulle amministrazione
 comunale e
 provinciale. STAHL— Philosophie des Rechts.
- STAMMLER—Das Recht der Schuldverhältnissen.
- TÁCITO—Oeuvres (trad. Dureau de La Malle.)
- TARCHANOFF—L'hypnotisme et la Suggestion.

TEIXEIRA DE FREITAS—Consolidação das Leis Civis.—Esboço do Código Civil,—Notas a Doutrina das Acções de Corrêa Telles.—Pereira e Souza, edição anotada, **THIBAUT**—System des Pandekterechts.—Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinem bürgerlichen Rechts in Deutschland. **THIRY**—Droit Civil.

THÛL—Trattato di diritto commerciale (trad. ital.)

THUCYDIDES—Histoire (trad. Loiseau.) **TIMBAL**—De la cause dans les contrats et les obligations en

droit romain et en droit français. **TITO LÍVIO**—Histoire romaine. **TOULLIER** e **DUVERGIER**—Le droit civil français suivant l'ordre

du Code. **TARDE**—Transformations du droit Philosophie Penale. **TROPLONG**—Privileges et Hypotheques.—Cautionnement et Transactions.—Donations. — Prescriptions.— Societé.—

Vente.—Influencia do Christianismo no direito civil romano (trad. braz.) **TREBUTIEN**—Cours de droit criminal. **UNGER**—System des Oesterreich Privatrecht. Schuldübernahme

Die rechtliche Natur des Inhaberpapiers.

UNTERHOLZNER—Die Lehre von den Schuldverhältnissen.

VACHER —Le Homestead. **VALASCO**—Consultationes.

VALERY—Les contrats par correspondance. **VANGEROW**—Pandekten (1869). **VAN-WETTER**—Droit Romain. **VARRO**—De lingua latina. **VERNET**—Textes choisis sur la theorie des obligations en

droit romain. **VICENTE R. GIRON** e **ALIJO GARCIA**—Coleccion de las Insti-

tuciones politicas e jurídicas de los pueblos modernos.

Viço—Opere.

VIDAL—Le telephone au point de vue juridique. **VINNIUS**—Institutionum imperialium commentarius—Selectos

questiones júris civilis.—Tractatus de pactis. **VISCONDE DE URUGUAY**—Ensaio sobre direito administrativo. **VIVANTE**—Le assicurazioni sulla vita.

VOET—Commentarius ad Pandectas (Ed, Maurice em 5 vols.)

VOIGT—XII Tafeln.

VIVANTE—Trattato di diritto commerciale.

WACHTER—Pandekten.

XXXVII

- WARNKCNÍIT—Instituições do direito romano privado (trad. braz.) WEBER—Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit.
- WINDSCHETD—Lehrbuch des Pandektenrechts. (A mesma obra trad. ao ital. por Fadda e Bensa.) WAHL—Traité theorique et pratique des titres au porteur. WAHL—System der Präventivjustiz, oder Rechtspolizei. WORMS—Dela volonté unilaterale considerée comme source d'obligations en droit romain et en droit français.
- ZACHARLE—vide Massé et Vergé.
- ZACHARIE—(Th.) — Haftungsverbindlichkeit des Staats.
- ZELLER—La philosophie des grecs.

otlemōtctí» e iDuRicaçõeí) coltecltvad

- *The American Monthly Illustrated Review of Reviews.*
 -Archiv für Bürgerliches Recht. ■ *0 Direito* (JOÃO JOSÉ DO MONTE). *A Gazeta Jurídica* (CARLOS PERDIGÃO).
- *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Recht. rProtokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.* [*Revista do Instituto da Ordem dos Advogados. -Trabalhos das Comissões sobre o Projecto de Código Civil Brasileiro.* *Yahrbuch für die Dogmatik Recht.* - *Zeitschrift für das Eandl Recht.* [*Pandectes Belges, compilées par PICARD e HOFFSCHMIDT.*
- Revue Critique de législation et jurisprudence.* [*Dictionnaire Usuel de Droit de MAX LEGRAND.*

Doutrina e Prática das Obrigações

TITULO I

INTRODUÇÃO GERAL AO ESTUDO DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

DO CONCEITO MODERNO DAS OBRIGAÇÕES

Sumnriario. 1 —Importância do instituto das obrigações. 2— Dever moral e jurídico. 3—Obrigações no sentido technico. 4 —Definição antiga e conceito actual. 5—Posição que occupa o instituto das obrigações no conjuncto do direito civil e em que differe dos direitos reaes. 6—Fontes das obrigações. 7— Gênese e desenvolvimento do phenomeno da vontade. 8— Identidade do *eu* e similitude social do *meio*. 9 —Influencia social sobre o laço obrigatório. 10— Relação do instituto das obrigações com outros ramos do direito em geral. 11— Objecto das obrigações. 12—Requisitos das obrigações 13— Indeterminação do sujeito das obrigações. 14—Divisão das obrigações.

1.—Ao iniciar um monumental trabalho critico sobre o mesmo assumpto que vae nos occupar, observa um dos mais illustres jurisconsultos modernos (1) que o instituto das obrigações é uma parte quasi exclusivamente theorica em todas as legislações.

Nelle trata-se, em ultima analyse, de regular as differentes formas sob as quaes se manifesta a vontade humana no domínio das convenções e os effeitos delia defUtentes.

E', pois, o domínio eminentemente racional do Direito Civil; sua parte philosophica por essência. Dahi vem que, por toda a parte, ao menos no occidente, vae-se operando uma

(1) SALEILLES — *Etude sur la théorie géiiérale de iobligatioit d'après te premier ptqlect de code civil pour l'empire allemand*—n. 1

verdadeira uniformidade nos seus postulados. A razão é que os efeitos da vontade humana são análogos e as necessidades sociais suscitam formas idênticas para passarem á efficacia da acção' pratica.

Não é por isso menos verdadeiro affirmar que a theoria das obrigações é para o direito o que é a do valor para a economia politica—o problema central a que se podem reduzir todas as discussões. (2)

O transcendente valor dessa parte do direito civil impõe aos Códigos a necessidade de tratá-lo com vistas largas e comprehensivas. (1)

A maioria dos negócios práticos regidos pelo direito são apenas applicações de tal theoria. De um modo abstracto mais amplo, ahí devem-se encontrar os preceitos destinados a regular todas as relações de direito de credito que se diversificam e se accentuam de dia para dia na vida das sociedades modernas.

ã.—O methodo clássico divide as obrigações em *perfeitas* e *imperfeitas*. (*) Elias são ahí tomadas no sentido lato de *deveres*.

Glosando o mesmo pensamento, uma grande parte de autores modernos dividem os *deveres* no sentido lato em *deveres juridicos* e de *pura moral*, segundo são ou deixam de ser, legitima e racionalmente, susceptíveis de se tornarem objecto de coacção externa. (*)

As obrigações chamadas *perfeitas* são as únicas que entram no domínio jurídico. Os juristas as dividem em *civis e naturales* e esperamos dentro em pouco demonstrar a insubsistência destas ultimas. Compreende-se bem quanto de supérfluo e de esterilizador existe nessas subtilezas, sem resultados práticos, nessas divagações ontológicas sem consequências para a direcção dos negócios humanos.

A obrigação, quer se tome a palavra no sentido religioso e moral, quer no simplesmente jurídico, é sempre a mesma cousa, reduz-se sempre á submissão da vontade do homem a

(*) *TARBK—TrmiformatioHs du droit— Cap. V, pag. 125.*

(*) *GIUSKPPK D'AG0ANNO La genesi e Vevoluzione dei Dir. Civil*, n. 24S*

(4) *POTHIKR— Traiti des Obligatiotts, n. 1.*

OiEntre outros—ACBRT «T RAU - Droit Civil § 297.

um principio superior ;—é invariavelmente a acção regulada por uma direcção livremente acceita. O que, porém, promanou de todas as disputas anteriores, como um resultado definitivamente incorporado agora aos conhecimentos humanos, é que o *dever*, a obrigação moral, esse constante esforço sobre si em favor de outrem, caracteriza-se por ser livremente assumido e voluntariamente realizado, emquanto que o dever jurídico pode sempre ser exigido por uma coacção por parte daquelle que é sujeito do direito có-respectivo. Neste ha um verdadeiro *vinculum júris*, a necessidade jurídica de cumprir aquillo a que somos obrigados ⁽⁶⁾; naquelle é a autolimitação imposta pelo altruísmo ás acções humanas, que não destróe sua liberdade, antes a prende por um laço nobilitante. Elle realisa o que tão bellamente pintou o poeta philosopho ⁽⁷⁾ : *Man kann in wahrer Freiheit leben, Und doch nicht ungebunden sein.*

3.—A rápida exposição anterior achana o terreno que temos a perlustrar. Estudando as obrigações não se tem em vista um código de deveres. (") Collimam-se aqui tão somente as obrigações no sentido jurídico e isso mesmo no aspecto bem restricto da technica.

Si lhes quizessemos dar a extensão que comporta o ponto de vista jurídico, sem esta ultima restricção, não tardaríamos a abranger o conjuncto do direito civil, pois que a todo o direito como faculdade corresponde necessariamente um dever. Não se comprehendem ahi, porém, todos os deveres decorrentes das relações de família; não são, em summa, as obrigações sociaes, ethicas, ou religiosas, e sim somente as que affectam o património. (•)

As obrigações que entram no quadro de nosso estudo se distinguem das demais por caracteres inconfundíveis.

Em primeiro lugar, ellas não se caracterisam como um *dever* do obrigado e sim antes como um *direito* do sujeito

(6) WAN-WETTER—*Proit Romain* § 284.

(7) GOETHE—*Wahrer Genuss*.

(8) *Schuldverhältnisse bilden äie allgemeinen rechtlichen Verpflichtungpn nicht) welche der Meu eh gcgenUber ciem Menchen hat...* DEUNBURG—*Das biltgerlichte Recht des Deutschen Reichs und Preussens*. vol. I Pfi I, § 1- n, IV.

QO) .. *tin vermögensrechtlicties Interesse Berechtigten an der Ver-pflichtung besteht*—*tít.* DBKNBORQ.

activo. Elias têm um valor pecuniário, patrimonial, a que jamais se poderiam sujeitar os outros deveres jurídicos. Em segundo lugar, são perecíveis, termináveis, limitadas no tempo pelo seu implemento ; sua extensão é prevista desde o momento em que surgem e chega sempre uma ocasião em que o *vinculumjuris* se quebra e o devedor é *solulus, liberatus*. E! assim que contrastam com o caracter perdurável dos demais deveres jurídicos immanentes á personalidade. (")

Os deveres jurídicos nem sempre dependem da vontade humana; podem ter sua origem em fatalidades orgânicas, como o nascimento e a morte. Nas obrigações, ao contrario, só a vontade pode crear o laço obrigatório que restringe a liberdade do devedor, tornando-a parcial e temporariamente limitada. (")

4.—Os romanos definiam as obrigações como um *vinculum júris quo necessitate adstringimur alicujus solvendo! rei...*

Sufficientemente modificada, essa definição contem o conceito moderno do instituto. Para os romanos a garantia do *vinculumjuris* era exclusivamente pessoal, decorrendodahi as crueldades com que os devedores eram obrigados a satisfazer seus compromissos.

B O sentido figurado de hoje era uma realidade então. Surgida a obrigação, o *vinculum* também surgia com a força coerciva da lei e da autoridade publica. Só o adimplemento gerava a *solutio* e o *réus debendi* tornava -se *solulus a vinculo*. Para isso respondia o devedor com sua própria pessoa, porque nas origens da civilização aryana greco-romana, seu património essencial— a terra—pertencia á família e era intimamente ligado á religião, ao culto dos deuses lares e dos mortos e, portanto, sempre inalienável e indivisível.

Dahi vinha que devedor e delinquente constituíam situações análogas. Essas primitivas concepções, que muito mais tarde se modificaram, só permittiam a venda com a presença do *libripens*, com os ritos sagrados da *mancipatio*. As *XII Tabòas* erão impiedosas para com o devedor; não to-

(¹⁰) MAY ET BECKER — *Inst. du droit privé des romains*, n. 83.

(U) *Debitar intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest—l. 108 D. de verb. signif.*

lerava, porem, que sua propriedade fosse confiscada em proveito do credor.

Foi a lei da persistência que, actuando nas idéas jurídicas, fez com que esse conceito inicial da propriedade produzisse entre os romanos a comprehensão do vinculo exclusivamente pessoal nas obrigações ⁽¹¹⁾.

No ultimo período da civilização romana, porém, já a pessoa foi lentamente sendo substituída peio património que passou a supportar a garantia das obrigações.

Hoje são ellas consideradas em todas as legislações como um direito puramente patrimonial.

Não é tudo. Outros caracteres essenciaes distanciam a concepção romana da moderna. O principio romano da personalidade do vinculo só se compadeceia com effeitos decorrentes das obrigações entre as partes contractantes. O *vinculum* era todo privado. Faltar á elle era offender os deuses e a pessoa do credor. Contracto e delicto eram equipollentes. A execução pessoal era então uma espécie de vindicta privada contra o offensor, ou insolvente.

Taes idéas não eram peculiares aos romanos e dominavam entre os germanos, os celtas e os indianos.

Actualmente, ao contrario, as obrigações podem ser genéricas, produzir effeitos entre os contratantes, ou em relação a terceiros, indeterminados, ou futuros. Em uma palavra, a obrigação entre os romanos era pessoal, hoje é patrimonial; ali inalienável, aqui transmissível ^(1a). A força da obrigação reduziu-se ao poder do credor de exigir uma prestação do devedor (*).

In da mais : a obrigação pode ser contrahida para com pessoas indeterminadas e incertas, em favor de terceiros estranhos á estipulação, comportando, além de tudo, a representação e a transferencia por cessão (").

Desses conceitos bem podemos deduzir com um eminente civilista pátrio a verdadeira definição da obrigação como « a relação transitória de direito que nos constringe a dar,

(12) FOSTEL DE COULANGES — *La Cite Antique*, liv. II, Cap. Vi.

(13) GAIUS — *Comm. II*, 38. *Quod mihi ab aliquo debetur id si velim tibi deberi nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possui.*

(14) *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt vor dem Schuldner eine Leistung zu fordern*—C. CIV. ALLB.MÃO art. 241 : MOTIVE II

pag. 5.

m

^^ I

(16) COQUOIO — *Filosofia dei Dir. Priv.* § 24: BKVILAQ.OA — *Obrigações*

§ 2º

« fazer ou não fazer alguma cousa economicamente aprecia-
« vel, em proveito de alguém que, por acto, nosso ou de alguém
* comnosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei,
« adquiriu o direito de exigir de nós essa acção ou omissão»

r>.— O património, o direito patrimonial, são uma e mesma cousa, elementos de uma idéa única, não o circulo inteiro da actividade jurídica de uma pessoa, mas aquillo que pode ter valor económico, avaliável em dinheiro (¹⁷).

Tal direito, o de propriedade *in re própria*, os *jura in re aliena*, os direitos a factos de outrem :—eis o conjuncto do património no conceito jurídico.

Ha quem denomine direitos *pessôaes*, os de obrigação, em contraposto aos reaes *in re aliena* (¹⁸). Entre os allemães, jurisconsultos ha que chamão *peisonliche Rechte* os direitos de obrigações e *personenrechte* os que dizem respeito propriamente ás pessoas (¹⁹).

Para nós a verdadeira classificação interna dos direitos é: I—*direitos pessôaes* ; II—*direitos patrimoniaes*.

Na primeira classe comprehendem-se os que são attinentes ao estado do homem e sua capacidade, os de familia, os políticos, etc. A segunda classe subdivide-se em duas subclasses, sendo uma a que comprehende os direitos de obrigações e outra os direitos *reaes in re própria*, ou domínio, com todas as suas modalidades e *os jura in re aliena* (²⁰).

Tem-se generalizado hoje para o direito das obrigações a technica mais adequada de *direitos de credito* (²¹).

Qualquer, porém, que seja a tecnologia mais apropriada, importa bem assignalar a differença das duas secções dos direitos patrimoniaes.

(¹⁶) BEVILÁQUA—*ob. cit.* § 1.

(¹⁷) HKDSLER—*Insttt. de droit prive allemand* I, § 66 p. 329.

(¹⁸) SAVIONT ~ *Droit Rom.* § 5^a e 5^b : WINDSCHBID—*Lehrbuch de» Patv dektenrechts* §§ 39 e 250 : LACERDA—*Obrigações* § 10. LAFAYETTE — *Cousas* § 1'. VERNET—*Textes choisis du droit rom. sur les oblig.* p. 1.

(*•) DERNBURG—*Pandekten*, I, § 22 nota 8.

(20) É a classificação de ZACHARMB e de sua escola. MAYNZ *Droit Ro-matn* § 40. RAOUL DE LA GRASSERIE—*Lots Civiles du Bresil* pag. 49.

(²¹) WINDSCHBID—*ob. cit.* Livro IV / MAREZOLL—*Lehrbuch der InstUutio-nen des rSmischen Rechts* — *P.e li, Uv. 3', secção 2.** — DEMANQKAT—*Precis de droit romain* II p. 166.—COD. Civn. do Japão art. 399.

a) Os direitos reaes recaem sobre a coisa e formam uma relação entre ella e a pessoa ; os de credito constituem uma relação entre pessoas, comprehendem factos humanos ("); ' I b) Os direitos reaes são infungiveis, não se consomem com o uso ; os outros se extinguem dès que a prestação se realise. *|

c) Os direitos reaes, sendo exclusivos, existentes em proveito de uma só pessoa, dão lugar a uma acção real, dirigivel contra quem quer que os ataque; em uma palavra, são protegidos pela reivindicacção, pois que é directa a relação jurídica entre a pessoa e a coisa (^M); os direitos de credito, ao contrario, só têm a seu favor a acção pessoal; a relação só é mediata, pois que a coisa, objecto do direito, não é attingida directamente pelo sujeito d'elle e sim por intermédio de outra pessoa, pelo concurso do devedor.

d) Os direitos reaes são genéricos, valem contra todos relativamente a uma coisa ; os de credito são relativos, de maneira que ninguém mais do que o credor pode fazer valer seus direitos contra o devedor (**). I

c) Os direitos reaes são restrictos a certos casos, os outros são tão variados como os actos e necessidades humanas.

f) Os direitos reaes interessam mais de perto á existência e á continuidade social e por isso são rodeados de certas garantias publicas ; nos outros, mais relativos ao concurso e á cooperação dos indivíduos, a liberdade destes gosa de maior latitude.

Si o direito fosse fundado nos princípios naturaes, como doutrinava a metaphysica do século XVIII, nada mais simples do que a distincção que vimos de estabelecer. Entretanto uma noção tão elementar demandou uma serie immensa de modificações do direito romano, desde as XII Tabôas até as reformas de Justiniano, para apagar a velha distincção da *res*. Seja como fôr, uma e outra serie de direitos constituem partes de um só todo, formando o património do individuo.

(22) Os primeiros são *nuna podestá sopra un godimento delia cosa*,» os últimos «*nua prestaalone da fare da una persona*,* diz CAGWOLO que examina perfeitamente a matéria na ob. cit. § 25 : Vide PACIFICI-MAZZONI—*Instituaioni di dir. civ. italiano* I n, 5.

I (23) MATCNZ—ob. cit. § 162 : SAVIQNY—ob. cit. § 56 i LAFATETTB—cit, §

J- «S. i«2.

E

(24) WINDSCHBID— Ob. cit. §§ 39, 41 e 250 ; HODELOT BT MISTMANN — *Oblf gations n. 4.* ■

6.—As fontes das obrigações entre os romanos eram : o *contracto*, o *delictio* e o *quasi-delictio*. Ali mesmo, porém, julgava-se insufficiente essa systematisacão (*').

Postoque até hoje grande disputa exista sobre essa matéria, julgamol-a ociosa e sem resultados philosophicos. O importante é saber quando haja uma obrigação e não conhecer o baptismo de sua nomenclatura (M).

No fundo, as obrigações somente podem decorrer do factio voluntário humano e da lei. No primeiro se enquadram os factos lícitos, isto é, o *contracto*, o *quasi-contracto* e a vontade unilateral, e os illicitos, de onde *delicto* e *quasi-delicto*.

Contracto, *quasi-contracto*, vontade unilateral e actos illicitos—eis, pois, as fontes das obrigações geralmente accetadas pelos Códigos. (27)

7.—A génese das obrigações é sempre a vontade individual, o factor da responsabilidade e, portanto, da obrigatoriedade das convenções. Eis o grande problema philosophico, o eterno thema das divagações metaphysicas ao qual, por

(25) *l. 1 D. de obligatiombus et acttombus*. GAIO reduz as fontes ao *contracto* e ao *delicto*—*Inst. Comm. Ill § 88*, mas em outras occasiões refere outras fontes, como na *I. 5 D. cit.* MODESTINO faz derivar as obrigações de muitas fontes—*l. 52 D. cit*

(28) COQLIOLO—*ob. cit.* §27.

(27) Essa classificacão é, com pequena differença, a do Código Civil Fran-cez, modificacão da romana e que tem o assentimento de GIORGI—*Teoria delle obbhgaioni III, 3e4*, GIANTOBCO *Instituaiom dei Dir. Civ. Italiano § 54* ;* MAVIA—*Istituzioni di Dir. Civile Itn. 138* ; P. MAZZONI *Ist. di Dir. Civ. IV, n. 41* e outros.

Os autores allemães e entre elles ARNDTS —*Pandekten § 229*, adoptam as seguintes fontes : 1.º o *acto Jurídico*, comprehendendo o acto bilateral, ou accordo de vontades que entram era contribuição para a sua existência e o acto unilateral de uma só vontade, assim como outros actos que, não tendo por fim crear relações obrigatórias, cream-n'as, entretanto nos *quasi-contractos* ; - 2.º o *acto illicito*; 3.º *certas circumsanclas* que, sem constituírem *acto* por parte do obrigado .produzem effeitos de obrigação, como os *quasi-delictos*. WINDSCHEID —*Pandekten cit.* tem outra;—*actos jurídicos, decisão judicial e factos*.

A classificacão romana conta innumerous adeptos entre os autores e Códigos modernos. Ve-se, pois, que é um assumpto acerca do qual ainda existe muita divergência.

Entre nós LACERDA (*ob. cit.* § 48) adopta a opinção de ARNDTS e BEVILÁQUA (*op. cit.* § 3.º) a mesma, que seguimos por julgal-a a mais synthetica.

Voltaremos ao assumpto quando encararmos especialmente as fontes de obrigações no *Titulo \ Capitulo I* deste trabalho, onde cotejaremos as decisões dos diversos Códigos.

esse motivo, não é de admirar que consagremos um pouco mais de atenção.

I A responsabilidade no seu sentido mais philosophico, depende de três dados essenciaes : o) que a conducta considerada, seja acção, ou seja omissão, não interesse unicamente ao seu agente ; b) a existência de seres quaesquer a quem o agente deva conta de sua conducta; c) a existência no agente de condições moraes, ou psychologicas, de responsabilidade.

O primeiro dado é evidente de si mesmo.

O segundo varia no curso da evolução humana com as idéas dominantes : Deuses ou Deus no período theologico, entidades abstractas, modificações daquelles, no período meta-physico ; a opinião publica, a Humanidade, no período definitivo da evolução.

O terceiro elemento, o mais complicado, reclama atenção mais detida.

Com effeito, a condição essencial da responsabilidade é a liberdade moral da vontade.

Não concebamos, porém, a vontade, *ad instar* da meta-physica, como uma faculdade irreductivel e simples, superior aos instinctos e ás affeições, independente da intelligencia.

Em uma tal affirmação secular se contém revoltante contradicção.

A vontade só poderia ser considerada independente do espirito, si ella fosse cega e incapaz de pesar os motivos da deliberação. Por outro lado, sua independência das funcções affectivas devia importar a impossibilidade de se inspirar em qualquer delias. Nada disso existe de facto. Como ja dizia um dos maiores génios estheticos (^M)

... *Vaffeto lo intdletto lega.*

A vontade, ao contrario disso, é uma funcção eminentemente composta do cérebro e para cujo formação concorrem as affeições, como motores, o espirito e os centros directores da motricidade, como elementos da deliberação.

A operação cerebral nesse phenomeno, é, portanto, das mais complexas.

A principio é uma de nossas tendências egoisticas. ou um dos nossos instinctos altruisticos, que é solicitado por uma *imagem* qualquer de objecto ou acontecimento.

Essa operação inicial constituo o *desejo* ou a *repulsa* ; aquelle, quando a imagem actua ou collabora no sentido da tendência : esta, quando se lhe apresenta sob a forma de um

empecilho ou obstáculo que com ella collide. No primeiro caso, o instincto constructor concorre logo para a formação do phenomeno; no segundo, desperta-se o instincto destruidor para o mesmo fim.

O espirito, ou a porção intellectual do aparelho cerebral, que já entrou em acção, quando forneceu a imagem inicial, continua agora a combinar e reviver outras imagens accessórias, de maneira a esboçar a impulsão que deve imprimir á acção o fim aattingir, o objecto a realisar, ou os obstáculos suscitados a vencer. Eis a combinação dos meios que têm de levar aos centros motores a primeira excitação ; eis, portanto, o cérebro todo, o conjuncto do complicado aparelho a colaborar na producção do phenomeno da vontade.

Este, porem, pode se complicar de um modo inesperado.

Até aqui só temos apontado sua marcha simples e normal.

A multiplicidade e mesmo o antagonismo de nossas funções affectivas podem complical-o de uma maneira imprevista.

Duas funções do egoismo, ou uma delias e outra do altruísmo, podem se achar em conflicto.

Já vimos que, na elaboração dos meios de acção, joga o espirito com imagens accessórias. Pois bem; estas podem interessar as outras tendências, reagir sobre ellas de modo tal que venha perturbar o trabalho mental iniciado despertando um desejo ou uma repulsa nova, mas em sentido opposto.

Surge então o phenomeno mais complicado da *deliberação* que resulta da previsão dos effeitos dos diversos actos a cumprir, e dos sentimentos e emoções a sentir com sua pratica.

Uma tal operação apura-se e modifica-se com o habito, com a educação e com a hereditariedade. A sociabilidade, a sympathia, a veneração religiosa, os hábitos mentaes, os pro-J gressos moraes de toda sorte, são factores do phenomeno final da deliberação.

Quando a operação attingiu a esse extremo, não tarda em se completar com o inicio das funções motoras. E' só então que o movei inicial do desejo alcançou, pelo concurso de todas as funções cerebraes. a plena madureza.

Eis como se explica a formula simples em que o maior dos philosophos condensou essa profunda theoria:—«a vanta-« de não constitue sinão o ultimo estado do desejo, quando a t deliberação mental reconheceu a conveniência de uma im-« pulsão dominante» (*).

C⁹) AUGUSTO COUTE— *Politique Positive, 1711*: Vide também AUDIFFBENT L)H *Cerveau et de l'innervation d'après A. Comte pag LAO. esegs.*

E' só então que existe acto voluntário, condição de responsabilidade.

A vontade, porém, pôde se viciar quando uma tendência age com exaltação sobre as demais, que se acharem atônicas, por falta de estimulantes e servidas por uma intelligencia apathica.

Nesse caso essas outras tendências não concorrem para a formação do phenomeno e só existe *uma. impulsão dominante*.

Em outro sentido, em vez de apathica, pôde a intelligencia se achar presa de uma grande exaltação subjectiva, não correspondente á realidade exterior, não corrigida, nem regulada pelas impressões do mundo externo.

Em ambos os casos figurados, a intelligencia é incapaz de presidir á apreciação dos dados do desejo, isto é, á combinação das imagens. No primeiro caso, temos as *impulsões irresistíveis*, no segundo, as *hallucinações*;—em ambos, a irresponsabilidade, pois que a responsabilidade repousa na condição de uma vontade verdadeira (³⁰).

Bem claro devemos ter deixado que, no esboço do complicado phenomeno cerebral da vontade, não mais nos oceu-pámos com o celebre *livre arbitrio*, noção ontológica e contra-dictoria, porque si a vontade fosse independente e superior ao desejo, não se comprehende bem como poderia ser *arbitro*, pois que isso presuppõe o poder de escolher entre dois desejos. Ora, a escolha é uma operação da intelligencia e, portanto, a intervenção desta já destruía a supposta iudependencia da vontade.

Não é de considerar tão pouco o *determinismo* dos modernos materialistas. A espontaneidade da acção é um phenomeno geral que repousa na modificabilidade secundaria de todos os phenomenos. I

E' uma lei geral de *Philosophia Primeira*, que o arranjo fundamental das leis naturaei» é inalterável, mas que os phenomenos são tanto mais modificáveis quanto maior é sua complicação.

A liberdade está nessa modificação secundaria.

Por serem fataes, as leis naturaes não são immodificaveis.

A verdadeira sciencia repelle tanto o fatalismo como a modificabilidade arbitraria das leis pelas suppostas vontades, humanas ou divinas. Ido fetichismo e do theologismo (⁸¹).

(*>) AUGUSTO COMTE—*Philasophie Posittve III*, 563 fine a 566. (81)
AUGUSTO COMTE—*Politique Positive* 1,54.

A moral pratica, a educação, a arte, a experimentação scientifica, repousam nessa modificabilidade, que é tanto mais extensa quanto mais complicados são os phenomenos. A ella só escapam os phenomenos mathematicos e astronómicos, posto que, ainda nestes, possamos conceber, embora sem poder realizar, uma ordem muito melhor do que a que elles apresentam, como bem exprimiu Affonso X em pleno regimen theologico.

O mundo moral é, pois, o mais modificável. A virtude, a moralidade, é sempre um esforço para modificar em favor de outrem a energia natural dos instinctos pessôaes.

As promessas, as convenções, repousam, em ultima analy-se, na certeza de que quem as faz é capaz desse esforço por cumprir, na época estipulada, aquillo que prometeu, a despeito das impulsões em contrario, que nesse tempo possam solici-tal-o.

Eis qual o domínio da humana liberdade. Ella consiste sempre em obedecer e seguir sem obstáculos as leis que regulam a natureza moral. Na ordem cosmologica como na vital, toda a funcção é livre, quando se exerce segundo as leis correspondentes sem entrave algum. Isso é reconhecido por todo mundo em se tratando da actividade, cujos phenomenos se exteriorisam e se apalpam. A actividade, porém, age, inspirada pelo sentimento e esclarecida pelo espirito.

Estes seguem a mesma lei.

A intelligencia tem seu limite ideal de liberdade em poder reflectir interiormente todo oconjuncto das leis dos phenomenos da ordem exterior. A vontade segue suas pegadas e admi-tte o mesmo grau de liberdade. Si as tendências altruístas se ennobrecem harmonisando-se com seu destino de guiar o espirito, a liberdade da vontade se harmonisa também com a expressão intellectual da ordem exterior.

Em summa, liberdade e submissão ás leis da ordem natural são uma e mesma cousa. Si as leis superiores, como as sociaes e moraes, como mais elevadas e mais nobres são mais sujeitas ás. perturbações, por isso mesmo que são mais modificáveis, implicam a necessidade de maior esforço para serem seguidas.

Assim, cada individuo dispõe de um certo poder limitado para modificar as leis sociaes e moraes. Quando esse poder tende a manter o systema social, a acção é normal; — é perturbadora si tem a intensidade sufficiente para alterar sua constituição.

No sentido mais amplo, a responsabilidade é a sancção dessa acção modificadora.

8.—Além da condição moral ou psychologica da responsabilidade que acabámos de estabelecer, é essencial a persistência delia, sua continuidade, ou a *identidade individual do eu* e, de outro lado, a *similitude social*. São esses os elementos que completam a verdadeira responsabilidade.

Com effeito, a sociedade humana repousou sempre numa certa uniformidade de sentimentos e pensamentos que constitue uma media geral. Um individuo que é victima de uma hallucinação permanente, que o faça destoar dessa media, é positivamente um producto dissemelhante, alienado de seu meio, um anormal. S

Os que se conformam com esse meio, que se não desviam do conjuncto dos ensinamentos communs, que não abdicam o grande legado accumulado pelas gerações, estes são os semelhantes.

Toda doutrina nova tem a vencer a repugnância da repulsa inicial que as idéas recebidas accumulam sobre seu autor tornado dissemelhante.

Esse accordo do estado social dos indivíduos é inquestionavelmente a condição exterior da existência do phenomeno da responsabilidade, é seu primeiro elemento, de que só agora tratamos por um artificio lógico necessário á exposição.

Entre indivíduos oriundos de civilizações ou, digamos, de *meios* differentes, antagónicos ou hostis, não se concebe responsabilidade possível. Dahi a brutalidade com que os sedizentes civilizados se portam em seus contractos com as populações retardadas da Africa e as cruéis reacções destas. Shyloch, logrado pelos argumentos de Portia sancionados pelo juiz, é a expressão poética do antagonismo entre os christãos e os judeus. Si alguns povos de nacionalidades accentuadas, como os egypcios, os israelitas e os phenicios, se acham em visinhança, elles podem se massacrar, mas nunca poderão chegar a concluir verdadeiros tratados. O mesmo se deu com o império byzantino junto aos árabes e turcos: com a Hespanha a respeito dos mouros. A China entende-se melhor com o Japão do que com os seus amigos europeus.

O mesmo se dá com os indivíduos profundamente divergentes, com os quaes toda a associação é impossível. N'um asylo de alienados, por exemplo, é impossível qualquer laço de união, qualquer arremedo de verdadeira sociedade.

Essa semelhança social é a resultante da influencia exercida sobre as tendências naturaes pelos exemplos ambientes, pela educação e antecedentes históricos, de onde idéas precisas, juízos e preconceitos, crenças e língua communs.

Além da semelhança social, imprescendivel é uma certa fixidez nas idéas individuaes, uma actividade continua e inin-

terrupta do *eu*. Ninguém jamais achou capaz de responsabilidade um individuo cujas opiniões e crenças se mantivessem num estado permanente de oscillação e inconsistência, incompatíveis com a estabilidade das convenções.

Os juristas tiveram sempre como não existente a convenção concluída com quem só consentiu por gracejo, ou com o infante privado ainda de discernimento. E' preciso que o agente de um acto tenha estado, ao menos ao tempo em que o fez, no gozo de sua integridade mental, em seu estado normal.

E' porém, fora de duvida que um grau menor de identidade e de semelhança é exigido para as obrigações civis do que para a culpa criminal. E' por isso que todas as legislações estão de accordo em dar ás prescrições um praso muito maior para as obrigações do que para os crimes (^M).

9.—Dadas as condições da responsabilidade pessoal, a utilidade social intervém para sancionar a obrigatoriedade das convenções. Para o homem em sociedade as contractações são inevitáveis e indispensáveis. Elias levarião então á super-excitação do egoísmo que as impulsionou, si não fossem sub-mettidas ás regras necessárias á manutenção da ordem social.

Essa ordem, portanto, vem se pôr de frente do individuo, por assim dizer, conciliar-se com seus interesses, tornando obrigatórios os contractos de outro modo impraticáveis (^M).

[82] TARDE—*Philosophie Penale* p. 93-94

(38) «L'abbligatorieia nasce delia necessita di tutelare l'adempimento di ciò che s'e convenuto validamente, perche non provochi la reazione individuale, nel modo istesso ché garantisce il diritto di proprietá, percha ciò che é costato ad altrium sforzo non gli puó essere tolto senza provocare una reazione» D'AGUANNO *ob. cit.* n. 217.)

«Questo é il dúplice guiridico fondamento dei contratto : la liberta cio é di disporre e l'obbligo di non revocare la disposizione fatta» «Cooouio—ob. cit. pag. 231.

«There can benodoubt that the obligation to ry force of contracts is in every civilised country derived tacitely from the law, by reason of the manifest necessity which exists, with a viewto the well-being of the community, that every man should fairly and honestly perform what he has undertaken to do» [HERBERT BROOM—*Commentaries ott the cotnmon law*, p. 262)

Com este modo de ver abundam todos os juristas philosophos, aos quaes se pode accrescentar TARDE (*Transf. du Droit Cap. V, n. V p. 132.*) Muito obscura e metaphysica é a theoria de TARDE acerca do fundamento da obrigação. Para elle a obrigação se forma do encontro de dois syllogismos que são

No que diz respeito ás obrigações decorrentes dos actos illicitos, seu fundamento decorre da repressão dos crimes que evoluiu da vindicta privada e publica, até a necessidade da defesa social da época hodierna.

A ingerência do poder social na obrigatoriedade dos contractos tem entretanto seu limite racional.

Num sentido puramente negativo, não ha como negar que o Estado deve proteger as obrigações com prscrições reguladoras de sua forma, tempo e modo, suas condições le-gaes de existência em fim. Num outro ponto de vista, a intervenção directa para desenvolver o trabalho, legislar sobre hy-giene, instrucção, sobre costumes como, por exemplo, sobre a prostituição e o jogo, immigração e monopólios industriaes, etc.—tudo isso é de todo o ponto injustificável por importar a absorpção de funcções puramente espirituaes, que exorbitam da acção do Estado. A theoria proclamada em contrario decorre da anarchia da sociedade moderna. Assumptos taes não se impõem por decretos e só resultam como consequência de progressos moraes e intellectuaes.

A livre concurrencia, a liberdade do trabalho, não comportam maior intervenção publica além da animação de prémios.

Tudo isso indirectamente interessa ás obrigações.

Quando, porém, surgem as modificações do instituto ou se accentuam figuras novas, a acção do Estado deve se fazer sentir dando-lhes os delineamentos legaes. Foi assim que espontaneamente se formaram as grandes alterações nesse departamento do direito, as estipulações por terceiros, os seguros de vida e de accidentes do trabalho, a vontade unilateral e muitas outras que entre nós ainda estão em evolução (^{8*}).

IO.—A doutrina das obrigações prende-se : I—oo *direito civil em geral a)* pela theoria da capacidade do sujeito activo e passivo delias ; b) pela theoria da proprieda-

respectivamente formulados pelas partes contratantes, combinando cada uma delias uma *vontade* com um *juiao*, um *desejo* com uma *crença*, para chegar á *acção*. Ao lado desse syllogismo, o legislador formula um outro que chega a concluir pela utilidade de apoiar o contracto por utilidade social. No fundo, posto que mais obscuramente, é isto o que formulou IHERING : «A noção de direito comporta dois elementos : um conjuncto de *fins* e um *systema de reqlisação* desses fins» (*Zweck imRecht n. 36.*) (84) D'AGUANNO—*ob. cit. n. 821.*

de e seus diversos modos de aquisição que ellaft presuppõem c) pelos direitos successorios que as transmittem.

II—*ao direito penal* a) pelas obrigações decorrentes do delicto ; b) pela repressão das falsificações de quaesquer títulos em que ellas são contrahidas, etc.;

III—*ao direito internacional* a) pela capacidade do estrangeiro para contratar e, em geral, por todas as questões relativas ao estatuto pessoal; b) pelo valor das obrigações de contracto celebrado n'um paiz para ter execução em outro; c) por todas as questões attinentes ao estatuto real;

IV—*ao direito administrativo* pelos contractos de utiw idade publica com a administração, empreitada e subempreitada, etc.;

V—*â moral theorica* pela theoria fundamental da responsabilidade ;

VI—*d moral practica* a) pela coincidência dos preceitos, pois que não pôde ser contrahida validamente obrigação com objecto immoral; b) pela identidade de resultados, embora por principios differentes;

VII—*â economia politica* a) pela theoria do valor (^M): b) pela relação entre o dominio delias e a solução das questões económicas; c) pelo alargamento do espirito de associação que fornece novas fontes de direitos de credito (⁸⁶)..

Vê-se assim a amplitude da theoria que estudamos.

11.—O objecto das obrigações é sempre um acto humano, seja a prestação de um factu ou seja dação de uma cousa: —*dare, facere, prmtare* dos romanos (³⁷).

Esse objecto deve ser:

I possivel.—Qualquer que seja a latitude da liberdade individual ao contrahir obrigações, o interesse social não pode deixar de lhe oppôr certas limitações. Entre ellas figura a pro-hibição do objecto impossivel. Os romanos já diziam : *impossibilium nulla obligatio est* (*). Isto, porem, só procede quando a impossibilidade é absoluta e actual. Quando a impossibilidade é relativa, isto é, quando a cousa é em si possivel, a obriga-

^{35]} TARDB—Z>fl»s/. *du drou* Cap. V, n. VI p. 136-145.

⁽³⁰⁾ DAGOANNO—*oh. cit. n. 219.*

⁽⁸⁷⁾ *l. 3. de oW/g. et aet.*

^{I³⁸} *l. 185 D. de rezulis júris.*

ção não deixa de subsistir, ainda que não esteja no poder do obrigado satisfazel-a. ("). Bj

II—*licito c conforme o direito* e como tal se entende tudo que é conforme á lei, aos bons costumes e á ordem publica;

III—*susceplível de submissão a uma vontade estranha*, posto que não seja cousa ainda existente ;

IV—*indicado*, inda que de modo vago, mas em todo caso determinável.

M

I V—*ter valor económico* apreciável em dinheiro.

Este ultimo caracteristico do objecto das obrigações perdeu modernamente toda a sua importância.

Em geral os Códigos e os autores dão acção ao sujeito activo das obrigações, desde que elle tenha um interesse ainda que moral em seuadimplimento. Nosso ultimo Projecto de Código assim decidiu (*°),

Na linguagem vulgar da actualidade, *interesse e dinheiro* exprimem idéas associadas, quasi identificadas, especialmente na pratica commercial.

No genuíno conceito jurídico, *interesse* é o valor que attribuímos a um objecto tomado como meio de satisfazer ás nossas necessidades materiaes, intellectuaes e moraes (M).

Existem interesses puramente moraes, de mera affeição, subjectivos e não económicos, em relação aos quaes espontaneamente comprehendemos não se poder realisar a equivalência em dinheiro.

Outros ha de uma ordem mixta, attinentes ao uso e gôso de certas commodidades, de certos prazeres communs da vida, que também não são reductiveis ao valor monetário.

Essa ultima grande classe de interesses materiaes evolue, cresce e se avigora com o progresso humano. Nos primeiros albores das civilisações domina sempre o interesse puramente material.

Tal se deu com os romanos. O acréscimo das luzes, porém, muda lentamente a face das cousas e ali mesmo, naquelle povo simples e frugal, surgem mais tarde as questões que se prendem ao *affeclus*, à *pietas*, á *amwnitas* e á *verecundia*. Essa evolução do interesse moral accentua-se no desenvolvimento das servidões (W). Constituídas primitivamente sobre o

(30) PoTHIER — *ob. cit. ti. 133.*

(40) PROJECTO BEVILÁQUA *revisto, art. 78.*

(41) KLEINK—*Geüitigt Affectwuis Interesse bei Geltenâmacliung eitter For-derungsrecht* —Berlin 1884.

(43) IHERING — *Ausfilhrung ilber die Aequivalent unã Sntisfabtionfunfction\ des Geldes* no JAHRBUCH FCR DIE DOGMATIK RECHT v. XVIII anuo de 1880.

princípio exclusivo do gravame da propriedade, ellas ad-mittent mais tarde as *amwnitatis voluptatisque comw*. A evolução assim iniciada no ultimo período do direito romano chegou á plena madureza, attingiu a completa generalisação nas leis dos povos modernos. Basta lançarem-se os olhos para a multiplicidade dos meios de transporte, para a facilidade de correspondências, para o surto das producções intellectuaes, que a imprensa facilita e propaga, para nos convenceremos da dilatação quasi inapreciável desses casos característicos de interesses verdadeiramente immateriaes e não económicos da existência hodierna.

Assim, nas successões, em nosso direito, jamais se fez questão de a quem deveria pertencer certa ordem de objectos do *de cujus*, como seu retrato, seu sinete, sua imagem favorita, etc. No direito francez, porém, em que tem sido renhida a controvérsia a esse respeito (*³), a mór parte dos civilistas (**) e mesmo a tendência da jurisprudência ("), é no sentido de serem taes objectos postos em arrematação, sem o concurso de estranhos á successão, si os herdeiros não puderem chegar a um accôrdo.

Esses objectos, pois, a despeito do seu valor exclusivamente moral, são reconhecidos pelo direito francez como susceptíveis de uma avaliação pecuniária e, o que é mais.os herdeiros que offerecem menos julgam-se indennisados diante do valor offerecido pelo licitante que mais deu. O próprio accôrdo entre os herdeiros implica a idéa de compensação do valor moral de certos objectos por outros que só tenham o pecuniário.

Que é, no fundo, o recurso de revisão de nosso direito ("), até de processos de pessoas fallecidas (^M) para o effeito de re-habilitar-lhes a memoria, sinão o reconhecimento desses supremos interesses moraes ? Taes interesses existem, portanto, claramente reconhecidos em direito privado.

Devem elles, porém, ficar fora da protecção do direito ? Como protegel-os ? Como reparar os prejuízos, os danos que lhes advêm? Uma prestação pecuniária pôde realizar

(**) ABMAND DOKVILLE- *De Vintâret moral datis les oblig. Cap. Prelim. H. IV.*

(**) LK SELLYER—*Traité de l'exercice et de Vextinction des actions publi⁶ que et pnvée, II n. 1192* ; Huc—*Traité de droit civil V, n. 279* ; AUBRY ET RAU, *ob. cif. Vi, § 621.*

(tt) DORVILLE — *ob. cit.pag 14 nota 3.*»

(⁴⁶) CONST. FEDERAL-art. 81; lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 74.

(«) Cit. lei n. 221 de 1894, art. 74 § 4.

uma reparação completa ? Que o dinheiro não *equivale* a taes prejuízos é fora de duvida. Mas que, sem que possa *compensar* a perda das effeições, seja elle o estalão social que possui os caracteres de generalidade e de efficacia para attenuar da-nnos moraes ^(M) e contrabalançar as sensações dolorosas e desagradáveis que o lesado soffreu, é também indiscutível ^(M). Um tal principio, si bem que não formulado expressamente em nosso direito actual, não deixa de ser o guia do legislador na «justa» indennisação que a União ou o Estado deve ao rena-bilitado «por todos os prejuízos soffridos» ⁽⁸⁰⁾. sem particulari-sar os de natureza material. A dor e o vexame da condemna-ção injusta foram aos olhos do legislador a base da indennisação pecuniária ^(M).

Para nós, portanto, o principio da reparação pecuniária dos danos moraes, ou não económicos, não pode deixar de ser acceto como plenamente justificado. A matéria exige entretanto mais amplo desenvolvimento que reservamos para a occasião em que abordarmos o estudo da reparação dos danos *ex contractu* e *ex delicto* ("). Estendendo a ambos a obrigação de reparar, proclamaremos então o principio da unidade da responsabilidade. Por emquanto o que fica dito é quanto basta para deixar bem firmado o principio de que o objecto da obrigação pode não ter sinão um valor moral ou de affeição, sem que isso inhiba o sujeito activo de exercer sua acção para exigir o adimplimento.

1—.—Os requisitos essenciaes que constituem a noção de obrigação são intrínsecos e extrínsecos. Entre os primeiros se contam : a) um vinculo jurídico ou de direito, b) um sujeito activo do vinculo, ou credor;

(48) DORVILLE—*ob. ett. P. I. Cap. J. ti. III.* ■

(49; WINDSCHEID—*ob cit.* § 250 nota 3 e § 455.

(50; Deo. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898, P.º II, art. 434. Cod. do Proc. art. 86.

)5i) A França tem sua lei similar de 8 de Junho de 1895, mais perfeita sem duvida do que a nossa, pois que, alem da indennisação pecuniária do prejuízo moral, ella completa em seu art. 446, todo o apparelho de uma inteira e decisiva reparação moral perante a opinião publica.

(Mj Escrevemos no DIREITO *vol. XCI, pag. 259 —279, um artigo sobre o assumpto contendo as idéas ora esparsas no presente trabalho.*

- c) um sujeito passivo (⁵³):
- d) um facto ou prestação qualquer que forme o objecto da obrigação (**):
- e) um poder de coacção por parte do credor, correspondendo á necessidade de satisfazer por parte do devedor.

O elemento extrínseco é a forma externa que manifesta a existência da obrigação.

13.—Já nos temos referido, quanto ao sujeito da obrigação, á differença que ha entre o conceito romano e o moderno.

Ali, como hoje, a obrigação é sempre um vinculo pessoal; mas a personalidade não tem modernamente o sentido res-tricto ás pessoas que contrahiram o vinculo ; este é estensivel a quaesquer outros indivíduos que venham substituiro obrigado primitivo, sejam ou não pessoas determinadas. Em uma palavra, as *peessoas* são modernamente *genéricas* e não *indici-dua* Usadas em se tratando de obrigações. E' que estas constituem bens patrimoniaes, circuláveis, successiveis, uma quasi moeda, e tão alienáveis como os direitos reaes.

A indeterminação do sujeito da obrigação origina-se em uma situação jurídica de natureza tal que perdura de maneira a alcançar a quem nella vier a se encontrar, depois de ter sur- <gW gido entre as partes que originariamente intervieram.

Não é a cessão nem a subrogação que explica a inciden- cia na mesma relação obrigatória, mas a força immanente á própria natureza do vinculo originário.

A indeterminação pode se dar posteriormente ao momento em que a obrigação surge entre pessoas determinadas, como nas letras endossadas em branco e nos títulos ao portador (").

Pode-se dar também desde o inicio, quando a natureza do objecto é de ordem a comprehender pessoas que depois se determinam.

São exemplos deste ultimo caso:—as promessas unilatc-raes em annuncios e cartazes, as arrematações e arrendamentos por propostas a quem mais vantagens offrecer : as vendas

(^Mi O direito romano applicava a ambos os sujeitos a denominação de *réus*;—*réus prontittendí*, o devedor; *tém sttpulandí*, o Credor. (**)⁸ o que os romanos chamavam *nome*». (V Comoo Com. *etí.* 362 ; Gtoaoi, *od. elt. ws.* 19t—f13,

em leilão e arrematações em hasta publica; as acções de companhias sob a forma *ao portador*, enquanto pertencem ao subscriptor; os títulos nominativos da dívida publica ⁽¹⁶⁾.

De todos esses casos os títulos ao portador e os títulos á ordem, como a letra de cambio, são os typos da indeterminação do sujeito passivo da obrigação. O portador é a pessoa incerta, indeterminada para com a qual uma pessoa se obriga.

Não é, porém, o direito do credor primitivo que fundamenta o dos portadores successivos. O direito de credito por sua força própria passa aos diversos portadores successivos do título e resiste mesmo á falta de credor actual ^(w).

14b.—As formas que assume o objecto das obrigações em relação ao sujeito dão logar a que se classifiquem as obrigações :

I—quanto a origem e effícaia, em *naturacs* e *civis*;

II— quanto ao fim, em prestações de cousas e prestações de facto, ou de *dar* e de *fazer*, podendo ser estas ultimas também *positivas* ou *negativas* ;

III—quanto ao modo de solução, em *conjunctivas* e *alternativas* ;

IV—quanto á natureza do objecto, em *divisíveis* e *indivisíveis* ;

V—quanto aos sujeitos, em *solidarias e pro parlei*

VI—quanto á modalidade, em *pums*, *condido naes*, *a termo*, *com clausula penal* e *com arrhas*;

VII—quanto ao modo de existência, em *principaes*, *accessorias*, *liquidadas* e *illiquidadas*.

(56) LACERDA, *ob. cit.* § 15 ; COGLIOLO *ob. cit.* p. 223; TARDE, *ob. cit.* p. 116. I (57) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 291 nota 2. Por mais estranha que essa indeterminação do sujeito pareça á indole do direito romano, elle o admittia implicitamente na *actio in rem sui piam*, dirigível contra aquelle que, em um momento dado, se acha em certa relação (l. 9 § 8 D. *quod metus causa*; l. 4% 33 D. *doli*; 1.5% 13; 7 pr. e%lD. *quod vi aut ciam*; 1.12 D. *de aqua et aquae pluviac arcendce*) e na obrigação de reparação no *servi tus onerisferend* (WINDSCHEID, *ob. cit.* § 211 a, nota 3 e §291 : MAYNZ § 50.)

M Sobre as pessoas indeterminadas no caso das doações vid : TOULUBR—*Le droit civil français suivant l'ordre du Code V*, n. 96 ; COCMKT DK SANTERRE— *Cours analytique du Code c>vil* (continuação da obra de DEMANTK] IV n. 241 e 24 bis e 35 ; DURANTON- *Cours de droit français suivant le code civil*, VIU, n. 223 ; MAWCADK' *Explica tion theorique et pratique du Code Napoleon*, V, «. 499; MASSE' KT VKRGE' sur ZACHAH/E—*Le droit civil français* § 419.

occupa todas as especulações:—o homem e o meio cosmologico.

Aquellas contêm sempre um traço especial próprio á vida dos povos a que são destinadas e é impossível aos juristas descerem ao exame detido de todas as dissonâncias que se apresentam e oscillam com as necessidades que regulam.

As variações das legislações marcam até os graus ethnometricos successivos (**). Só o ponto de vista geral tem um que de objectivo e de certo, susceptível de ser bem apanhado e comprehendido. I

E' verdade, em outro sentido, que o direito não pode ser considerado uma criação abstrata, metaphysica: elle retira sua origem de factos sociaes, constitue-se de preceitos constantemente reclamados pelas doutrinas dominantes como essencias á ordem social em cada época, como condições de existência de tal ordem num momento dado da evolução.

E isto se dá, quer se o considere *facultas*, ou como *norma agendi*—distincção sem consistência philosophica e pois que uma e outra são feições da mesma cousa (*).

Os romanos prescutaram também a origem do direito e tiveram delia uma intuição análoga a que adoptamos. O direito era também para elles uma generalisação operada sobre a repetição dos factos (").

Natura júris ab hominis repelenda (").

E' porém, indispensável que no estudo histórico do direito jamais se pretenda encaral-o só, sem dependência do conjuncto.

O desprezo desse principio supremo explica sobejamente o naufrágio das pretendidas leis do desenvolvimento e transformações do direito que autores estimáveis julgam ter descoberto.

Ha entre elles quem queira encontrar taes leis— 1? na tradição; 2? na hereditariedade: 3? na luta pelo direito (").

(68) Chaque société a son droit, qui se forme et se développe avec elle, qui change comme elle, et qui enfin suit toujours le mouvement de ses institutions, de ses moeurs et de ses croyances—FOSTKL DE COULANGES—*La cite antique*, liv. IV, Cap. VIII, pr.

(59) BROQUI—*Introduaione alie scienae giuridiche e sociale*, § 6.

(60) *Is. 4 a 6 D. de legibas; l. 1 D. de regul. Jur. \ l. 2 § 18 ibi «divmce quidetn res» C. veteri jure enucleando.*

I (61) CÍCERO—*De Legibus 1,17.*

(62) D'AQUANNO—*Getteai e evolua, dei dir. civ. ns. 38 a 50.*

Outros negam a uniformidade da evolução do direito e acham que este se transforma pelas *invenções* industriaes, artísticas etc: e peía *imitação* dos povos visinhos e associados (").

Outros ainda classificam os factos com admirável profundez, generalizam princípios reaes e positivos, analysam com todo o critério os elementos históricos existentes, sem chegar á formulação de nenhuma lei (**).

10. —Nessa matéria, como em tudo quanto diz respeito ás leis sociaes, nada reputamos superior aos ensinamentos do immorttal Fundador do Positivismo. Em relação á propriedade, dei-xou-noselle o typo das especulações philosophicas nesse terreno (").

De accôrdo com esse paradigma, podemos apprehender a lei da evolução jurídica no cháos dos textos das leis de todos os povos.

Sem poder ser destacada das leis geraes da evolução, ella comporta, entretanto, uma formulação especial que consiste em irem os direitos individuaes se desembaraçando sempre do communismo originário que os absorvia em proveito de grupos e aggremações mais ou menos numerosas. Essa lei tão simples, de que outros se julgam descobridores ("), data da fundação da doutrina positivista.

17.—Applicada ao instituto das obrigações, a lei exposta permite-nos desde logo affirmar :

I—As obrigações, a principio collectivas, individualisa-ram-se no termo de sua evolução ;

II—Os contractos reaes sempre e em toda a parte precederam aos contractos consensuaes.

18.—A primitiva concepção da obrigação era necessariamente confusa.

(63) TARDE— *Transf. dtt droit. passim.*

(^M) InERiNQ— *Zweck im Recht; La Lulte potir le droit.*

(⁰⁵) AUGUSTO COMTB— *Politique Positive, II, Cap. II.*

(⁶⁰) SUMNER MAINE— *Uancten droit ella cout. primit. Cap. VI.*

E' difficilimo conjecturar a idéa de nossos primitivos acerca do conjuncto da propriedade. O que parece mais próximo da verdade é que longo decorrer do tempo devia se ter escoado durante o qual um objecto movei de simples adorno, um animal domestico, valesse muito mais do que a terra possuída em commum.

A confusão primitiva da propriedade não excluía, entretanto, uma certa noção de obrigações collectivas, pois que ellas não são estranhas mesmo a certos animaes dotados de um grau apreciável de sociabilidade.

Uma vez surgida, a sociabilidade inspira espontaneamente uma serie de deveres negativos de evitar a pratica de actos nocivos á communhão, assim como a inclinação natural de produzir utilidades para ella.

Antes mesmo da definitiva constituição da família, o homem devia assumir o cuidado da nutrição, pegando a presa e deixando á mulher o cuidado da prole, a domesticação dos animaes e a acciimatação dos vegetaes úteis.

Por outro lado, a energia preponderante do instincto sexual, suscitando logo o ciúme no homem, tornava-se outra fonte de deveres de submissão e lealdade para a mulher.

Esta, por sua vez, creando e educando os filhos, devia desde cedo exercer sua influencia modificadora impondo-lhes a veneração.

Antes mesmo de se fundar o principio unificador do chefe de grupo, a visinhança das famílias devia produzir um tal ou qual respeito mutuo, alimentando deveres recíprocos. Na formação das famílias surgiram, com o culto do lar e dos rr.or-tos, deveres moraes religiosos especiaes e accentuados.

Nada disso, porém, tinha character social; eram actos interiores, puramente domésticos. Esses deveres não eram então si quer moraes e sim *a-moraes*, por assim dizer, isto é, não eram impostos pela vontade, nem inspirados ou cumpridos pelo sentimento de justiça.

Mais tarde apparece o chefe, naturalmente suscitado pelas aptidões guerreiras, oriundas do instincto destruidor do meio, junto ao character ambicioso de alguns indivíduos.

As relações entre elle e seus commandados deviam aug-mentar sempre, quer por secundarem estes os planos por aquelle formados, quer por assumir o chefe o dever de expor mais frequentemente a vida pelos subordinados.

Entretanto a comunidade absorve ainda o individuo nessa época. A personalidade ainda não adquiriu a preponderância sufficiente para tolerar as relações de igual para igual.

De modo que os verdadeiros contractos ainda não têm existência. Dentro do grupo, só existem a obediência ao chefe e a solidariedade para a cooperação commum; os serviços pessoais são reduzidos, a terra pertence a todos. M

Fora do grupo, porém, esboçam-se desde logo as obrigações (").

Cada um delles começa de se pôr em relação com os outros.

Os chefes são seus naturais representantes : o grupo sancionava o contracto realisado e seu inadimplemento produzia as guerras de vindicta, muito mais tarde substituidas pela multa.

Esses contractos deviam cifrar-se em trocas de objectos superabundantes de um lado e escassos de outro e, ainda assim, não eram verdadeiros contractos no sentido tecnico e sim meras transacções que se perfaziam e se completavam immediatamente sem gerar o menor vinculo, um simples factu instantâneo, não um direito durável.

19. — O verdadeiro inicio da idéa de obrigação devia ter lugar quando a propriedade assumiu o character privado, quando se firmaram bem os principios concomitantes de personalidade e liberdade e quando a família recebeu o influxo mais moral da mulher mãe do que o predomínio brutal do pae.

Com effeito, a propriedade privada devia suscitar logo a idéa de troca, da permuta do *meu* pelo *teu*, dos deveres correspondentes á transacção effectuada e da intervenção do chefe para tornal-a effectiva. Dahi resultou também que a troca de serviços entre os que possuíam alguma cousa de seu ganhou em força obrigatória pela extensão das necessidades pessoais.

(07) Para TARDE não é verdadeira a affirmação de D'AGUANNO que as obrigações tenham tido origem nas convenções de grupo para grupo, pois que, dentro destes, deviam desde principio existir todos os contractos, inclusive a venda a credito, a troca de serviços, etc. (*Transf. du droit*, p. 105—106.) Erro evidente. A subordinação do individuo ao grupo nas civilizações nascentes foi tão completa que persistiu em toda a evolução até uma época relativamenie recente.

Nessas civilizações o individuo não cria direitos nem deveres; acha-os preexistindo e a elles se submette.

Demais, não se pode imaginar então existentes pactos que repousam na fé dos contratantes, quando o respeito á pala vi a dada, segundo a bella observação de SUMNBR MAINE, é uma das mais lentas-conquistas da Humanidade (SUMNBR MAINE —*ob. cit.* p. 288-295.

Os crimes contra a propriedade, por sua vez, alargaram a concepção de obrigação pela exigência de se repararem os danos causados.

Logo que a personalidade surge, não é o *pado* a fonte dos direitos de credito e sim o *delicio*, como aliás demonstram os códigos mais antigos. O crime passou pela vindicta colectiva para chegar á uma imposição ao seu autor. Mais tarde foram essas imposições substituídas pela penalidade aterrorisadora e cruel, imposta pelos organismos sociais mais desenvolvidos (*⁸).

Nos albores da civilização humana, pois, não existiam ainda serviços de individuo a individuo ; tudo era o grupo.

Os próprios serviços trocados em época ulterior, em que a sociedade se fez mais estável, e se desenvolveram com os sentimentos sympathicos a cooperação e a solidariedade, não haviam adquirido o cunho de obrigações jurídicas.

Todos os pactos primitivos deviam ter-se originado no accôrdo de certas communidades. A *gent* romana, o *clan* es-côssez, o *mark* allemão, ou a comunidade da aldêa, mostram-nos como se resolvia e se contratava solennemente, muito antes do individuo.

Todos os actos só affectavam a estes como *genlilcs*, membros da collectividade.

As primeiras manifestações da personalidade jurídica do individuo deviam se manifestar na massa, na *multitudo quæ sine causa nata est* de que falia a *Bíblia*. Dispensada de todas as solennidades, ella talvez começasse por concluir entre si obrigações decorrentes dos factos necessários á sua vida diária {").

A principio só se julgava adstricto a cumprir as obrigações contrahidas com seus parentes, ou membros do grupo; era um acto de parentesco.

O chefe intervinha unicamente como regulador de taes serviços que assumiam então o character de producto da obediência.

Bem limitada era a liberdade do individuo que só podia se agitar dentro dos estreitos limites de algumas permutas de objectos moveis, comestíveis e armas.

Ao lado do parentesco, o culto dos mortos mais identificava o grupo.

(«8) D'AGUANNO—*ob. cit.* *tis.* 214—219.

(00) Viço já fazia resaltar a **grande importância do direito plebeu.** — *De costaut. pilolog.* p. 397-398.

As permutas e a troca de serviços representam um pro» gresso notável, pois que é mais que provável que as maneiras primitivas de seobtero necessário eram combates, em que o grupo arrancava á força de outro aquillo de que precisava.

Mas a fusão crescente dos grupos, uniformizando as produções, tornava necessárias as permutas com grupos mais longínquos.

Uma cousa só persistia sempre—a desconfiança latente— como provam os combates simulados com que se effectuavam as permutas—talvez o primeiro symbolo jurídico da historia.

Quando com o patriarchado teve a família sua primeira organização social, os liames obrigatórios deram um passo adiante na senda do aperfeiçoamento. Os indivíduos não haviam immergido completamente nos pactos: a família adquiria por intermédio de seu pae, vendia ou assentia collectivamente nas vendas e collectivamente se constituía credora dos danos resultantes do delicto contra qualquer de seus membros e sancionava seus compromissos.

A locação de serviços e a permuta deviam ter nessa época um acréscimo de importância extraordinária.

Querem muitos datar d'ahi o uso da moeda como typo abstracto de valor dos trabalhos accumulados e que devia ser então animal, ou vegetal.

A família era nessa quadra o organ das permutas e essa phase teve uma persistência tal, que só em época histórica, é que o individuo pôde se affirmar independente da domesti-cidade.

Todos os esboços até aqui conseguidos não chegaram, entretanto, a accentuar o verdadeiro critério das obrigações.

Estas só se firmaram bem quando surgiram as promessas para o futuro, em contraprestação á uma utilidade actual (").

20.—Com o advento da theocracia estabeleceram-se todas as theses da ordem humana em que repousa o edificio definitivo que a synthese moderna deve construir. Era o verdadeiro *gentis cunabula naslrce*.

(~°) Il vero **concetto** dell'obbligazione giuridica se comincia ad avere quando uno s'impegna per l'avvenire in compenso di un corrispettivo che gade presentemente» — D AQUANNO, n. 218. Vemos traços desse estágio da evolução das obrigações da *Lei das XII Taboas* e nas leis de Sólon. P. DE COULANQKS, *ob cit.* liv. IV, **Cap.** VIII.

A discriminação das castas muito contribuiu, a seu modo, para o surto da personalidade humana. Elias apuravam as aptidões para serviços especiaes.

Por outro lado, porém, sua immobilidade e isolamento inibiam o intercurso das relações reciprocas entre ellas. De mais, o direito primitivo, ao mesmo tempo que era cercado de respeito religioso como preceito, tinha a força e a violência como sancção. Era a religião theologica de um lado e de outro o homem com a sua natural fereza inicial ("). Dahi vinha a de turpação inevitável de principios fundamentaes. 8jl

Assim é que a obrigação de indennisar o danno do delicto diversificava com a casta do delinquente e do offendido, e a desproporção das riquezas fazia miseranda a existência da-quelles que nada possuíam. Todavia continu: m a se desenvolver a permuta de cousas e de serviços. A venda surge. A polygamia institue a compra da esposa. A locação se regula-risa. A disparidade das fortunas cria o empréstimo a juros, o que era feito com obrigação de pagar com productos, embora sua solução mais frequente fosse a escravidão do prestamista pobre.

E' o regimen da oppressão para o devedor insolvente. A fé nos contratantes era ainda vacillante. O devedor faltava a ella sem escrúpulos ; só sua pessoa era compromettida, a propriedade era pouca individuada. O resultado ultimo era que a própria religião punia severamente, com a morte, ou com a escravidão, o insolvente infeliz.

O verdadeiro vinculo da obrigação repousava nessa sancção religiosa.

E, a despeito do que chamamos hoje crueldade, foi esse regimen que incutiou lenta e penosamente na consciência individual o habito moral de realisar a promessa feita.

A essência da religião polytheica, que dominava as theocracias, era desenvolver a noção de contracto. O crente alimentava os deuses, fazia-lhes sacrificios de tudo quanto lison-geava os seus sentidos, como meio e condição de haver delles favores—*facio ul des*. A poesia antiga está repleta de exemplos que se podiam multiplicarão infinito ⁽⁷²⁾. A casta sacerdotal dominante absorvia o ensino, era juiz e regulador dos actos humanos e d'ahi uma certa restricção á liberdade dos contractos. Tudo era um acto religioso na essência.

(71) MUIRHEAD — *Historicil Introd. to the priva te law of Rome*, pag. 14 a 24; CARLB — *Origini dei diritto romano*, pag. 90 a 116. \->

(®) *Iliade I,50 e segs. ; VI, 97-U 6 : 343-322*, na edição italiana de MONTI; ESCHYLO — *Sete Chefes 76-77; 176-181*, entre muitos.

No Egypto, antes de Bochoris, existia a adjudicação dos devedores. Esse rei reduziu a escripto algumas regras dos contractos e as que chegaram aos tempos modernos nos mostram seus preceitos e formalidades dominadas pelas prescripções religiosas, de modo a admittir até a escravidão por contracto.

Quanto ás relações internacionaes, o isolamento theocratico levava a encarar o estrangeiro como inimigo. O Egypto levava o rigor até matar ou escravisar o navegante que aportasse ás suas praias; todas as deslealdades eram permittidas contra elle. Não se podia conceber o contracto com o estrangeiro, pois que a lei era uma prerogativa ligada á identidade do culto. Só muito mais tarde tolerase ali a importação, excluída entretanto a exportação.

A inexistência da moeda cunhada antes de Psamético nos demonstra a estreiteza das relações externas.

Na Índia, o Código de Manú apresenta o character theocratico ainda mais concentrado. Differentes actos assumem ali o character religioso ; o custo das mercadorias, as boras de trabalho, a compra e venda, o preço dos moveis, o transporte, a capacidade para commerciar, a prohibição de certas exportações, a taxa exagerada de juros—variável conforme a casta : tudo ali estava (*).

Existe, pois, completa uniformidade entre as theocracias quanto as obrigações do contracto ; todas são consideradas preceitos religiosos.

O character particular, monotheico, da theocracia hebraica, trouxe-lhe também differenças notáveis nas disposições a respeito do instituto que nos occupa. A agricultura era regulada com minúcia. A locação de serviços chegava á escravidão voluntária, como a de Jacob a Labão.

Cousa absolutamente nova e nunca repetida, foi a remissão das dividas de sete em sete annos⁽⁷⁵⁾ ; o devedor era humanamente tratado ⁽⁷⁵⁾; o salário uma divida respeitada ⁽⁷⁶⁾; a usura, a fraude na venda, eram condemnadas, e, como as vendas se rescindiam no anno do jubileu, eram sempre realisadas com essa clausula. O estrangeiro era sempre acolhido cora bondade pelo povo, que sabia de experiência, o que era ser estrangeiro em paiz alheio (").

^{O³}) A titulo de exemplos : —*Maná* 1,88-91; *III*. 153; *VIII*. 49 ; 139-142 ; 151; 222; 229-244; 396 399; 401-403 ; 410; *X*, 117 ' *XI*, 59, \r>8-116.

⁽⁷⁴⁾ *Levitico XXV*; *Números XXXVI*.

⁽⁷⁵⁾ *Êxodo XXII*, 26 ; *Dcuteronomio XXIV*, 12.

I C⁷⁰) *Levitico XIX*, 13 ; *Deut. XXV*, 15.

^{Q⁷}) TVrti iiii in illi ifBfi ílt \i)'l

21.—Quando a casta militar preponderou sobre a sacerdotal, actuou logo como um dissolvente do regimen theocrati-co, dando lugar ao polytheismo progressivo, cujas formas radicais foram a *intellectuál* na Grécia e a *social* em Roma. *m*

A civilização grega passou quasi que estéril para o instituto das obrigações. O trabalho deixou de ser regulado com o desaparecimento das castas e tornou-se escravo.

Os cidadãos dedicavam-se ás artes que embellezam o corpo e o espirito, aos banquetes e á praça publica.

Fora certas disposições especiaes de Lycurgo, pouca existia de regular. Sólon, que de nenhum modo se preocupou da educação militar, procurou nobilitar o trabalho manual, restringiu a usura e decretou o perdão das dividas «fazendo cessar a escravidão do povo» (78). Essa ultima medida nos demonstra quão cruéis eram as leis e os costumes anteriores contra os devedores pobres. ;il

Todos os contractos ficaram ali entregues á rapacidade de um povo que se jactava de sua falta de fé nos contractos (").

A propriedade privada era ligada ao culto dos deuses lares e essencialmente intransferível e inalienável (*°).

Os deuses eram sempre invocados na formação dos contractos, como é exemplo o que precedeu ao combate de Paris e Menelau (81), o que não os impedia de apoiarem precisamente a parte infiel á palavra empenhada ("). O direito era essencialmente civil, só de uma cidade e de seus cidadãos. Ao mesmo tempo era um ideal, um principio de razão e de justiça, uma divagação metaphysica e supra real, mui própria á intelligencia hellenica. *m*

O estrangeiro em Athenas não podia reclamar em juizo o pagamento de uma divida contra um cidadão, pois que, sendo diversa sua religião, diverso era seu direito (").

O condemnado á *atimia* não podia contratar, porque, importando essa pena a perda do direito de cidadania, acarretava a do culto commum e, portanto, os favores do direito (").

Entretanto é ao período grego que devemos, sobretudo, ligar a instituição dos contractos de hospitalidade, base preliminar das demais convenções, e que protegia os estranhos á

(TO) E' o que diz ARISTÓTELES—*Politique II*, 9, 2. (TO)

Uliade IV, 81-87 : *Odyseea XIX*, 489.

(80) COULANGKS, *Ob. Cit. liv. II, Cap. Vi.*

(81) *Uliade III*, 564 e segs. (83) *Illtade IV*, 85-87 : 124128.

(83) COULANGBS—*ab. cit. liv. III, Cap XI.*

(84) THUCYDIDES—*Htstotre*, V,34 ; PLUTARCHO—*Agesilau XXX.*

uma communhão qualquer onde tivessem de trazer seus pro-ductos ao consumo.

Era uma espécie de salvo-conducto que garantia o livre transito.

Usava-se mesmo para isso de uma placa de argila cortada em duas porções que, quando ajustadas, provavam o convénio e transferiam direitos. Era o *symbolon*, as *coctilclaler-culi* dos assyrios a que Plinio allude.

Posto que os assyrios e babylonios tivessem conhecido tal instituição, ella somente teve estenção jurídica na Grécia e mais tarde em Roma onde se lhe deu um pretor especial.

Na época de Homero, a hospitalidade era já uma instituição tão respeitada que os deuses auxiliaram os gregos na vingança de sua violação. E' este o thema da *Illiade*. Na *Odys-sêa* ⁽⁸⁵⁾ o pudor de Nausicaa não lhe tolhe a piedade para acolher Ulysses nú e naufrago. E' ahi que se expande o sentimento de respeito pelos hospedes e estrangeiros nessa quadra. «Todos os estrangeiros e indigentes são enviados de Júpiter». O pae consolida esse sentimento da filha, porque «por pouco que se tenha o coração sensi vel, um estrangeiro, um supplican-te, é um irmão. O mesmo se vê em passagens notáveis da *Illiade* (").

Parece a principio pouco comprehensivel a conciliação dessa benevolência attestada pelos monumentos poéticos com a rudeza das leis contra os estrangeiros. Fácil, porem, é com-prehender.

O direito civil antigo estava indissolúvelmente ligado á religião ; ter um mesmo direito era pertencer a um mesmo culto.

Ambos juntos constituíam a cidadania. O vocábulo *hostis*, na Grécia e em Roma, não significava inimigo como nas theo-cracias e sim aquelle com quem não existe communhão de direito. Isso se vé, de resto, na analogia de *hostis* com *hospes*, sendo este uma syncope de *hostis-pcs*, ou «protector do estrangeiro» ^(H7),

E' por isso que o archnte polemarcha na Grécia e *opre-tov-peVegrinus* de Roma só eram destinados a applicar o direito aos estrangeiros. O estrangeiro não podia ser proprietário porque não podia possuir o solo de uma pátria que não era a sua ; seu tumulo não era sagrado ("). A distincção entre ci-

(85) *Odysséa VIU e XV trad. ital. de PINDEMONTI. Ō*6)*
Illiade III, 459 e segs ; VI, 150-292. (87) BKEAL— Diction.
Eiymol. Lúlin v. hospes e hostis. C³⁸) l. 2. D. religiosis et
snmptibus funerum.

dadão e estrangeiro era mais enérgica do que o laço natural entre pae e filho ("). Não admira, pois, que ao estrangeiro fosse vedado até o exercício do commercio (⁹⁸). Ultimamente foi isso admittido ; tolerou-se uma certa protecção legal si o estrangeiro se introduzisse na clientela do patrono. A hospitalidade já era um dever moral e a lei da persistência actuava ainda para recalcar o estrangeiro da communhão da cidade.

Uma outra instituição existente na Phenicia e dahi transplantada para a Grécia foi o uso das arrhas.

As vendas a credito deviam existir entre indivíduos do mesmo grupo, logo que se desenvolveram bem as relações com grupos differentes. O pagamento de uma parte do preço que garantia o contracto e revertia ao vendedor si o contracto fosse revogado pelo comprador, ou era a este restituído si o vendedor se arrependesse, era de um uso frequente, que decresceu sempre com acivilisação.

Pois bem : essa restituição implicando a revogabilidade dos contractos, marca positivamente a época em que as obrigações se fizeram plenamente individuaes. Realmente, antes disso não existia contracto sem a *Caução* do grupo, ou de alguns indivíduos deste.

No Egypto antigo e na Pérsia ellas eram communs ; na Grécia começaram a dar lugar ás arrhas e foram se dissipando em favor destas até o domínio do direito romano e germânico.

Este ultimo progresso deve ser ligado á tolerância do estrangeiro no contracto. Desde que as necessidades do commercio oadmittiram a contractar, elle não mais podia contar com a caução dos co-associados de crença religiosa e sua garantia era real e individual.

22.—Uma vez constituídas na civilização grega pelo surto da liberdade pessoal e da propriedade privada—seus essenciaes elementos—foram as obrigações definitivamente regulamentadas em Roma.

Entre os antigos romanos, como entre todos os demais povos antigos, a permuta foi o primeiro contracto e logo depois a venda ("). A principio vegetal e animal, a moeda passou a

(W) COULANQES, *ab. cit.* liv. **III**, Cap. **XII**. (00)

ULPIANI *Jtegul.* **XX**, 4.

(DI) 1, 1 *pr. D. de contra/tenda emptione.*

ser representada por mineraes brutos primeiro, e depois cunhadas a typo uniforme.

Dahi veiu que a forma originaria pela qual se transferia a propriedade era per *mt et libram*. A *manciputio*, ou acto publico no qual uma parte dava a cousa e a outra seu preço em moeda que era pesada pelo *libripem*—funcionario que tinha a balança, em presença de cinco testemunhas, era a forma mais antiga conhecida entre os romanos. Chamava-se a *mnn-cipatio per a» vi libram*. Esse modo de transferencia constituía um desejo de ordem, de harmonia e exactidão na equivalência, que os romanos, segundo alguns autores, receberam da philo-sophia pythagorica ("). Mesmo depois da cunhagem das moedas, a presença do *libripens* ficou como symbolo de sua passagem.

Foi Servius Tullius quem primeiro fundiu barras de bronze com uma impressão (*³). Expulsos os reis, Roma cunhou moedas com a effigie da Republica, que não mais eram pesadas, mas contadas, *non pondere, sed numero*. Essas moedas coexistiram até que a segunda vez desaparecer a primeira (⁹ⁱ).

A *mancipatio per ces et libram*, a principio só applicavel aos moveis, não tardou em penetrar nos casos de uma obrigação pessoal, dando lugar ao *nexum*. Com effeito, em troca da somma que o credor entregava ao devedor, este *mancipa-Vã* sua pessoa ao mesmo credor. De modo que, não effectuan-do aquelle o reembolso, o credor podia se apoderar d'elle e tel-o *como mancipium*.

Em uma palavra, o devedor, que havia recebido um empréstimo sob esta forma, ligava-se ao credor, *nexus erat, ea*. operação chamava-se o *nexum*. O *mancipium* vinculava os bens ; o *nexum* a pessoa do devedor (*⁵).

A uniformidade do modo de transferir a propriedade e a posse e de contrahir a obrigação, recorda que, no primitivo processo romano, existia uma perfeita identidade entre a posse e a promessa, ou, o que é o mesmo, entre os direitos reaes e pessôaes.

Discutem ainda hoje os romanistas sobre o sentido da palavra *nexum* e sua origem.

Quanto ao sentido estamos certo ser o que vimos de expor.

(°2) ZKLLER—*La philosophie aës grecs pag. 401 nota 8 e p. 486.*

(^M) GAIUS, *Comm. I*, 22,

(94) CÍCERO—*Pro Flacco*, 3i ; T. Lívio IV. 60.

(•*) HÖLDKR—*Istitus*.—*trad. ital. de CAPORALI p. 225.*

Acreditamos, quanto a origem, poder com fundamento ligar sua instituição ás reacções do patriciado contra a politica de Servius Tullius. O primeiro acto do patriciado foi retomar aos plebeus as terras que S. Tullius lhes havia concedido. Entretanto o futuro de Roma dependia de fazer-se da plebe uma sociedade regular. Fizeram-n'a então entrar na *gens* por meio da clientela. Mas, empobrecida, ella não podia viver. Tomou emprestado ao patriciado e, assim obrando, os prebleus se entregavam aos credores, ligavam-se a elles por uma operação ou solennidade denominada *nexum*, um contracto judiciário em que o mutuário, ou o *nexum dans*, ficava homem livre até o vencimento da dívida.

No advento deste, satisfeita a obrigação, elle retomava plena posse de si; em caso contrario, tornava-se *addictus* do credor que, pelo só facto da insolvabilidade, reduzia-o á escravidão.

Inútil é dizer que isto só se applicava aos plebeus, pois que os patricios, mesmo oberados de dividas, não soffriam as consequências do *nexum* (*). Nenhum documento histórico e positivo existe sobre esse modo primitivo de contracto : mas a *lei das XII Tabo as*, que figura como uma conquista da plebe, nos demonstra que o dominio do credor sobre o devedor era a principio ferrenho e absoluto,

Foi só no anno de 428 que o vemos, pela lei Petelia, liberto da obrigação de empenhar sua liberdade por esta espécie de condemnação antecipada E' verdade que essa lei não fez cessar o *nexum* e sim somente o direito do credor de proceder immediatamente á *manus-injectio* (").

Seja como for, foi ahi, no *nexum*, que se originaram as verdadeiras relações obrigatórias *exjure quiritium*. A principio deviam ser todas ellas innominadas, verdadeiros pactos, mui explícitos em todas as suas clausulas. I

I Mesmo as mais communs na antiguidade deviam começar por bem se definirem. Conhecer todos os característicos de um instituto.de um contracto só pelo nome que lhe é dado, implica uma longa evolução de princípios jurídicos.

O primeiro contracto foi a permuta, mas a compra e venda foi que primeiro revestiu as formalidades mais determinadas.

(00) VARRO—Z>* *ling. latina VII, 105* : T. LÍVIO *VIII, 28* : AULO GBUO *XXI 1* ! FESTOS V, *nexuri*: D. D'HELICARNASIO V, 53, 69 : VI, 26, 29, 37, 42, 8i ; *Ckmx-Orig. dei dir. rom. ns.* 162, 163, 166—167 ; 370—373 : Cou-LANGES *ob. cit. liv. IV, cap. VII.*

(97) VolQT—Xl'i *Tafeln*—p. 483.

Sua primeira forma foi a *mancipatio* já referida, que serviu de typo a todos os contractos bilateraes—primeiros na serie da evolução.

A *mancipatio* gerando o *mancipium*, ou domínio sobre os bens e o *nexum* ou dominio sobre a pessoa— que é o que os differencia—⁽⁸⁸⁾ foram, durante longo tempo, os symbolos da transmissão e as fontes originarias de novas formalidades.

Assim, quando se extinguiu a formula symbolica *per WS et libram*, o *mancipium* foi substituído pelo *dominimn cx jurei quirilium* e a *obligatio* veio tomar o lugar do *nexum*. I

Do *nexum*, por sua vez, originaram-se duas noções novas.

Elle era constituído de duas partes essenciaes, uma material, que era o *ws et libram* e outra moral—a *mancipatio*.

Pois bem; aquelle gerou as obrigações *qu(B re contrahuntur* e estas as *quw contrahuntur verbis*. A estas reuniu-se depois a *expensilatio*, ou *obligatio quce contrahitur literis*.

Eis a origem primeira da *mului datio*, da *sponsio* ou *sli-pulatio* e da *acceptilatio*, donde os contractos reaes, verbaes e literaes, que abrangem todas as categorias dos contractos formaes do direito romano do ultimo período (").

Em resumo : o *nexum* foi a forma das obrigações quiritarias. I

Sua parte real deu origem ás obrigações *quw re contrahuntur* ou contratos reaes; a *mancipatio* criou as obrigações *quce contrahuntur verbis* e mais tarde surgiram as *quw contrahuntur literis*.

Os contractos reaes tinham como fim a entrega da cousa que devia ser restituída. A *mutui dalio* foi o ponto de partida dessa classe.

Applicado primeiramente ás questões de dinheiro, estendeu-se mais tarde a todas as *quw numero, pondere ac mensura constant*. São os contractos unilateralmente reaes, em que apparece uma prestação, não actual mas futura; uma parte dá uma cousa e recebe da outra uma promessa de prestação (⁰⁰).

Com o correr dos tempos, alliando-se a *lex fiduciw* á *mancipatio*, decorreram desse typo primitivo o *commodalo*, o *deposito*, a *doação causa mortis*, a *submodo*, a *datio dolis* e o *penhor*. Em todos esses contractos a prestação bilateral ou unilateral era effectiva e pesada pelo *libripens*.

⁽⁸⁸⁾ CARLE, *ob. cit.* n. 374. (^M)
CARLE, *ob. cit.* 376 *fine.* (^W>)
CARLE, *ob. cit.* n. 376 *cit.*

Mais tarde surgiram outros em que o pagamento pode ser abstracto e fictício, abrangendo qualquer prestação futura, o *dare*, o *facere*.

A promessa reciproca vaee assim tomando o lugar da prestação da cousa. Eram os contractos *inominados*, não contemplados na lei, não ainda protegidos por acções e por isso denominados *bonce fidei*, em opposição aos *stricti júris*.

Logo depois surgia para proteger taes prestações a *actio doli* do direito pretoriano e ulteriormente a *conditio causa data causa non sccuia* para repetir a cousa dada que não teve seu equivalente.

Depois veiu a *actio promissoria* para obrigar ao cumprimento das obrigações assumidas.

No ultimo período do direito romano igual força tinham os contractos nominados e inominados. Estes se systematisaram nas classes—*do ut dê, do ut fadas, facio ut dê e fado ut fadas*.

Após o *nexum*, fo a *stipulatio* a fonte mais fecunda dos contractos romanos. Era uma formula solenne de perguntas e respostas, juramentos e ritos religiosos, tendentes a provar o acordo nas vontades, já existentes nos costumes antes de acolhidos pelo direito,

Comprehendendo a principio apenas as estipulações verbaes de origem quiritaria, foi se estendendo a todas as variantes das convenções desde a promessa de dinheiro, ou de cousa fungível, até as obrigações bilateraes e isso com tal generalidade que chegou a ser considerada *jus gentium*.

Depois da *stipulatio* veiu a *expensilatio*, que foi a fonte dos contractos literaes. A origem da *expensilatio* era o livro *expensum*, em que o credor lançava seu *haver*. Si a divida era negada pelo devedor, o credor devia provar a *expensilatio* e a convenção de que ella resultou (^{1D1}). Dessa origem saiu a *querela non numerat pecunias* para o devedor se garantir da cobrança que lhe fizesse o credor em posse do *chirographum*, ou documento de reconhecimento do debito de dinheiro, que, de facto, o devedor não chegara a receber ("").

Ainda depois do *nexum*, da *stipulatio* e da *expensilatio*, fontes mais antigas das obrigações em direito romano, vieram afinal os contractos consensuaes, ou bilateralmente promissórios, isto é, que se formavam só pelo consenso das partes. São os mais recentes; pertencem ao direito justiniano ou á época pouco anterior.

(101) MAWZ—*Droit Rom.* §247. i(MB)
CABIA—*ob. cit. n. 378*.

Os principaes dessa classe eram a compra e venda (sem tradição da cousa), a locação, a sociedade, o mandato e a em-phyteuse ⁽¹⁰³⁾.

Além de todos esses contractos, que eram os de direito civil, isto é, que produziam obrigação e acção, vieram as convenções que só pela equidade do direito pretoriano davam lugar a uma *exceplio* e *hojus relenlionis*. Taes eram as obrigações chamadas naturaes, que, uma vez satisfeitas, não admittiam a *repetitio indebiti*. E' dahi que veiu a opposição entre obrigações civis e naturaes, sobre as quaes mais largamente teremos de volver em outra occasião.

Era conforme a marcha da evolução romana que no principio houvesse um numero mui restricto de obrigações juridicamente reconhecidas, isto é, só as que *o jus civile* fundava e protegia. Estas tinham a seu favor a protecção da *adio* do credor para fazer effectiva a prestação e isto de modo tal, que *adio* e *obligatio* tornaram-se sinonimos. Mais tarde esse rigor foi-se afrouxando, as obrigações fundadas no *jus gentium* e *naturale* foram sendo admittidas, mas com a denominação de *naturales* em opposição ás *civiles*.

Acrescentaram-se ainda os *pada pccetoHa* que nadamais eram do que a estensão da equidade, em virtude da qual adquiriam acção certas convenções que não a tinham : os *pada legitima*, ou convenções expecionalmente protegidas por constituições imperiaes; *os pada adjeda* só protegidos pelas acções que cabiam aos contractos de que eram appensos ⁽¹⁰⁴⁾ e, finalmente, os *nudod padiones* que nenhuma acção tinham.

Para completar o quadro da evolução sobre obrigações, digamos que uma de suas fontes e das mais antigas eram os delictos.

Estes, porém, são os *privata delida*, em opposição aos *publica*, ou *crimina*. A principio reduziram-se ás duas classes: a *injuria* ou offensa á pessoa e o *furlum*, offensa á cousa.

No seu ultimo periodo, o direito romano regulava as acções provenientes de quatro classes de delictos—*furlum*, *rapina*, *damnum injuria datum* e *injuria*, nos títulos do Digesto respectivamente consagrados a *de furlis*, *de vi bonorum raptorum*, *adlegem Aquiliam* e *de injuriis et famosis libellis*. I Essas obrigações só se resumiam na indennisação ou pena pecuniária.

(108) INST. *de cottsens. oblig.*; 1.2 pr. D. *de oblig. et aet.* ^(1M) l. 7
D. *de pactis*; l. 1 C. *de pactis tneunt*.

Temos ainda os cinco quasi contractos, ou factos sem con-
senso das partes que caracterise um verdadeiro contracto. São
elles a *negoliorum gestio*, a *tutelae vel curae gestio*, a *hereditatis
actio*, o *communio incidens* e a *indebiti solutio*. Os três pri-
meiros são similares do mandato, o quarto da sociedade e o
ultimo do mutuo. I

I Temos ainda os quatro quasi-delictos, ou factos sem dolo nem
culpa directa—*effusum ac deiectum*, *damnum in nave vel caupona
dalum*, *judex qui litem suam facit et positum ac suspensum*. Eram
estes os que nem eram contractos por falta de consentimento, nem
delictos por falta de culpa.

Acrescentou-se, finalmente, uma classe sem denominação,
vagamente chamada *obligationes quae ex variis causarum fi-guris
nascuntur*, como a obra nova, a restituição *sine causa*, a *ob turpem
causam*, e a *conditio causa data causa non secunda* ⁽¹⁰⁵⁾.

Tal foi a evolução romana.

Os romanos não davam ao direito, como os gregos, o caracter
ideal de que já falámos; para os romanos o direito era a *lei*, tendente
a regular as relações do individuo com a sociedade, de tal modo que
aquelle nunca pudesse se sobrepor a esta.

Quanto ao instituto das obrigações, foi o que mais perfeito saiu
dessa elaboração. Operou-se uma espiritualisação crescente no
conceito das obrigações. Partindo do constrangimento physico,
material, do *nexum*, ellas attingiram o caracter moral do *juris
vinculum*.

Ainda mais: os jurisconsultos clássicos distinguiram clara-
mente esse departamento dos direitos reaes, apesar de serem as
obrigações um dos meios que, na pratica, conduzem mais
commumente á aquisição destes ^j⁽¹⁰⁶⁾.

223.—A influencia dos bárbaros no instituto das obrigações foi
mais importante do que geralmente se suppõe, pois que foi relativo
mais á substancia delias do que á sua forma.

(105) *D. Uv. 39 tit. 10 ; liv. 12 tit. 7 etc.* ■

I (106) Sobre a evolução romana desse instituto deve-se consultar CARLK—
Orig. dei dir. rom. ; D' AQUANNO -- *ob. cit. ns. 235 e 236* ; IHEMING—*Zweck im
Recht ns. 125-135* para bem se combinar a funda penetração philosophica dos
italianos com a vasta comprehensão germânica.

Com effeito, os germanos davam aos seus compromissos um inexcedível valor, ainda quando oriundos de jogo de que eram grandes adeptos ⁽¹⁰⁷⁾. I

De fornica que elles influiram para que as obrigações perdessem no formalismo romano o que ganharam na pureza moral do laço contrahido. Acabou-se com elles a distincção entre contractos e pactos, entre obrigações *stricli júris* e *bonw fidei*.

Entretanto bem poucos desenvolvimentos especiaes produziu a quadra. ■

Os germanos encaravam o direito como um poder do individuo, da familia e da tribu.

Além das trocas de animaes, raros deviam ser os contractos effectuados por um povo pastoril e guerreiro. Apenas nas indennisações *cx-delicto*, mantinha-se a solidariedade da familia do deliquente. Acresce que a servidão restringia mais o contracto : o servo, a mulher, não eram livres de contratar sem o consentimento do senhor e do marido.

O *Ediclo de Rolhario* entra em certas minudencias somente acerca das doações, da venda, da locação de animaes e do penhor. Em todas essas instituições, porém, só ha exigências especiaes do *meio* a que se destinam ; nada mais a que se possam filiar os progressos ulteriores.

Nos delictos e quasi-delictos de que trata o *Ediclo* ⁽¹⁰⁸⁾ chega a minúcia a fazer responsável o caçador pelos dannos causados pela caça por elle ferida e ao senhor ou empresario da obra pela morte do operário occorrida durante a construcção.

Mais tarde o *Ediclo de Luitprando* pouco desenvolveu o de Rothario , mas regulou a clausula penal, aboliu a escravidão do devedor de menos de 20 soldos, libertou os herdeiros do morto insolvente de pagar os débitos do de *cujus* e trouxe modificações secundarias ás doações, ao mutuo, ao commoda-to, ao deposito, á compra, á permuta e ás fianças ⁽¹⁰⁹⁾. O juramento era o meio de assegurar o cumprimento das obrigações e assumiu a importância de uma formula verdadeiramente religiosa ⁽¹¹⁰⁾.

(107) TÁCITO - *Grm. n. 24.*

⁽¹⁰⁸⁾ ROTHARIO - *Edictum, 12, 144, 145 : 293, 326, 327; 33/ e 343.*

⁽¹⁰⁹⁾ LOTTPHANDI - *Cdpitaja HM, 16, 57, 107 e 154.*

⁽¹¹⁰⁾ D'AGUANNO - *ob. cit. n. 037.*

24.—A época feudal, avessa por sua índole ás indústrias, que até actuaram mais tarde como seu dissolvente, passou sem utilidade para o desenvolvimento das obrigações. Os contractos quasi se resumiam nas doações ás egrejas, aos teiros e senhores feudaes, em vendas com pacto *de retro*, ou com reserva de usufructo, em emphyteuses e concessões feudaes.

O jus prothomiseo ou prelação nas vendas em favor dos membros das famílias, teve ahí seu tempo. Nos contractos feudaes figuravam umas quantas disposições hoje de todo perdidas para o direito e nas quaes a personalidade do servo era annullada.

Os feudos só eram susceptíveis de serem concedidos aos nobres de nobreza incontestada, entrando nas exclusões o judeu, o excommungado, etc. Os vassallos só tinham o dever de fidelidade, quasi sem nenhum correspectivo direito para com os senhores. Estes jamais se distinguiram pelo respeito á alheia propriedade; innumerous impostos oneravam os poucos que se aventuravam a commerciar.

Quanto ao implemento das obrigações, imperava uma distincção brutal. Os servos da gleba respondiam até com a prisão pelas que seu senhor contrahia. Os homens livres usavam o penhor e a fiança. Entre príncipes só um outro príncipe podia julgar, podendo obrigar-os a satisfazer a obrigação, ou pedir a um bispo ou ao papa que excommungasse o faltoso

n.

Nos primeiros períodos da idade media so se ve a lutado direito romano que vae decaindo aqui e se combinando ali com os novos costumes bárbaros.

Não se deve olvidar que, nessa phase a doutrina catholica em seu pleno domínio e nas mãos de um sábio sacerdotio, desenvolveu até o extremo compatível com a época a noção do dever, ligado á sancção de um Deus único^(m).

O catholicismo foi a primeira forma theologica da Religião, que, desligando o individuo da cidade, deixou de o disciplinar pelo typo e modelo desta, separando o dever moral do politico.

A propriedade, a successão, as obrigações, tudo isso ficou fora de sua regulamentação e se desenvolveu sob as inspirações praticas da sociedade^(1M).

(100) A. GEKY—*Histoire de la ville Saint-Omer*, p. 186. (110) TftOPLONG—*Influencia do christianismo sobre o direito ctvil dos ro^lmanos*. Trad. de MKNEZBS—*Recife* 1852. (HI) IHKRINQ—*Zweck im Recht*, n. 133.

A pureza moral estendeu-se a todos os sentimentos humanos e tendeu naturalmente a depurar a conducta.

As reacções indirectas d'ahi decorrentes para a pratica das obrigações foram, sem duvida, preciosas ; sel-o-iam, porem, ainda mais consideráveis, si o ponto de vista profundamente anti-social da preocupação do individuo com a eterna salvação, não o isolasse continuamente da sociedade dos homens, desviando para um céu chimerico uma attenção que só devia se voltar para a Terra.

Toda essa pureza, que a época medieval desenvolveu, teve sua suprema expressão na Cavallaria. E'a essa incomparável instituição que a Humanidade deve attribuir a implantação social da mais indefectivel lealdade, do cumprimento constante do dever e da fidelidade absoluta á palavra compro-mettida, tudo isso amalgamado com o sentimento da mais viva e corajosa individualidade.

Que a doutrina catholica só por si não tinha efficacia para depurar a noção praticada obrigação, independentemente da influencia do sacerdotio, vê-se pelo desaccôrdo sempre existente entre seus princípios e os actos dos senhores feudaes. O próprio sacerdotio pôde apenas, com a sua acção espiritual, modificar a conducta, sem jamais instituir os verdadeiros princípios.

As reacções que a organização medieval operou no sentido do instituto das obrigações, cifram-se, pois, na depuração da noção do dever e na extensa acção pratica da Cavallaria.

24t.—A *renascença* da theoria romana das obrigações esperava a dissolução da organização catholico-feudal.

Com a desorganização desse regime e o surto das Co-mmunas, sobretudo na Itália, as corporações de officio, o levantamento das industrias no fim do século XIII, grande vigor deram a essa theoria.

Florença, Siena, Veneza, Palermo e, em maior grau, a Bélgica, a França e a Hespanha, tornaram-se outros tantos centros das artes e das industrias.

As formulas do direito romano submettiam-se á substancia do conteúdo e quasi que só serviam para satisfazer a necessidade da existência da obrigação. Um simples escripto, testemunhas, um mero signal, ou a presença de creanças, ás quaes se applicavam castigos — eistudo quanto se usava.

Entretanto o mandato soffreu importante modificação.

Pelo direito romano o mandatário não obrigava o mandante e sim somente a. si próprio. O contrario passou a ter lugar; admitiu-se o mandato tácito e a aquisição de direitos por terceiros.

As obrigações contrahidas com pessoas incertas, o uso de cambiaes, as obrigações *ex delicio* e *quasi delicio*, foram outras tantas especialidades creadas, ou refundidas pelas exigências da época.

Apesar de tudo, as garantias do adimplemento não perderam muito de sua primitiva rudeza. Não somente os bens, como ainda a pessoa e a familia do devedor, respondiam pela obrigação.

I D'ahi provinha muitas vezes a servidão, que só se extinguiu muito tarde. Além disso, o sacerdote se intervinha com a censura contra os devedores remissos e os príncipes com suas cartas de represália.

No que diz respeito aos contractos propriamente, dominava o direito romano modificado pelo direito lombardo e pelas necessidades do momento histórico. O mutuo, o deposito, o commodato, a compra e venda e, em geral, o direito de alienar, a locação de immoveise a de serviços, depois da servidão, os contractos vitalicios— onerosos e gratuitos — a antichrese e tantos outros, foram refundidos e retocados.

Entre as mais importantes creações da época avultam os contractos commerciaes, a sociedade em nome colectivo com a solidariedade das obrigações por ella assumidas em relação a cada sócio; a sociedade em commandita, que tantas modificações acarretou para as obrigações, a sociedade anonyma por acções, os contractos bancários: tudo isso surgiu nessa época.

A sociedade *de comboio* nas longas viagens maritimas contra os danos da navegação *, os contractos de seguro marítimo e os de transporte de terra e agua, o cambio e o empréstimo marítimos— vieram fazer desse período o passo mais durável para a formação moderna do nosso instituto.

Tudo isso, entretanto, passava-se no meio de explorações dos príncipes, das obstrucções commerciaes da moeda falsa. Dante recalca no fundo do seu Inferno o cúmplice dos condes de Romena, os Guidos de Modigliana, conhecidos moedeiros falsos O-

l»M) DANTK— *Inferno*, c. XXX.

26.—Com o advento da dictadura monarchica, a riqueza deslocou-se das industrias nascentes para o costeio das grandes guerras emprehendidas pelos interesses dynasticos.

Pesadas contribuições fizeram surgir a classe dos novos; indigentes ao lado das enormes riquezas que a descoberta do Novo Mundo accumulava em mãos de poucos.

O trabalho paralysoou-se pelas ambições, pelo luxo das cortes e pelo augmento descomedido de impostos. A escravidão colonial, iniciada por Carlos V, veiu como um novo elemento perturbar a unidade moral que o occidente lentamente ia conseguindo.

O augmento do ouro introduziu, entretanto, valores symbolicos—os bilhetes á ordem e os de banco.

Ao passo que o systema politico-colonial de Carlos V arruinava a industria, a Reforma inaugurava a emancipação do pensamento e as descobertas de Gama e de Colombo abriam cada vez campo mais vasto ao commercio marítimo das Republicas do Mediterrâneo.

Entretanto a Europa Erruinou-se, especulando com o Novo Mundo.

Mais tarde Sully tentou o levantamento das classes laboriosas, gravando a importação e dirigindo uma especial atten-ção para a agricultura.

Esse cuidado, por muito exclusivo e muito absorvente, fez decaírem as industrias que successivamente Richelieu, Man-zarino e Colbert, procuraram reerguer. Mas o proteccionismo de Colbert provocou represálias na Europa e quando se tentou voltar de novo ás praticas de Sully em prol da agricultura, já era tarde.

Os physiocratas, que capitaneavam a reacção, pouco puderam alcançar, porque o uso das machinas não mais se compadecia com as explorações anteriormente planejadas. Veiu então a grande e admirável generalisação dos phenomenos economicos de Adam Smith ("•).

27.—As idéas de A. Smith, o *laisser faire, laisser passer*, dominaram a codificação franceza. Era o pleno individualismo, completando o formalismo do direito romano, depois de ter a

O¹⁸) A. %vivism—*Inquiry itto the nature and causes of lhe wealth oj natioKs.*

sua suprema consagração na anterior *Declaração dos Direitos do Homem*.

M

A liberdade pessoal integralisava a livre disposição da propriedade, passando esta a responder inteira e exclusivamente pelas obrigações contrahidas.

Mas as grandes systematisações jurídicas, por mais preparadas que estejam, apparecem sempre como que nebulosas, ficam por^v longo tempo mal sentidas na opinião dos povos. Como toda força social, ellas demandam um urgam individual, um jurisconsulto, que venha esclarecer os detalhes, dar os lineamentos completos da instituição.

O orgam da grande codificação moderna das obrigações foi o immortal Pothier. Compenetrado das idéas individualistas, elle operou, sobre a larga base do direito romano e dos *Costumes* francezes, a assombrosa generalisação inteiramente adoptada pelo Código Civil Francez, de onde irradiou para todos os outros povos. E' assim que a influencia de Pothier é verdadeiramente universal quanto ao instituto das obrigações.

28.—O primeiro Projecto do Código Civil Francez, devido a Cambaceres, foi apresentado em 1793 á Convenção.

Em 1804 aprovava-se o que foi mais tarde organizado por Tronchet, Bigot-Preameneu, Malleville e Portalis.

Iniciou-se d'ahi um movimento de Codificação que preencheu todo o século XIX e que, saindo dos limites do occi-dente, attingiu ao oriente.

O domínio de Bonaparte fel-o desde logo ser adoptado na Bélgica, nas Duas Sicilias, em Parma, Modena e Sardenha.

A Hollanda o manteve até 1838, em que o transformou. I Este movimento, quer fosse inspirado nas idéas do Código Francez, quer fosse no sentido de as contrariar, foi sempre por elle iniciado.

Assim, a Áustria teve seu Código em 1812.

Depois vieram successivamente os Códigos:—da Bolivia em 1830, do Peru em 1852, do Chile em 1855, do Equador em 1862.^v I

Venezuela teve quatro: em 1863, 1867, 1873 e 1881, que ainda vigora. II

A Itália promulgou o seu em 1865, Portugal em 1867, Uiuaguay em 1868, a Argentina em 1869, o México em 1870,

Honduras e S. Salvador em 1880, Guatemala em 1887, Hes-panha em 1889, tendo começado a discutil-o em 1880.

Os cantões suíços do Jura Bernez e Genebra aceitaram o Código Francez.. O cantão de Zurich teve o seu —obra de Bluntschilli—em 1887 e serviu de modelo aos demais códigos dos cantões allemães.

Os outros cantões suíços promulgaram seus códigos nos seguintes annos: Berne, em 1824 com as modificações de 1827 e 1830 ; Lucerne, em 1831 modificado em 1832, 1837 e 1839 ; Nidwald, em 1851 modificado em 1859 e revisto em 1892 ;Glaris, em 1869 com modificações posteriores; Zoug, successivamente promulgado em 1861, 1873 e 1875; Friburgo, também successivamente adoptado em 1834, 1835, ' & 39 ° 1849; Soleure, em 1891; Schaffhouse, successivamente em 1863, 1864, 1865, modificado em 1874, 1875 e 1896 ; Argovia, também em 1847, 1849,1852 e 1855, modificado em 1867,1876, 1880 e 1887 ; Thurgovia, em 1860, modificado em 1885 ; Te-ssin, em 1882 ; Vaud, em 1819 ; Valais, em 1853, Neuf-Chatel, em 1853, modificado em 1879. Ultimamente o *Code Federal des Obligations*, de 1881, veio uniformisar naSuissao instituto que nos occupa, equiparando as obrigações civis e commer-ciaes. Além destes, tivemos mais os Códigos do Hayti em 1825; do Baixo Canadá em 1867; do Congo em 1888; de Costa Rica em 1888 ; do Paraguay em 1889 ; da Columbiaem 1873; de Montenegro em 1888 ; do Japão em 1&96 ; da Allemanha, cuja discussão durou de 1874 a 1900 (^UJ.

No Brazil a Constituição do Império, em seu artigo 179 § 18 determinou que se organisasse «*Quanto antes WH Código Civil...*»

Essa promessa sobreviveu á monarchia.

Nossos políticos têm se preocupado muito pouco de tão vital necessidade.

(U4) Como vimos todo esse movimento teve seu impulso inicial no Código Francez. Ninguém ignora a influencia que elle teve nas idéas do Código Civil Allemão. O governo imperial da China, em 1906, enviou á Europa uma Commlssão encarregada de estudar as instituições adaptáveis a seu vasto paiz. Não encontrou aquella Com missão grande cousa a transplantar ao oriente e com muita razão, acreditamos nós.

Seu presidente, po -em, exprimiu-se assim a respeito do Código Civil Francez :—«O que na Europa deixou mais funda impressão em nossa intelligen-cia foi o magnifico código de leis que obteve a França e o benefício de sua pratica. Sua clareza, precisão, o espirito methodico que governou sua concepção, a simplicidade de suas divisões : tudo é ahi de alto valor scientifico. Estamos habilitados a dizer que, em curto prazo, algo de intimamente analo-

Em 1845 um jurista emérito —Carvalho Moreira —escrevia a *llevisão Geral e classificação das leis civis e do professo no Hrazib*), instando pelo cumprimento da promessa constitucional, cuja oppotruidade demonstrava.

Euzebio de Queiroz chegou a exprimir o desejo que tomássemos como lei o « *Digesto Porluguez** de Correia Telles.

Em 1855, pela primeira vez, tratou-se do assumpto officialmente.

Teixeira de Freitas empreheudeu a *Consolidação das Leis Civis*, que terminou em 1858, para formar uma base para o Código.

Em 1859 foi para esse fim contratado pelo governo do Império e trabalhou até 1872. Rescindido esse contracto, fez o governo outro em 1872 com José Thomaz Nabuco de Araújo, que morreu em 1878, sem tel-o levado a effeito.

Morto Nabuco, Joaquim Felicio dos Santos apresentou-se espontaneamente para realizara obra almejada.

Em 1881, o governo nomeou uma Commissão de nossos melhores jurisconsultos, afim de dar Parecer sobre esse ultimo trabalho.

Tendo a Commissão nomeada rejeitado o Projecto, ficou iucumbida de apresentar um substitutivo, e, em 1886, dissol-veu-se sem nada ter feito.

Em 1889 o ministro da justiça—Cândido de Oliveira—nomeou uma commissão de seis membros sob sua presidência para redigir um Projecto, quando sobreveiu logo a queda da monarchia.

Em Junho de 1890, o Governo Trovisorio da Republica nomeou outra Commissão para o mesmo fim ; mas, logo depois, o ministro da justiça encarregou do Projecto o Dr. Coelho Rodrigues (a 12 de Junho de 1890), que, desde 1886, fizera parte de differentes outras commissões.

go ao Código Napoleão será adoptado na China. Em outros paizes encontrámos Códigos excellentes ; entretanto elles nos pareceram antes collecções de leis que de modo algum possuíam a decisiva vantagem do Código Francez— a de generalisar e analysar simultaneamente». Isto foi publicado em *The American Monthly Illustrateã Review of Roviews* do mez de Agosto de 1906, pag. 250. Os modernos francezes não são tão indulgentes para seu Código como os chinezes e parece que com mais razão (Vide GABRIEL HANOTAUX—*DH Choix d'mie Carnére, Cap. XVIII—Paris 1902*).

Com effeito, do primitivo Código bem pouco existe em sua pureza. I Pode se dizer que do Código Civil Francez só existe o texto. A jurisprudência e as interpretações têm alterado inteiramente seu espirito na pratica. Não ha Código sobre o qual se tenha escripto tanto.

Este assumiu o compromisso de dar seu trabalho no prazo máximo de três annos, com o fim especial de esperar a constituição definitiva dos Estados e bem tomarem consideração as relações de direito publico com o direito privado.

Em 1893, a Commissão, que examinou esse Projecto, con cluiu por sua rejeição e seu autor apresentou-o ao Senado, do qual fazia parte.

O Senado após longa discussão resolveu, a 6 de Novembro de 1896, a autorisar o governo a contratar com um jurisconsulto, ou commissão, a revisão do Projecto C. Rodrigues.

Esse encargo coube então ao Dr. Clóvis Beviláqua.

Revisto o Projecto deste por uma commissão de jurisconsultos, foi enviado á Camará dos Deputados pela Mensagem de 10 de Novembro de 1900.

Só a 18 de Janeiro de 1902 concluiu a commissão dos vinte e um deputados o exame do Projecto, que foi publicado no *Diário Officvd* de 26 do mesmo mez.

Desde essa época, indo para o Senado, tem tido o Projecto uma longa e culposa incubação. O Sr. Ruy Barbosa, relator da commissão do Senado, começou por publicar uma grande corrigenda ao vernáculo do Projecto. A commissão dos vinte e um, por differentes orgams, procurou rebatel-o, o que deu lugar áquelle jurisconsulto a publicar uma *Replica* monumental, hoje o maior padrão de glorias que o ensino da lingua portugueza tem produzido em nossa Pátria. Bem insignificante, porém, se nos afigura a compensação de possuirmos um bom tratado do vernáculo comparada á persistência entre nós de uma legislação absoléta e incongruente, sem mérito scientifico, decretada ha tresentos annos para um paiz que não o nosso e rejeitada, ha quasi meio século, por seu paiz de origem, como as *Ordenações Philippinas*.

29. — Muito differem os Códigos na collocação que dão á theoria das obrigações ao distribuírem as matérias do direito civil.

O Código Civil Francez, parti rido de um principio erróneo sobre a aquisição da propriedade e sobre o qual falaremos mais extensamente adiante, include as obrigações no seu livro III, que se inscreve : «das differentes maneiras por que se adquire a propriedade», occupando os títulos III e IV lugar entre doações e contractos em espécie, das quaes o casamento é o primeiro.

As pegadas do Código Francez foram seguidas pelo Código Civil da Itália ("*) e pelo belga, que, embora reformado, #1 é sua copia ("*).

Do mesmo modo procede o Código do Hayti, collocando a matéria entre as doações inter vivos e testamentárias, de um lado, e privilégios e hypothecas, de outro (¹¹⁷). Como estes também é o Código Civil do Canadá (""). O Código do Congo seguiu o belga ("*).

O de Costa Rica segue o mesmo systema, tratando das obrigações em seu terceiro e ultimo livro, que vem depois de successões (¹²⁰).

I Do mesmo systema são os Códigos da Sardenha, da Sicilia, da Luisiana, de Baden, de Vaud e de Friburgo.

O Código do Peru trata do assumpto no livro III, que vem em seguida ás cousas e modos de adquiril-as (¹⁵¹). O da Columbia reserva ao assumpto de que tratamos seu livro IV e ultimo que se segue a successões e doações matrimoniaes (""). O de Uruguay trata delle no livro IV e ultimo, depois do domínio. Este Código é copia fiel do do Chile, que age do mesmo modo (^m). O Argentino, considerando as obrigações um direito pessoal nas relações civis, trata dellas logo após os direitos de familia em seu livro II (^m). Este Código é também do Paraguay (¹²⁵).

O Código Civil da Hespanha, como o Francez, trata das obrigações no livro IV, depois dos modos de adquirir a propriedade, sem contudo as contemplar como um desses modos H-

(115) *Códice Civile dei Regno d'Italia, liv. III, tit. IV.*

(118) *Code Civil Belge* em *Œuvres de Le Court—Codes belges et lois usite-lies en vigueur en Belgique*—Bruxelles 1893. ■j (H7) *Code Civil d'Haiti* por Louis BORNÉ—Paris 1892.

(U8) *Civil Code of Lower Canada, or Consolidated Statutes for Lower Canada, relative to civil matters and procedure*, promulgado pelo Acto 29 Vict. Chap. 41 de 1865 com força de lei desde 1º de Agosto de 1867—Ottawa 1866.

(110) *Codes Consolais et lois usuelles en vigueur au Congo* par ALPHONSE ILYGOPS—Bruxelles 1900.

(120) Edição San Juan 1887. Em vigor desde 1º de Janeiro de 1888.

(121) Edição de Lima 1893. Vigora desde 29 de Julho de 1853.

(122) Edição de Bogotá de 1895. Foi sancionado era 26 de Maio de 1873 para vigorar noventa dias depois.

(123; Edição de Santiago de 1889. I (124; Edição de Buenos Aires de 1884.

(125) Pela lei de 27 de Julho de 1889, o Paraguay adoptou o Código Civil Argentino e declarou que o texto official era o da 4ª ed. de B. Aires.

(126) *Code Civil d'Espagne—ivaá. franc. de A. LEVE-* 1890.*

O Código de Montenegro trata das obrigações, em geral, na Parte IV, depois de ter, na III, disposto sobre os contractos em espécie⁽¹¹⁷⁾.

O do Japão as contempla depois de hypothecas, occupando todo o livro TTI⁽¹¹⁸⁾. O Código da Áustria na Parte II, que se inscreve «direito sobre as cousas», tem o Capitulo XVI, secção II, artigo 859 e seguintes, com a inscrição «direitos pessoais sobre as cousas» e vem depois da aquisição da propriedade, da posse e da successão.

O Código Civil Alemão, no seu livro I da Parte Geral, trata dos actos jurídicos. Em seguida, no livro II, trata das relações obrigatórias em geral e dos contractos em espécie. O livro III estuda os direitos reaes; o IV a família e o V as successões.

As leis de Malta legislam sobre obrigações entre successões e convenções matrimoniaes⁽¹¹⁹⁾.

Legislações existem que não concedem ás obrigações uma theoria especial. Assim, na Suécia, não se faz a seu respeito nenhuma theoria sob a singular epigraphe de «títulos de commercio», adoptada para os contractos⁽¹²⁰⁾. A lei civil da Turquia trata dos contractos concretamente, sem estabelecer regra alguma sinão por occasião delles⁽¹²¹⁾. Na Rússia prevalece o principio da territorialidade, isto é, os contractos se regulam pela lei do lugar em que se perfazem⁽¹²²⁾. Nossas *Ordenações* nada dispõem especialmente sobre obrigações.

30. —Qual a razão dessa completa anarchia entre os Códigos ?

Tudo depende da classificação das matérias do direito civil e dahi a divergência.

(117) *Code General des biens pour le Principauté de Montenegro* o traduit par DARESTE ET RIVIÉRE—Paris 1892.

(118) *Code Civil de l'empire áujapon*, Prim. Parte trad. por TOMII e MOTONO: Segunda Parte trad. por LOENHOLM e JULES ADAM.

(119) *Lois Civiles de Malte*, trad. et annot. por CLEMONT BILLIET Paris 1896.

(120) «L₆ titre dont il s'agit ne traite pas même proprement des obligations, mais seulement de leur réalisation concrete dans les contrats,» diz R. DE LA GRASSERIE—*Les Codes Suedois de 1734*—Paris 1895.

(121) *Coleccion de las Instituciones Politicas e Jurídicas de los Pueblos modernos*, em 13 vols. in 8º por VICENTE ROMERO GIRON e ALEJO GARCIA MORENO, Madrid 1893:—*La legislation civile de l'Algerie*, por EMMANUEL BESAN—Paris 1894.

(122) ERNEST LEHR—*Elements de droit civil russe*—Paris 1877.

As matérias de direito civil, porém, são susceptíveis de uma classificação regular e methodica ? I

I Eis o problema que se procura resolver desde o direito romano.

TM

I Gaius dizia : — *Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res. vel ad acciones* ^(m). j

Essa classificação, que ficou pertencendo á escola sabini-ar.a, é por uns attribuida a Servius Sulpicius e outros dizem que ella é tradicional entre os jurisconsultos romanos ^(m).

Esse principio appareceu expresso no *Digesto* ^(M) e nas *Instituições*. Apesar, porém, dessa como que consagração legal, nem o *Digesto* nem as *Instituições* seguiram em sua exposição o plano que o texto acceta e traça.

Ainda mais : o próprio Gaius, em suas *Res Quotidiano*:, não seguiu o methodo que parece fazer seu ⁽³⁶⁾. O Edicto do Pretor, o Código Gregoriano, o Hermogeneano e o de Theodosio II igualmente se afastam da ordem exposta. O mesmo com a antiga Lei das XII Tabôas ⁽¹⁸¹⁾.

O prestigio de tal classificação é, pois, originado em sua inclusão nas *Instituições* que se tornaram o compendio das normas do direito e se impuzeram então pela crescente importância por ellas adquirida no ensino de direito depois da idade média.

O que constituía a *ordem legal* na idade média era o programma de ensino e como essa ordem legal era praticamente insufficiente, a classificação das *Instituições* assumiu o character de scientifica e genérica.

Antes disso a Lei Salica dos francos, por exemplo, mantinha analogias em sua distribuição somente com a lei das XII Tabôas. Ninguém, entretanto, quererá affirmar que aquella se filia a esta; em uma como em outra, só existiu o arranjo de uma ordem legal.

Todas essas leis, como leis positivas, originadas em sociedades barbaras e destinadas a regel-as, collocavam em primeiro plano as disposições sobre o processo e os tribunaes.

Direito e acção confundiram-se sempre nos albores de todas as civilizações : a ultima sempre sobrepujou a primeira em importância e muitas vezes constituiu-se sua origem ^(1M).

(W3) GAIOS— *Comm. I, % 8.*

(134) SAVIGNY—*Ordo Rom. §39 notas J. e s.*

(135) *i. i D. de statu hominum* : § 12 *Inst. de jur. nat., gent. et civ.*

(136) SAVIGNY—*cit. § 59 nota e.*

H87) ORTOLAN—*Hist. de la législation romaine X, p. 547—Paris 1876*

(138) CARLB—*Ortgütii cif. ws. 101—106.*

Ora, tudo isso apresenta um notável contraste com o principio de Gaio em o qual as *acções*, recalçadas para o terceiro plano, aceusavam já um importante progresso jurídico ; de *substantivas* taes regras haviam já se transformado em *adjectivas*.

Vê-se, pois, que aquella classificação já era a resultante de uma longa evolução em que o direito se desprendera do processo e dos tribunaes, com os quaes se achava em união tão íntima que era impossível comprehendel-os desagregados, ou desunidos. A divisão de Gaio não era, portanto, tradicional e sim uma alta generalisação a que se havia chegado. I

Ella, porem, refere se ao direito, *facultas, jus*, e, por isso mesmo, não pode servir, nem foi destinada a servir de base á classificação das normas *agendi*, dos *jura*, que é o que se tem em vista.

Seja como for, escriptores antigos e alguns modernos de alto mérito mental adoptam essa classificação⁽¹⁸⁹⁾.

Apezar dessa preponderância ou antes, dessa persistência da classificação romana, é impossível o estudo separado e completamente independente de seus três termos.

É inexequível estudarem-se as pessoas sem nos referirmos ás cousas com que se ellas relacionam.

As cousas são sempre e invariavelmente estudadas em relação ás pessoas e ás acções sempre exercidas por umas a respeito de outras.

A admissão da formula de Gaius traria difficuldades invencíveis para a distribuição effectiva do direito civil em suas differ entes partes.

(139) Quem melhor a sustenta é HAMMOND no *Prefacio a The InstiMes oj Tus tinia* by CALLET SANDARS—London 1883. Adopta o mesmo modo de ver CAULE—*Origini p. 124 nota i**, onde faz depender a parte das pessoas do conceito do *connubium*, a das cousas do de *commerdum* e a das acções da *acho*, conceitos primitivos estes sempre em íntima correlação.

São também partidários de GAIUS: DEMANGEAT—*Gours Elem. de ároit vom.*, ORTOLAN *ob. cit. p. 545* ; MAREZOLL—*ob. cit §48'*. WARNKCENIQ—*Inst. de dir. rom. priv. §120*. Entrenós MELLO FREIRE—*Inst. Jur. Civ. Lusit. liv. II, tit. i° §°*, depois de citar a classificação romana, diz: **hcec methodus... omnibus proferenda** apesar de não lhe ser fiel, como bem nota TEIXEIRA DE FREITAS—*Introd. á Consol. das Leis Civis nota 16*. Segue a mesma opinião BORGES CARNEIRO — *Dir. Civ.—Prefacio* LIZ TEIXEIRA a esposa «sem poder nem dever esperar duma tal filiação das matérias que um ou outro objecto d'uma classe não seja tocado noutra, o que seria impossível evitar». [*Curso de dir. civ. part. i, § 4*]. COELHO DA ROCHA, apesar de affirmar em seu *Prefacio* seguir MA-CKELDEY aproxima-se mais, em sua exposição, da classificação tripartida. O Cod. Civ. da Hollanda abraça francamente a divisão romana, incluindo uma quarta parte para a *prova* e *prescripcão*.

Ninguém ignora as diversas opiniões acerca do que de veria entrar na rubrica *peçoas*. /j

Relativamente ás obrigações, não menor é a controvérsia .

Ha quem as considere uma introdução ás *acções* e as inclua na parte a estas attinente. Pensam outros que, como *cousas incorpórea**, devam entrar nasegnnda categoria, isto é, entre as *cousas*. Outros ainda as incorporam nas *peçoas*— *jura in persona* por consideral-as, como os romanos, *jura ad personam*.

Dahi se vê, que as obrigações têm sido arbitrariamente adaptadas a todas as categorias (*•).

Realmente, toda a classificação é difficil e o facto se origina na circumstancia de ser o direito civil homogéneo. Seus elementos componentes não são justapostos, mas ligados por laços de mutua independência.

Depois, a natureza intima dos direitos é a mesma, quer se trate de *peçoas*, de *cousas*, ou de obrigações.

E' talvez para fugir ás difficuldades reaes que dahi decorrem, que juristas existem propensos a julgar desnecessária em um Código a exposição methodica e scientifica dos institutos jurídicos (1").

Apesar disso, não é este o sentimento geral.

Tentou- se sempre uma classificação regular e methodica.

Vulteius, Conradus Lagus, Connanus, Vigelius, Althusius, são nomes que revelam, na historia do direito civil, o constante esforço para encontrar uma ordem nos differentes institutos (14t). Leibnitz tentou uma classificação tomando por crtte-riwn as causas que geram os direitos, asquaes eram para elle: a natureza, a convenção, a posse, a successão e o delicto.

O assentimento unanime recusou suffragar esse modo de ver, pois que, quando mesmo fossem aquellas as causas únicas de direitos, a diversidade delias não implicava, de modo algum, adifferença dos direitos originados.

Domat, depois de propor que se repartisse todo o direito de conformidade com os dois princípios dos mandamentos contidos no Capitulo XXII dos *Evangelhos* de S. Matheus,

(14o) Vid. SAVIGNY *ob. cit.* § 59 notas g, í, p : *Consol. das Leis, Introd. nota 21*; Códigos cits. no numero anterior. I

(1") PLANIOL— *Trai té Elem. de droit civ. t, n, 84 e ti. 132 nota 1.*— Paris 1900.

(»*) RIBAS — *Direito Civil, tit. IV, Cap. II, § 3fi* ; *Cotisol. das Leis CIVIS —Introd. nota 3o.*

reduzia toda a matéria do direito civil ás obrigações e successões.

Nenhuma dessas theorias, porém, attingiu o fim a que se propunham.

Ochlerium de uma boa classificação é indagar as diferenças das relações que os diversos institutos devem reger e a fonte de onde emanam (^{4a}). Como bem diz um jurista philo-sopho «uma classificação perfeita seria a que distribuisse as prescripções legaes conforme suas relações mutuas e deveria ser, portanto, fundada sobre uma analyse completa de todas as concepções jurídicas (***)».

Mais de accôrdo com esses princípios, inaugurou-se na Alemanha uma classificação pelos orgams dos illustre Heise e Thibaut (^{us}).

Nesta ultima classificação ha uma *Parte Geral* e uma *Parte Especial*.

A *Parle Geral* estuda os agentes, os objectos e as causas dos direitos, ou *a*) pessoas : *b*) cousas : *c*) direitos e meios de proseguil-os.

A *Parte Especial* abraça : 1) as cousas: 2) as obrigações : 5) a familia e 4) as successões. I

E' esta a classificação que conta maior numero de suffra-

giosp.

Entre nós foi ella adoptada pela Commissào especial epela permanente de 1881 e 1889 para o Código Civil.

Coelho Rodrigues moldou por ella seu Projecto, e o Senado, no Parecer n. 100 de 1896, deu-lheseus suffragios.

Apesar de tudo, não tem a classificação ailemã escapado a certos retoques, em theoria e na pratica. £3

A maior divergência tem-se feito sentir na prioridade da exposição, que, na *Parte Especial*, é por uns destinada ás obrigações, por outros ás cousas e direitos reaes e por outros ao direito de familia.

Nessa Parte, a ordem seguida pelo Código Civil Allemão foi: *a*) obrigações; *b*) cousas ; *c*) familia; *d*) successões.

Coelho Rodrigues seguiu essa ordem de exposição em seu Projecto.

(**•) RIBAS—*ob. cit. tit. IV, Cap. II, § 1.º*

(***) SUMNKR MAINB, *ob. cit. Cap. XI.*

(^{iw}) HEISE—*Grundniss eines Systems des gemeinen Civilreclits.*—Tm-BAUT—*Ueber dle Nothwendigkeit eines allgymeinen bilrgerlichen Rechts in DeutschUnd—1814—Leipzig.*

(^{1M}) WINDSCHEID, *ob. cit. §13*; SAVIGNY §59 *cit.*; "MATNZ *ob. cit. § 4ª*—COGUOLO—*ob. ctt. § 14 fine*; LAPATÍETTB—*Dir. de Familia, Introd. n. I.*

O Código Civil do Japão obedeceu á ordem originaria de Heise, começando pelas cousas.

O Projecto Coelho Rodrigues foi criticado pela Commissão que o examinou, por opinar esta dever elle iniciar a exposição dos institutos pelas cousas (").

Beviláqua, seguindo a lição de Ribas, aceitou para a *Parte Especial* a seguinte ordem : a) familia; b) cousas; c) obrigações e d) successões.

Ninguém impugnou essa classificação e ella passou, com o reflectido assentimento de todas as commissões que examinaram o ultimo Projecto de Código (¹⁴¹).

Quaesquer que sejam os defeitos que se possam apontar nessa ultima ordenação dos institutos do nosso direito civil, sua superioridade sobre as que entre nós a precederam é inquestionável.

O grande Teixeira de Freitas havia, a principio, proposto apenas duas classes :—a dos *direitos reaes* e a dos *direitos pessôaes*.

Isso, porem, seria generalisar em excesso, de modo a approximar e quasi confundir institutos radicalmente differentes. Os direitos de familia se intrecuzariam de um modo incompatível, ao passo que as successões, que tocam em seus extremos naquellas duas categorias, ficariam desclassificadas.

Isso não escapou ao preclaro jurista que propoz, *a constituendo*, uma parte destacada para comprehender a successão, a prescripção e o concurso de credores (¹⁴⁹)>,,

No seu *Esboço do Código Civil* traçava elle uma *Parle Geral*, ou elementar dos direitos, comprehendendo : a) pessoas ; b) bens e c) factos. A *Parte Especial* continha três subdivisões :

I—*Direitos pessôaes* abrangendo : a) direitos pessôaes em geral; b) direitos pessôaes nas relações de familia ; c) direitos pessôaes nas relações civis ;

II—*Direitos reaes*, ou a) direitos reaes em geral; b) direitos sobre cousas próprias; c) direitos reaes sobre cousas alheias;

III—*Disposições communs* aos direitos pessôaes e reaes, abraçando: a) a herança , b) o concurso de credores e c) a prescripção.

(»^M) *Pareceres* de 27 de Julho de 1893 e de 10 de Agosto de 1396.

(148) *Parecer* DUARTE DE AZEVEDO nos *Trabalhos do Código Civil vol. II*, pag. 12.

(^{1M}) Vide *Consolidação das Leis— Intrad.*

Felicio dos Santos foi o mais infeliz possível em matéria de classificação a custa de querer ser muito synthetico.

Elle seguiu esta classificação : *Parte Geral*—pessoas, cousas e actos jurídicos em geral; *Parte Especial*—pessoas, cousas e actos jurídicos em particular.

Contemporaneamente com o Projecto Beviláqua, o illustre jurisconsulto Dr. Carlos de Carvalho propunha a seguinte distribuição de uma Parte Especial dos institutos civis: — 1.ª direitos pessoaes (*in persona ipsa*), ou nas relações de família ; 2.ª direitos obrigaçoes (*aa personam*, ou *in persona aliena*); 3.ª direitos reaes *in re própria* ; 4.ª direitos reaes *in realiena*; 5.ª direitos intellectuaes, comprehendendo o direito autoral, patente de invenção, marca de fabrica, etc. ⁽¹⁵⁰⁾.

Esse pensamento do illustre brasileiro é evidentemente inspirado em Edmond Picard ⁽¹⁵¹⁾, que, em traços menos accentuados, propoz as seguintes classes : 1.ª direitos pessoaes— *jura in persona ipsa* ; 2.ª direitos obrigaçoes—*jura in persona aliena* ; 3.ª direitos reaes— *jura in re materiali*; 4.ª direitos intellectuaes—*jura in re intellectuali*.

Qualquer, porém, que tenha sido a extensão dos suffragios entre nós obtidos pela classificação allemã, ella não é isenta de criticas. Tem-se-lhe reprovado não comprehender, em nenhuma de suas subdivisões, o concurso de credores.

Em seu paiz de origem essa difficuldade foi removida por uma lei especial sobre o *Konkurzordnung*.

Entre nós ella levou nosso illustre Ribas a propor a classificação especial: *a*) família ; *b*) cousas; *c*) obrigações ; *d*) successões e) concurso de credores ⁽¹⁵¹⁾.

Não se pode hoje illudir essa difficuldade, como pensa Lafayette ⁽¹⁴³⁾, relegando para a parte processual a matéria da discussão de preferencias. Em direito substantivo e em processo, o concurso de credores representa—permitta-se-nos a imagem—o que, entre a astronomia e a physica, representa o phenomeno das marés, uma subtil transição, um ponto de ligação, uma espécie de phenomeno duplo, ao mesmo tempo celeste e terrestre, que só por artificio lógico, pode ser incorporado a uma das categorias.

E' impossivel, pratica e theoreticamente, decidir a matéria do concurso de credores, sem metter mão em todos os direitos,

⁽¹⁵⁰⁾ *Direito Civil Brasileiro Recopilado*, ou *Nova Consolidação das Leis* —Introá.

⁽¹⁵¹⁾ E. PICARD- *Droit Pur.n. Lm*.

(152) RIBAS *ob. cit. tit. IVcap. II § 4.*

(153) LAFAYETTE *loc. cit.*

sobretudo os de credito, mas também os relativos á capacidade pessoal.

E' uma discussão, que forma, por assim dizer, um ponto central em que se precisa estudar todas as relações de direito ; uma verdadeira synthese, ou antes, um labyrintho, como já exprimiram disposições de leis nossas (¹⁵⁶).

Além disso, uma razão mais elevada de interesse social reclama hoje entre nós que se não deixe ao processo o dominio exclusivo de tal instituto. Cabendo aos Estados a regulamentação do processo civil, commercial e penal, seria verdadeira calamidade publica deixar que tão importante instituto civil cahisse exclusivamente sob a superintendência da vã, superficial e estreita politica das olygarchias que nos têm desmoral-isado.

Seria um golpe de morte no corpo de nosso direito civil (^m).

Tão nefasto resultado previu e obviou o Dr. Clóvis Beviláqua, incluindo o concurso de credores, preferencias e privilégios como um titulo especial no livro das obrigações.

Com este reparo, a classificação do ultimo Projecto, si não é perfeita, de maneira a poder resistir a uma critica profunda, como aliás não o é nenhuma outra, todavia é a melhor que se pode obter no estado actual do direito civil.

Pelo menos, nada tem ella que choque a lógica successão dos institutos e satisfaz plenamente ás necessidades da exposição de nosso direito privado.

(164) Lei de 22 de Dezembro de 1761, tit. III § 13 e lei de 20 de Junho de 1774 § 30. fl (166) CARLOS DE CARVALHO, *ob. e lug. cits.*



TITULO II

I^A ODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

I DAS OBRIGAÇÕES NATURAES

I

Sutxitnario. 31 — Obrigações quanto a sua origem. 32— Duvidas sobre o conceito das obrigações naturaes. 33—As mesmas duvidas vêm do direito romano. 34—Idéa romana sobre as obrigações naturaes ao tempo de Justiniano. 35 — A *soluti retendo* como critério. 36—Classes de obrigações naturaes admittidas. 37 —Systemas das legislações modernas. 38—Direito brasileiro. 39—*Crilerium* das obrigações naturaes na legislação pátria. 40—Irrelratabilidade do pagamento feito para solver obrigação natural: *jus retentionis*. 41 —Obrigação natural resultante de acto nullo. 42—Compensação de obrigações naturaes. 43—Novação em obrigações naturaes. 44 —Resumo da matéria.

31.—Já vimos que as obrigações, quanto a sua origem e efficacia, são geralmente divididas em naturaes e civis. ("")

32.—Comquanto muito se haja escripto sobre as obrigações naturaes, subsistem ainda sérias duvidas sobre seu verdadeiro conceito e aqui as exporemos para bem esclarecer nosso pensamento a respeito.

Convém antes de tudo lembrar que, na technica jurídica nenhuma synonymia existe entre o que assim se denomina e os deveres moraes, contrapostos aos jurídicos. (⁵¹)

(»«) Vide supra n. 14,1.

(ⁿ) *MouTOR—ObtigatioHS, n. 14.*

A divisão das obrigações em *naluraes* e *civis* foi especial á historia do direito romano, como em breve mostraremos, e fundou-se na distincção do *jus civile* e *jus gentium*, aquelle próprio aos *eives* e este aos *peregrini* ("").

33.—Tal conceito, porém, não era bem claro, mesmo entre os romanos, e a razão, a nosso ver, é que a codificação ali effectuada ao tempo em que tal rigor de distincção já não existia, deu lugar á reunião de textos de algum modo entre si chocantes e próprios a produzirem a confusão.

34. —A idéa capital dos romanos em matéria de obrigações era a correlatividade entre ellas e a acção (^{1M}). De modo que o *wedilov* é o que tem a seu favor uma acção para compellir o devedor ao pagamento (^{16o}) e *debilor* o que pode ser forçado ao pagamento pela acção daquelle—*a quo invilo exigi*

potal O-

I

A *naturalis obligatio*, porém, não era um *vinculum júris* e sim somente aquella que, na phrase de Papiniano, *solo vmcu~ lo osquilatis sustinelur* (^m). Si á obrigação civil correspondia uma *adio*, a esta Hgava-se somente uma *exceptio*. *Obligatio-num subslanlia in eo consistit ut alium nobis obslringat ad dandum aliquid, velfaciendum, velprceslandum* (^m)

Esse rigor do direito civil, o *jus proprium dvium romanoTum* de que fala Gaio ("*"), foi modificado então pelos princípios da equidade natural, que deu entrada ás obrigações chamadas *naluraes*.

Tal como nol-a transmittiu o direito de Justiniano, porém, a distincção somente pela protecção da *aclio* é inteiramente obscura.

(^{Mj}) l. 48 § 1° T). de div. reg. jur.

(^{iB9}) Vê-se isso pela união no mesmo titulo do Digesto—*de obltgationibus et*

actionibus.

I (^{16o}) l. 10 D. de verb. signif.

(¹⁶¹) l. 108 Dig. eod.

(^{1M}) l. 95 %4 D. de solutionibus.

(¹⁸⁸) l. 3 pr. D. de oblig. et. act.

(»") GAIOS—l, 119.

>A

I

Um texto de Juliano claramente nos afirma que «para constituir uma obrigação natural não é da essência que o credor possa intentar uma acção, mas que basta que, em caso de pagamento, seja prohibida a repetição» ("). Outras vezes, taes obrigações eram desprovidas de acção. A palavra *debere* é applicada nos textos, ora ao caso de ser o devedor obrigado por uma acção, ora ao de não poder repetir o pagamento (^{1M}). Outras vezes *debilum, indebitum*, são referidos ao caso de uma obrigação natural (¹⁶ⁱ).

Essa dubiedade dos textos deu lugar a theorias e distin-ções mais ou menos engenhosas para conciliar-as, não entrando em nosso plano expol-as (^{1M}).

ÍJ5.—O que parece fora de duvida é que, apesar de todas as oscillações, as obrigações naturaes eram um estado de facto contraposto ao de direito (⁶⁹). Elias não eram protegidas por acção é verdade, mas a pedra de toque nesse instituto era a in-terdicção da *condilio indebiti* no caso de pagamento, mesmo por erro, de uma obrigação não civil, não amparada pela acção.

A *exceptio doli* era só o que restava ao credor pago para reter o pagamento recebido (^{11o}).

Como consequência da adopção das obrigações naturaes, o direito romano ligava-lhes certos effeitos além da *soluli re-tentio*.

Assim, podiam servir de excepção (⁷¹); comportavam a compensação ("*); podiam ser objecto de novação e, portanto, transformar-se em divida civil, quer pela *stipulatio*, quer

(¹¹⁵) *l. 16 § 4 D. áefidej. et maná. Naturales obligationes non eo solo ces-tintatur, ai adio aliqua eorim nomine competi/ : verum etiam cuin soluta pe^m cuttia repeti non potest.*

(^M) *1.94%8'D. de solut. et liberai.*

(^{1W}) *1.5 § 2" D. cit. MACHBLARD—Des obligations naturelles en droit ro- main § 10 sustenta que a não protecção pela actio não é característico da obrigação natural.*

(ⁱⁿ) Vide a respeito SAVIUNY—*Das Obligationenrecht*, I, § 6°. MACHELAHD *ob. cit. Introã. paga. 3—18.*

(>*) WINDSCHEID—*Lehrbuch de» Pandektenrechts*, § 287.

(H*) SUMNER MAJNB—*Ancien Droit et la cout. prim. Cap. X-T*, mostra, como em outro lugar deixamos apontado, a preponderância inicial da acção para crear e assentar normas do direito substantivo ao inicio das civilisações.

("•) *l. 714 D. de pactis.*

(tf*) *1.6 D. de compensaitombt*.*

pelo *pactum constitutum* (^{ms}); podiam servir de base a contractos ou convenções accessorias que suppunham obrigação persistente, como a fiança, o penhor e a hypotheca (^m) : podiam, em-fim, ser cedidas ("■).

36.—Fundados nos ensinamentos do direito romano, os puristas do direito das obrigações obstinam-se em formular genericamente as classes que comprehendem as obrigações naturaes do modo seguinte:

1? abrange certas obrigações civis, que, por degeneração, se tornaram naturaes;—são as obrigações imperfeitas, ou imperfeitamente extintas.

2? as que não podem atingir o caracter de civis por uma prohibição legal.

A' primeira classe fazem pertencer: a) a de pagar a divida, quando mesmo absolvido o devedor de o fazer;

b) a que subsiste apoz a prescripção declarada por sentença ;

c) a que resulta da contestação da lide;

d) a do devedor que tem a seu favor a presumpção do pagamento não effectuado na realidade ;

e) a do fallido concordatario de satisfazer integralmente o debito, apesar do rebate obtido.

I A' segunda classe pertencem:

I

a) os contractos com os civilmente incapazes, como os menores, as mulheres casadas e os interdictos;

b) as que se originam em actos nullos por inobservância de formalidades legais;

c) a de fornecer alimentos aos filhos naturaes não reconhecidos

;

d) em geral o dever de reparar o danno causado (^m).

(^m) l. 1 § 1 D. de novat, et. deleg.

(^{ms}) l. 16 § 3 D. defldej. et tmand. ; l. 5 pr. D. de pignor. et. hypoth. ; l. 14 § 1 D. eod. l.; MOUTOK, ob. cit. n. 20; MAINZ—Cours de Droit Rom. § 193, sobre os os effectos das obrigações naturaes.

(^m) WINDSCHKID, ob. cit. % 335 notas 16-17 : MOLITOR, ob. cit. n. 1186.

(¹⁷⁶) DEMOLOMBE - *Traité des Contrats et des obligations* IV, 36 a 39 ; AUBBT ET RAU — *Droit Civil* § 297, 2^a; HUDELLOT ET METMAN—*Obligations* ns. 9 il ; LACERDA—*Obrigações* § 3^o.

37.—Saindo, porém, do domínio theorico, as legislações modernas podem dar lugar a diferentes systemas.

I—Algumas legislações definem as obrigações naturaes, classificam methodicamente os casos que a constituem e fixam seus effeitos legaes ⁽¹⁷⁷⁾.

II—Outras legislações as eliminam completamente ^(m). I

III—Outras substituem inteiramente *obrigações naturaes* por *dever moral*, mas sem os effeitos e consequências do direito romano ^(m).

IV—Outras, finalmente, só fazem referencia ás obrigações naturaes para ligar-lhes o effeito único da *soluti retentio*

⁽¹⁷⁷⁾ A esta classe pertencem : Cod. Civ. do Chile arts. 1470 — 1472 ; Cod. Civ. Argentino, arts. 515 — 518, Cod. Civ. de Costa Rica arts. 634 e segs. : Cod. Civ. da Columbia art 1527—1529; Cod. Civ. do Uruguay art 1415 a 1420.

I ^(17B) Como o Cod. Civ. da Áustria, que, tratando da repetição do indébito— *Zahlung cmer Ntitschuld*—arts. 1431-1437 — não lhes faz a minima referencia. O mesmo fazem : Cod. Civ da Hespanha, arts. 1895 1º01 ; Cod. Civ. Português e o nosso Projecto Felício, art. 485.

^(m) Tnes são o *Code Federal des Obligations art. 72*. Sobre o assumpto escreve RosSBl.—*Manuel du droit federal des obligations* n. 98 : « Notre loi mentionne comme telles (obligations naturelles) les dettes prescrites et, en outre, non pas toutes les autres obligations naturelles, mais celles—là seuleirient qui supposent l'accomplissement d'un devoir moral, comme les prés-tations alimentaires envers les parents qui, n'y pouvant pretendre *de lege*, y au-raient droit cependant d'après les principes de la morale».

No mesmo sentido o Cod. Civ. Allemão fala sempre em «dever moral/ou consideração de conveniência»—*durch die einer sitlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Riicksicht entsprochen wird*—arts. 534,814, 1446, 1641, 1804.2113,2205,2330, etc. Este Código aboliu bem pensadamente as obrigações naturaes. Vid. *Motive sur dem Entwurfe eines Bttrgerlicher Gese-tabuch ftr deutsche Recht, II, pag. 81§* : SALEILLBS— *Obligation, n. 342 e nota 2 p. 453 e n. 344 e nota i» p. 451.*

O direito inglez apresenta casos mui variados na pratica. Apesar disso, generalisa-se ali o salutar principio da se não encararem sitião as obrigações civis, recalando as demais para o foro exclusivo da consciência. O DR. STOKY em seu *Treatise on Batlments* cit. par BHOOM — *Comm. OH the cominou laia, liv. II Cap. I p. 332*, diz : «There are many rights and duties of moral obligation which the common law does not even attempt to enforce. It deems them of im-perfect obligation, and therefore leaves them to the conscience of the individual. And, ín a praticai sense there is wisdom in this course...»

^(18º) Cod. Civ Francês, art. 1235 ; Cod. Civ. da Itália, art. 1237 ; Nosso Projecto C. Rodrigues, art. 512 ; Proj. Beviláqua, art. 973.

38.—A esta ultima classe pertence nosso Projecto Beviláqua, aliás de acordo neste ponto com o direito existente ⁽¹⁸¹⁾. As Ordenações do Reino jamais regularam o instituto das obrigações, pois como tal não se podem considerar seus trechos esparsos e deficientes. Nossos civilistas foram sempre falhos na matéria ⁽¹⁸²⁾.

A matéria é, pois, nova em nosso direito e só tem apparecido nos casos em que a jurisprudência tem decidido. E' além disso puramente theorica e como tal temos de estudal-a. Não é, entretanto, um estudo inútil, pois que não raro é chamado o juiz a decidir questões que repousam na disputa do character natural de certas obrigações.

O melhor exemplo a seguir é adoptar o expediente do Código Civil Allemão com o fim de evitar-se a controvérsia occasionada por disposições análogas do Código Francez e do Italiano.

39.—Existem em nosso direito obrigações naturaes menos efficazes do que as civis e mais do que os deveres de consciência, capazes de produzir efeitos civis, faltando-lhes somente a garantia da acção ?

Em uma palavra, o direito romano prevalece entre nós ?

A regra única aceita em nosso direito a respeito é que não se pode repetir o que se pagou para solver divida pre-scripta ou cumprir obrigação natural ⁽¹⁸³⁾.

Ora, isso é próprio a todos os deveres de consciência, em geral. R

Por isso que a obrigação é mais um *direito* da parte do credor do que um *dever* do obrigado, as obrigações naturaes do direito romano nada mais são, nas legislações modernas, do que simples deveres, deixados á consciência deste. Nenhuma

⁽¹⁸¹⁾ Note-se que o Proj. Beviláqua art. 1110 não falou em *obrigações naturaes* e sim em *dever mcral*. Esta expressão foi substituída por aquella na revisão da commissão do governo no art. 1118 e foi conservada pela commissão dos vinte e um deputados no art. 973. Inútil é dizer que a expressão original era preferível á revista. H

⁽¹⁸²⁾ PEGAS *Forense*, tom. III; MELLO FREIRE— *Insttuttones júris civilis lusit*; CORHEA TELLES — *Digesto Português tom. III tits. 13, 15*, etc. As nossas melhores obras modernas, como a *Consolidação das Leis de TEIXEIRA DE FREITAS*, o *Direito Civil Recopilado* do DR. CARLOS DE CARVALHO e as *Obrigações* de LACERDA inspiraram se a respeito no direito romano exclusivamente.

⁽¹⁸³⁾ > Principio geral incluído no Proj. Beviláqua art. 973.

coacção assiste ao credor ; este só tem a excepção da *soluti relcintio* contra a repetição do pagamento, que por ventura lhe oppuzesse aquelle que solveu a divida natural.

Fora este caso expresso, essas sedizentes obrigações não produzem nenhum dos efeitos do direito romano ; não podem ser compensadas com dividas civis; não são susceptíveis de novação, nem comportam a fiança ⁽¹⁸⁶⁾. I

De modo que a simples referencia às obrigações naturaes no caso de pagamento não implica definil-as, nem suppõe sua existência com o character romano; em outros termos, a irrevocabilidade do pagamento não presuppõe o reconhecimento das obrigações naturaes ⁽¹⁸⁵⁾.

Tal character é commum a todo o dever moral espontaneamente cumprido. Nem se poderia admittir que o direito prestasse o braço forte da co- acção para annullar efeitos de um acto realisado por um principio moral. De modo que, não se pode bem comprehender que a irrevocabilidade possa por si só characterisar a obrigação natural. Seria preciso admittir-se então que foi o pagamento que deu lugar á obrigação. Ora, o pagamento foi sempre um modo de extinguir obrigações. De sorte que, na hypothese. elle crearia a obrigação, precisamente no momento em que a extingue—o que é absurdo.

O argumento é falho mesmo em direito romano, onde as idéas sobre obrigações naturaes são sempre confusas. Os próprios partidários delias affirmam, aliás com fundamento em textos, que é necessário que o pagamento se effectue para dar efeitos á obrigação natural.

Realmente isto se acha em dois textos ^(m); mas a controvérsia dahi oriunda provocou a Constituição imperial da 1. 9 Cod. *aá legem Fale.* que confirmou a doutrina ^(m).

Isso, porem, é verdadeira confusão. Como se poderá conceber que a irrevocabilidade do pagamento seja a base da obrigação natural, si, de outro lado, é esta admittida antes daquella ?

Tal instituto é hoje absolutamente sem utilidade ⁽¹⁸⁸⁾ e

^(m) GIANTURCO — *Institua, di Diritto Civile Italiano* § 67.

¹⁸⁶⁾ E' esta a idéa capital de MACHELARD na *ob. cit. pag. 525 e segs.*

⁽⁸⁹⁾ *l. 46 D. aá legem Falcid. e l. 20 § 1 D. de donat.*

⁸⁷⁾ MACHELARD, *ob. cit. p. 288.*

⁽⁸⁸⁾ Na phrase de GIORGI - *Teoria delle Obblig. I, n. 67 bis*, é elle um

Instituto «*iMutile e pericoloso*» no direito moderno.

B «L'obbligazione naturale— continua o mesmo autor—non serve piú che di pretesto a cattive motivazioni di sentenze. e di alimento a dispute platoniche, che imbrogliono le mente con danno della scienza». Profunda verdade que convém ser respeitada e attendida I

bem sufficiente é que, tratando do pagamento indébito, se reúna os que não são repetíveis, contando-se entre estes os que forem feitos por dever de consciência (^u). Os demais effeitos das chamadas obrigações naturaes são hoje inadmissíveis (^o).

40.—Examinemos mais de perto alguns característicos das obrigações naturaes.

Validade e irtractabilidade do pagamento feito em cumprimento da obrigação natural (^{IM}),

O jus retenlionú não é hoje intimamente ligado ao conceito das obrigações naturaes; não tem os fundamentos, nem a generalidade do direito romano. Neste elle era concedido nos casos em que o credor não tinha acção civil, como no caso do possuidor de boa fé que houvesse feito despêzas com a cousa, ou do que tivesse soffrido danno com a cousa de outrem e em casos análogos em que o direito pretoriano concedia a *retenlio* pela *exceptio doli* ([■]).

Actualmente, em casos taes, trata-se de uma obrigação civil, pois que a retenção repousa na exigibilidade da obrigação de restituir a cousa possuída e impedir o danno.

Si aexistenciada obrigação natural decorre do *pagamento*, illogico seria desde logo admittir todos os demais effeitos do direito romano, como as obrigaçõesaccessorias de garantia a novação, compensação, etc. Com effeito, todos elles são anteriores ao pagamento necessariamente, donde resultaria um effeito anterior á causa.

O pagamento a que se refere como irrepetível é uma pura liberalidade e entre estas não é possível distinguir.

O próprio direito romano vem em nosso auxilio (^l), dis-

(180) Assim, procedeu com alto critério o Projecto Beviláqua em seus artigos 967 a 974.

(WO) Já assim pensava POTHISR—*Obligations ri. 195.*

(191) *l. 13 pr., l. 19 pr., l. 38 §§ 1º e 2º l. 60 pr. D. de condil. itid. ; l. 10 D. d* oblig. et adiou. ; l. 5 § 2 D. de solut. — de acordo com o Cod. Civ. Fr., Cod. Civ. Ital. e Projectos C. Rod. e Beviláqua citados na nota 180 supra.*

(••*) *LSI D. de condits indeb.; l. 7 § 2, 8, 9 pr. § 3º D. de damno tn-fecto ; l. 8 C. de incêndio et ruina, etc. B (w) l. 19 § 4 D. de donat.*

tinguindo a doação remuneratória com a dispensada insinuação e compreendendo entre ellas as que se faziam para solver obrigações naturaes (¹⁸⁶).

Si o pagamento é um dos modos de extinguir obrigações e si obrigações ha que tenham sua fonte em contractos a titulo gratuito, não ha como distinguir ahi pagamento de liberalidade, pois que as que se effectuam para tal fim são puras liberalidades.

I Ninguém ousará dizer que taes contractos deixam de produzir obrigações e portanto recusar a consequência de sua identidade com a liberalidade. Pagar o que se comprometteu a pagar no acto de doação, foi e será sempre liberalidade e pagamento ao mesmo tempo. São os mesmos, identicamente os mesmos, os característicos de urna liberalidade e da solução de uma obrigação natural:—a irrevogabilidade e a espontaneidade.

Effectivamente, desde que o sujeito, em ambos os casos, não possa ser coagido por uma acção ao cumprimento do acto constitutivo, é irrecusável affirmar-se que o adimplemento é irrevogável, porque quem o effectua com animo de solver uma obrigação, não se reserva o direito de repetir o pagamento.

Em these geral, seria isso uma immoralidade que a lei, em caso algum, poderia consagrar. O próprio direito romano inhi-bia a repetição em muitos casos de erro no cumprimento de puros deveres moraes (¹⁹⁵). Demais a mór parte das doações remuneratórias nada mais são do que o cumprimento de obrigações de consciência (¹⁹⁸).

De quanto temos dito podemos concluir que a irretracta-bilidade do pagamento não é um *crilerium* para se deduzir a existência, no nosso direito, das obrigações naturaes com o cunho do direito romano. Disposição idêntica contêm Códigos que as repellem (^w).

(^m) GIORGI, *ob. cit.* I, *ti.* 41.

(^g) *la.* 11, 26 § 12 ; 32% 2° *D. de cottid. indeb.* GIORGI *ob. cit.* In. 46.

(^m) Cod. Civ. Fr. art. 1007 ; Cod. Civ. Ital. art. 1051.

(^m) Cod. Civ. Allemão art. 814 diz:— «Das zum zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nichl zunickefordert werden, wenn der Leistende gewust hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach».

O Cod. Fed. das Obrig. art. 72 ai. 2.» dispõe: «On ne peut repeter ce qu'on a payé pour acquiter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral. O Cod. Civ. da Austria arts. 1431-1433 e outros supra citados procedem de modo idêntico.

<41.—Entre os casos de obrigações naturaes incluem alguns juristas *os que resultam de acto nullo por falta de so-lennidades prescriplas em lei.*

No direito romano o acto nullo por falta de soiennidades prescriptas, valia como *pacto*—distincção hoje insubsistente.

Sobre esse assumpto, bem como a respeito das obrigações contrahidas com a mulher casada, o menor e todos os incapazes, teremos de voltar mais largamente em outro lugar.

422.—A compensação da divida natural com a civil parece igualmente não se poder dar.

Sendo a compensação um pagamento forçado, difficil é admittir que tenha acção para exigil-o quem não a tem para tornar effectiva a prestação. Esie modo de ver é geral entre os escriptorese códigos (^{1B8}J : é corrente em nosso direito, que exige serem as dividas liquidas e certas para serem compensadas (^m) e o próprio direito romano só admittia a compensação em tal caso com muitas reservas (^{''}).

4tâ.—Quanto á *novação* é força convir que um grande numero de escriptores notáveis do direito civil a admittem modernamente como possível nas chamadas obrigações naturaes.

Pode-se mesmo dizer que é esta a opinião mais geral.

Ninguém pode negar, em principio, que uma obrigação moral, de consciência, possa ser validamente transformada em uma jurídica. Ninguém contráe esta sem que esteja primeiramente convencido da validade daquella; parece intuitivo (⁰¹).

Trata-se, porém, aqui de uma questão technica.

(^m) DBMOLOMBE, *ob. cit.* V, 543 ; BIQOT-PROMKNBU—*Expositiou des molifs iuu Cod. Civ. Fran. art.* 1235; MOLITOR—*Obligations n 46 fint.*

Cod. Civ. Alemão art. 387 ; Cod. Civ. de Uruguay art. 1473 ns. 2 e 3; Cod. Civ. de Costa Rica art. 806; Cod. Civ. da Columbia art. 1715; Cod. Civ. da Bélgica art. 1271.

(^w) LACERDA *ob. cit.* §§ 78-8'ò ; BKVILAO.UA, *Obrigações* § 47.

(^{oo}) MACHBLARD *ob. cit.* p. 89 e segs.

/mi y DGHOLOMBB *ob. ci. T, 35/* ; MASSOL—*De l'obligation naturelle et de íoblig. morale eu droit rom, et eu droit frança is p. 283 e segs.* AUBRY ET RAU—*ob. cit. % 297, 3º nota 18* ; WINDSOHEID *ob. ai. § 288* ; HUDELLOT BT ME-TMAN *ob. cit. n.12* ; Cod. Civ. do Chile art. 1630.

A confirmação de uma dívida implica a retroactividade desse acto ao dia da obrigação, com todas as suas consequências.

Ora, é impossível fixar-se o dia em que se perfazem as obrigações naturaes.

Consiste ainda em investir o credor do direito de exigir o cumprimento da obrigação por inteiro, quando só parcialmente tenha sido realisada a prestação. Mas, na obrigação natural, não é possível predeterminar, antes de seu adimplemento, em que consista sua prestação ("*). Os próprios Códigos que definem a obrigação natural declaram que sua execução parcial não lhe dá o character civil para o effeito de poder o credor reclamar o restante (*••).

Os que admittem a novação nas obrigações naturaes invocam o argumento das legislações que admittem a fiança das obrigações annullaveis por uma excepção pessoal ao devedor (*••). E' o que dispõe a artigo 1493 do Projecto Beviláqua *a contrario sensu*:

As obrigações nullas não são susceptíveis de fiança ; logo o são, as simplesmente annullaveis.

E', porém, necessário recordar que as obrigações annullaveis, que são afiançáveis, são sempre as civis, definidas na lei (¹¹⁵).

A novação, como a hypotheca, e a fiança, presuppõe uma obrigação primitiva, ou principal, character que certamente não tem a obrigação natural.

A novação não é a substituição da dívida anterior ; é a criação da dívida nova para o fim de extinguir a antiga ("*).

Portanto admittir-se a novação é dar á obrigação natural os effeitos da civil.

44.—De tudo quanto levamos dito podemos concluir que o effeito único da obrigação natural é a irrevocabilidade do pagamento. Quando nossa lei a ella se refere, liga ao vocábulo o sentido de obrigações moraes (*").

(^m) AUBRY ET RAU *ob. cit.* § 297 nota 22; MASSOL *ob. cit.* pag. 241.

(^{c*}) Cod. Civ. Argent art. 517 ; Cod. Civ. do Uruguay art. 1418.

(^{**}) Cod. Civ. Francez art. 2012; Cod. Civ. Italiano, art. 1899.

(^{*»}) Projecto Beviláqua art. 1486.

(^{ioe}) WINDSCHKID *ob. cit.* § 331, tt. 1; SIKTKNW—*Das praktische gemeinc Civilrecht II*, § 105—*Ed.* de 1869.

(^{io7}) GABBA—*Teoria della retroattività delle leggi In materia civile IV*, p. 11, onde discute profundamente o assumpto. Vide também GIORGI—*ob. cit.* l. ns.54c—64.

No direito francez o artigo 1235 do Código Civil tem dado lugar a vivas controvérsias, dividindo o campo em dois vastos systemas em que, de um lado, estão Machelard, Larombiere, Demolombe, Áubry et Rau, Massé et Vergé, e, do outro, Da-lloz, Massol, etc. Sustentam os primeiros que obrigação natural é todo compromisso de consciência desprotegido de acção, mas possuindo todos os característicos tia obrigação civil logo que o devedor a cumpra com certeza de não ser constrangido e com animo de desencarregar a consciência. Com excepção da compensação, tal systema attribue a essa espécie de obrigações todos os efeitos que lhes dava o direito romano. O segundo systema divide as obrigações imperfeitas em moraes e na-turaes, sendo as primeiras excluidas do direito civil. Quanto as segundas ficavam ao credor livres diversos meios indirectos de satisfação, como : a fiança, o penhor, a hypotheca, *jus retentio-nis*. O pagamento daquellas é uma liberalidade; o destas um acto a titulo oneroso.

Tal é o espinhoso assumpto das obrigações naturaes.

CAPITULO II

DAS OBRIGAÇÕES DE DAR COUSA CERTA

Summarlo. 45—Importância do assumpto em direito romano. 46—O que seja coisa certa; importância do assumpto em direito moderno. 47—Como se determinam as prestações indeterminadas. 48—Regras de direito acerca da determinação das prestações. 49 ~ Continuação. 50—O que seja obrigação de dar. 51—A tradição é desnecessária no systema do Código Civil Francês?. 52—Systema contrario. 53—A tradição no direito pátrio. 54—Regras das obrigações de dar coisa certa. 55—Riscos da coisa nas obrigações de dar. 56—Regras das obrigações de restituir coisa certa. 57—Acréscimos da coisa a dar ou a restituir. 58 —Fructos da coisa devida. 5ç Obrigações de dar coisa incerta.

45.—Já deixámos dito (^m) que em relação ao fim dividem-se as obrigações em obrigações de dar e de fazer. São as obrigações *positivas*.

O objecto das primeiras pode ser de ordem tal que as prestações sejam certas ou incertas, ou, o que é o mesmo, determinadas e indeterminadas (^{D9}).

A perfeita discriminação entre a *stipulatio certa* e a incerta era capital em direito romano.

No ponto de vista histórico, ella produzia consequências importantes no processo das acções, dando lugar a uma *conditio*, ou á *actio ex stipulatu*. A *stipulatio certa* dava sempre lugar á *conditio*, que era *stricti iuris*; não admittia o temperamento da equidade; a condenação era predeterminada e

(208) Supra n. 14.

(209) Ord. liv. 3o tit. 66 § 2º; tit. 86 §§ 1o e 2º; Ass. de 24 de Março de 1763 J.MOUTOR— *Obligations n. 215*.

ordinariamente as partes jnntavam uma clausula penal para a inexecução.

I Em sentido inverso, a *slipulatio incerta* dava lugar a uma *adio ex Hipulatu* que era *bonce fidei* e o juiz fixava o *incertum* na condennação (^{M0}).

Além dessa importância histórica, considerações praticas davam á matéria uma grande importância que ainda perdura.

A regra romana era que a indeterminação da espécie, da qualidade e da quantidade, annullavam a obrigação (*")

46.—A *slipulatio* era *certa* quando seu objecto era a transferenciada propriedade de um corpo certo, de coisa perfeitamente determinada, *in geure* (¹¹). Quando tinha por objecto um fundo, um escravo, vinho, trigo, *sine qualitate*, era incerta.

Considerava-se, porém, incerta quando o objecto era o usufucto sobre coisa certa, pois que a extensão do direito não era susceptível de predeterminação. Em summa : o character de incerta não se affirmava pelo factio só de se não poder reconhecer o valor do objecto. Assim, estipula coisa certa quem se obriga a entregar os cerêaes que possui em seus armazéns, embora sem determinar sua qualidade e quantidade. Sempre que se tem por objecto um factio ou abstenção, a regra é que a estipulação è incerta.

O essencial então é que o factio seja determinado de tal modo que se justifique pelo interesse do credor em sua realisação.

Si tal interesse não estiver bem caracterizado, falta base á validade da obrigação. A estipulação de uma servidão qualquer, da entrega da posse, de uma coisa em *muluutn*, ou *commodalum*, todas as obrigações, emfim, que os romanos reduziram ás de fazer ou não fazer—eram incertas.

De modo que não ha propriamente certa si não a doação, ou a transferencia da propriedade de uma coisa determinada, enunciada em seu individuo, ou em seu género, quantidade e

{*⁰} GAIOS—IV, § 53 *fine*; MoLiTca, *ob. ctt. n. 216. (*u) is. 75 e 115 D. de vetb. oblig. (**)* l. 4 D. Ae verb. oblig.

qualidade (ⁱ¹⁸). Nas obrigações alternativas, si a escolha era reservada ao estipulante, a estipulação era certa ; si ao promittente, incerta (*").

Abstracção feita das regras especiaes com que os romanos processavam as obrigações certas e incertas—pois que o direito moderno abandonou-as—a importância da distincção por elles formulada subsiste, porque a indeterminação da prestação é um facto que pode ocorrer sempre e attingir a um ponto tal que nenhum laço obrigatório venha a se formar, ou que, na phrase consagrada, só se forme uma prestação irrisória.

Quando se tratava da obrigação determinada, comportava o direito romano a applicação das regras da prestação do dolo, da culpa e do caso fortuito. Quando, ao contrario, ella era indeterminada, *obligatio generis*, tendo por objecto o *in-■ cartum*, taes regras não se podiam applicar e sim somente as relativas ao lugar e tempo da prestação.

4bT.—A prestação indeterminada pode ser determinada :

- a) pela declaração de uma das partes ou de terceiro designado ;
- b) pela referencia a factos positivos, mas alheios ao contracto ;
- c) pela superveniencia de um acontecimento de que dependa a prestação,
- d) pela decisão do juiz, como na liquidação de fructos, perdas e danos (^m).

Exemplo do primeiro modo : —Vender pelo preço quefôr indicado por Pedro, ou por aquelle por que Pedro já comprou.

O direito romano a principio dava a respeito, lugar a controvérsia ; mas, em seu ultimo período, aceitou como valido este modo de determinação (^{il*}).

Exemplo do segundo modo :—Pagar o sufficiente para uma viagem de ida e volta aos Estados-Unidos.

(**') *Certum est, qttott exipsa pronuntiatione npparet quid, quale, quan-tum que sit—l. 74 D. de vulg. oblig.— Ubi non apparet quid, quale, quantum — que est m stipulatione, incertatn esse stipulationem dicettãunt est—l. 75 D. eoã. tit.*

(***) *l. 75 D. cit. nota supra ; DEMANGEAT ob. cit. II p. 902-205; ORTO-VAttlist. de Droit Rom. III, ps. 165'168.*

C^w) LACERDA—*ob. cit. § 19 ; Cod. Civ. Allemão arts. 315 a 319.*

(ⁿ •) *l. ult. C. de Cont. empt. ; § 19 Inst. de empt. et vend. ; l. 26 D. local. c*nd.; Cod. Civ. Fr. art. 1592: Cod. Civ. It. art. 1454.*

Exemplo do terceiro modo : — Indennisar alguém de tudo quanto tiver de gastar com um certo negocio; ou entregar a colheita que tiver em tal anno, ou a producção do rebanho em tal mez.

Bem se comprehende, porém, que tudo isso não passa' de aproximações, pois que tantas e tão variadas são as modalidades que podem apresentar os factos, que é impossivel sujei-' tal-as a principios preconcebidos. De resto, um certo grau de indeterminação é sempre permittivel; apenas ella não 'deve chegar a illudir o direito do credor pela latitude do arbitrio do devedor, pois que a regra aceita é que, si a indeterminação não pode ser transformada em determinação, mesmo por meios indirectos, lucra com isso o devedor e nunca o credor (^{sn}).

48.—O direito tem estabelecido certas regras que podem ser modificadas na pratica. O objecto da obrigação pode ser um corpo certo e determinado, ou uma espécie, ou quantidade.

Corpo certo é a *species* dos romanos, a prestação individualmente determinada, um individuo insusceptível de se confundir com outro qualquer. Vê-se, pois, que o termo *species* romano não tem a accepção moderna : hoje ella se designa por *género*.

Ao termo espécie ligamos hoje três sentidos differentes : — 1? é o chamado *genus Ulimitatum*: nos é fornecido pela sciencia e é o conjuncto de individuos agrupados por caracteres communs, como animaes, vegetaes, quadrúpedes:—2? um agrupamento particular de individuos destacados de um todo mais geral, como : gado bovino, cavallar, etc.; 3?—uma reunião mais restricta que se distingue por característicos especialíssimos, como tecidos de lã, ou de seda, côr vermelha, ou creme ; cavallos inglezes, ou árabes, etc (^m).

Quantidade em direito é toda a cousa fungível, o dinheiro, etc. Graduando-se a certeza do objecto da prestação, o mais determinado é o corpo certo, depois a quantidade, finalmente as prestações de espécie, e as alternativas (ⁱ⁹).

(•) WINDSCHBID, 06. *Cil.* § 254.

(218) GIORGI—*ob. ett.* **III**, n. 249.

(219) GIORGI—*ob. cit.* **1**, 326-227.

49.—Si se trata de um corpo certo, a determinação é absoluta.

Ella pode, entretanto, ser simplesmente relativa por facto das partes ou mesmo em virtude de lei, sendo aquelle quando ellasse referem a um typo ou critério, embora estranho ao objecto do contracto, mas sufficiente para esclarecel-o.

Tratando-se de cousas fungíveis, isto é, de cousas que, mesmo determinadas pela espécie só tenham utilidade ou valor pela quantidade, é essencial que esta se ache determinada, ou que o contracto forneça uma base segura para sua determinação.

De outro modo a obrigação é insubsistente. Si, por exemplo, alguém se obrigasse a dar trigo, ou milho, ou vinho, vagamente, existiria motivo para a invalidade da obrigação, pois que alguns grãos dos primeiros, ou algumas gotas do ultimo, a satisfariam.

Si, porém, rezasse o contracto: trigo necessário para a família do credor durante um anno, milho para o sustento de cinco cavallos durante um mez, claro está que se teria elemento seguro para se fixar a quantidade (¹⁰).

Nas obrigações de quantidade esta pode, pois, ser determinada pelo *quantum*, ou é sufficiente a determinação *per relationem*.

As expressões «mais ou menos», «cerca de» que a lei romana ja considerava (**') e que tantos autores esmiuçaram, não têm valor real para alterar a quantidade, si esta é de outro modo referida no contracto e o juiz pode regulal-a ao seu prudente arbítrio sem prejuízo da obrigação (***) .

Pode-se dar o caso de designarem as partes um terceiro para a determinação do valor da prestação nos contractos co-mmutativos.

Em tal caso a obrigação é valida, mas condicional. 371

Tratando-se de cousas não fungíveis, desde que seja possível comprehenderem-se nellas cousas de valor mui diverso, o objecto deve ser determinado *in stpedc*, ou ao menos, no que os romanos chamavam o *gerais proximum*, uma vez que seja possível determinalo pela natureza, excluindo o arbítrio.

(220) POTHIBR — *Obligations n. 131*: HODKLOT ET METMAN—*Obligations n. 138*: BAUDKY LACANTINERIE ET BARDE—*Obligations ns. 282, 284*: BUFNOIK — *Pr o-prieté et Contrat p. 517*: MOUTAB—*ob. cit. n. 217*.

(221) *l. 192 D. deverb. significatione*.

(222) LAROMBIKHE — *Theorie et Pratique des Obligations, 1130. 8*: GIORGI—*ob. cit. III n. 433*

Si o objecto for indicado somente pelo *genus generalissimi-tfiutn* como o compromisso de dar um animal, uma arvore, a obrigação não existe. O género *proximum* pode também invalidar a obrigação si for deixado ao arbítrio exclusivo da parte, porque si a determinação da cousa é deixada ao arbítrio do promittente, o contracto não produz obrigação, como a de dar uma casa sem fixar outros característicos (*").

Si, ao contrario, me obrigo a dar um cavallo, claro é que determinei a espécie limitando o género *animal*. Neste caso a escolha deve ser deixada ao devedor, pois que entre objectos iguaes, ha objectos de valores differentes (**).

E' essencial, porém, em circumstancias taes, que a limitação seja sufficientemente restringida, a fim de se não cair na prestação irrisória, como seria aquella em que alguém se obrigasse a dar um quadrúpede. O mesmo não seria, si alguém se obrigasse a dar um anel, ou um relógio, si bem que existam ambos de valores e formas variadas.

Todas essas minúcias têm o seu tanto de académicas.

No fundo o modo como os contratantes podem designar a espécie contratada é variadíssimo, ora se atendo, ora se afastando do corpo certo ou indeterminado, acrescentando ou diminuindo caracteres especiaes. E' uma questão de facto que ás mais das vezes se resolve implicitamente pelos termos do contracto e, melhor ainda, pela situação dos contratantes (**s).

Assim, nada pode haver mais indeterminado do que obri-gar-se alguém a dar um quadrúpede ; mas si A, que é negociante de muares e cavallares, contrata com uma Companhia de Bondes urbanos promettendo fornecer dentro de um certo prazo um certo numero de quadrúpedes, a situação das partes determina e restringe a espécie do objecto e as condições particulares que elle deve preencher. Em outros termos, o contracto é valido.

Pelo quanto levamos dito, podemos resumir que o essencial é que a obrigação tenha por objecto uma cousa ao menos determinada quanto á sua espécie e que a quantidade da cousa pode ser incerta, comtanto que possa ser determinada (*").

(223) *l. 115 D. de verb. si%.*: C. TELLES—*Dig. Port. I, art. 373.*

)224) *l. 52 D. mattdati ; l. 25 pr. ; l. 34 § 6° ; l. 60 D. de cont. emtiane ; l. 10% 6° D. de jure dotlunt ; Is. 106 e 138 D. de verb. obltg.* MAYNZ, *ob. cii. § 191 notas 8 a 10 ; Cod. Civ. do Japão, art. 406.*

(**) GIORQI, *ob. cit. III ns. 249, 432.*

(««) *Cod. Civ. Fr., ait. 1129 ; Cod. Civ. do Canadá art. 1059 ; Cod. Civ. Português, art. 716 ; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 630 ; Cod. Civ. do Peru, art. 1251 ; Cod. Civ. da Columbia, art. 1524 ; Cod. Civ. do Hayti, art. 920 ; Cod. Civ. da Bélgica, art. li29.*

50.—A palavra dar em direito de credito tem um sentido geral exprimindo a obrigação de transferir, não somente a propriedade, como também a posse. Tal expressão constitueo perfeito antagonismo das obrigações de dar com as de fazer e não fazer ^(M7).

A obrigação de dar tem como conseqüencia restringir no promittente o livre uso da coisa ; todo acto contrario, ulterior ao momento em que a obrigação está constituída, equivale a um attentado á coisa de outrem. Não é uma promessa de fazer ; é uma promessa de abstenção (***)).

A prestação de cousas por effeito de contracto pode consistir na alienação da propriedade de certa coisa ou de certo direito, na alienação temporária do uso, ou fruição de certa coisa, ou na restituição de coisa alheia, ou no pagamento da coisa devida ^(m).

A genérica disposição da maioria das legislações modernas abrange, nessa espécie de obrigações, o uso ou detenção da coisa, ficando as disposições de detalhe para a regulamentação de cada um dos contractos em especial.

Da obrigação de dar pode decorrer a constituição de um direito real, a transferencia da propriedade. Segue-se que essa transferencia se opera só pelo facto da obrigação ? ^(S3o).

o 1.—Sobre esse magno assumpto, dois systemas de direito se degladíam.

A legislação franceza aboliu o systema secular romano.

A innovação mais radical e mais cheia de conseqüências que ao direito romano trouxe o Código Civil Francez é a contida no artigo 1138 desse Código, segundo o qual o credor se torna proprietário pela simples obrigação de dar ^(1s1).

Ahi as obrigações transmittem a propriedade, neste sentido, que, não sendo essencial a tradição, o credor torna-se lo-

^(MT) DEMOLOMBE, *ob. cu. T*, 396.

^(m) HUDELOT ET METMAN, *ob. cit. n.* 212.

^(***) Cod. Civ. Português, art. 714.

^(**o) Alguns autores francezes e italianos distinguem ainda obrigações de dar e de entregar, conforme se trato de domínio Q direitos reaes, ou do uso temporário. Ha, porém, mesmo ali quem repiUa a distincção, como DEMOLOMBE *ob. cit.* XXIV, 296.

^(«>>) ANTHOINEBB SAINT-JOSKPH—*Concordance entre les Cods. Civ. etrans-
\%ers et lê Code Ifapoleon—Introâ. p.* XLVIII.

go proprietário sem nenhuma outra formalidade especial posterior. O mesmo se dá com quaesquer outros direitos reaes.

E' preciso saber que a exigência romana da tradição dominou no antigo direito francez. Do meiado do século XVH em diante as idéas philosophicas de certos autores (***) vieram generalisar costumes que existiam anteriormente nas tradições feudaes e pregar que, na realidade, não existe fundamento para que o consentimento só do individuo fosse insufficiente para transmittir a propriedade.

Esse individualismo exagerado e esse character absoluto do direito de propriedade produziram effeitos nesse particular da tradição por terem sido favorecidos por precedentes históricos especiaes.

Com effeito, a clausula feudal do *weat et dewesl* começou desde então a se transformar na equivalente, intitulada *dnssai-sine-saisine*, em virtude da qual o alienante declarava despir-seda posse para investir nella o novo adquirente (²³³). As leis de 20 e 29 de Setembro de 1790 vieram mais tarde expressamente abolir tal clausula dos contractos.

Por outro lado é bem sabido que, no direito romano, a tradição era ás vezes illusoria, quasi dispensada, de facto, como no constituto possessorio, na transferencia a quem já possuia a titulo precário (**).

A evolução natural preparou, portanto, a solução para a França,

Não foi, pois, subrepticamente e sem discussão que os artigos 711 e 1138 entraram na codificação franceza (⁸⁸).

De modo que, em direito francez, não é a tradição que transmite a propriedade, nem é essencial para tal effeito ; ella apenas põe o adquirente em estado de poder servir-se da cousa.

Nas obrigações de corpo certo, a transmissão da propriedade não é um effeito mediato da convenção, pois que o artigo 1138 do Código Francez julga a obrigação de transferir a

(^{*32}) O que mais influiu para isso foi GROTIUS—*De jure btlli ac paeis*— hv. II, Gaps. VIU e XXV.

(^M) LOYSEL—*Institutions coutumieres*, Uv. V, M. IV, regle 7^e ; ARGOO—*InsUtutioHS du droit français II*, p. 197 e 198, éd. 11*.

I (^{M*}) l. 79 D. de solut. ; l. 1* § 21 e l.18 § 2 D. de adq. vel amitt. posscissione.

(^{MJ}) Isto affirmaram TROPLONO e MARTOU. Entretanto escreveu BIGOT-PREAMKNBU : —«Cest le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose; il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le creancier doive être considere comine propriétaire aussitôt que Finstant ou la livraison doitse faire est arrivé»—FKNET XIII^o p. 230.

propriedade, que a convenção creou, como imediatamente executada (*•').

A obrigação de dar implica a de entregar, desde que é dado o consenso das partes (*").

Seguiram este systema diversos códigos ("). No direito italiano o principio é o mesmo do Código Francez: a tradição é então somente um titulo de preferencia entre os demais adquirentes da mesma cousa movei por natureza, ou de títulos ao portador do mesmo *causam dans* ("•).

Pelo direito inglez a tradição—*dalivety*—também não é essencial para a transmissão da propriedade e é bastante o contracto ("•).

Apesar, porém, da doutrina franceza, muitos códigos modernos abraçaram o principio romano da necessidade da tradição (***)

52.—A dispensa da tradição, a transferencia da propriedade pelo só consenso das partes, importa considerar na propriedade unicamente seu elemento individual com desprezo do elemento social (***) . O segundo contratante poderá, sem ella e dentro da mais rigorosa boa fé, operar a transmissão da cousa e esta passar successivamente de uns a outros* produzindo verdadeira confusão entre diversos indivíduos.

Identificar contracto com domínio foi sempre a mais revoltante das aberrações jurídicas. E' pelos defeitos reaes e inilludiveis do systema francez que as legislações de outros

(^{13e}) BAODRY L. ET BARDE, oft. *cit.* «. 423.

<^w) BUFNOIR -*ob. cit.* pag. 43.

(^m) Entre outros o Cod. Civ. da Itália art. 1125 ; Cod. Civ. Port. art. 715 ; Projecto Felício, art. 1965.

(**M GIANTURCO—*Ist. di diritto civile ital.* §57.

(>^w) BLAESTONE— *Commentaries li, p. 447* ; BROOM—*Commen. an the comm. Iam. pajs. 401-409.* Diz este ultimo : — «It is clear, that, by the law of England, which differs in this respect from the Roman law, the property in a specific chattel may pass without delivery... The effect of the contract, the-refore, is to vest the property...»

(^{aw}) Cod. Civ. daHollanda, art. 639; Cod. Civ Argent., art. 577; Cod. Civ. da Hesp. arts. 600 e 1095 ; Cod. Ped. Suisso, art. 199; Cod.dos B. de Montenegro,art. 836;Cod. Civ. do Chile, arts. 670,675 e 679; Cod. Civ. AU., arts. 873. 925e929 ; Cod. Civ. da Prússia I, 9 § 6; 10§ 1*;j Cod.de Saxe,art. 253 ; Landrecht Bavaro II 3 §7; Cod. Civ. da Austria, arts 425,426,etc. gj

9 (242) T. ME FRBITAS—*Intiod. a Consol. da» leis.* Esboço do Cod. Civ. arts. 887-954; Proj. C. Rodrigues, arts. 463-473.

povos tem-se atido ao principio romano. Este é indubitavelmente mais accôrde com uma concepção social relativa à propriedade.

Transmittir a propriedade só pelo consenso expresso no contracto é dar áquella um character absoluto, individual e egoístico, em que o respeito a terceiros é inteiramente esquecido. Daí vem que, mesmo onde dominam taes princípios ha quem contra elles se revolte e se indigne (**),

Elles não resistiram á natureza das cousas. Com effeito, estabelecendo o Código Francez que «*en fait des meubles la possession vaut libre*» (*), limitaram-se mais tarde os effeitos do principio só á transferencia dos immoveis. Neste mesmo departamento alguns de seus artigos (*) forneceram tão pequena garantia á propriedade immovel e ao regimen hypothe-cario, que foi necessário recorrer ao regimen da transcripção por uma lei especial (*).

5JL.—Nosso direito foi sempre fiel ao principio romano da exigência da tradição (*).

Os contractos e as obrigações d elles resultantes foram sempre, como são ainda, apenas um justo titulo para a acquisição da propriedade por transferencia de um proprietário a outro ; só produzem um direito puramente pessoal que, para o alienante é a obrigação de entregar a cousa, e para o adquirente o de exigir a tradição, Antes do alienante cumprir a obrigação que assume, nenhum domínio tem o adquirente. O alienante continua com a propriedade do objecto alienado, tem sua Kvre disposição.

O adquirente é um simples credor com acção pessoal para tornar effectiva a entrega devida, ou rehver o preço pago.

Donde a obrigação sò se consuma pela tradição que effectua a passagem do domínio do alienante ao adquirente (**).

(243) GIORGI, *Ob. cit.* IVns. 225-226; COQIJOLO—*Fil. dei dir. priv.* § 20 p. 174.

(«4) Cod. Civ. Fr. art. 2279.

(245) Cod. Civ. Fr. arts. 939 e 1069.

(*) Lei de 23 de Março de 1855 : T. DE FREITAS—*Cons. das Leis Civis, Ititroâ.*

(⁴¹) Ord. Iiv. 4« tit. 5» § 1» ; tit. 7« Cod. Comm. arts. 198 e 202 ; Alv. de 4 de Setembro de 1810; *Cons. das Lets Civis*, arts. 908-909 : *Direito Civ. Recopil.* arts. 443-444; BEVILÁQUA—*Ohrigações*, § 15, etc. I (**⁸) LAPAYETTB—*Direito das Cousas* § 44 : ROSSEL—*Man. du drott fed. des obligations* n. 247.

Estes princípios são idênticos, quer se trate da transferencia de domínio, quer se as encare cora applicação ás obrigações de dar (*").

5<4.—Temos a obrigação de dar e a de restituir coisa certa. Os princípios reguladores são análogos ("). I

I O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber coisa diversa da que lhe é devida, inda que seja mais valiosa. (*")

O devedor é obrigado a entregar precisamente a coisa devida, não podendo substituil-a por outra, quando mesmo seja esta superior.

A convenção é lei entre as partes.

A reciproca é verdadeira:—o devedor não pode ser com-pellido a prestar coisa diversa, inda que de menor valor.

A única excepção á regra se acha nas obrigações facultativas :—mas é excepção pouco consistente, porque ahi uma das cousas está prestabelecidamente *in facultate solulionis*.

Na dação em pagamento não existe derogação do principio ; apenas as próprias partes substituem ou modificam a convenção primitiva. Nas obrigações de coisa certa elle é absoluto e as únicas modificações que pode soffrer decorreram do dolo e caso fortuito.

A obrigação de dar coisa certa comprehende os accessorios delia, ainda que não tenham sido mencionados no con tracto.

Entretanto o contrario pode resultar do titulo de divida ou de circumstancias (^M).

55.—Relativamente aos riscos devemos tratar metbodi-camente da perda e da deteiioração da coisa, antes da tradi-

("*•) Proj. Beviláqua, arts. 535 e 538.

(«o ; Proj. Beviláqua, arts. 867 e 872.

(^{9st}) Cod. Civ. Fr. art. 1243; Cod. Fed. Suisso, art. 81 ; Projecto Beviláqua, art. 866.

(»») Cod. Ciy. daHesp., art. 1097;Cod. Civ. Arg., art 575; Proj. lBev., art. 867,

ção, com ou sem culpa do devedor, para o caso da obrigação de dar e para o da obrigação de restituir.

Antes de satisfazermos este programma, bom é firmar que os riscos, de um modo geral, eram sen pre para o credor em direito romano, em matéria de obrigação de corpo certo.

Nosso direito adopta este principio. De modo que o adquirente soffre o risco si a coisa perece sem culpa do devedor antes de cumprir esta a prestação. Si, porém, a coisa é incerta, claro é que não pode perecer e então o credor não soffre o risco, a obrigação subsiste e o devedor tem direito de escolha, si outra prestação não tiver sido convencionada.

Si a perda se dér por culpa do devedor, este responde pelo equivalente com perdas e danos.

No systema f rancez a lógica levou a conclusões análogas, posto que por princípios differentes (^{s8}). Si o credor é proprietário pela simples conclusão do contracto, claro é que lhe deve caber todo o risco da coisa ("*) desde o instante em que esta lhe devia ser entregue, ainda que a tradição se não haja realisado, salvo a mora do devedor—caso único em que este supporta os riscos O⁵⁵).

O Código Civil allemão regeitou o principio romano el deixou os riscos até a tradição a cargo do devedor (*').

A verdadeira doutrina aceita pela maioria dos Códigos e dos juristas de todas as nações foi incorporada ao nosso Projecto Beviláqua e de nenhum modo choca com o que ha de estabelecido no direito pátrio, que é apenas falho a respeito.

Adoptando o systema de tradição, a lógica levou-o a consignar que o perigo da coisa que é objecto da obrigação de dar, não pode recair sobre o credor antes da tradição com o fundamento de que o devedor de coisa certa liberta-se da obrigação de a entregar por seu perecimento sem culpa; seria confundir o direito pessoal com o real.

De modo que por essa doutrina, si a coisa certa na obrigação de dar perde-se sem culpa do devedor, antes da tradição ou pendente a condição suspensiva, liberta-se ò devedor da

(^{TM8}) Cod. Civ. Fr., art. 1138 ; BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. n. 423 cit.*

(^{Mk}) POKTAUS *apud* FBNET XIV />. 113 ; BUWOIR, *ob. cit. ps. 39 e segs.* ;j BAUDRT L. ET BARDE *ob. cit. its. j63-367* ; HUDKLOT ET METSIAN *ob. cit. tis. 211-223* ; GIOROi—*ob. cit. IV, tis. 223-224; VIII, ns. 122-140.*

(^{*8}) Cod. Civ. do Japão arts. 534-535; Cod. Civ. do Chile, art. 1550.

(••) Cod Civ. Allemão art. 446 ; WINDSCHEID, *ob. cit. §321 nota IS.*

obrigação, ha a equivalência do fortuito e o contracto fica resolvido para ambas as partes ⁽²⁵¹⁾.

Convém notar, antes demais nada, que o vocábulo «perda» em obrigações comprehende toda a espécie de impossibilidade superveniente da prestação, sem culpa do devedor ("). Outrosim, não se distingue perda total da parcial. A impossibilidade se verifica com a perda, ainda que parcial.

Si, ao contrario, a perda resultar de culpa do devedor, responde elle pelo equivalente da cousa com os danos e perdas que soffrer o credor, sendo estas ultimas calculadas pelo valor corrente ao tempo que a entrega devia ter sido effectuada ("). E' a solução conforme as tradições e á doutrina moderna ⁽²⁶⁹⁾.

Si, porém, o devedor mostrar que a cousa devida pereceria, mesmo em mãos do credor, elle se libera (*"), salvo si a furtou, porque o ladrão é sempre reputado em mora de entregar.

I A perda da cousa pode se dar ou por seu perecimento, ou por ser ella posta fora do commercio, ou por desaparecer de modo a não poder mais ser recuperada, ou delia não se saber

r).

Tratando-se da deterioração da cousa certa, a lógica jurídica conduz ás seguintes conclusões:

Si a deterioração occorre sem culpa do devedor, tem o credor dois caminhos a seguir : —ou pode resolver a obrigação, ou aceitar a cousa, deduzindo de seu preço o valor da deterioração ou desvalorisação soffrida (").

Si a deterioração se dá havendo culpa do devedor, pode o credor exigir o equivalente, ou aceitar a cousa no estado em que se achar, com direito de reclamar, em qualquer dos casos,

(*") *l. 107 D. de solut.* : Cod. Civ. Arg. art. 578 ; Proj. Bev., art. 868 ai. 1.º; Cod. Civ. do Canadá.art. 1087 : 1200; Cod. Civ. Ital. art. 1298.

⁽²⁸⁸⁾ LAROMBIERE *ob. cit.* 1502, \6 ; AUBRY ET RAO, *ob. cit.* § *Nota j**; LAURENT—*Principes de droit civ.* XYIII, 509.

(«") Proj. Beviláqua, art. 868 ai. 2.º ; Cod. Civ. Argent. art. 579 ; Cod. Civ. Português, art. 717; Proj. C. Rod. art. 469 ;POTHIER, *ob. cit.* 142.

^(M0) *l. 9i §2 D. de verb. oblig.* ; DEMOLOMBE *ob. cit.* V, 762; LAURENT *ob. cit.*, XVII,519 ; TOULLIER — *Le droit civ. franç. suivant l'ordre du Code IV, 466* ; GIORGI, *ob. cit.* VJH, n. 1?}.

^(*M) GIORGI, *ob. cit.* VIU, n. 1}4.

I (***) Cod. Civ. Port., art. 717 § 1º; GIORGI, *ob. cit.* VIIj, 125.

(263 \[. 8D. de peric. et comm. rei vend.; POTHIER, *ob. cit.* H. 219 ; Cod. Civ. Fr. art. 1182; Cod. Civ. Argent art. 580 ; Cod. Civ. do Canadá, art. 1087 ; Proj. Beviláqua, art. 869.

m

M

indennisação por perdas e danos ("*). O Código Argentino ("*) contém uma disposição que se nos afigura mais justa. Em igual hypothese elle não dá ao credor o direito de exigir o *equivalente*, o que suppõe o direito de exigir o *preço equivalente*, mas sim uma *cousa equivalente* com as perdas e danos (^{26fi}). I O devedor responde pela degradação soffrida pela coisa por culpa sua, ou por facto de terceiro por quem é responsável.

Em regra geral, o facto de terceiro é, na classe de obrigações que estudamos, um fortuito para o devedor ; mas a culpa do devedor por falta de vigilância e precaução pode dar lugar a esse facto e neste caso domina a regra que torna responsável o devedor pelo fortuito quando occorrido por culpa. Com maioria de razão quando elle é quem provoca o facto de terceiro.

O devedor é igualmente responsável pelas degradações fortuitas da coisa occorrida após sua mora, salvo si puder provar que ellas sobreviriam mesmo em mão do credor, após a entrega.

56.—Na obrigação de restituir coisa certa, os princípios são differentes dos que regulam o caso de dar coisa certa.

Assim é que, si a coisa se perde antes da tradição, sem culpa do devedor, soffre o credor a perda e a obrigação resol-ve-se libertando-se o devedor (⁸⁷). A razão é obvia : o credor era senhor. Não se dão no caso apenas direitos pessôaes de sua parte para exigir do devedor a tradição da coisa como complemento da obrigação. Vimos em outro caso (n. 55) que a resolução da obrigação para ambas as partes era a consequência, aliás muito lógica, pois que a obrigação não tinha mais objecto, quer a perda se desse antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva. Com effeito, percida a coisa, antes de realisada a condição, realisada esta, a não existência daquella deixava o direito sem objecto (^{24B}).

("*) Cod. Civ. do Canadá, art. 1087 cit.; Proj. Bev., art. 870. f*⁸⁵)
Cod. Civ. Argentino, art. 581.

(¹⁶) l'OTHIKR. *Ob. cit. H. 14[^]*; IAKOMBIBRB, 06. *Ctt. 1245, M. 5.* I
(^{W1}) Proj. Teixeira de Freitas, art904 ; Proj. Beviláqua, art. 872. (¹⁸) POTHIRR—
*Vente n. 3 08 ai. l.a * 2.*» ; Huc—*Droit Civil Vil*, ws. 105-06 : SALEILLES—*ob. cit. «. 181.*

Aqui a questão é diversa: trata-se de simples restituição por quem detém a qualquer título coisa alheia que tem del restituir ao legitimo dono e então a regra é *res verit creditori*

n

Apenas o credor conserva intactos todos os seus direitos anteriores até o dia da perda (*7*).

I Si a coisa se perde por culpa do devedor, responde elle pelo equivalente com perdas e danos (71).

Si a coisa a restituir se deteriora sem culpa do devedor, o credor a receberá no estado em que se achar, sem que tenha direito de exigir indenisação (27i).

Acodem as mesmas considerações já feitas.

A deterioração sem culpa da coisa certa a dar, traz a resolução da obrigação ou aceitação da coisa sem abatimento, porque, antes da tradição, o credor não tinha sobre ella direitos reaes; a deterioração soffrida importava mudança no objecto da obrigação ; a coisa não mais existia como quando a convenção se formou.

No caso actual, ao contrario, aquelle a quem se deve a restituição já era senhor, exercia direitos de domínio, direitos reaes sobre a coisa.

Eis porque a deterioração parcial não extingue a obrigação : o devedor deve prestar o *quod superest* f73).

Tanto assim que, si a deterioração se dér por culpa do devedor, o credor pode aceitar a coisa, como esta se achar, ou exigir o seu equivalente, com direito de reclamar, em qualquer dos casos optados, a indenisação por perdas e danos (75).

Todas essas regras applicam-se também ás obrigações a termo, ás *in solidum*, ás indivisíveis, ás de clausula penal e ás alternativas, que teremos de estudar nos capítulos subsequentes.

Em todos os casos de perda da coisa é essencial indagar -se si, desaparecido o impedimento, isto é, si restaurada a coisa, convalesce a obrigação.

(s69) SALLEILES, *ob. ctt.* «. 183; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. ctt. n. 424.*

(270) Cod. Civ. Arg., art. 584; Proj. Bev., art. 872. Criticaram os Sn. A. CAVALCANTE e O. FIGUEIREDO o Proj. Bev. por dizer: «ficam-lhe (ao credor) porém, salvos os direitos até o dia da perda». Achavam vaga a expressão *direitos*. Não podemos atinar com a razão da critica. Vid. *Trabalhos do Cod. Qvo.* II p. 164 e III p. 121. I

(*) Cod. Civ. Argent. art. 585 ; Proj. Bev., art. 873.

(«*) Cod. Civ. Arg., art. 586; Proj. Bev., art. 874. ■ (273) POTHIER—
Obligations, n. 668 ; LAROMBIEHR, ob. ctt. n. ljoj, 1. H

(«*) Cod. Civ. Arg., art. 587 ; Proj. Bev., art. 874 parte 2.».

As soluções romanas eram contradictorias (*"). B

Pensamos que, em tal hypothese, a obrigação não se extinguiu ; apenas paralysoou-se por algum tempo. De modo que, achado o objecto nas obrigações de dar e de restituir, ou cessado o impedimento nas de fazer, a obrigação subsiste como antes. Isto, porém, não é absoluto. Si o credor resolveu a obrigação reputando-a extinta, si usou de outros direitos decorrentes dessa extincção contra o devedor ou contra terceiros, claro é que não mais poderá pretender direito algum sobre a coisa recuperada (¹⁹).

fonvêm também aqui lembrar que as perdas e deteriorações regulam-se pelos principios expostos, si tiver havido da parte do devedor somente culpa ou negligencia. Si elle for possuidor de má fé, responde pelas deteriorações ou perda da coisa ainda que accidentaes, salvo si provar que se teriam dado do mesmo modo estando a coisa na posse do credor.

57.—Quer no caso de dar, quer no de restituir coisa certa, é claro que, antes de realisada a tradição, pode a coisa receber acréscimos e melhoramentos. Suscita-se então naturalmente a necessidade da pesquisa: a quem devem pertencer ?

E' evidente que a solução não pode ser idêntica.

No caso de *dar* coisa certa pertencem ao devedor os acréscimos e melhoramentos. Elle pode mesmo exigir do credor augmento do preço, pois que, realmente, a coisa não é mais o que era no momento da convenção e seu dono é quem deve lucrar com ella. Ora, antes da tradição, o credor não tem propriedade. Esta se liga ainda de tal modo a pessoa do devedor que, si o credor não annuir ao augmento do preço, pode aquelle resolver a obrigação (*⁷⁷).

No caso de *restituição* de coisa certa, si esta tiver augmentado ou melhorado sem despesa ou trabalho do devedor, lucra o credor com o facto sem pagar indennisação (*").

(^m) l. 79 D. de legatis—resolve pela affirmativa; l. 98 §8 D. de solut.— resolve pela negativa.

(^m) PoTHiKR—ob. cit. n. 656 ; Giomi, ob. cit. VIII «. 140.

(*") Cod. Civ. Arg., art. 582; Proj. Bev., art. 871 ; POTHIER, ob. cit.

H. 151.

<«*) Cod. Civ. Arg., art. 588; Proj. Bev., art. 875.

Si para o augmento ou melhoração tiver concorrido trabalho ou despesa do devedor, ha distinguir⁽²⁷⁹⁾:

I Si o devedor é possuidor de bôa fé, tem direito a ser indennizado das bemfeitorias necessárias e úteis, e quanto ás voluptuarias, si lhe não for pago o valor, tem o direito de levantar-as, quando puder fazel-o sem detrimento da cousa. Pelo valor das bemfeitorias necessárias e úteis poderá além disso exercer o direito de retenção⁽²⁸⁰⁾.

I Si, ao contrario, o devedor é possuidor de má fé, devem ser indennizadas somente as bemfeitorias necessárias, mas não goza do direito de retenção pelo valor destas, nem do de levantar as voluptuarias^(M).

M As bemfeitorias compensam-se com as deteriorações e só dão lugar á indennisação si existirem no momento da restituição^(T).

De resto, o credor obrigado a indennisar as bemfeitorias tem direito de optar entre o valor actual delias e seu custo^(S88).

58.—Quanto aos fructos da cousa devida, tratando-se da obrigação de dar, os percebidos pertencem ao devedor e os pendentes ao credor até a tradição^(i8*).

Em relação aos fructos percebidos si o devedor é possuidor de bôa fé, tem a elles direito emquanto durar a bôa féⁱ⁹⁸⁵⁾.

Os pendentes ao tempo em que cessar a bôa fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas de producção e custeio.

Devem igualmente ser restituídos os fructos colhidos com anticipação⁽²⁸⁶⁾.

Si o devedor é possuidor de má fé responde por todos os fructos colhidos e percebidos e pelos que, por culpa sua, deixou de perceber desde o momento em que se constituiu de má fé; tem, porém, direito ás despesas de producção e custeio^{C87)}. Os fructos naturaes e industriaes reputam-se colhidos e

e¹⁹⁾ Proj. Beviláqua, art. 876.

(M⁰) Proj. Bevil., art. 523.

l⁽²⁸¹⁾ Proj. Bevil., art. 524.

(M²) Proj. Bevil., art. 525.

(28ii) Proj. Bevil., art. 525 §un.

f*⁸⁴⁾ Cod. Civ. Arg., art. 583; Proj. Bev.,art.871. ■

("*; Cod. Civ. Arg., art. 590 : Proj. Bev., art.876 ai. 2» e 517.

(«Mj Cod. Civ. Arg., art. 590 cit. ; Proj. Bev.,art. 876 cit. e 518.

(,«") Proj. Bevil., arts.876 e520-

percebidos logo que são separados. Os civis reputam-se percebidos dia por dia (*⁸⁸).

59.—A obrigação de dar coisa incerta, chamada obrigação de *gênero*, é aquella em que se deve indeterminadamente um individuo de uma classe ou gênero determinado (^{S89}).

A coisa incerta, já o dissemos, deve ser determinada ao menos pelo gênero e quantidade (*⁹⁰).

Nas cousas determinadas pelo gênero e quantidade, a escolha pertence ao devedor, si o contrario não resultar do titulo de obrigação (^{W1}). Todavia o direito de escolha não é ahi absoluto, pois que elle não pode pagar o peor, nem o credor exigir o melhor, quando a elle couber o direito de escolha (SM).

Uma vez individuada a coisa pela escolha do credor ou do devedor, trata-se de coisa certa e rege-se a matéria pelas disposições a estas relativas (^{29s}).

Antes da escolha não poderá o devedor allegar perda ou deterioração da coisa por força maior ou caso fortuito (^{29v}).

Essa disposição é evidente, pois que é só quando feita a escolha, que existe coisa certa que possa desaparecer como objecto da obrigação (^{29S}).

(**) Proj. Bevil., art. 519. ■

(*■) Cod. Civ. do Chile, art. 1508; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1384; SAVIGNY—*Obligationsrecht*, § 39.

(*»°) Proj. Bevil., art. 877.

(^mJ) Cod. Civ. Argent., art. 601 ; Proj. Bevil., art. 878.

(*»*) Cod. Civ. Fr., art. 1246; Cod. Civ. Port., art. 716 § único ; Cod. Civ. da Columbia, art. 1566 ; Cod. Civ. Argent., art. 602 ; Proj. Bevil., art. 878 cit.

(^m) Proj. Bevil., art. 879; Cod. Civ. Arg., art. 603.

<•*) Cod. Civ. Argent., art. 604 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1510; Cod. Civ. de Uruguay, art. 1336; Proj. Bevil., art. 880. *3

(^{29b}) BAUDRY LACANTINERIK KT BAKDH, *ob. cit. ns. 1469-1473*.



CAFITULO III

DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER

- Summario. 60 -- Formas diversas de prestações. 61 —
I Distincção entre obrigação de dar e de fazer 62 — O que abrangem as de fazer e não fazer. 63—Quem é obrigado á prestação nas de fazer. 64 — Influencia da culpa na prestação do devedor. 65 — Prestação que se torna impossível. Prestação pessoal do devedor. 66—Substituição do devedor na prestação. Riscos. 67—Obrigações de não fazer; como se presume nestas a mora.

(iO.*Dare, facere, ptcsslure*—eis o resumo, digamos mesmo, a formula sacramental, com que o direito romano abrangia todos os objectos do direito de credito. Nella está realmente toda a substancia de tal direito, que não era então, como não é hoje, um direito sobre a cousa, mas tão somente contra o devedor para constrangel-o a realizar um daquelles fins; é uma necessidade j uridica de acção ou inacção imposta álguem em favor de outrem ⁽²⁹⁸⁾).

O objecto do direito de credito é, em summa, um direito sobre o direito do devedor ⁽²⁹⁷⁾. De um modo geral, o objecto da obrigação é indirecta e mediatamente o objecto do contracto e, em geral, tal objecto é a prestação ⁽²⁹⁸⁾. Apenas esta pode ser um simples factio, ou a transmissão de um direito so-

(**6) E' o pensamento claro de PAULO na l. 3^e D, *deoblig. eaction*, C**1)
SCHOTT—*Der obtgalorische Vertrag untr Abwenden* — J.º 3 ;
WWDSCHEID—*ob. cit.* § 252 nota i.» acha ambígua a expressão «objecto do direito de credito».

⁽⁹⁸⁾ WINDSCHBID, § 252.

bre a cousa» Dahi a technica moderna: *prestações de cousas* para as obrigações de dar e *prestação de facto* para as de fazer e não fazer (*").

61.—A distincção entre os casos em que o objecto é na realidade uma cousa a entregar e aquelle em que é um facto a realisar, émui delicada para se applicar, pois que, no fundo, toda a obrigação é uma prestação de fazer, um *facere*.

Tal aff irmação não é uma pura theoria e sim uma questão eminentemente pratica, quando temos a indagar, por exemplo, si é de dar ou de fazer a obrigação que tem o devedor de fabricar um objecto cuja propriedade tem de ser adquirida pelo credor (^m).

Ha, pois, innegavelmente uma certa identidade entre a obrigação de dar e a de fazer.

A de dar, já o vimos, tem por fim a transferencia da propriedade ; mas casos bem característicos existem em que a de fazer chega ao mesmo resultado. A obrigação de conservar a cousa a entregar é ainda, sob certo ponto de vista, a de fazer :—fazer o que for necessário para conserval-a e não fazer o que a puder dannificar ou deteriorar. Tanto assim é, que a culpa em contrario acarreta o dever de indennisação (^{3M}). Na pratica o recurso é considerar o caracter dominante para determinar a classificação (⁸⁰ⁱ).

Dessa subtil distincção surge o modo de ver de alguns juristas modernos, julgando insustentável a divisão das obrigações de dar e de fazer (^{30s}).

No nosso systema, que adopta a necessidade da tradição, para a transferencia da propriedade, a distincção entre as duas espécies de obrigações é correcta e pratica (^{80v}).

(*") BUFNOIR—*Propriété et Contrat* p. 511.

(«Mj) BUFNOIR—*loc. cit.*

(^{3M}) BAUDRY L. ET BARDE—*Obligations*, n. 345. &j

(^{30s}) AUBRYET RAU—*Droit Civil*, IV, p. 39.

(«o») Porexemp'0 —GIORGI I, n. 230 ; II, ns. 5, 91, 103% 105, 111; *Vil*, vn. 13 bis, posto que, mesmo no systema italiano em que a tradição não é exigida, haja quem o conteste—LACERDA—*Obrig.* § 18 nota 2.

(^{30*}) VAN-WETTER—*Drott Rot*». li, 21.

62.—A obrigação de fazer abrange: o serviço humano em geral, seja material ou immaterial, por tempo ou qualidade determinados; producção de certos artefactos, ou realisação de certos factos do devedor que tenham utilidade pessoal, mas bem positiva para o credor, e independente de execução physica. ^(M5)

Na obrigação de fazer, o adimplemento consiste em effectuar a prestação :—na de não fazer em uma abstenção e em vigiar de modo que não seja praticado o acto por pessoa por quem sejamos responsáveis. ⁽¹⁰⁸⁾

Em regra as obrigações de fazer não se compadecem com a coacção *manu militari*, como as de dar. (*")

O direito, porém, consagra excepções notáveis da coacção com a prisão dos tutores e curadores ⁽³⁰⁸⁾, dos depositários judiciais remissos e dos extrajudiciaes nos casos de não restituição do deposito ⁽⁸⁰⁹⁾, na dos devedores do fisco por seus alcances. ^(3.º)

A *manus vniliaris* pôde também ser invocada não para garantir um direito real, mas para tornal-o effectivo pela tradição. E'então fundado somente no direito pessoal á entrega da cousa, que o credor pôde compellir o devedor a realisar a tradição e isso quer a gente trate de transferir uma propriedade, quer o simples uso. ^(m)

E' nessa coercibilidade das obrigações de dar, que pôde chegar até a *manu militari*, e na fraqueza dos meios da de fazer, que repousa sua grande distincção pratica. ⁽⁸¹¹⁾

63.—Na obrigação de fazer o credor não é obrigado a

(WS) AUBRY ET RAtr— OÔ. *Cit. IV § 344.*

^(3º6) GIORGI *ob. cit. VII, 13 bis*; BAUDRV L. ET BARDE, *ob. cit. n. 429*; IHUDELDT ET MRTMAN M. 233\ ROSSEL—*Manuel cit. n. 126.*

^(3ºi) E' a regra — *Nemo precise ad fartum cogi potest.* Vide GIORGI II, 151 e sega.

⁽⁸⁰⁸⁾ *Consol. das Leis Civ. art. 305*; Proj. Bevil. art. 443 § único. ■

⁽⁸⁰⁹⁾ *Consol. das Leis Civ. art. 437-438*; Proj. Bevil., art. 1289.

^(3'º) Decreto n. 657 de 5 de Dezembro de 1849.

^(M) DEMOLOMBE—*ob. cit. XXIV, ns. 507-508*;—Projecto Beviláqua, urt. 1191,n.

1.

(***) MOUTOR, *ob. cit. n. 560*; HUDELDT BT METMAN, *ob. cit. n. 234,*

aceitar do terceiro a prestação, quando fôr convencionado que o devedor a faça pessoalmente. ⁽⁸¹³⁾

Em regra não é o devedor obrigado a executar por si mesmo a prestação. Casos, porém, existem em que o contrato tem sua origem nas qualidades pessoais ou habilidade industrial do devedor. E' então subentendido que a convenção sobre esse ponto especial seja expressa para poder derogar a regra em contrario. Sj

I Entretanto existem hypotheses em que essa clausula deve ser subentendida. Si, por exemplo, contrato com um pintor de reputação um quadro ou um retrato, é evidente minha intenção de que o trabalho seja executado por elle pessoalmente e não lhe será licito commetter a outrem a execução da obra, sendo-me permittido rejeital-a, si o fizer.

¶4.—A theoria da culpa e do fortuito inda é, nas obrigações de fazer enão fazer, essencial para podermos determinar onde começa a responsabilidade do devedor e até onde chegou sua diligencia para cumpril-a.

Aqui a prestação pôde deixar de se effectuar, tornar-se impossivel *por culpa*, ou *sem culpa*.

Si a prestação tornar-se impossivel sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação. ^(m)

Si a prestação fôr impossivel por culpa do devedor, responde este por perdas e danos. ⁽³¹⁵⁾

Invocada a impossibilidade de cumprir a prestação, muito importa distinguir si ella é *originaria* e provém do tempo em que a obrigação foi contrahida, ou si *successiva*, isto é, si surtiu ulteriormente. Na originaria é preciso ainda estudar si é

^(ais) Cod. Gv. Fr. arts. 1236, 1237 ; Cod. Civ. da Luiziana art. 2132; Cod. Civ. daSardenha, art. 1327 ; Cod. Civ. daHoll., art. 1118; Cod. Civ. de Nápoles, art. 1190 ; Cod. Giv. da Hesp., art. 1161 ;Cod. Civ. do México, art. 1538; Cod. Civ. do Chile, art. 1572 ai. 2.» ; Cod. Civ. da Bélgica,art. 1237 ; Cod. Fed. Suisso, art. 77; Cod. Civ. AU., art. 267 ai. la. • Proj. Bevil.,art. 881 ;Cod. Civ. Argent., arte. 626, 730. ■ ^(31M) Cod. Civ. AH. art. 280; Cod. Civ. do Chile. art. 1553, ti. 3 ; Cod. Civ. doHayti, art. 933 ; Proj. Bevil. art. 882 ai. la. M

^(31K) *Dir. Civ. Recopil. art. 869* ; Cod. Civ. Argent., arts. 627, 628 ; Cod. Civ. do Canadá, art. 1202 ; Cod. Civ. Ali., art. 275 ; Proj. Beviláqua, art. 882 ai. 2».

real e *objectivu*, ou si constitue apenas obstáculos *subjectivos*) do facto do devedor. ⁽³¹⁸⁾

I A impossibilidade originaria, objectiva, resolve a obrigação, impede a prestação ou seu equivalente. (*")

A originaria, subjectiva, não ; resolve-se em equivalente pecuniário. I

A primeira ataca o próprio contracto e o invalida ; a ultima não influe sobre a validade do contracto, nem exime o devedor da indennisação. ⁽⁸¹⁸⁾ I

Na impossibilidade successivasó ha indagar si o devedor está, sim ou não, em culpa.

Si não ha culpa do devedor, a prestação se extingue e só lhe resta restituir o que em razão delia recebeu. ^(ai9)

Havendo culpa, cumpre ao devedor indennisar os da-nnos em equivalência. ^(m)

Ha quem admitta a impossibilidade parcial, invalidando o contracto apenas em parte. ^(8M) Nosso direito nas obrigações de fazer e não fazer, como nas de dar, parece não admittir a regra do direito romano, segundo a qual a obrigação subsistia emquanto restasse uma parte qualquer, inda que insignificante, de seu objecto, mesmo um accessorio d'elle.

Esta não é a solução de nossa lei.

Para esta o critério é a culpa ou ausência de culpa do devedor. E' esta que vem determinar a resolução da obrigação, ou fundar o direito creditório á indennisação de perdas e danos. ^(3M)

Realmente, si a impossibilidade não decorre do caso fortuito, vem da culpa e, neste caso, a indennisação se impõe como subsidiaria da obrigação em natureza, sem ser necessária a constatação da mora, porque, na espécie, esta consiste na retardação. As perdas e danos em que é o devedor então condemnado por inexecução não constituem obrigação nova que venha substituir a antiga, e sim uma sancção da obrigação originaria, um effeitoaccidental da inexecução. ^(m)

⁽³¹⁶⁾ E' O *impeâimentum naturale* e a *facultas aanát* da l. 1]7 § 4 D. de verb. oblig. flf) WINDSCHEID, ob. cit. § 315. H

(81») cit. WINDSCHEID.

■ (S»M Cod. Civ. Argent. cit. art. 627. I

(MO) WINDSCHEID, Ob. Cit. §2/6.

(»«t) WINDSCHEID, §3i5nota8. Para a execução parcial a jurisprudência franceza admitte indennisação, apesnr do artigo 1144 do Cod. Civ. Fr.— HUDELLOT ET METMAN— obra cit. n. 2)7.

(32*) Dtr. Civ. Recopil., art. 869 cit.

■ (343) HUDELLOT ET METMAN, ob. cit. n. 2)4.

A impossibilidade temporaria, ao contrario, força é admitida, a despeito da omissão de nossa lei.

A impossibilidade pôde cessar. Ora, já vimos que ella deve ser posterior á obrigação, perfeita e perpetua, pois que si fosse anterior, a obrigação não se extinguiria, porque não teria surgido. ⁽³²⁴⁾ Tal é o caso de um artista, que, após ter contratado um serviço, perde de repente a vista. E' uma impossibilidade successiva e objectiva que resolve a obrigação, pois que não é imputavel ao devedor.

Uma impossibilidade temporaria, porém, é um simples impedimento que pôde cessar. A regra então é que o contracto é valido sómente quando a cessação é inherente á natureza da impossibilidade e invalido quando accidental. ⁽³²⁵⁾

Si um artista não pôde, pela superveniencia de uma grave molestia, dar cumprimento a uma obra que contratou, não se poderá furtar a executal-a desde que sua saude se restabeleça, salvo si a molestia fôr de tal modo protrahida que não haja mais utilidade para o credor em obtêr o serviço.

Nesta hypothese especial, o impedimento temporario equivale ao perpetuo. ⁽³²⁶⁾ E' um exemplo da cessação, inherente á natureza da impossibilidade.

Os casos de impossibilidade nas obrigações de fazer e não fazer são, de resto, mui pouco applicaveis na pratica. Com effeito, pela natureza das cousas, ella apparece com mais frequencia nos contractos de locação de serviços, no mandato, na sociedade e em outros em que o direito toma em especial consideração a influencia da força maior e do caso fortuito.

65.—A resolução da obrigação de fazer por impossibilidade occorrida, sem culpa do devedor, ou a indennisação a que elle é obrigado, si ella sobrevém por culpa sua, não significa que o credor não tenha direito de exigir o adimplemento na especie contratada. Elle pôde exigir, por acção em juizo, o cumprimento da obrigação, tanto quanto é livre ao devedor offerecer-se a cumpril-a com as modificações que entender. ⁽³²⁷⁾

⁽³²⁴⁾ GIORGI. *ob. cit.* VIII, n. 123.

⁽³²⁵⁾ l. 83 § 5 D. *de verb. oblig.* ; l. 98 § 8 D. *da solut.* WINDSCHKID § 315 *cit.* ; HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit.* n. 141 ; DERNBURG — *Das Bürgerlich Recht - vol II P. 1^a §§ 60-62.*

⁽³²⁶⁾ DEMOLOMBRE— *Contrais. etc.* V, 787,788.

⁽³²⁷⁾ LAROMBIERB—*ob. cit.* I p. 583 ; LAURKNT—*ob. cit.* XVI, n. 197; Huc-*ob. cit.* VII, n. 135.

Apenas como a obrigação de fazer é pura e simples e não alternativa para o devedor, elle não pôde, em seu lugar, offerecer a indemnisação de perdas e danos. ⁽³²⁸⁾

Esta é uma consequencia da inexecução e do officio do juiz. ⁽³²⁶⁾ Si, porém, é o devedor obrigado a uma prestação que só elle possa ou deva satisfazer, e si a isso se recusar, haverá tambem lugar á indemnisação dessas perdas e danos. ⁽³⁵⁰⁾

E' esta a solução do direito moderno em quasi todos os Codigos. Ninguem pôde ser victima de uma violencia em sua pessoa para executar suas obrigações. Não quer isso dizer que se não possa ser juridicamente compeilido a satisfazer um dever jurídico de credito, mesmo consistente num factio.

A excepção unica do factio pessoal do devedor é porque este jamais poderia ser obtido sem o emprego de uma injusta e inadmissível violencia. ⁽³²⁶⁾

A obrigação de indemnisar, no caso de recusa da prestação pessoal, é uma regra que abrange todas as obrigações de fazer, qualquer que seja sua origem, inclusive as que decorrem dos quasi delictos. ⁽³²⁶⁾

60.—Si o factio a prestar puder ser executado por terceiro, é livre ao credor, ou mandar executar-o a custa do devedor, havendo recusa, ou móra deste, ou pedir indemnisação de perdas e danos. ⁽³²⁶⁾

A hypothese é a de um factio que não dependa de aptidões especiaes do devedor e, portanto, poder ser realisado por qualquer encarregado seu. E' uma prestação de solução mais facil para o devedor e por isso a lei é mais rigorosa.

Si elle recusa ou retarda a execução, o credor tem dois caminhos a escolher : ou manda executar ou pede desde logo a indemnisação.

⁽³²⁸⁾ DEMOLOMBE—*ob. cit.* I, 490.

⁽³²⁹⁾ BAUDRY L. ET BARDE — *ob. cit.* n. 431

⁽³³⁰⁾ Cod Civ. Arg., art. 629 : Cod. Fed. Suisso, arts. 111 e 116; Projecto Bevil., art. 883.

⁽³³¹⁾ POTHIER—*Louage*, 66 ; *VENTE*, n. 68.

(332) Huc—*ob. cit.* VII, n. 137; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 443 ; Proj. Bevil., art. 883.

(333) Cod. Civ. Fr., art. 1144 ; Cod. Civ. Itai., art. 1220; Cod. Civ. da Hesp., art. 1093; Cod Civ. Port., art. 712; Cod. Civ. Argent., art. 630; Cod. Civ. do Japão, art. 414; Cod. Fed. Suisso, art. 111 ; *Dig. Port. I art. 193* ; Proj. Bevil., art. 884; POTHIER—*Obligations*. 157. E, pois, doutrina geral

Assim, alugo uma propriedade e no contracto obriga-se o locador a mandar abater umas arvores que me sombreiam certo lado delia. Desde que elle não o faça, posso eu fazer á custa do aluguel que tenho de pagar. Mando construir uma casa sob um plano dado. O empreiteiro modifica a seu talante a fachada e se recusa a restabelecer o desenho que recebeu. Posso mandar executar as reformas á sua custa, isto é, descontando no que me restar a dar-lhe.

A maioria dos Codigos exige que o credor seja auto-risado pelo juiz para poder fazer substituir o devedor na prestação. Essa exigencia não se coaduna com as nossas normas de processo. Desde que o devedor recusa, póde o credor fazer executar por terceiro : o juiz não póde entre nós proceder de plano, exercer funcções como que administrativas. ⁽³³⁴⁾

Si o credor prefere, no caso de móra ou retardação, a indennisação de perdas e danos, não nos parece que se possa, á guisa do que se dá na jurisprudencia franceza, computar o valor do danno pela demora passada e futura. ⁽³³⁰⁾

Nas obrigações de fazer, os riscos são a cargo do devedor.

Si elle não executa aquillo a que se obrigou, indennisa com uma somma fixa o danno soffrido pelo credor. ⁽³³⁶⁾

O computo do que o credor vae soffrer de futuro com a retardação, a tanto por dia, até que o devedor realise a prestação—é extranho ao nosso direito. ⁽³³⁷⁾

67.—A obrigação de não fazer fica igualmente extincta si se tornar impossível sem culpa do devedor. ⁽³³⁸⁾

Si o devedor assumiu uma abstenção que verificou depois ser de natureza a supprimir uma liberdade, garantia legal

⁽³³⁴⁾ **Projecto Bevil., art. 884.**

⁽³³⁵⁾ Aubry ET Rau—*ob. cit.* IV, p. 41.

⁽³³⁶⁾ BUPNOIR- *ob. cit.* p. 512 ; SALEILLES. *ob. cit.* n. 194, p. 206 *fine* e *p. 207*; BAUDRY L. ET BARDE, *vb. cit.* n. 440.

⁽³³⁷⁾ **E' o que a jurisprudencia franceza chama *astreinte*, *comminatoria* e *penal*, ali introduzida com *infracção* do art. 1142 do Cod. Civil e profligada em geral pela doutrina dos melhores autores. Vide— *ob. cit.* VII, p. 205; DORVILLE—*De l'interet moral dans les oblig.* p. 206-210 ; LACOSTE — *De la la chose jugée pag. 37 e segs.***

⁽³³⁸⁾ **Cod. Civ. Argent., art. 632; Proj. Bevil., art. 885.**

ou faculdade, pôde annullal-a, invocando sua ignorancia de facto. ⁽³³⁹⁾

Realizado por culpa do devedor o facto, a cuja abstenção se obrigou, pôde o credor exigir que elle o desfaça, sob pena de ser desfeito á sua custa, além da indennisação de perdas e danos. (""") Assim, alugo uma casa de campo e o vizinho obriga-se para comigo a não tapar uma passagem que mais facilmente me conduz á cidade próxima; ou a não fazer, durante minha *villegiatura*, nenhuma obra em um açude de onde deflue uma agua que me é útil, posto que não indispensável. Si elle tapar-me a passagem, ou executar qualquer obra de barragem, posso exigir que desfaça taes serviços, e, no caso de recusa, posso mandal-as desfazer á sua custa, reclamando as perdas e danos que me advieram do caminho mais longo que me obrigou afazer, ou da utilidade que deixei de perceber com o uso da agua.

Conforme vemos, a mora nas obrigações de não fazer é presumida pela só contravenção, independente de qualquer intimação, pois que a mora só tem por fim marcar o termo da retardação da execução e fazer presumir que, em falta desta, o credor convenha em conceder um prazo. Ora, não se concebe um praso para a abstenção, para não fazer. ⁽³⁴¹⁾

Importa, porém, fixar a solução para o caso em que a abstenção não se concretise em um facto material e, portanto, insusceptível de ser desfeito, quer pelo devedor, por exigência do credor, quer por este, á custa daquelle.

Em taes casos só resta ao credor a indennisação de perdas e danos que devem ser computados com maior rigor.

Convém, finalmente, lembrar que as obrigações de fazer e não fazer são moveis, mesmo quando applicaveis a immo-veis. ⁽³⁴¹⁾ Esta opinião é controvertida em direito francez ^(8W) e constitue questão de pouca utilidade em direito pátrio. A consequência única que dahi pôde decorrer é que o credito immovel não poderia ser transferido sem a outorga uxoria.

^{J889}) HUDKLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 233*.

(340) Cod. Civ. Fr., arte. 1143. 1145 ; Cod. Civ. Ital., arte. 1221 e 1222 ; Cod. Civ. da Hesp., art. 1099; Cod. Civ. Port., art. 713; Cod. Civ. Argent. art. 633 ;Cod. Civ. do Chila, art. 1555 ; Cod. Civ. do Japão, ait. 1202 : Code Federal des Obligations, art. 112 ; *Dtg. Port. I, 193 e 194* ; Proj. lievil. art. 885; POTIUBR—*ob. cit. n. 157*.

^(8W)) LAURENT—*ob. cit. XVln. 240*. Inútil é di;er que a obrigação de não fazer constitue n classe das obrigações negativas.

(***)) AUBRY ET KAU, *ob. cit. IV, p. 38* ; LAURENT, *ob. cit. V, n. 495* ; MOUTOR, *ob. cit. n. 228* ; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. «. 430*.

^(8*3)) Vide RODERIR ET PONT—*Contraí de martage I, n. 3)6*.

CAPITULO IV

DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

Summario. 68 — Obrigações alternativas e conjunctas: noções respectivas. 69—Natureza da prestação nas alternativas. 70—Em que as alternativas differem das facultativas. 71 -Em que differem das condicionaes. 72—Em que differem das de género. 73—Em que differem das com clausula penal. 74-Analogia das obrigações alternativas com as solidarias. 75—Nas alternativas a opção pertence, em regra, ao devedor. Efeitos da opção realisada. 76—Qual o momento em que se considera realisada a opção. 77— Opção do credor ; quando se fixa. 78—Ir revogabilidade da opção. 79—Caso em que as partes se recusam a realisar a opção. 80—Consequências da opção. 81—A prestação parcial não é admissível. 82—Prestações annuaes. 83 — Risoos nas obrigações alternativas. 84—Prestação da culpa quando a opção é do devedor. 85—Prestação da culpa quando a opção é do credor. 86—Caso em que todas as prestações tornam-se impossíveis. 87—Perda ou deterioração parcial da cousa devida em alternativa. 88—Perda ou deterioração por culpa do credor. 89—Transferencia da propriedade da cousa devida em alternativa. 90—Pôde o credor reivindicar um dos immoveis comprehendidos na alternativa e alienado pelo devedor? 91—Effeito dos vicios redhibto-rios da cousa certa optada.

Gft —As obrigações chamadas alternativas são de ordinário originadas nos legados em testamento e nos contractos. Em ambos os casos os princípios reguladores são idênticos. Mas as que surgem de contractos são mais raras na pratica. (***)

Pertence esta classe de obrigações á das múltiplas em seu objecto, as quaes, como é sabido, dividem-se em *conjunctivas*

(***) HUDELLOT BT METMAN— *Obligations* m. 324.

le *alternativas*. (^{8U}) Donde se vê que a alternativa é oposta á conjunctiva e por isso é chamada por muitos *disjunctiva*

Na conjunctiva o devedor obriga-se a pagar uma cousa e outra, um cavallo e 500 litros de trigo ; na alternativa obri-ga-se a uma cousa *ou* a outra : um cavallo ou 500 litros de trigo.

O que, pois, caracteriza a alternativa é: *a*) a pluralidade das prestações não conjunctas; *b*) poder o devedor solvel-a com qual das prestações quizer. Isto é uma noção universal.

Posto que o caso mais ordinário manifestado na pratica seja de duas prestações (⁸ⁿ), as alternativas podem compre-hender a prestação de *factos* com alternativa (^{iw}), ou alternativa de mais de duas cousas (^{''}), uma cousa e um facto, ou uma abstenção. (^{8S0})

Quando a alternativa recáe sobre quantidades iguaes de uma mesma cousa, por exemplo, dar mil saccas, ou duas mil saccas de café, não é disjunctiva, e sim uma obrigação pura e simples, porque, sendo da essência dessa obrigação a escolha do devedor, não se poderia acreditar que elle trepidasse em escolher a prestação menor.

Casos ha, entretanto, em que quantidades diversas de uma cousa podem dar logar a uma verdadeira alternativa, si se interpõe uma circumstancia que attenuie ou aggrave a prestação. Tal é, por exemplo, aquelle em que a promessa verse sobre pagar 1:000\$000 em um anno, ou 2:000\$000 em três annos — hypothese esta em que a alternativa é evidente. (^{3S1})

I

(^{sw}) Muitos Códigos deixam de estabelecer regras sobre as chamadas obrigações conjunctivas, porque estas são simples obrigações ordinárias, que só se distinguem pela pluralidade das prestações.

(^{1**}) BADDRY L. ET BARDE—*Obligattons n. 1074*; AUBRT ET RAU— *Droit Civ. IV p. 44* ; *Consolidação das Leis Civis*, nota 62 do art. 564.

I

(SM) *Giomi—Obbligaeione, IV, n. 420.*

-A

(3*8) *Cod. Civ. Argent. art. 636*; *Cod. Civ. Port., art. 738.*

O¹⁴⁹) *Cod. Civ. da Uai, art. 1183*; *Cod. Civ. Fr., art. 1196*; *Proj. C. Roi., art. 426*;

WINDSCHEID—*Paudektenrechts § 255 nota 2**; LACERDA *nota*

2 ao § 20.

(^{3S0}) DEMOLOMBE—*COM* . et Obhg. XXVI, n. 4*; BATJDRY. L. ET BARDE *ob. ctt. n. 1042. Es können derart nicht bloss awet, sondern auch mehrere Leistungen geschilt det itier/teM—DERNBURG—Bttrgerliche Rechl, vol. IIP*. 1».*

543-

I

(^{M1}) LAROMBIEKE—*Theovie et Prat. des oblig. 1189 H. 9* ; MOHUENBRUOH — *Doei. Pandectarum § 3c7*; POTHIBR — *Oblig. ns. 2^5, 2j9 \ BACDRT L. KTB. H. 104J.*

69.—Pelo que temos visto, a obrigação alternativa ou disjunctiva, como no direito romano, é aquella em que ha uma indeterminação restricta a dous ou mais objectos, dos quaes só um deve constituir a prestação definitiva. Não ha duvida, porém, que todos os objectos são devidos desde que o laço se contráe ; estão, na linguagem *tecb.tnca.,inoblignlione*, embora indeterminadamente. Quando a escolha concentra a obrigação em uma das prestações, as outras ficam *in facullale solu-lionis*.

O fim das obrigações dessa natureza é, pois, augmentar para o credor as garantias do credito e as probabilidades da solução. Dahi se deduz que, si a alternativa é pura, conserva seu character, mesmo depois de transmittida a herdeiros do devedor e do credor, ou transferida por cessão —o que é sempre possível, até antes da escolha. ()

TO.—Não se deve confundir a obrigação alternativa com a *facultas alter natica*, mui frequente na instituição de legados nos testamentos e não raro estabelecida pela própria lei. ⁽³⁵³⁾ Naquelle todas as cousas estão *in obligatione* ; nesta só ha uma *in obligatione*, sendo que a outra, ou outras, estão *in facultate iolulinni** desde a formação do vinculo obrigacional. A facultativa é uma obrigação simples, regulada por todos os princípios da obrigação pura, tendo de peculiar unicamente a faculdade do devedor poder libertar-se com uma cousa á vontade.

Dahi a grande differença nos riscos da cousa.

Tal no exemplo:—constituo-me na obrigação de emprestar um cavallo, ou—si quizer—100 alqueires de trigo. Só devo o cavallo ; só elle está *in obligatione*. De maneira que, si elle morrer, eu me liberto. O vicio da cousa *in obligatione* nenhum direito confere sobre a outra. O credor somente pôde pedir tal cousa, que é a devida, sem a menor referencia á outra. (**)

^(35*) MUHLENBRUCH— *Cession* § 2 f c nota 4\$ /WINDSCHEID § 255; MOITOR— *Obligations* M. 221.

^(*) Dizemos *facultas alternativa* para conservar a expressão romana. Quem introduziu o termo «obrigação facultativa» foi DELVINCOURT, ainda por isso modernamente criticado por HVC—*Droit civil VII*, v. 254.

^(35v) Cod. Civ. da Columbia. art. 1563 ; POTHIER, *ob. cit. n. 25*f* ; MOITOR—*ob. cit. H. 227* \ PACIFSCI MAZZONI—*Ist. de ãir. civ. Uai. IV, 25* ; AUBRY ST RAU, *ob. cit. S 300 notas 11 e i2* \ BAUDRY L. BT BARDE, *ob. cit. ns. 1048*»

71.—Não se deve, outrossim, confundir a obrigação alternativa com a condicional, porque naquella não é indeterminado *si* o devedor é obrigado a realisar uma prestação, mas *qual* dentre algumas se deva prestar. ^(a5li)

A condicional é incerta quanto ao vinculo obrigacional; a alternativa é completa ; só seu objecto é indeterminado, digamos mesmo, incerto até certo ponto; mas, em todo caso, independente de qualquer acontecimento para poder existir como direito creditório. ^(3SS)

Na condicional o devedor não tem certeza de dever pagar, porque pôde se liberar pelo não implemento da condição ; na alternativa elle sabe que deve, posto que ignore ainda qual das prestações deva fazer.

Esta distincção implica consequências praticas importantes, já quanto aos riscos da cousa, já quanto á existência da própria obrigação. Assim, um legado condicional caduca si o legatário fallece antes de preenchida a condição; no legado alternativo isso não se dá e elle se transmite a herdeiros.

Si, entretanto, na alternativa a escolha é deferida a terceiro, a obrigação torna-se condicional, pois que se presuppõe o facto do terceiro não poder ou não querer realisar-a. ⁽⁵⁷⁾

722. —Existe igualmente frisante differença entre a alternativa e a obrigação de género. Esta é, sem duvida, indeterminada como aquella ; mas a indeterminação de seu objecto é muito mais vasta, ao passo que os objectos da alternativa são desde principio individualisados, sendo, portanto, mais restricta a escolha. O que caracteriza a alternativa é a individuação dos objectos. Nella a opção determina o objecto já

1052 ; LAURENT, *ob. cit.* XVII, 227 ; LAROMBIERE, *ob. cit.* n96, 3 ; C. DA RO-CUK—*Dir. Civ. nota ao § 115 ; Consol. das Leis* nota 64 ao art. 564. Muitos Códigos tratam especialmente das facultativas, ou delias juntamente com as alternativas, taes como os de Costa Rica arts. 654-661 ; da Columbia arts. 1656-1564; da Áustria arts. 906-907. Outros ha que declaram que, havendo duvida si uma obrigação é alternativa ou facultativa, será considerada como sendo facultativa—Costa Rica art. 661; Columbia art. 1564; Uruguay arts. 1831-1332.

(*■) WINDSCHKID—*ob. cit.* § 255 e nota 3.».

("•) LAROMBIERE, *ob. cit.* 1189 n. 11; LAURENT XVII M. 229. M ^(M1)
1.141 § l.º D. de verb. oblig. ; SALEILLES *ob. cit.* n. 10 ; DERN-BURQ *cit.* § 43 n. 5; GIOBQI O*, *cit.* IV, n. 426 a) ; MUBXENBRUCH—*Pand.* § 357 nota 9.

especificado; nas de género o *in cartum excerlis* é preciso especificar o indeterminado.

I Outro grande distintivo é attinente aos riscos.

Como o género nunca perece, nas obrigações a elle relativa a coisa devida nunca se extingue e pode ser substituída.

Nas alternativas, por isso que as cousas devidas são limitadas, sua perda produz outras consequências. ^(8^o) I Por ser a alternativa de algum modo indeterminada, o credor propondo acção deve sempre formular seu pedido alternativamente. (*")

I 73.—Absurdo seria confundir a alternativa com a obrigação com clausula penal. Esta é subsidiaria; não existe sinão como accessorio do não implemento da obrigação e não confere ao credor nenhum direito de opção.

74.—Ha, entretanto, uma certa analogia entre a obrigação alternativa e a solidaria. Nesta a prestação de um dos devedores solve a divida; naquella uma das prestações também a extingue. Em ambos os casos, porém, o vinculo da obrigação prende num laço único devedores e prestações; em ambos o objecto visado é o accrescimento de garantias para o credor. ^(3B*)

75.—Nas obrigações alternativas a escolha cabe ao devedor, si outra coisa não foi estipulada. ^(3e1) E' uma dis-

⁽³⁸⁸⁾ GiOBQioft. cit. IV, n. 445.

(389) POTHIER, *Ob. Ctt.* 248 \ BAUDRY L. ET BARDE *Tt.* 1060, I

(380 \ POTHIER, *ob. ctt.* n. 245 : MAYNZ— *Oblig. d'après le droií tom.* § 22 : GIORGI, *ob. cit.* IV, 423; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. ctt.* n. 1044 ; AUBRY ET RAU, *ob. ctt.* § 300.

(361) Proj. Bevil. art. 887: Não ha em obrigações principio mais universal . GIORGI, *ob. cit.* IV, n. 426 a' diz : «E' regola si púo àire msegnata da tuttn le scuole, sanaionata tn tutte le legislaaione». O direito romano a consagrava nas *l. 25 pr., l. 14 § 6 D. de cont. empt. : l. 10 § 6^e D. de jure dotium; l. HO § 3 D. de reg. jur.* Nos Códigos modernos, vemol-a nos da Áustria, art. 906; no Francez. art. 1190; no da Sardenha, art. 1281 ; no de Nápoles, art. 1143 ; no da Itália, art. 1178 ; no da Prússia I, 5 § 274; no da Bélgica, art. 1190; no do Congo, art. 88; no da Hollanda, art. 1316 ; no de Costa-Rica, art. 654 ; no do Peru, art. 1289; no de Uruguay, art. 1324; Inodo Chile, art. 1500, ai 2.^a ; no de Hespanha, art 1132 ai. 1.^a ; no Argentino, art. 637 ; no Federal Suisso, art. 82 ; no Allemão, art. 262; no de Saxe, arts. 697 e 698; no do Japão, art. 406 : no Dig. Português, I, 155 ; no

posição tradicional e tem seu fundamento na regra também geralmente aceita que as obrigações se interpretam contra quem estipula, em favor de quem assumiu a obrigação. (•"*)

O direito de opção transmite-se a herdeiros, quer pertença ao devedor, quer excepcionalmente ao credor. ("*•) I

Antes da opção realizada, não ha ainda direitos definidos no credor e sim «uma base jurídica objectiva de taes direitos.» (*'*)

Realmente, si a escolha coubesse ao credor, todo o conteúdo da obrigação seria desde logo devido determinadamente e elle poderia, de súbito, fazer valer sua vontade, ao passo que, pertencendo ella ao devedor, só com a prestação effectiva manif esta-se o conteúdo da obrigação. (*")

Quando a escolha fôr por estipulação deferida ao credor, deve sel-o por palavras expressas e bem claras, como devem aliás ser todos os actos de manifestação da vontade, que venham derogar regras postas por lei.

O effeito da escolha é a *concentração* da obrigação sobre a coisa escolhida, a qual fica desde então sendo o objecto único e a obrigação considerada como pura e simples desde que foi contrahida. Essa concentração retroage ao momento da formação do vinculo obrigacional, porque todas as prestações alternativas se achavam já *in obligalione*. Esse effeito retroactivo é o mais pratico e importante nesta espécie de obrigações. ("•)

76.—Variam as opiniões sobre o momento em que se fixa a opção do devedor. Contentam-se uns com a simples

Proj. C. Rodrigues, art. 421; MOLITOR, *ob. cif* n. 218; WINDSCHEID. *ob. ctt.* § 225 *notas j e 4*; C. DA ROCHA, § 114. Neste concerto universal de legislações e de opiniões só conhecemos uma nota discordante : o art. 528 do Cod. dos Bens de Montenegro que deixa livre a escolha, salvo estipulação em con* trario.

(⁵⁶¹) *In stipulatonibus cttm quceritur quid actum sit, verba contra stt-vpiilatorem interpretando sunt*—l. 38 § 18 D. *de verb. obtig.*—*An/bi&ullas contra stipulatorem esl*—l. 26 D. *de reb. ditb.* POTHIER, *ob. ctt.* n. 97. I (^{M3}) MOUTOB 06. *cit. n.* 221 ; GIOBGI, IV, 426.

(3«V) PUNTSCHAKT—*Die fundamentalen Grundlagen des rSmisch Privat-recht,* apud. WINDSCHEID, § 255 *cit. nota 5.*

(^{36B}) WINDSCHEID *ctt. na nota anterior.*

(^{36B}) WINDSCHEID *of.* § 255 *nota ô*; GIOROI *ob. ctt.* Jv n. 424.

declaração unilateral da vontade, independente da aceitação do credor. (")

Outros entendem que é pela execução, ou pela offerta real seguida da consignação da coisa, porque a simples offerta pode ser retractada. Com effeito, si a simples declaração fosse sufficiente, livre seria ao devedor diminuir as garantias do credor, libertando-se dos riscos da coisa pela declaração da vontade, logo que a obrigação fosse contrahida, pois que a regra é que após a opção do devedor, a coisa perece para o credor.

De modo que entendemos poder o devedor optar somente no momento de ser executada a obrigação, embora sem dependência de aceitação do credor. (³⁶⁸)

Como se vê, nessa solução o devedor, como proprietário das coisas sobre que versa a obrigação, não tem a liberdade de disposição delias. Do contrario a alternativa seria illusoria para o credor, pois que o devedor poderia desde logo transformar a em pura e simples. A solução contraria foi pelo Código Civil Alemão adoptada unicamente por protecção ao commercio (³).

A escolha do devedor não se faz, pois, definitiva, sinão pelo pagamento, pela execução da prestação (") e pagamento definitivo de uma das prestações por inteiro, porque, si elle realizar uma das prestações parcialmente, sua opção não fica perimida e elle pode reaver a porção que prestou, e fazer a prestação de outra coisa—o que quer dizer que, até ahi, elle pode variar a prestação. Já assim decidia o direito romano

n

Outrosim, si o devedor por erro pagou um ou todos os objectos da alternativa, cabe-lhe o direito de repetir o que deu por erro ou o que deu demais—o que quer dizer—que até ahi se estendem as consequências de seu direito de opção ("*).

(³⁸⁷) YHBWHG— *Yahrbuch fUr Dogmatk Recht I ps. 31-33*; LAURENT, *ob. cit.* XVII, 232, 237; HODELOT ET MKTMAN *ob. cit. n. 326*; Cod. Civ. AU., art. 263 ; Cod. Civ. da Hesp., arts. 1133 e 1136.

(³⁶⁵) MOURLON—*Repetitions Ecrites li, 123*]; LAROMBIÉRE, *ob. cit. 1190, n. 3* ; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1062* . .

(³⁶⁹) SALEIUES -*ob. cit. n. 9*.

I

(^{no}) WINDSCHEID §255 *notas 4 e 11* /MOLIOR, *ob. cit. n. 220*; BEVILA-Q.UA — *Obrigações* § 26.

(⁸¹¹) *l. 26 § r? D. decond. tnãeb.* WINDSCUU§ 255 *nota 7*; ERXLEBEN — *Condi tio sine causa, li p. 206*; MOURLON, *loco cit.* *m*

(³¹¹) Ultima solução na controvérsia do direito romano: *l. lo Cod. d\ Cond. indeb.*

E' todavia de notar que, si duas ou mais cousas tiverem sido prestadas successivamente, o devedor só pode repetir a ultima, que é só considerada a indébita, presumindo-se que a primeira fora prestada no exercício do direito da opção (^{87s}),

Si uma das cousas dadas por erro perece fortuitamente, o devedor perde o direito de repetição, porque, si antes da entrega ella tivesse tido igual sorte, acabava-se a alternativa e] a cousa restante ficaria sendo o objecto único da prestação*^{1*}).

77.—Temos falado na opção do devedor.

Quanto ao momento em que se fixa a do credor, quando lhe compita fazel-a, o direito romano fazia distincção. I

Si na convenção si usassem os termos *cum voluero*, o direito de opção esgotava-se logo que fosse expresso. Si se dissesse *cum volam*, o direito de opção era indefinito e só se extinguia no começo da lide (""). ou melhor, na litiscontestação, que tinha effeito da verdadeira novação (^m). S

Entre os modernos hão entendido que a simples declaração unilateral da vontade é perfeitamente applicavel á opção do credor. A razão é obvia.

Elle não perde com isso a menor garantia para seus direitos creditórios, e si escolhe o peor, dispõe em todo caso de direito seu. Todavia é bem necessário lembrar que, não tendo o credor opção não ser por effeito de estipulação, convém, antes de tudo, ver os termos em que esta é concebida.

No caso do credor, a fixação do momento em que se realisa sua escolha não assume a mesma importância que no caso do devedor, postoque a escolha do credor não altere de maneira alguma a natureza da obrigação alternativa.

(*") l. 32 pr. ;l. 26 % 13 D. de cond. indeb.; MOLITOR. ob. cit. n. 219; [LAROMBIÉRE, ob. cit. 1190 n. 5; PACIFICI MAZZONI ob. cit. IV, 28 notas l.g 2\ BAUDOT L. ET BARDE, ob. cit. n. 2081;GIORGI ob. cit. ly. n. 4]2. .

(^{3U}) l. 32 D. de Cond. indeb.; POTHIBR, ob. cit. n. 257.

C*) Opina assim WMDSCHIED§ 255 notas qe 11.

(^m) l. 112 D de verb. obhg. ; MOUTOR, ob. cit. n. §20.

78.—Seja como for, a escolha, uma vez realizada, é irre vogável (""). E' a doutrina dominante em todos os Códigos e em direito pátrio (⁸⁷"), e a única excepção que comportae o das prestações annuaes. I

Entretanto admittimos,' como já o fazia o direito romano, uma outra excepção para o caso especial em que as partes estipularem a faculdade de variar a escolha (⁸⁷⁹).

As regras postas sobre a opção são inalteráveis, quer quando no começo da obrigação hajam muitos credores ou muitos devedores, ou quando, sendo um único o credor ou devedor, um ou muitos sejam substituídos por herdeiros, ou, o que é o mesmo, a natureza da alternativa não se modifica com a pluralidade dos sujeitos activos ou passivos da obrigação.

79.—Si as partes, devedor ou credor, demoram ou recusam effectuar a opção, não temos uma regra fixa a seguir como em direito allemão (^{8M}). Temos, porém, o principio geral do processo que, em tal hypothese, permite marcar um prazo em audiência e, expirado elle, proceder o juiz na escolha, á revelia da parte ('*'). Entendemos que em tal caso não pode o juiz deferir a opção á outra parte nem a terceiro (⁸ⁿ).

Igual solução damos para o caso de, morto o devedor, não chegarem os herdeiros a acordo sobre a opção ou sobre qual delles deva fazel-a, e quando partilhada a divida, nenhum dos herdeiros a realisar. Em casos taes pensamos que o juiz deve, a pedido do credor, marcar um prazo aos herdeiros e proceder como deixámos dito (^{38a})

Essa questão é gi ave em nosso direito. Os herdeiros devem pôr-se de acordo, pois que o principio é que o credor não pode ser constringido a receber partes das duas prestações ("*).

Como, porém, em matéria de obrigações alternativas a indivisibilidade recáe sobre a escolha e não sobre o pagamen-

(³⁷) MASSIÉ ET VBRQK á *Zachartee* § 5j2 nota 4 ; LAROMBIERE, *ob. cit.*\ 1190 »/ 3. I

O¹⁸) Proj. Bevil., art. 887 § 2. °.

() ... <m tintem mutare voluntatem possit... qucertntibns respicien-l dns erit ser mo stipulatiònis—/. 112 D. de verb, oblig. H

B (^{38o}) Cod. Civ. Allemão, art. 264. II

I (^{Mt}) Arg do art. 1710 do Proj Bevil. I

(³⁸⁵) GIORGI, of». c/í. IV, 427 vae até esse extremo.

(Mt) E' a solução italiana que se vê em GIORGI, /V, 428 e 429.'

1*0 Vido adiante nosso n. 81. >,

to, si a cousa é divisível, pensam muitos que o pagamento deve e pode sel-o também (^m).

O que é facto é que a herança responde pelo pagamento das dividas do fallecido; mas, depois da partilha, os herdeiros só respondem na proporção de sua porção hereditária (^{8M}).

De modo que si o credor da alternativa fôr attendido no inventario, deve o juiz de officio ou a requerimento do inventariante, adjudicar uma das prestações *in obligatione*. Mas si a divida não era exigível e a partilha foi julgada ? E' quando entendemos ter lugar a solução supra.

80.—Já deixámos dito que o effecto da escolha são : a concentração da obrigação no objecto optado e a retroactividade até o tempo da formação do laço obrigacional.

Dahi decorrem consequências que se prendem logicamente—quanto á prestação da culpa e dos riscos, como veremos dentro em pouco.

Não são, porem, as únicas.

Quando a alternativa versa sobre uma prestação movei e outra immovel, é só após a opção que se pode fixar a natureza movei ou immovel do credito. Uma vez, porém, aquella realisa-da, o effecto retroactivo que lhe é próprio leva a qualificar movei ou immovel o credito, desde o dia do vinculo (^m).

Si se effectuar a cessão de um credito em taes termos, antes de feita a opção, não se transferem si não direito e acção.

Feita a opção e determinando-se a natureza immovel da obrigação, precisará o marido da outorga uxoria para poder cedel-o (³⁸⁸). Outrosim, e por motivos idênticos, si a alternativa comprehende cousas divisíveis e indivisíveis, a obrigação assume, depois da opção e pelo effecto retroactivo desta, o character da prestação escolhida.

Outro effecto da escolha é poder o credor transcrever o titulo do immovel comprehendido na alternativa e sobre que recaiu a opção (⁸⁸⁹).

(***) PLANIOL—*Droit Civil, II*, 825; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1327* ; Huc, *ob. cit. Vil, n. 156* ; AUBRY ET RAU *ob. cit. IVp. 58 nota 18*.

(>M) E' o principio geral muito comesinho em direito pátrio e consignado no Projecto Beviláqua, arl. 1812.

(^m) POTHIER, *ob. cit. M. 254*; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1051* ; AUBRY ET RAU, *o*, cit. § 3 00 nota 8* ; ÔIOKGI, *ob. cit. IV, 4ij*.

(^m) LACERDA—*Obrigações § 20 fo.*

Ô) LACERDA—*cit. § 20 (f e nota 15*.

81.—Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra ("•).

Em sentido inverso, o credor também não pode exigir parte em duas cousas, porque o que distingue a obrigação alternativa é que ella tem por objecto a integralidade de uma das prestações C*¹). E' o principio de garantia do credor.

Si o devedor pudesse dividir a prestação, transformaria tal garantia em prejuízo do credor e em vantagem própria. Ora, a regra nesta espécie de obrigação é que nenhuma das partes pode piorar as condições da outra. Si o credor por facto seu não pode privar o devedor de seu direito de escolha, por sua vez este não pode tirar áquelle as vantagens da alternativa, que repousam precisamente na dualidade das prestações (^{3M}).

Apesar de tudo, nada impede que as partes convençionem prestações parciaes, embora assumam assim a alternativa um caracter anormal, sem todavia deixar de se tratar de uma alternativa (^{3M}).

82.—Quando a obrigação constar de prestações annuaes entende-se que a opção deve ser feita cada anno ("*).

Um exemplo frisa a hypothese. Pedro vende a Paulo uma propriedade agricola e reserva um certo numero de hectares de terra em que o comprador se compromette a deixal-o plantar todo o anno, durante dez annos, ou a pagar-lhe i.000&000, que é o que Pedro calcula gastar em cerêaes. Paulo pode, em um anno, deixar Pedro plantar no terreno reservado; em outro anno, pagar-lhe o i.000\$000 e assim variar annualmen-tea prestação alternativa (^{s,s}).

(^{s90}) Cod. Civ. Fr., art. 1191 ; Cod. Civ. Ital., art. 1177 ; Cod. Civ. Port., art. 733; Cod. Civ. daHesp., art. 1131 ai. 2; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 655; Cod. Civ. da Columbia, art. 1557; Cod. Civ. do Chile, art. 1500; Cod. Civ. da Bélgica, art. 1191 ; Cod. Civ. do Congo, art. 89; Cod. Civ. du Canadá, art. 1093; Proj.C. Rod.,art. 420; Proj. Bevil. art. 887 § \. °; *Dir. Civ. Recopil. art. 890*; WARNKVENIG — *Inst. de Dir. Rom. li, 5/>-\$* ; LAURBNT XVII, 418; DEMOLOMBE, *ob. cit. XXVI, n. 580*.

(³⁹¹) PuTHIER *Ob. Ctt. H. 247*; AUBRY ET RAU *Ob. Cit. IV p. 44*.

("*) MOLITOK, *ob. cit. ri. 225*.

(^{M8}) GIORGI, *ob. cit.n. 475*.

(^m) l. 21% 6 *D. de actton. empti et vetid.* Cod. Civ. Arg., art. 640; Cod. Civ. doUauguay, art. 1330; *Dig. Port. I, 156*; C. DA ROCHA § 115 ; POTHIER, *n. 24?* ; AUBRY ET RAU, § 300 ; P. MAZZONIOA. *cit. IV, 28.*'

.1³⁹⁵; AUBRY KT RAU *loc. cit.* ; Huc, *ob. ctt. Vil, 291*; LAURENT *ob. cit. XVti, 244*.

Entretanto podem as partes derogar a regra por estipulação em que se fixe a escolha de uma só prestação. O principio acima sobre as prestações annuaes é a excepção única á indivisibilidade da prestação e á irrevogabilidade da escolha, que constituem a regra (⁹⁶).

83.—Trata-se agora de estabelecer as regras relativas aos riscos, matéria de intrincadas controvérsias, mas que é possível simplificar.

A primeira regra é que si de duas prestações uma não podia ser objecto de obrigação, ou tornar-se impossível, subsiste a divida em relação á outra. ("*)

Como bem vemos, não se cogita, na regra acima, da prestação da culpa pelo devedor. Trata-se unicamente das duas hypotheses: da prestação que não podia ser objecto da obrigação e do caso da impossibilidade superveniente.

Em qualquer dessas hypotheses, a obrigação subsiste em relação á outra prestação, ou vale dizer, transforma-se em pura e simples e o devedor perde o direito de opção. (••")

Essas disposições são claras e nenhum estudo suscitam.

Si a prestação era impossível desde a formação do vinculo obrigacional, a obrigação recáe sobre a outra. ("")

O momento em que deve apparecer, em tal caso, a impossibilidade, é no da formação do direito de credito, aquelle em que se contráe a obrigação. Si o objecto era impossível em tal momento, mesmo que ulteriormente desapareça a impossibilidade, a obrigação não volta a ser alternativa pela simples razão de que não chegou a sel-o. (*••)

(»•) Proj. Bevil., art. 887 § R

(³⁹⁷) l. 2 § 2 D. *de eo quod certo loco* ; l. 34% 6 D. *de cont. empt.* ; l. 95 pr. D. *de solution* ; Cod. Civ. Fr., art. 1192 ; Cod. Civ. Ital., art. 1179 ; Códigos Civis da Hesp.. art. 1232 ai 2. » ; de Nápoles, art. 1045 ; de Sardenha, art. 1282 ; Argent., art. 638 ; do Chile, art. 1503 ; do Congo, arts. 90 e 91 ; do Hayti, art. 980 ; do Canadá, arts. 1095 e 1096 ; do Uruguay, art. 1326 ; do Japão, art. 410 ; D/g. Port. 1,157 ; C. DA ROCHA § 115 nota l ; Proj. C. Rod. art. 422 ; Proj. Be vil., art. 888 ; WINUSCHEID § 255 nt. 5.

(») Cits. Cods. Fr., Ital. e Hespanhol. art. 1134 ; Cod. Civ. Allemão, art. 265 ; Proj. C. Rod., art. cit. nota supra.

(3») E' o que expressamente diz o art. 265 do Cod. Civ. Allemão : **Ist eine der Leistungen von Anfang an tmnöglich oder wird. si* tpdter nntO-glich, so beschränht sich das Schulävèrhältniss auf die Ubrigen Leistungen.*

(400) TOOIXIKR —Droi/ Civil Fr. VI, 689 ; GIOHGI ob. cit. IV,491.

No mesmo caso estão as obrigações contrahidas sobre cousas que não estavam era commercio, ou que não pertenciam ao devedor, ou constituíam factos illicitos ou prohibidos em lei.

Qualquer, emfim, que seja o movei que tenham tido as partes para contrahirem obrigações alternativas em taes circumstancias, a prestação impossível *ab avo* cede á outra e não fica *in obligatione* (*•').

Não tratamos, porém, somente da impossibilidade de **origem**. Ella pode ser seperveniente (*^{os}). E' o caso typico do fortuito, pois que a impossibilidade pelo facto ou culpa do devedor está sujeita a outros preceitos.

Quer se torne a impossibilidade da prestação patente, depois do laço obrigacional, quer em sua origem, subsiste a divida em relação á outra, ou, se transforma a obrigação em pura e simples (^m).

O Código Civil Alemão oppõe á regra de seu artigo 265 uma excepção que não collide com os princípios do nosso direito civil.

Para elle a obrigação restringe-se ás outras prestações, si a prestação, que se tornou impossível, não assumiu esse character por uma circumstancia pela qual responda a parte, que não tinha o direito de opção ("*).

84t. —Consideremos agora os casos mais importantes da prestação da culpa do devedor e as consequências decorrentes:

Os casos a considerar são:

I—no caso da opção do devedor — o não cumprimento de todas as prestações por culpa sua ;

//—no caso da opção do credor, a impossibilidade de uma ou de ambas as prestações por culpa ainda do devedor.

(401) POTHIER, *ob. cit.* n. 250 ; BAUDHY L. ET BARDE, *ob. cit.* «. 1046.

(402) ...oder wird spelter nmmöglich do cit. art. 265 do C Civ. Ali.

*08) Este ultimo modo de se exprimir do Cod. Civ. Francez tem sido muito criticado, por não dar conta da verdade, no ponto de vista technico. Vide GIOROI, *ob. cit.* Iv, «. 440.

(404) *Die Beschränkung tritt nicht ein, menti die Leistung in Folge eines Uinstancies untnSglich wird, den der nicht wahlberechtigte Theil sn vertritt hat.*

No primeiro caso, si nenhuma das prestações se puder cumprir por culpa do devedor—não competindo a escolha ao credor—é aquelle obrigado a pagar o valor da que se tornou impossível por ultimo com as perdas e danos que a *hypothese* comportar. (^m)

No segundo caso considerado, quando a opção couber ao credor e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor tem direito de exigir, ou a prestação subsistente, ou o valor da outra com perdas e danos. (*') Si ambas tornarem-se impossíveis por culpa do devedor, poderá o credor reclamar o valor de qualquer delias com indennisação de perdas e danos. (*")

Quando a estimação da coisa vem substituí-la, convém bem fixar que ella não fica *in locwn rei*, continuando a alternativa e, portanto, o direito de opção do devedor. A obrigaç.o transforma se em outra de *espécie* eficaz *in facultate solutionis*.

De maneira que si a segunda prestação perece por caso fortuito, o devedor pagão valor da que pereceu por ultimo si o direito de opção lhe competia, ou paga a prestação subsistente, ou o valor da outra com perdas e danos, si a opção era do devedor (*••).

O perecimento por culpa do devedor não é substituído pelo equivalente, como quando a opção cabe ao credor, porque essa substituição do equivalente á coisa que o devedor deixou perecer, não é introduzida em seu favor, mas é uma lógica consequência do direito de opção do credor, a quem de modo algum deve prejudicar o facto culposo do devedor.

Suppondo a escolha do devedor, si as duas ou aliás nenhuma das prestações se puder cumprir por culpa do devedor, elle fica obrigado a pagar o valor da que se tornou im-

(*5) Cod. Qv. do Chile, art. 1504 ai. 2 » ; Cod. Çiv. do Mexic», art. 1368 fim ; Proj. Bevil , art. 889.

(400) Cod. Civ. Fr., art. 1194 ai. 1.« ; Cod. Civ. da Itúlia, art. 1181 ai. 2.» ; Cod. Civ. da Prússia I, 16 § 57 ; Cod. Civ. do Chile, art 1502 ai. 2» : Cod. Civ. Port., art. 734 ; Cod. Civ. Argent , art. 639. ai. 1» e 641 ; Cod. Civ. da Columbia, art. 1559, ai. 2» , *Dig. Port. I. 161* ; <'.. DA RUCHA § 115 V ; Proj. C. Rod., art. 424 § 1° ; Proj. Bevil., art 890 ai. 1* ; WINDSCHMD, *ob. cit.* § 255 H. 5.

(«W) Cod. Civ. Fr., art. 1194 ai. 2» ; Cod. Civ. da Itália, art. 1181 nl. 3ª ; Cod. Civ. de Costa Rica. art. 657 ; Cod. Civ. da He«panha, art. 1135 ; Cod. Civ. Port.. art. 735 ; Cod. Civ. Argent., arts. 639 ai 2« e 641 : Proj. C. Rod., art. 424 § 2° ; Proj. Bevil., art. 890 ai. 2.» ; cit. COELHO DA ROCHA, § 115— VI.

(408) MOMTOR, *ob. cit. n. 224* ; Comp. arts. 889 e 890 ai. 1» do Proj. Bevil.

possível por ultimo com perdas e darmos. Trata-se, portanto, de perdas successivas e a solução é lógica.

Com effeito, percidas as cousas successi vãmente, a ultima ficou em lugar da primeira, a obrigação transformou-se em pura e simples, de cousa certa.

O direito francez, acorde nisso com o direito allemão, torna a obrigação pura e simples, si uma das cousas prome-ttidas perecer ou não puder mais ser entregue, mesmo por culpa do devedor, não admittindo, em consequência, que o preço da cousa percida possa ser offerecido em seu lugar.

Mas, si por culpa do devedor, perecem as diversas cousas da alternativa, é elle quem peiorou as condições do credor, que ficou assim sem garantias para seu direito.

Ha quem entenda que o devedor é obrigado a prestar o valor da ultima cousa, ainda quando a ultima cousa tenha perecido por caso fortuito. (**') A solução romana era outra.

Ahi si primeiro pereceu uma por facto do devedor, o perecimento da segunda extinguiu a obrigação, porque esta tornou-se de cousa certa e o perecimento fortuito da cousa certa produzia o effeito da extinção. Entretanto, como a culpa do devedor augmentou os riscos do credor, este podia accional-o por dolo, si este existiu além da negligencia. Si, ao contrario, a primeira pereceu por fortuito e a segunda por facto do devedor, o direito romano permittia ao credor reclamar o equivalente desta. ^(H⁰) Embora muitos Códigos falem somente em culpa do devedor ^(4^M), parece que comprehendem a perda fortuita da cousa, mormente si esta é que pereceu por ultimo.

Realmente, perecendo a primeira cousa por culpa do! devedor, fica substituída pela segunda que estava *in obliga-tione* ; os riscos augmentam para o credor na proporção da diminuição de suas garantias. Perdida a outra, essas garantias acabam.

Ora, é justo que o devedor lucre quando teve culpa nesse resultado ? Nem se argumente que a obrigação se tornou pura e simples para se libertar o devedor pelo fortuito, porque tal identidade não é real em toda a sua extensão e tão somente no sentido de que a ultima prestação devida é a única que ficou possível. (*")

^(40B) Proj. Bevil., art. 889. I⁴¹⁰) MOLITOR,
ob. cit. n. 224. (⁴<> Por ex ; Proj. Bevil.,
art. 889.

⁽⁴¹²⁾ MOURLOH, *ob. cit. II, 1231*; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1090*;
DEMOLOMBE, *ob. cit. XXVI n. 82*; GIORGI, *ob. cit. IV, n. 422.*

Mas o devedor com o perecimento culposo da primeira prestação, assumiu os riscos da segunda e perdeu o direito de opção r).

Supponhamos a hypothese inversa: a primeira prestação perece por fortuito e a segunda por culpa do devedor.

A solução inda é a mesma pelos mesmos principios: •—ao devedor incumbirá pagar o valor da que estava por ultimo *in obligatione* garantindo o credor.

Caso liquido e que não provoca duvidas é o da perda das duas prestações, por culpa do devedor, no caso de lhe caber a opção n.

Í55.—*Si a escolha é do credor e uma das cousas perece antes delia realisada, sem culpa do devedor, o credor perde a escolha e tem direitos sobre a cousa que resta ; acaba-se a alternativa, a prestação restante é o objecto único da obrigação*

Si uma só das prestações pereceu por culpa do devedor, antes da escolha do credor, pode este reclamar a prestação so-breexistente, ou o valor da outra com perdas e danos (^{M9}).

A razão é que o devedor não pode privar o credor de seu direito de escolha e este continua sobre o valor da perecida— em que fica subrogado—e a cousa existente.

Si, porém, ambas as prestações *por culpa do devedor* chegam a perecer, o credor poderá reclamar o valor de qualquer delias com indennisação de perdas e danos (^{H7}).

Inda é isso uma consequência do direito de opção. O credor ficou privado pelo devedor de qualquer garantia e não pode injustamente perder em favor delle seu direito de escolha.

O Código Civil Francez estende a mesma regra ao perecimento de uma só das cousas comprehendidas na alterna-

(413) A solução de POTBIKR—*ob. ctt. ti. 252* é que podia o credor demandar, em tal caso, o valor da cousa perecida por culpa si fosse mais valiosa do que a extincta pelo fortuito—opinião pouco aceita em theoria e de nenhum modo sustentável em nosso direito.

(414) Vide Proj. Bevil. art. 889.

(415) Proj. Bevil., art. 888.

(416) Proj. Bevil., art. 890ai. K

(417) Proj. Bevil., art. 890 ai. 2*.

tiva quando o credor tem a opção. ⁽⁴¹⁸⁾ Essa injusta disposição é vivamente criticada e repugna ao nosso direito pátrio. ^(*19)

Mas si, no caso da opção do credor, perece uma prestação por fortuito e outra por culpa, qual a solução ?

É' o caso de distinguir. Si a opção não estava realizada, perecendo uma por fortuito, claro é que o devedor perdeu o direito de a realizar e ficou com direito á coisa restante. ^(m) Si esta depois perecer por culpa do devedor, pôde o credor reclamar seu valor com perdas e danos. ^(4M)

A escolha estava realizada. Si se perdeu por fortuito a escolhida, o credor perde, a obrigação extingue-se, inda que depois se perca a outra, por culpa do devedor.

Si, porém, se perde primeiro a escolhida, por culpa do devedor, e depois a outra por fortuito, pôde o credor reclamar o valor de qualquer delias com indennisação de perdas e danos. ^(*")

86.—Si todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extingue-se a obrigação. ^(*18) E' o caso do fortuito abrangendo as duas cousas. A consequência é a perda para o credor e a resolução para o devedor, que a nada mais fica obrigado, sinão a restituir ao credor o que houver recebido por occasião de contrahir a obrigação.

Ha todavia legislações que só admittem a dissolução do contracto, si a escolha não tiver sido ainda realizada; si isto não se tiver dado, a perda é por conta do credor. ^(m)

Parece-nos inútil tão subtil distincção, pois que, em tal caso, é sempre o credor quem supporta o resultado de nada mais ter que garanta seus direitos creditórios.

(418) Cod. Civ. Fr. art. 1194.

(419) BAUDRT L. ET BARDB, «. 7055.

(480) Proj. Bevil., art. 888.

(421) Proj. Bevil., arg. do art. 890 ai. 1».

(422) Proj. Bevil. arg do art. 890 ai. 2* • GIORGI, *ob. ctt. IV*, 438.

(428) *l. .5 o. de reb. cred. ; l. 33 D. de verb. oblig. ; l. 707 D. de solut. ; MOLITOR ob ctt. n. 224*; Cod. Civ. Fr., art. 1195; Cod. Civ. Ital., art. 1183; Cod. Civ. Port., art. 736; Cod. Civ. Argent., art. 642; Cod. Civ. da Columbia, art. 1561 ;Cod. Civ. de Costa Rica, art. 657 ; Cod. Civ. do Congo, art. 93 ; Cod. Civ. do Canadá, art. 1098; *D/g. Port. I, 160*; C. DA ROCHA § 115-2; Proj. C. Rod., art. 425 ;Proj. Bevil., art. 891.

(424) Cod. Civ. Português, cit. art. 736.

87.—Os casos de perda parcial, ou deterioração, regu-lam-se aqui como nas obrigações de coisa certa. Os princípios que regulam estas obrigações e as alternativas não são idênticos, posto que exista uma certa analogia fundamental em todas as disposições relativas aos direitos de credito. Por outro lado, o dever de satisfazer á prestação por inteiro, na alternativa, não exclue a escolha da coisa deteriorada por par te do credor, e mesmo do devedor, desde que ella se conserve idêntica.

Consequentemente, si a escolha é do devedor e uma só das prestações ou até ambas se deterioram fortuitamente, o devedor pôde exercitar a escolha sobre a deteriorada, ou sobre a mais deteriorada, si ambas o estão, sem indennisar o credor (⁴²⁸). Embora deteriorada, a coisa permanece, é idêntica : existe, portanto, o objecto da obrigação.

Si uma das cousas deteriora-se por culpa do devedor, elle pôde ainda offerecel-a em solução e o credor pode recebel-a no estado em que se achar, ou exigir o equivalente; em um e outro caso com direito de reclamar perdas e danos.

O que não pôde o credor é exigir a coisa perfeita em indennisação da deteriorada, poisquetodaaindennisação é sempre essencialmente calculada em dinheiro (*^w).

Si a escolha pertence ao credor e a deterioração foi por culpa do devedor, pôde aquelle optar desde logo pela inde-ennisação ou pela coisa que se acha perfeita, com indennisa-ção, em qualquer dos casos, pois que, afinal, seu direito de escolha ficou prejudicado. (*²⁷)

88.—A maioria dos Códigos não consideram nem a perda nem a deterioração por culpa do credor. Bem fazem nisso, pois que, qualquer que seja a natureza da prestação, seu objecto se acha sob a guarda exclusiva do devedor. I Mas por ser este o facto normal, não deixa a pratica de exhibir hypotheses em que o perecimento de uma ou de ambas as prestações possa ser imputável ao credor. I

E então qual deve ser a solução ?

Códigos existem que dispõem para o caso do perecimento

(^{4M}) LABOMBIKRB, *ob. cit. Ill, 340* ; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. ». 1097*, ' arg. do art. 374 do Proj. Bevil.

(*^M) arg. dos arts.870 e 874 do Proj. Bevil. (^w) BAUDBT L. ET BARDE, *ob. cit, «. 1099.*

de uma das cousas por negligencia ou culpa do credor depois da escolha, determinando que? elle deve se julgar pago. (*^w)

E' uma solução equitativa, que não trepidamos em estender ao caso idêntico, anterior á escolha, pois que em ambas a tieg"lig"encia ou culpa do credor não deve piorar a condição do devedor.

Quando, porém, a escolha pertence ao devedor, como é normal? E' justo também que si elle fez recair a escolha sobre a cousa em perfeito estado, seja indennisado da deterioração occasionada pelo credor sobre a outra que restou. (*"),).

Si as duas cousas perecem por culpa do credor, na mesma hypothese de ter o devedor a opção, este se liberta podendo reclamar do credor indennisação pela que perece por ultimo

D.

89.—Muito se discute no direito francez si quando as cousas da alternativa são certas e detorminadas, a convenção transfere a propriedade, ou somente gera a obrigação.

E' uma questão inútil em nosso direito em que a tradição é essencial para a transferencia da propriedade (^{Ml}).

90.—Ligada áquella questão suscita-se a de saber si, dada a alternativa de dois immoveis, poderá o credor reivindicar o que o devedor tiver alienado antes ou depois da escolha. (*»)

Não trepidamos na negativa. Nosso direito civil não conhece a transmissão da propriedade pelo contracto e torna essencial a tradição, ou a transcripção, tratando-se de immoveis. Antes de uma ou de outra, só ha justo titulo para a aquisição.

Ora, a condição básica do exercício da reivindicação é a propriedade do reivindicante.

(*») Cod. Civ. Port., art. 737 ; Cod. Civ. do México, art. 1386. (*^w)

Proj. Bevil., erg. do art. 889.

(^m) Cod. Civ. do México, arts. 1377-1378; MAYNZ— *Obligations*, § 22 nota 21; Proj. Bevil. arg. do art. 889 cil. (*") Vide nosso numero 53 supra. (*»*) GIOBQI, *ob. ctt.* IV, n, 435.

— nó —

No caso supposto, ficaria o outro immovel respondendo pela obrigação, que seria então regulada pelos princípios relativos á culpa do devedor.

91. — Tratando-se de cousas certas em alternativa e recaindo a escolha do credor, no caso em que elle a tenha, sobre a cousa affectada de vícios redhibitorios, pôde o credor restituir a cousa reclamando seu preço, ou ficar com a cousa por menor preço, si o devedor estava de boa fé.

Si, ao contrario, o devedor obrou de má fé, pode o credor restituir a cousa affectada do vicio e reclamar a outra. (*^M)

↳MM>Mt

(*⁸³) Solução de DBMOLOMBB, *COH. et Oblig.* Hf, 62 adoptada por GIORGI *ob. cit.* iV, 434 e perfeitamente compatível com os princípios do direito civil pátrio.

CAPITULO V

DAS OBRIGAÇÕES CONDICIONAES

Summario. 92—0 que exprime em geral o vocábulo *condição*. 93--O mesmo vocábulo em direito de credito. 94— Definição da condição em direito de credito. Seus requisitos. 95—Em que differe do termo, do modo, da demonstração e do aleatório. 96— A condição não se presume. Condições legaes. 97—Divisão das condições. 98—Figuras jurídicas incompatíveis com a condição. 99—Condições potestativas. 100—Condições physicamente impossíveis. 101— 102 — Continuação. 103— Condições juridicamente impossíveis e as illicitas. 104— *Condição suspensiva*. 105 — Estado do direito pendente a condição suspensiva. 106 — Efeito da condição realisada. Retroactividade. 107 — Actos assecutorios do credor pendente da condição suspensiva. 108—Transmissão do credito condicional. 109 -Novação da divida condicional. 110—Disposições novas feitas sobre a coisa alienada com a condição suspensiva . 111 — Riscos da coisa pendente a condição. Fructos. 112—Condição falha. 113— Impedimento da condição pelo devedor. 114— Cumprimento da condição sob forma especifica. 115-- Multiplicidade de condições. 116 — Indivisibilidade da condição. 117—*Da condição resolutoria*. Noção. 118—Efeito da condição resolutoria. 119—A impossibilidade na condi-1 ção resolutoria. 120—Na pendência da resolutoria pode o credor pedir a execução. 121—Como resolver quando ha duvida si a condição é suspensiva ou resolutoria. 122—A resolutoria pode ser expressa ou tacita. 123—Riscos da coisa, pendente a condição resolutoria.

í>-£.—Vocábulo de significação variadissima, *condição* exprime idéas múltiplas na vida orgânica do direito civil.

Sem querer aqui comprehendel-as todas, basta-nos lembrar que se denominam geralmente *condições*—*a*) uma qualidade da pessoa ; *b*)—o conjuncto de requisitos legaes para o exercício de certos direitos ;—*c*) a situação em que se acha alguém em relação ás obrigações contrahidas para com ou-

trem:— *d)* a situação ou a propriedade de uma coisa ou negocio juridico ;—*e)* a relação em que alguém se acha a respeito de certos bens, próprios ou alheios;—*f)* uma deliberação, ordem ou pacto; *g)* um requisito especial da essência de um acto juridico, etc.

911.—Nenhum desses sentidos é o collimado no presente Capitulo. Em geral o conceito que a doutrina ea lei positiva fazem da obrigação é que ella é *pura e simples*, isto é, contra-hida sem encargos, sem accessorios, sem clausulas restrlittivas, que a modifiquem.

As modificações com que as obrigações se apresentam excepcionalmente, decorrem das condições, pactos adjectos, prazos, ou encargos.

E', pois, da condição, como modificadora, das obrigações que temos de tratar.

Essa modalidade do direito de credito pôde ser relativa á constituição do vinculo obrigacional, ou á sua execução.

Qualquer, porém, que seja a época em que ella appareça, seu resultado é o mesmo.

Obrigação condicional é, pois, a que se acha subordinada em sua formação a uma condição qualquer. De maneira que, *condição* é uma modalidade que restringe a declaração principal. (*•*)

A vontade condicionada é uma só, apenas modificada por uma exigência especial—*aut est ut esl, aut non esl*

O que depende da condição não é a existência da vontade, mas a do effeito, que por ella se quer conseguir: não é o *querer*, é o que temos querido (⁴⁸¹). A condição, portanto, não é uma outra declaração, nem um accessorio, como pensam outros (*").

Ella é, sim, uma autolimitação, uma restricção, pois que a vontade condicionada é de uma estensão menor do que aqu ella que, sem outro qualificativo, forneça base ao effeito juridico. Esse conceito da autolimitação tem a seu favor disposições de leis (*").

(*•*) WINDSCHEID— *Par.dektenrecht* § 86 nota 3; SAVIQNT *Droit Rom.* § 116 e segs.

(*•») Cit. WINDSCHEID, nota 3 a.

|•■!:-

(!•) Por exemplo Hoc - *Droit Cw. Vil, n. 240.*

(⁴⁸⁷) Por exemplo o. «*EischrUnkung uná Anfhebung*» do Cod. Civ. da Áustria, Cap. XII, secção I, P.º II.

De resto, uma pesquisa ontológica acerca da natureza da condição, mui peculiar ás divagações germânicas, é repellida pela índole pliilosophica dos bem orientados pesquisadores latinos ("").

Praticamente, o essencial é saber que a condição, da mesma forma que o termo, é uma modalidade, que interessa ao laço obrigatório, sua formação e consequências. Desde então pode ella ser considerada como a declaração da vontade, que subordina um vinculo, ou a solução de um vinculo obrigacional a um acontecimento futuro e incerto, ou como esse mesmo acontecimento em si.

94.—Códigos ha que definem especialmente a condição Como tal consideram elles a *clausula que faz depender de algum acontecimento futuro e incerto a efficacia do acto jurídico*. (**•)

São requisitos da condição: *a)* um acontecimento futuro e incerto ; *b)* uma cousa licita e possível; *c)* que não destrua a natureza da obrigação e não dependa da vontade exclusiva do obrigado; *d)* que, entre o evento e a obrigação, exista uma relação puramente arbitraria.

A incerteza é o character fundamental da condição, mas a incerteza objectiva, como já a definia o direito romano. (*^w)

Acontecimento passado, ou presente conhecido, não é condição, porque, ou perime desde logo a obrigação, ou esta contráe-se immediatamente pura e simples. (*") Acontecimen-

(^{w8}) «Ilcontendere sopra la natura metafísica delta coudizione é mísera questione, perche non serve punto ad illuminare la pratica», diz GIOHOIO GI-OROI—*Teoria delia obbltgaione, IV, 296* •

(*»9) Cod. Civ. Pr..art. 1168; Cod. Civ. Ital., art. 1154; Cod. Civ. do Hayti, art. 958; Cod. Civ. de Napolís, arl. 1121 ; Cod. Civ. da Sardenha, art. 1260; Cod. Civ. daHesp., art. 1113; Cod. Civ. do Chile, art. 1473; Cod. Civ. Arg., art. 528; Cod. Civ. da Áustria, art. 6% ; Cod. dos Bens de Montenegro, art. 939 ; Cod. Civ. de Uruguay, art. 1380 ; Cod. Civ. da Columbia. art. 1530; Proj. Bevil. art. 119 ; —Conditiones ut proprie dicuntur, adjectiones sunt negotiorum quae jurium vel *conslituendorum vel finiendorum* causas inevsntum futuram eumque incertum differunt. MUHLENBRUCH — *Doctrma Pandectarum, § 105-*

f**°) § 6 *Inst. de verb. oblig.*

(Wi ^ § 6 *Inst. clt. ; Is. 100 e 120 D. de verb. obllg. ; Is. 37 e 39 D. de reb. crtd.* POTHIER— *Obli gol tons n. 202 ; RICCI — índole e Fonti delle obblt-gaioni e iei contrai ti, n. 13*•

to futuro e certo, ou que se deve verificar necessariamente, é termo
 ©não condição. (***) A. simples ignorância de um facto não
 constitui condição, pois que a ignorância de um facto não é um facto
 futuro. (***)

A incerteza dá-se no *si c no quando*, no *ú e não no quando* e no
no quando. Os dous primeiros casos constituem a condição ; o ultimo
 o termo (***)).

Ha quem pense que um acontecimento, qualquer, futuro ou não,
 pode constituir uma condição de actos jurídicos, eis que seja
 ignorado na época do contracto (***)).

E'este, porém, um principio peculiar ao direito francez e,
 mesmo ali, é elle contrario aos ensinamentos theoricos em que o
 Código bebeu a doutrina das obrigações e á quasi unanimidade de
 seus civilistas. Não somente o direito romano como os modernos
 códigos, ensinam que, si o acontecimento já se verificou, ou já
 falhou, a condição tem-se por cumprida ou por impossível (^{U6})

95.—Da definição exposta deduz-se que a noção de condição
 encerra, implicitamente, a de termo, pois que verdadeiro termo é o
 espaço em que um direito fica suspenso, ou ameaçado de resolução.
 Todavia o termo distingue-se da condição pela certeza do evento que
 o constitue.

A condição de fronta-sc do modo por caracteres essenciaes. A
 condição suspende ou resolve um contracto; o modo não.

O modo é o encargo imposto áquelle em cujo proveito se
 constitue um direito por acto de mera liberalidade. Estes encargos
 são taxativos e não demonstrativos. (^{U1}) No modo, um

v**⁸) Qui **sub** conditione stipulatur, quæ omnimodo extaturã est, puro vi* detur
 stipulari — l. 9 § 1º D. de novation: Cod. Civ. Argent., art. 529 ; POTHIER, *oh. cit.* n. 203;
 Huc, *ob. ctt.* VII, n. 243 ; DURANTON—*Cours de droit fr. suivant le Code civil*—V, "• 87 ;
 WINDSCHEID *ob. ctt.* §87 nota 6 e l § 96 a nota 5.

(***) COLMET DE SANTBRRR, continuando DEMANTE — *Cours attalylique de\ Code
 Civ. V, 100 bis I*; AUBRT ET RAU—*Cours de droll civ.fr.* § WH nota 6; LAROMBIERE
Theorie et Prat. des oblig. 1168, 2.

(***) GIORGI, *ob. Ctt.* IV, n. 295.

(*) Code Fed. des obligat., arts. 171 e 177 ; ROSSKL- *Man rei d» droit federal des
 obligatiotis*, n. 211.

(**) 5 6 *Inst. de verb. oblig.* ; Is. 37, 38 e 39 T>. *de reb. cred. ciladas* ; I.O § 1 e
 10% 1 D. *decond. et demonst.* ; I. 10 § 1 D. *decond. institui.* Mí>HUtKBRUCH, *oà. cit.*
 nota 2 ao ctt. § 105.

Ç**¹) *Direita Civil Recopilado, art. 944.*

dos contratantes fica obrigado a uma prestação á outra parte ou a terceiro, imposta como condição do contracto ; mas este fica desde logo perfeito e acabado. O modo não suspende a aquisição nem õ exercício do direito, excepto quando imposto como condição suspensiva por declaração expressa do dis* ponente. Nesse caso, porém, já não é modo, é condição suspensiva.

Ha quem professe que, na duvida si as expressões de um contracto instituem um modo ou uma condição, se deve presumir esta ultima. (***) Achamos essa questão delicadíssima. |

E' preciso, na duvida, jamais prendermo-nos ás palavras e sim examinarmos de todo o contexto da disposição, qual a vontade presumível das partes para decidir, si ellas firmaram uma obrigação condicional, ou *sub modo*, pois que nem sempre as expressões em uso são sufficientes para segura decisão. £' só então, depois de um exame maduro do factó, que se deve presumir que quizeram instituir uma condição. Com effeito, nesta o direito fica suspenso e dependente, o que é uma situação muito mais favorável do que presumir a prestação gravada, como ficaria no modo.

E' preciso também distinguir a condição da demonstração, reunidas no mesmo titulo da codificação romana. (*^w)

Ambas são modalidades accidentaes nrs convenções, mas mui differentes. A demonstração pôde ser também um acontecimento futuro e incerto, mas não tem sob sua dependência direito algum e serve, sim somente, para esclarecer a vontade, ou designar o objecto. Assim, posso vender um terreno declarando que elle é annexo áquelle em que, no anno vindouro, tem de ser construído o novo Mercado.

Ellaé, pois, uma indicação por meio de uma circumstan-cia qualquer, tendente, como dicemos, a esclarecer a vontade, ou á designação da cousa.

A differença também entre o negocio condicional e o aleatório é frisante, postoque um contracto possa ser aleatório e condicional simultaneamente. Ambos se referem a um acontecimento incerto e futuro, sem duvida. No aleatório, porém, o contracto é logo completo, não suspenso, nem resolúvel, e a incerteza só é relativa á perda ou ao ganho, não á existência do vinculo.

No aleatório ha um direito de credito ; na condição uma esperança.

(*^M) Arg. daí. 9 D. de reg. jur. LAROMBIÉRE, ob. cit. 1168, 3 e 12. (**•) DIQKSTO livro XXXV, titulo I.

96.—A condição não se presume e deve ser provada por quem affirmarsua existência, por isso mesmo que é uma res-tricção á vontade das partes (^{wo}).

Isso não implica que a lei não subentenda certas condições, implícitas em determinados actos da vida civil.

Assim, ella subentende que, quem se casa, pratica esse acto com a condição de não alterar a ordem da successão, nem os direitos conjugaes, ou paternaes ; que quem acceita a doação fica sujeito á sua revogação em casos previstos ; que si o dote é instituido para o casamento, fica sem effeito, si este não se realisa, e muitas outras, entre asquaes a clausula penal, que, todavia, não constitue realmente a modificação característica das obrigações condicionaes, que ora nos occupam.

97.—Dividem-se ordinariamente as condições em *ca-suaes*— dependentes do acaso, ou de vontade de terceiro (**); *polestalivas*— dependentes só da vontade do interessado (*); *mixlas*—que dependem simultaneamente do acaso e da vontade da parte, ou desta e da de terceiro (***)—em *positivas* e *negativas* consistentes em fazer e não fazer alguma cousa (^m); em *suspensivas* e *resolutivas*— conforme dão nascimento ou extinguem um direito; em *possíveis* e *impossíveis*, isto é, dentro ou superiores ás forças da natureza, ou contrarias ás leis e aos bons costumes.

Essas distincções são banaes e inúteis na pratica do direito (*).

(^{4S0}) *Dir. Civil Recopilado*, art. 241 § 1º. LAROMBIÉRE, *ob. cit.* 1168, 7 e 12 ; AOBRY ET RAU, *ob. cit.* § 302 nota 9 ; WINDSCHEID—*ob. cit.* § 86 nota

(^{*81}) Cod. Civ. Fr., art. 1169; Cod. Civ. Ital., art. 1159; Cod. Civ. do Hayti, art. 959; Cod. Civ. do Chile, art. 1477; Cod. Civ. do Congo. art. 67; Cod. Civ. da Columbia, art. 1534.

(^{*■*}) Cod. Civ. Fr., art. 1170 ; Cod. Civ. Ital., art. 1159; Cod. Civ. do Hayti, art. 960; Cod. Civ. do Chile, art. 1477; Cod. Civ. do Congo, art. 68.

(^{*B3}) Cod. Civ. Fr., art. 1171 ; Cod. Civ. da Ital., art. 1159; Cod. Civ. do Hayti, art. 961 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1477; Cod. Civ. do Congo, art. 69.

(^{*»*}) Cod. Civ. do Chile, art- 1474.

(^{UB}) «... Nessuno sentiva il bisogno di apprendere dal legislatore quale fosse la condizione casuale, quale la potestativa e quale la mista—Ricci, *ob. cit.* n. 17.

É uma expeculação de simples doutrina, que não entra em disposições de lei bem redigida.

De resto, das classes mencionadas só têm valor real as *suspensivas*, as *resolucivas* e as *impossíveis*, de que nos occuparemos especialmente em seguida (*^M).

'OS. — São, em geral, permittidas todas as condições que não forem expressamente prohibidas por lei.

As condições resultam da vontade das partes como uma autolimitação delia. Sem sua existência o acto jurídico subsiste puro e simples, mas valido.

Si, porém, todas as condições não prohibidas são permittidas, é somente nos actos jurídicos em que ellas são susceptíveis de serem appostas. Ora, nem todos elles as toleram.

Em regra geral, quasi sem excepção, somente pode existir a modalidade das condições nos actos jurídicos que interessam o património material e, portanto, só têm lugar nos contractos e testamentos. Consequentemente, todo o direito de família a exclue.

Além desse ramo, é de notar que nem todos os factos dependentes da vontade podem ser condicionaes. Assim, a acceitação da herança é um facto voluntário que, entretanto, não se compadece com a condicionalidade ; ou é pura, ou a beneficio do inventario, conforme a regra de todas as legislações (^{4B7}).

O mesmo se dá com a renuncia á herança.

A acceitação da offerta não comporta a condição, pois que, surgindo esta, presuppõe-se que foi recusada e se toma a condição imposta como proposta nova, dependente de acceitação, Repelle igualmente essa modalidade o contracto de seguro marítimo. Vemos na classe dos direitos de família apenas a excepção de ser admittida a condição resolutoria no divorcio convencional, e isso pelo favor que envolve a manutenção da sociedade conjugal.

(t*⁶) Nosso direito civil consagrou sempre a divisão das condições referidas no texto, como se vê no *Direito Civil Recopilado*, artigo 239. O Cod. Civ. AU. e o nosso Proj. Bevil. só se referem á suspensiva e á resolutoria, mas comprehendem as outras implicitamente em diversas applicações.

(⁴ⁿ) l. 51 § 2 D. de adqtiir. vel amitt. hcer.; Cod. Civ. Fr., art. 774 ; Cod. Civ. daHoll.,art. 1090 ; Cod. Civ. da Prússia I, 9 §§ 394, 396 e 413 ; Cod. Civ. da Áustria, art. 799 ; Cod. Civ. da Hesp., art. 990 ; Cod. Civ. doSaxe, art. 2256; Cod. Civ. AUemão,arts. 1940, 2180 e 2202.

Além de tudo—e esta noção vae completar o conceito da própria condição—a lei não considera condição a clausula que não deriva exclusivamente da vontade dos agentes, mas decorre necessariamente da natureza do direito que accéde. ^(4M) Por outra, o advento incerto que constitue a condição, deve ter uma relação não necessária com o objecto do contracto e sim accidental e só dependente do arbítrio das partes.

Assim, não se pôde ter como condição a venda que A fizer a B dos fructos que produzir seu cafezal no anno vindouro.

Em uma palavra, a venda de cousa futura não é contracto condicional, como pensa alguém ^(*M), pois que a venda tem como requisito necessário a existência da cousa vendida.

99.—Entre as condições prohibidas incluem-se aquellas que tirem todo o effeito ao acto, ou o tornem subordinado ao arbítrio de uma das partes. ^(M0) E' a condição *potestativo*.

Convém notar que os Códigos modernos não taxam expressamente theorias de prohibição de condições e sim somente de prohibil-as *in concreto*, tratando de certas figuras jurídicas. (*•)

A condição potestativa, realmente, não deve ser contemplada em um Código ; é questão pratica. Em cada caso deve-se bem examinar si a obrigação ficou entregue á vontade de quem a contrahiu, porque si assim é, claro se manifesta que não existe o vinculo de direito. E' o *si volueris* do direito romano. ^(*M)

Si alguém contrata com a condição *si volam, si volueris*, claro é que não existe contracto e sim proposta. O vinculo só existirá do momento em que se declarar que se quer o con-

(458) Proj. Bevil. art. 122.

^(*89) Como IAROMBIERE, *ob. cit.* 1 130, 3 ; AUBRY ET RAU § 351 nota 33 ; TBOPLONG—*Vente n.* 204.

⁽⁴⁶⁰⁾ Cod. Civ. Fr., art. 1174 ; Cod Civ. Ital., art. 1162; Cod. Civ. do Hayti, art. 964 ; Cod. Civ. da Hesp., art. 1115; Cod. Civ. dePort., art. 672; Cod. Civ. do Chile, art. 1478; CoJ. Civ. Argent., art. 542 ; Cod. Civ. do Congo. art. 72 ; Proj. Bevil, art. 120 ai. 2.

^(M1) Assim procedeu o Cod. Civ. Allemão nos seus artigos 388, 925 ai. 2 : 1317ai. 2; 1598 ai. 2; 1724,1742, 1768 ai. 1 ; 1947 ; 2180 ál. 2; 2202 ar. 2, etc.

(*•») DERNDURG —*Panäekten—I*, § 108 e II, § 95.

tracto; somente dahi começa este de existir; não é, pois, uma verdadeira condição. (**⁸) A condição potestativa por parte do devedor impede, pois, a formação do vínculo jurídico e, portanto, não é tolerada em direito.

Pensam outros que o mesmo se não dá quando a potestativa é por parte de credor (**). Dahi seria preciso concluir: que a potestativa é válida quando resolutoria, pois que a vontade exclusiva do devedor só não pôde dar lugar á formação do vínculo, não havendo razão para a excluir, tratando-se de sua solução.

Esse absurdo leva-nos a rejeitar a potestativa, tanto por pai te do credor como pela do devedor, pois que em ambos nenhum vínculo se forma e apenas bem se caracteriza uma proposta.

Bem se vê, pois, que todas as questões relativas ao caracter potestativo de uma condição são questões de facto, dependentes de indagação judiciaria da vontade das partes.

Essa conclusão é tanto mais pratica quando se considera que o direito romano reconhecia a potestativa nas vendas sob condição *nisires emptori displicuerit* e o direito moderno na venda com pacto de resgate (^{ws}).

Por outro lado, ninguém pode negar que, sob certos pontos de vista, a clausula penal possa ser encarada como uma potestativa por parte do devedor e, entretanto, a lei não a invalida. I

Supponha-se que um artista toma o compromisso da penal de 10:000\$000 para com um empresario, si for trabalhar em outra Companhia que não a deste. Claro é que depende do artista ir ou não ir para outro Theatro e, portanto, perder, ou não, a quantia referida. Verdade é que, na hypothese figurada, já existe um vínculo anterior a que se acha adstricto o artista e de que a penal é a sancção ou multa, emquanto que na potestativa propriamente, que os autores chamam *simples*, só domina a vontade da parte, *si voluero*, e então o vínculo não surge. H

A subtileza da distincção demonstra a thése do perigo que ha em taxar princípios á potestativa, em vez de deixal-a á doutrina e ás applicações judiciais.

C^{VM}) l. 108 § 1 D. d» verb. oblig. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis capit.

(**) BAUDRY L. ET BARDE, ob. cit. n. 781.

(⁴⁶⁸) l. 3 D. de Gont. empt. ; l. 3 D. quibus mod. ; l. 4 D. locati; MOMTOR ob. cit. n. 141; GIOROI, ob. cit. IV, n. 304.

(^M) COLMEI DE SANTERRE, ob. Cit. V, 94 bis l.

A regra única que o assumpto comporta em doutrina é que, si a potestativa é um *merum arbitrium* da parte que se deve obrigar, ella impede o laço obrigacional de se formar e, portanto, annulla a promessa, si é suspensiva. (*")

ÍOO.—As condições physicamente impossíveis e as de não fazer uma cousa impossivel, reputam-se inexistentes ; as juridicamente impossíveis invalidam os actos a ellas subordinados.
(^{4M})

Temos, pois, a considerar:—*a*) as condições physicamente impossíveis; *b*) as impossíveis negativas ; *c*) as juridicamente impossíveis.

As duas primeiras julgam-se inexistentes e a obrigação que com ellas é contrahida a lei reputa pura e simples. E[^]

As ultimas annullam o contracto.

Taes são as theses a analysar.

Entramos em um dos assumptos mais debatidos, não porque elle encerre difficuldades de qualquer natureza, mas pelo espirito de casuística com que o confundem os autores, porfiando em multiplicar o exame dos casos de impossibilidade.

A nós parece-nos inútil traçarmos um tão vasto quadro analytico e nos resumiremos em tentar offerecer, antes de tudo, os requisitos geraes da impossibilidade.

A impossibilidade que fere as convenções annullando-as ou fazendo-as puras e simples, é só relativa á impossibilidade originaria, existente ao tempo do contracto, não a que appa-rece depois de inteiramente firmado o vinculo. Ella deve existir no momento em que a obrigação foi contrahida, porque é só então que se exige a validade de todos os requisitos do contracto.

(⁴⁶⁷) BRINZ—*Panáekten IV*, § 541 pag. 146; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 93 ; MOLITOR, *ob. cit. ns.* 136 e 141.

(^m) Cod. Civ. Fr., art. 1172 ; Cod. Civ. Ital, art. 1160 ; Cod. Civ. da Hesp., art. 1116; Cod. Civ. do Hayti, art. 962; Cod. Civ. de Port., art. 683 ; Cod. Civ. do Chile, arts. 1475 e 1476 ; Cod. Civ. da Holl., art. 1290 ; Cod. Civ. Arg., arts. 530 e 532; Cod. dos Bens de Montenegro, art. 567; Cod. Civ. do Congo, art. 70; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 678 ; Cod. Civ. da Columbia, art. 1537 ; Cod. Fed. Suisso, art 177 ; Proj Bevil., art. 121.

De modo que, si um factio nullo invalida a obrigação naquella instante, ella não poderá convallescer depois pelo lapso do tempo.

Daqui conclue-se que si a impossibilidade é superveniente não affecta a obrigação e sim apenas fal-a pura e simples (**'). Ao contrario, si a impossibilidade existia ao tempo do vinculo desappareoendo depois, a possibilidade superveniente produz duplo effeito :—1? si as partes contratantes não previram a mudança, a impossibilidade inicial já produziu seu effeito, a obrigação por ella affectada *ab ovo* não convallesce (*70); 2?—si a mutação foi prevista, a obrigação condicional é valida e subsistente (^{U1}).

I Isso bem se pode generalisar dando como um dos caracteres geraes da impossibilidade a permanência e não a que existe só no momento do contracto (").

Dahi póde-se também concluir que, dada a coexistência alternativa de uma condição impossivel e outra possível, a obrigação é valida.

IOI.—As condições physicamente impossíveis são *iw-existentles*.

Isto quer dizer que a condição reputa-se não escripta e a obrigação subsiste pura e simples—*quia nec animus dandce libertatis esl*. A solução romana era diversa : annullavaa convenção (**),

Ha quem exija que a condição, para ser reputada physicamente impossivel, deva ter o character de impossibilidade objectiva e, nesse caso, reputam *erro* a que é tal somente subjectivamente, ou que como impossivel se apresenta a um dos contratantes.

Nesse caso devem-se lhe applicar as regras do erro e não das condições impossíveis. A verdade de um tal principio é in-

(*69) l. 94 p. D. de conã. et demonst.; Is. 19 e 20 § 3 D. de statn liberi; Hvc — ob. cit. VII, n. 247. I

(*10) l. 137 § 6 D. de verb. oblig. I (*71)
l. 58 D. de verb. oblig.

(^m) WINDSCHEID, ob. cit. § 94 notas 3 e 4 ; GIORGI, ob. cit. IV, 313\ AVBRT ET RAU ob. cit. %302 nota 19; arg. do art. 1095 do Proj. Bevil.

(**) § // Tnst. de inut. stipnl. ; Is. 1 § 11 e 31 D. de oblig. et action ; MAYNZ—Droit Rom. §20.5 notas? 8 e 9 ; DEMANQEAT—Droit Rom. II, p. 223; WIDSCHIED § 94,

contestável, pois que, physicaniente impossível, é a condição contrária ás leis naturaes ^(m). j2

Não se deve, porem, entender que a lei positiva se refere somente a uma impossibilidade physica absoluta como: *si digito ccslum alliyeris*. Basta que a impossibilidade exista em relação ás circumstancias do contratante. Tal seria—se fizeres uma ponte entre o Rio de Janeiro e Niteroy ("*).

Todavia o direito romano considerava possível uma condição, desde que alguém a pudesse realizar, posto não fosse um dos contratantes, como si se impuzesse a condição de fazer um retrato a óleo a quem não intendes de pintura ^(m).

102.—Reputam-se também inexistentes para o effeito de manter a obrigação pura e simples as condições impossíveis negativas.

I De facto, si a condição é de não fazer uma cousa impossível, como *si digito ccelum non letigeris*, o character negativo neutralisa a própria condição e a obrigação não pôde deixar de subsistir pura e simples (*). A razão philosophica é evidente.

Si o acontecimento era de si irrealisavel, debalde era prever sua realisação e assim pensam os códigos modernos com o direito romano (").

103.—As condições juridicamente impossíveis produzem um effeito mais radical e annullam as obrigações a ellas subordinadas.

Que é, porém, que constitue condição juridicamente impossível ?

^(m) Cod. Civ. do Chile, art. 1475. ■

^(*) DEMOLOMBK, *ob. cit.XVIII.n.223*; RICCI, 06. *cit. n. 14*; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 754*. I

^(*) *ls.34e 137 §5 D. de verb. oblig.*; Huc, 06. *eff. VII, n. 275*; LA-ROMBIERE 06. *cif. 1172 c 1173 m. 3*. I

^(*) *l. 7 D. de verb. oblig.*; MOLITOR, *<tb. cit. n. 122*; MAYNZ. WIN-DsciiR'n e DEMANGET, citados na nota 473; HUDEI-OT ET MKTM \N *oh. c/f. m. 292*.

^(m) Cod. Civ. Fr., art. 1173; Cod. Civ. Ital., art. 1161; Cod. Civ. do Hayti, art. 963.

São as que contém factos que a lei não permite ou considera puníveis e todos os ilícitos (^{M9}).

Estes últimos podem se agrupar nas seguintes classes de condições: *a*) as que tendem a criar: uma vantagem pelo cumprimento de actos prohibidos ; *b*) ou um danno por acto que devemos cumprir ; *c*) ou uma vantagem por actos que somos obrigados a cumprir gratuitamente, movidos pelo interesse do ganho (^{*M}).

Condição juridicamente impossível, em summa, é a offensiva á moral, aos bons costumes ou a lei. Todas estas annullam a obrigação (^{*81}),

Acresce que a condição não é ilícita só quando envolve acto ou facto reprovado, de cujo evento dependa a obrigação.

Ella qualifica-se ilícita pelo fim ilícito da própria obrigação a que se quer chegar com o advento da condição (^{*•}).

Assim é que a condição impossível abrange a situação psychica dos contratantes, isto é, annulla o acto em que elles a crearam para conseguir um fim torpe, assim como estende a mesma sancção a actos considerados objectivamente, em si, embora a intenção das partes fosse a mais pura.

Ensina-se geralmente que nos actos *inter vivos* a condição impossível, immoral, ou ilícita, annulla o acto e que, nos testamentos e codicillos, ella se reputa não escripta para o effeito de se manter o acto incondicionado. Assim já opinavam os sa-binianos no direito romano (^{*}). O direito moderno, em geral, consagra essa distincção (^{*"*}). Não se pode achar razão satisfactoria para fundamental-a (^m). Diversas explicações têm sido modernamente tentadas sem nenhum successo (^{*}) e os últimos códigos a mantêm (^{*87}).

Partindo da unidade da vontade condicionada, achamos illogica a distincção e queríamos ver proclamada pela lei a

(^{*">}) Cod. Civ. do Chile, art. 1475.

(WO) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 94 notas 10-12.

(^{M1}) Códigos Civis citados na nota 468 supra.

(^{*88}) *l. 12T, D. de verb. oblig. ; Is. 9 e 27 pr. D. de cond. instit. ; l. 3 C. do mesmo tit. ; l. 7 § 3 D. depacclis ; AUBRY ET RATJ, ob. cit. § 302 nota 20 ; LAROMBIÈRE 1172, 20 e 3j ; GIOEGI, ob. cit. IV, n. 316 ; RICCI, ob. cit. n. 16 ; PACIFICI-MAZONI—*Instit. di dir. civ. italiano IV, u. 316.**

(^{*u}) § 10 *Inst. de hered. instit. ; § 11 Inst. de inuttl. stipul.*

(^{*8V}) Salvo o Cod. Civ. da Áustria que a rejeita nos arts. 698 e 897.

(^{48S}) GAIO mesmo já não a achava :... *Et sane vix idónea diversitatis ratio reddi potest—Co»i»i. III, § 98.*

(^m) SAVIGNY—*ob. cit. § 124 vol. III p. 257 e segs.*

(^{*"}) Exemplos: Cod. Civ. de Saxe § 21,25 e segs. Hesp. arts. 792 e 1116.

nullidade do acto sob condição iUicita, quer apposta aos actos entre vivos, quer ás disposições de ultima vontade (**•).

Ha quem com o direito romano (***) entenda que, si a condição iUicita recair no facto do promittente, é valida. O texto romano considera valida a obrigação contrahida sob a condição que o promittente fosse adultero. Dizem então: é valida porque o promittente evitaria o mal para não incorrer na obrigação que seria uma espécie de pena f"). Pensamos o contrario.

O acto immoral reside ahi no intuito de substituir o sentimento do dever pela abstenção interessada (*⁹¹).

Do mesmo modo, si a condição tem por fim obter um facto illicito do estipulante, a obrigação é nulla (*•*).

De maneira que, generalisando, podemos dizer que iUicita é a condição de não fazer cousa illicita, mas é permittida a de não fazer cousa licita (*").

A condição, porém, só é illicita si contém um facto como tal classificado que deva ser ou não executado por um dos contratantes. Não assim quando o acto illicito deva ser prati-do por terceiro, uma vez que seja futuro e incerto (^{W4}).

A condição illicita, por contraria á lei, abrange as que exigem um facto contrario á letra expressa da mesma lei, ou ao principio geral da liberdade civil ou politica.

Assim, a de não se casar, em termos absolutos, é illicita (*⁹⁸), assim como a que impõe ao pae não casar os filhos (^m); não assim a de casar com pessoa determinada, ou não casar tratando-se de viuvo ou viuva (^{M1}). De modo que a condição

(⁴⁸⁸) Nosso direito civil nunca teve um texto legal que definisse e mantivesse a referida distincçSo; mas sempre annullou as disposições de ultima vontade a que estivesse apposta uma condição illicita, como se vê em GOUVFA PINTO — *Testamentos, Cap. XiX ; Consolidação das Lets nota 22 ao art. 1008*. No mesmo pensar esteve o Proj. Beviláqua, pois que nenhuma disposição especial aos testamentos veiu ali restringir a generalidade de seu art. 121.

C⁴⁸⁹) l. 12i § 1 D. de verb. oblig.

(⁴⁹⁰) E' o modo de ver de COLMET DE SANTERRE *ob. cit. V, 92 bis* e de DEMOLOMBE, *ob. cit. XXV, n. y06*.

(^{W1}) Hoc, *ob. cit. Vil, n. 24S ; LAKOMBIISRE, ob. cit. 1172 c 117 y n. 9'*. Cod. Civ. do Chile, art 1476.

(*•*) GIORQI, *ob. cit. IV₁ jt6*.

(*»3) R_{ICC}i, *06. cit. ns. 15 e 16*.

(⁴⁹⁴) BAUDBTL. ET BARDE, *ob. cit. ns. 762 e 763. I* (⁴⁹⁵) l. 22 D. de cond. et dem. ; Cod. Civ. Argent., art. 531 n. 4.

(⁴⁹«) l. 79 § 4 D. cit.

(⁴⁹⁷) *Código Civil Recopilado, art. 240 § único*. O contrario decide o Cod. Civ. Argent. art. 531 n. 3.

de se não casar e permanecer na viuvez não é ilícita e é cumprida, mesmo quando o obrigado só contraia o casamento religioso, pois que este é nullo e nenhum para todos os efeitos.

I O-1.—Condição suspensiva—*aufschiebend* dos alemães " —é aquella que é concebida em forma tal, * que, do acontecimento que a constitui, depende a aquisição de um direito para um dos contratantes e de uma obrigação para outro. Assim a têm definido os Códigos (""). O credor de um direito assim dependente é, pois, um credor eventual.

Quando se contrata sob a condição de um evento se realisar num tempo fixo, a condição julga-se decaída quando expira o tempo sem que se dê o evento. Si não ha tempo fixo, a condição pôde sempre ser cumprida e só se julga extinta quando se faz certo que o acontecimento não se verificará. O contrario quando a condição é que um evento não se realise num tempo fixo ("").

IO».—Pendente a condição, não existe ainda obrigação nem acção, *nihil Interim debetur* e somente expectativa de direito—*spes debilum iri* (^{50*}). E' essa adifferença da obrigação a termo que nasce logo, somente não podendo ser exigida si-não após o termo—*presens obligatio est, in diem autem dilata solutio* (⁵⁰¹).

Si o devedor condicional paga por erro, pendente a condição, paga o indébito e pode repetir.

Pendente a condição, o effeito da declaração da vontade

C⁹⁸) Cod. Civ. Fr., art. 1181 ; Cod. Civ. Ital., art. 1158; Cod. Civ. do Hayti, art. 971 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1479; Cod. Civ. Arg., art. 545; Cod. dos B. de Montenegro, art. 940.

(»*) Cod. Civ. Fr., arts. 1176 e 1177; Cod. Civil Ital. arts. 1167 e 1168; Cod. Civ. do Hayti, art. 967; Cod. Civ. da Hesp., arts. 1114, 1117 1118; Cod. Civ. Port., art. Ó78; Cod. Civ. do Chile, art. 1482; Cod. Civ. Argent., arts. 539 e 540; Cod. dos Bens de Montenegro, art. 942. ■ (SOo j POTHIKR, 06/ig. «. 218 ; OBTOLAN—*Instit. n. 1252.*

(^{wt}) l. 46 pr. D. de verb. oblig. : VKRNET—*Textes choisis sur la theorie des obligations en droit romain, pag. 119* : MAYNZ, *Droit Rom. § 205, II e nota 45*; MOLIOK, *ob. cit. n. 142*; RICCI—*ob. cit.*, ». 47; *Consolidação das Leis Cit is, nota 4 fítit ao- art. 512,*

está paralyzada, ainda se não manifestou ; mas a vontade existe perante o direito, tanto que é delia que pode afinal surgir o direito que se tem em vista. Essa vontade já tem effeitos, como seja criar uma expectativa que não se pôde fazer desaparecer em prejuízo de quem a tem.

Aquelle que tem sobre si uma prestação condicional, já está de algum modo vinculado e pois que não mais pôde impedir a prestação, uma vez effectuado o acontecimento, nem diminuir as garantias de facto em prejuízo do credor. O direito romano suffraga esse modo de ver ^(^M),

Todos os actos praticados, intercorrentemente, em opposição ao direito em expectativa, perdem seu valor juridico, si o direito surge e se firma pelo adimplemento da condição, pois que ninguém pôde transferir mais direitos do que tem.

Taes são os direitos relativos á propriedade transferidos antes da condição os quaes cedem a iguaes direitos delia dependentes.

Demais, a obrigação condicional transmite-se a herdeiros, o que não se daria si o vinculo não tivesse suas raizes anteriormente firmadas (*"). Todo o credor de obrigação condicional por acto *inter vivos* é, pois, para todos os effeitos, um verdadeiro credor ("*).

O direito condicional é mais do que uma esperança e ainda não é um direito, ou antes, é um direito imperfeito, protegido pela lei, parte do património, alienavel e transmissível (**).

E' por isso que não encontramos contradição nos textos romanos quando dizem uns que o direito condicional é uma esperança e outros o declaram um verdadeiro direito, porque,, embora não constitua uma divida aquella que pende de uma condição, é certo também que nada fica á discreção do promittente; embora este não tenha sobre si um debito, está, com-tudo, adstricto a um vinculo.

106.—Qual o effeito da condição suspensiva realisada?

^(^m) l. 27D. *pro sócio* ; l. 78 pr. D. *de vevb. oblig.* ; l. ult. D. *de stipul. serv.* ; l. 8 pr. D. *de pers. et comm.* ; WIMDSCHBID, *ob. ctt.* § 89 cit.

^(⁵⁰ⁱ) l. 9 % I D. *de jure dotium* ; SAVIGNY, *ob. cit.* v. IV p. 154; COLMBT DE SANTERRE, *ob. cit.* V, 100 bis II.

(*^o*) Eum qui stipulatus est sub conditione, plitcet etiam pendente conditione creditorem esse.

^(^m) ROSSEL—*ob. cit.* «. 2/5.

Ella produz um effeito retroactivo, dizem os códigos do systema francez (*"); ella começa a produzir effeito do dia do seu implemento, consagra o systema contrario (^{81T}).

Si a efficacia de um acto jurídico depender de condição suspensiva, emquanto esta se não cumprir, não se terá adquirido o direito que o acto vier estabelecer ("").

A retroacção da condição ao dia da formação do contracto não tem, pois, os mesmos effeitos nos differentes systemas.

Outros códigos existem com principios excepçoes ; ligam o effeito retroactivo ás condições quando appostas ás obrigações de dar; nas de fazer ou não fazer deixam ao juiz interpretar a vontade presumível das partes ("•). Outros ainda, aceitando o effeito retroactivo como regra, sobrecarregam-no de excepções taxativas : a) tratando-se de moveis, salvo quanto aos possuidores de má fé ; b) tratando-se de immoveis a respeito de terceiros, salvo depois da tradição: c) tratando-se de cousas fungíveis a respeito de terceiros, salvo caso de fraude (*¹⁰), etc.

A controvérsia, porém, precisa ser limitada ás opiniões e doutrinas extremas.

O systema francez e os códigos que o seguem são lógicos consigo mesmos. Desde que se admitta o contracto como um meio traslaticio da propriedade, a retroacção da condição deve ser completa, affectando a cousa e seus fructos. I

Isso, porém, não se pôde dar no systema romano, que é o nosso, é o allemão, etc. I

No dia do contracto o que existe são somente seus elementos subjectivos, entre os quaes a capacidade das partes (^{S1}). Desd'ahi não mais pôde o devedor impedir a condição íⁿ). O direito é transmissível, porque seu titular ficou bem fixado (*¹³), pouco importando para esses effeitos a intenção das partes (⁸¹⁴).

O⁵⁰⁶) Cod. Civ. Fr., art. 1181 ; 1179 ; Cod. Civ. da Itália, art. 1170 ; Cod. Civ. do Hayti, art. 9.69 e 971 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1485 ; Cod. Civ. do Congo, art. 77—etc.

(^{80T}) Cod. Civ. AU., art. 158 ai. 1.©; CodeFed. Suisso, art. 174; Cod. dos B. de Montenegro, art. 568. H

(60<) p_{roj.} Beviláqua, art. 123.

(^{80B}) Cod. Civ. Hesp. art. 1120.

I (^{81o}) Cod. Civ. Argent., arts. 542, 549 a 551. 9

(^{M1}) l. 26 D. de stip. serv.

(512) l. 161 D. div. reg. Jur.

(513) l. 761), de verb. oblig. ; l. 27 D. pro socto, (»M) I.

40 D. de stip.

Os elementos objectivos do contracto, estes é que só se verificam no implemento da condição ; é ahi que termina a indecisão do vinculo quanto ao objecto, e que se verifica si elle pôde estar sob o laço obrigacional; tanto assim que, si elle perece, a obrigação se resolve.

P O effeito retroactivo não acompanha, pois, a condição real isada. Antes da realisação do factio, o direito condicional existe em parte e imperfeito, tanto assim que, si a condição falha por culpa do devedor, a lei a considera realisada desde então para completar o direito quanto ao seu objecto (^m).

Si se devessem reportar os effeitos da condição ao dia do contracto, não seria possível comprehender como os riscos da coisa ficassem a cargo do devedor (^{51B}). Realmente, si o adquirente é proprietário retroactivamente desde o dia do contracto, seria elle quem deveria supportar as perdas, pendente a condição suspensiva. Entretanto a obrigação se resolve, si a coisa perece.

A annullação dos direitos reaes, e quaesquer outras limitações do domínio, feitas pelo alienante, antes da condição suspensiva, ou pelo adquirente, antes da resolutiva, não são de modo algum consequências lógicas da pretendida retroactividade e sim da *regranemo plus júris ad alium transferre potest quam ipse habet.* ^m

I O effeito retroactivo não pôde ser uma regra na condição suspensiva realisada.

Effectuado o acontecimento que a constitue, ninguém a pôde racionalmente considerar como já existente na época da declaração da vontade. Quem quer que um direito surja pelo advento de um factio qualquer, evidentemente quer que esse direito só comece de existir desde o factio. Si não existe obrigação para o devedor, como pôde existir direito para o credor ? Como conceber, que effectuado o acontecimento, a gente o repete preexistente ?

Isso só é concebível no caso de pacto expresso, ou quando assim imponham circumstancias especialíssimas da época da formação do contracto (^{sn}).

Em nosso systema, principalmente, impossível é conciliar a retroacção dos effeitos da condição com o princípio funda-

(515) WINDSCHEID—*Die Wirkung der erfüllten bedtgitng*, pag. 16. RossEL —ob. cit. ii. 215.

(616) Cod. Civ. Allemão, arts. 171.174 ai. 2.» ; 158, 159, 161 ; Projecto Bev., art. 123 comb, com o 868.

(*17) WINDSCHEID—*Pandektenrecht*, § 91.

mental da necessidade da tradição para a transferencia do domínio.

Parece claro que sendo essa transferencia dependente de uma condição suspensiva, que se verifica mais tarde, fazer retroagir o direito de propriedade ao dia do contracto seria acarretar para o adquirente o direito, não só sobre os acréscimos da coisa como sobre seus fructos, consequência essa extrema só admissivel no systema que tem o contracto como um meio de transferir a propriedade.

Ahi mesmo o absurdo a que levam as consequências da retroactividade fazem dizer álguem que, relativamente a um grande numero de obrigações não ha como conceber a retro-acção quanto ao gozo da coisa (^{M8}). Demais, dado tal effeito, seria preciso excluil-o dos contractos reaes, pois que estes, realisada a tradição, consideram-se perfectos e desde então só comportam a condição resolutoria.

O implemento da condição não produz effeito contra terceiro, tratando-se de transmissão de immoveis, si não constar do registro (^{M"}). Todavia responde ao adquirente, pelos bens, aquelle terceiro que os tiver como possuidor de má fé, com todas as consequências desta.

ÍOT.—Um outro principio próprio á condição suspensiva é que ao titular do direito eventual é permittido, pendente a condição, exercer os actos assecutorios, destinados acon-serval-o (^{8.t}).

As garantias que tem o credor condicional são, em su-l mma, idénticas as que tem o credor puro e simples ("*").

Assim, pôde elle exercer contra terceiro, da mesma maneira que o proprietário, todos os actos tendentes a interromper a prescripção ("*"), e pôde pedir que seu direito seja garantido com fiança, penhor, hypotheca, etc. (^{5ff}).

(518) CoLMET DE SAMTBRE, *ob. cit.* V, 99 bis II. (619)

Direito Civil Recopilado, art. 241 § 3.º

(520) *l. 4 <£. de separationibus.*; *l. 6 % 2 D. de fídcj.*; *l. 9 §§ 1 e 2 D. \qui pot. in pign.*; Códigos Civis :— Fr., art. 1180; Uai., art. 1171; Hesp., *l* art. 1121; Holl., art. 1298; Port., art. 682; Argent., *f*>46; da Sardenha, art. 1271; Federal Suisso, art. 172, 2; de Saxe, art. 971; Allemão, art. 160; POTHIER—*ob. cit.* n. 222; <Dig. *Part. I*, 7§; LAFFAYBTB, *Cousas*, % 177, *y, a*; *Direito Civil Recopilado*, art. 241; Projecto Bevil., art.; 126.

(521) ROSSEL, *ob. cit.* n. 117.

(522) Rica, *ob. cit.* n. 20.

(523) *l. 6 T>.fid. cit*; *Cod.Civ. Ital.*, art 2091.

Si o devedor de qualquer forma nega a divida, pendente a condição, tem o credor direito de exigir que elle reconheça seu direiro. O credor, pôde, em summa, exercer todos os actos tendentes a garantir seu direito eventual com a mais ampla generalidade, uma vez que elles não tenham por fim obrigar o devedor a uma prestação actual, antes de se verificar a condição. Não pôde, porém, o credor eventual impor encargos á cousa, pendente a condição, pelo principio da necessidade da tradição. Durante esse período só ao devedor é livre a criação de encargos sobre a cousa, sujeitando-se ás consequências de sua invalidação pela realisação do evento. (^{51*}) Si o devedor grava os bens com direitos reaes activos, é lógico que elles passam ao comprador condicional, realisada a condição. Tal é a servidão, além de outros.

108.—Uma consequência dos direitos do credor eventual é a faculdade de transmittir seu credito, pendente a condição suspensiva. Tem isso como razão de ser que tal credito já é um direito pertencente ao património do credor e é principio que estipulamos para nós e para nossos herdeiros. (^{>M}) I

Ha, porém, excepções derivadas da natureza especial de certos contractos, como, por exemplo, o da sociedade pactuada sob condição suspensiva, certamente intransmissivel.

109.—Pôde igualmente um credor eventual, na pendência da condição, effectuar a novação da divida convencional por outra. Nesse caso muito se disputa si a nova divida substitue a primeira na mesma natureza condicional. I

Julgamos inútil qualquer solução theorica, pois que é ahi que mais deve ser consultada a vontade das partes.

Todavia, parece-nos, em geral, que si o objecto da nova obrigação é menos oneroso para o devedor, é de supôr que as partes quizeram substituir um aleatório, combinando o

(524) LACERDA—*Obrigações* § 34 notas 16 a 18.

(625) Cod. Civil do Chile, art. 1492; Cod. Civ. Arg., art. 544; Cod. Civ. do Congo, art. 77 ; LAROMBIBRE, *ob.cit.* 1172,12 e segs; AOBRY ET RAÚ, *ob.cit.* § 302 nota 59.

direito eventual, com um *quid júris* certo. Si o objecto fôr da mesma natureza, é de crer que as partes modificaram apenas a relação contractual. ⁽⁸²⁶⁾

1 10.— Em sentido contrario, si alguém dispuzer de uma coisa, sob condição suspensiva, e, na pendência desta, fizer disposições novas sobre a mesma, as ultimas se invalidarão com o implemento da condição, si com ellas forem incompatíveis. ⁽⁵⁵⁷⁾

Entretanto um bem alienado sob condição suspensiva pôde ser penhorado pelos credores do alienante antes de real-isada a condição, e si o fôr na pendência desta, o adquirente condicional não pôde reaver dos credores exequentes o dito bem, uma vez realisada a condição em seu favor, porque, antes desta, não saiu elle pela tradição do património do alienante. ^(M8)

A condição suspensiva tem também como effeito não permittir que a prescrição corra em favor do devedor condicional. ^(5ff)

111.—A perda da coisa, pendente da condição suspensiva, sem culpa do devedor, produz a resolução da obrigação para ambas as partes. A dissolução da obrigação pelo perecimento da coisa, pendente a condição, é uma prova de que só com o cumprimento de ta surge perfeito o contracto.

Si, ao contrario, a perda fôr o resultado de culpa do devedor, responde elle pelo equivalente com perdas e danos. ^(M0) Isso na obrigação de dar.

Na obrigação de restituir, a perda da coisa certa sem culpa do devedor, pendente a condição suspensiva, traz a con-

(536) GIORGI, *Ob. Cit. IV, H. 339.* ■

(i-27) Cod. Civ. do Chile, arts. 14904491 ; Cod. Civ. Allemão, art. 161 ; Proj. Bevil., art. 127.

(528) BAOORTL. ET BARDE, *ob. cit. ns. 833, 834.*

(529) Cod. Civ. Fr., art. 2157 ; Cod. Civ. Itat., art. 2120 ; BURNOIB— *Propriété et Contrai, pag. j99 fine*; Proj. Bevil., art. 174 n. 1.

(530) Proj. Bevil., art. 868; POTHIBR, *ob. cit. m. 219 e 230*; BAUDRY L. ET BARDE, »s. 852 a 862 ; DEMASTE ET C. DE SANTERRE, *V_o 101 e 101 bis, Ia V.*

sequencia do credor soffrer a perda e resolver-se « obrigação, ficando ao credor salvos os direitos até o dia da perda. ^(M1)

Si ha culpa, a disposição é a mesma que na perda da coisa na obrigação de dar. ^(M1)

Si ha deterioração no caso de obrigação de dar, sem culpa do devedor e pendente a condição, o credor pôde resolver a obrigação ou aceitar a coisa, abatido o preço da deterioração, ou, o que é o mesmo, a coisa está a risco do devedor. ("»)

Havendo culpa do devedor, pôde o credor exigir o equivalente ou aceitar a coisa no estado em que se achar com direito de reclamar em qualquer caso indemnisação por perdas e danos. (**)

Si a deterioração apparece na coisa, objecto da obrigação de restituir, sem culpa do devedor, o credor a receberá no estado em que se achar sem direito á indemnisação. Se houver culpa, a disposição é a mesma que para a obrigação de dar. ^(5M)

A solução geral acima dada da resolução da obrigação pelo perecimento da coisa na pendência da condição, é, sem duvida, amais lógica, pois que então falta o objecto e, portanto, deve se extinguir a correlativa de restituir o preço. ⁽⁵⁸⁶⁾ E' este o melhor systema, o mais lógico e o mais recebido, posto que não o único. ^(M1)

Quanto aos fructos da coisa ha divergência na solução dos Códigos.

Dispõem uns que, havendo obrigações reciprocas, os fructos se compensam na pendência da condição. Si, ao contrario, ella é unilateral, o devedor faz seus os fructos e commo-dos percebidos, salvo vontade expressa ou presumida em outro sentido. ^(5M)

A solução mais lógica e mais consentânea com o nosso

(Mi) Proj. Bevil., art. 872.

(532) Proj. Bevil., art. 873 comb. como 868 parte2.».

(533) Solução contraria ao direito romano na *l. 8 pr. D. de per. et co-~~modo~~*.

[. (584) Proj. Bevil., arts. 869 * 870 ■

í"536) *i. 8 D. de per. et comm.* ; Cod. Civ. Fr., art. 1182; Cod. Civ. do Hayti, art. 972; Cod. Civ. da Uai., art. 1163; Cod. Civ. Hesp., art. 1123; Cod. Civ. do Chile, art. 1486; Cod. Civ. Arg., art. 556 ; *D/g. l'ort. I. 92*; Cod. Civ. AU., art. 160 ; Proj. Bevil., art. 874.

^(5M)) MAYNZ, *ob. cit. % 205, nota 32*; MOLITOR, *ob. cit. n. 133* ; VEBNKT, *ob. cit. pags. 133 e 136*.

¹⁵³⁷⁾ ROSSEL, *ob. cit. n. 215*.

^(M) Cod. Civ. Allemão, art. 159; Cod. Civ. **Hesp., art. 1120**.

systema de direito é a dos que deferem ao possuidor os fructos antes de se realizar a condição. ^(8M)

1 lã,—Si a condição suspensiva não se effectua, desfaz-se o vinculo. De modo que, já estando o credor em posse do objecto da obrigação, deve restituil-o com seus accrescimos. A declaração da vontade nenhum effeito produziu. *Actwt cnn-\u00dcdicionalis defeclu condilione nihil est.* O

113.—Reputa-se cumprida, para os effeitos jurídicos, a condição cujo implemento fôr maliciosamente impedido pela parte em cujo detrimento se realizar.

Ao contrario reputa-se não cumprida a condição maliciosamente cumprida pela parte a quem aproveita o seu implemento. ^(8M) Assim já era no direito romano ("*"); todos os autores consolidam o principio ^(8W) e quasi todos os Códigos o consignam expressamente. ^(8U)

Si um negocio condicionado não produz um effeito completo, é todavia um vinculo, gera uma esperança de direito e, portanto, a ninguém deve ser licito poder destruir essa esperança. A maioria dos Códigos exigem que o impedimento á

⁽⁵³⁹⁾ Cod. Civ. Arg., art. 548.—Como deve ter observado o leitor, o que dizemos aqui sobre perda e deterioração, é idêntico ao que sobre o assumpto ficou dito no Capitulo em que tratámos da obrigação de dar, *mutatis mutandis*.

^(5W) *l. 8 D. de per. et comtn. ; l. 37 D. deconst. em pi.*

^(M) Cod. Civ. Fr., art. 1178 ; Cod. Civ. Ital., art. 1162 ; Cod. Civ. do Hayti, art. 968 ; Cod. Civ. daHesp., art. 1119; Cod. Civ. dePort.,art. 679; Cod. Civ. Arg., arts. 537, 238; Cod. Civ. da Holl.,art. 1296; Cod. Civ. de Nápoles, art 1131; Cod. Civ. da Sardenha, art. 1269 ; Cod. dos B. de Montenegro, art. 941; Cod. Civ. Ali., art. 162; Cod. da Prússia. I, 4 § § 104 e 107 ; Cod. Civ. de Saxe, art. 111 ; Cod. Fed. Suisso, art. 176 ; proj. Bevil. art. 125.

^(*) *l. 85 § 7 D. de verb. oblig ; l. 81 § 1^c D. de cond. et detmonst.*

^(8W) POTHIER, *ob. cit.n. 212*; WINUSCHEID, *ob. cit. § 92 noto 10*; DEKNBURG — *Pandekten I, § 109 e § 111 n. 3* ; BHINZ — *Pandekten, IV, § 543* ; IHKRINO—*Jesprit Ju droit rotn. J, § 32-*

^(8U) A' excepção do Código da Áustria'. Todavia seus interpretes dizem que ella se acha implícita no artigo 699. Vide UNGER—*System des Oesterretch Privatrecht, li, § 82 p. 67.*

condição pelo obrigado seja malicioso. Ha a esse respeito divergências secundarias de opiniões, pois que pensam uns que é sufficiente ser o obstáculo posto pensadamente e outros exigem que o seja voluntariamente com o desígnio de se liberar.

Não tem utilidade tal discussão, pois que é da índole desse obstáculo ser elle sempre posto com desígnio malicioso.

Dahi se conclue que si o obstáculo decorre do fortuito ou de força maior, é certo que a condição não é tida por verificada. Ninguém deve tirar proveito do mal que causa, e depois ha em actos dessa natureza violação do contracto, segundo a índole do qual devem as partes conservar-se estranhas ao acontecimento. E pois a intervenção de qualquer delias é um verdadeiro quasi delicto, que precisa ter o character de imputabilidade ao seu autor.

114.—Si a condição deve ser cumprida em forma es pecífica, isto é, interpretando-se á letra o que dispuzeram as partes, ou *per atquipolens*, isto é, por equivalência, interpretando-se melhor sua intenção— é uma questão de interpretação do contracto e sobre a qual é perigoso estabelecer principios fixos. A variedade natural das hypotheses que se regem pelo principio deve inspirar o exame do juiz. ⁽⁵⁴⁵⁾ I

A regra única geral que comporta a matéria é que a condição deve se cumprir de accôrdo com a vontade presumível das partes. (")

115.—Si o contracto é onerado de muitas condições conjunctas, é essencial que todas se realizem. ^(BM)

Si, porém, são disjunctivas, é sufficiente que só uma se verifique. (•*)

Para verificar-se essa relação das condições, é mister

■ (") LAUBBNT, *ob. cit.* XVII, 68, 69, 71, e 72 ; BAUDRTL. ET BARDE, *ob. cit.* u. 791 ; LAROMBIERE, *ob. cit.* 1175, 6 ; DEMOLOMBE, *ob. cit.* II, 333 e 334

⁽⁸⁴⁶⁾ Cod. Civ. Kr. art. 1175; Cod. Civ. Ital., art. 1166; CoJ. Civ. do Chile, arts. 1483 e 1484 ; Cod. Civ. do Hayti, art. 965 ; Cod. Civ. Arg. gent., art. 533.

^(8M) l. 5 D. de *cond. it. instit.*

■ (***) Cod Civ. Argent., art. 536.

prescrutar a vontade provável das partes e não se ater ás palavras empregadas.

^

Na duvida, devemos tel-as por conjunctas.

1 IO.—A condição é indivisível de tal modo que os successores não têm direito de reclamar seus effeitos por terem-n'a satisfeito em parte. Assim, si se effectuar uma venda entre A e B, sob condição resolutoria si B não pagar o preço num dia fixado, morto B e pagando um de seus herdeiros a quota que lhe competia, não poderia impedir que o contracto se resolvesse. O preço deve ser integralmente pago. ^(8w) I

Esse principio é commum ás condições suspensivas e ás resolutorias em cujo exame vamos entrar.

117.—A condição resolutive—*auflösend* dos allemães--é aquella que tem por fim a extincção de um direito, ou, cuja realisação extingue um vinculo jurídico anteriormente creado. Eis porque não falta quem encare a condição resolutive como um dos modos de extincção das obrigações. ^(M0)

Os romanos não consideravam condicional uma obrigação que se resolvesse dado um evento qualquer: — *pura qmi: sub condilione resolvitur*. Para elles o que caracterisava a condição era o effeito suspensivo ; os casos de condição resolutive chamavam de obrigações puras. ^(5S1)

Ainda hoje, na linguagem vulgar, desde que se fale em condição entende-se a suspensiva.

Parece na verdade que não é de muita lógica chamar-se condicional a obrigação a que está apposta uma condição resolutive, pois que ahi a obrigação já existe realmente pura e simples. E', pois, somente uma questão de technica que justifica essa classe de condições. ^(5S*)

^(*w) Is. 22 e 56 D. de cottid. et demonstr. ; Cod. Civ. Argent., art. 534 TOOUJER, ob. cit. VI, £98-607 ; GiORGi, ob. cit. IV, 322; DUKANTON, ob. eit. XI, 33-55.

^(t*o) POTHIEK, ob. cit. n. 672. I ^(stl) l. 3 D. de cont. empt. ; l. 2 § y ; l. 5 D. pro emptore; l. 2 D. dein diem add.; l. 4 § 5 D. mesmo tit. ; l i pr. D. de donattonibus.

^(5M) MAYNZ, ob. cit. § 205; Oblig. § 36 pag. 146 ; ROSSEL, ob. cit. n. 219 ; Contra esse modo de ver—WINDSCHEID, § 91 nota 2.

Com effeito, na condição resolutive não é a obrigação que é condicional e sim sua solução; a obrigação existe desde logo e nesse sentido é pura e simples, *pura obligatio quæ sub conditione resolvitur*. Ella é, por assim dizer, uma condição suspensiva, relativa á resolução do vinculo obrigacional.

1 1 8.—Effectuado o acontecimento que constitue a condição resolutive, o direito extingue-se. Si depender da condição resolutive, enquanto esta se não realisar, a efficacia do acto jurídico se mantém e o direito que este estabelecer pôde ser desde logo exercido; mas, verificada a condição, o direito extingue-se para o fim de voltar ao seu antigo estado. ^(SS3)

Não empregamos a palavra *resolução*, que é a extineção a que se liga o effeito retroactivo *ut ex lunc*; nem *resilição*, que somente opera para o futuro *ut ex vunc*, nem a palavra equivocada de *revogação*, que pode ter effeito retroactivo, como na revogação do dote por superveniencia de filhos, e pôde não o ter, como na revogação da doação por ingratidão do donatário.

Vê-se, pois, que o effeito da condição resolutive é menos extenso, menos amplo, do que o da suspensiva. E Ue não impede que se forme o vinculo e que este produza desde logo todos os effeitos e consequências. E' como si nenhuma modalidade existisse. Apenas quando o acontecimento se effectua, ella faz desaparecer o direito firmado. O autor da declaração da vontade *não quer* que, effectuada a condição, continue a existir um direito que havia creado ; é um effeito de antemão previsto. ^(m)

Então as prestações realisadas durante a execução devem ser restituídas, salvo si tiveram equivalentes prestações de outra parte. Pela regra—*resoluto jure danlis resolvitur jus*

^(SM) Cod. Civ. Fr., art. 1183; Cod. Civ. Uai., art. 1158; ai. 2o. e 1164; Cod. Civ. do Hayti. art. 973 ; Cod. Civ. Hesp. art. 1113 ai. 2; Cod. Civ. Port., art. 680 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1487 ; Cod. Civ. Argent, arts. 543, 544 e 545 ; Cod. dos Bens de Montenegro, art. 569 ; Cod. Civ. Allemão, art. 158 ai. 2; Cod. Civ. de Saxe, art. 112; Cod. Fed. Suisso, art. 174 ; Cod. da Prússia, I, 4, § 115 ; Cod. Civ. do Canadá, art. 1088; Proj. Bevil., art. 124.

^(b34) l. 2 § 1 D. de m diem add ; l. 4 § 3; l. 15 pr. D. mesmo titulo ; l. 10 pr. de resem. cond. ; LAFAYETTE—Cousas—§ 177 nota 10 ; WIND-I SGHEID, Ob. Cit. § 91 J POTHIER, ob cit. II. 224.

accipientU, todos os direitos constituídos em favor de terceiros pelo proprietário condicional, de condição resolutive, resol-vem-se e se aniquillam.

Si a obrigação foi cumprida antes de se verificar a condição, surge a obrigação invertida do credor restituir ao devedor o que houver recebido. Si a obrigação, ao contrario, não tiver sido executada, ao realisar-se a condição, o effeito desta é extintivo e libera inteiramente o devedor. ^(5M)

Isso parece justificar a nota dos civilistas francezes : que toda a condição suspensiva contém, invertid&mente, uma resolutive; é o mesmo acontecimento —dizem—que, creando um direito de um lado, extingue outro de outro lado. ^(M)

Elles, porém, exageram as consequências dessa situação innegavel.

Assim, affirmam que, quando se trata de transferir corpo certo sob condição suspensiva, apparecem dois proprietários simultâneos sob condições invertidas, dois direitos—um suspensivo e outro resolutorio. A vende aB um objecto sob condição suspensiva. A é proprietário enquanto pender a condição. Nesse tempo B é proprietário sob a condição resolutive. A só deixa de o ser quando a condição se effectua ⁽⁸⁵¹⁾.

Isso pode talvez ser admittido em direito francêz, onde o contracto transfere o domínio. Ali mesmo ha exagero no principio, pois que é corrente em direito francêz que o contracto condicional não opera a transferencia da propriedade ^(BM).

Em nosso direito a consequência referida é de todo o ponto inaceitável. Em primeiro lugar, o contracto entre nós não é meio de transferir a propriedade, Depois, a condição não é elemento essencial do contracto, é somente um modificador da vontade.

Si, pois, as partes manifestam sua vontade para modifi-rem o contracto, a condirão não o altera ao ponto de o duplicar. Elias sempre procurai am effectuarum contracto condicionado e não dois.

Acresce que a cousa ficaria em uma posição não definida, ou mal definida a respeito dos riscos, pois que estes são diffe-

(»W) COLMRT DE SANTRRRE, *ob. Cit. V, 102 bis I.*

^(8M) Hoc, *ob. cit. Vir, n. 244* ; LAROMBIKRE, *oh. cit. 118}*, n. 16. ■ (5si)
DEMOLOMBE, *ob. cit. II. 357 bis ; 382 ; 408 e segs. ; AUBRY KT RAU, ob. cit. § 302 notas 57 * 58 ; C. DE SANTERRE, ob. cit. V, 100 bis III ; LAU-BENT, ob. cit. XVII, n. 109*

(W*) LAROMBIKRE, *ob. cit. UBí, 6*; AUBRY ET RAU, *06. cit. §302 nota 43*; GIOROI, *06. àt. IV, n. 346 bis.*

rentemente reguladas, conforme se trata da suspensiva ou da resolutive. Assim, supponha-se que dou a minha bibliotheca a A, ao mudar-me de Coritiba para o Rio de Janeiro, com a condição de que elle m'a restituirá, si eu me deliberar, dentro de um certo prazo, a tornar áquella cidade.

Voltando eu, A deve restituir-me a bibliotheca, não porque seja meu devedor sob condição suspensiva, mas porque é um donatário sob condição resolutive. E' só após a realização da condição resolutive, que A é meu devedor, não antes (*").

Do que levamos dito se deduz que, faltando a realização da condição resolutive, o vinculo se revigora como si nunca tivesse delia dependido. Isto quer dizer que o effeito retroactivo é aqui menos discutível (*"). Ç.:^a

Por excepção operam *ex nunc* as convenções de trato successivo, como a locação, a sociedade, o mandato, a fiança, a constituição da hypotheca, usufructo, uso, habitação, penhor, antichrese e emphyteuse.

Tanto isso éda índole desses contractos que autores ha que dizem não ser nelles admissível a condição resolutive, opinião que reputamos exagerada.

1 I O.—A questão de fazer ou não fazer uma cousa impossível applica-se também á condição resolutoria.

Nesta, porém, a de fazer a cousa impossível transforma o contracto em puro e simples; a de não fazer cousa impossível é que o torna nullo e o reduz a simples gracejo (^{8M})

Com effeito, a efficacia da condição é em sentido invertido (^{R*'}). Assim, si a obrigação deve se resolver pela verificação de um evento impossível, é que se quiz evidentemente que ella não se resolvesse e, portanto, o contracto é puro e simples.

Si o contracto depende de não fazer cousa impossível, falta evidentemente vontade de se obrigar.

120.—Pendente a condição resolutive, pôde o credor exigir a execução, bem como exercer qualquer direito de cuja

(⁵⁸⁹) GIORGI, *ob. c/7. IV, 302.*

i(⁸⁸⁰) *l. 6 pr. D. de in diem. add.*

(sei) GIORGI, 06. *ut. IV, 314 fine.*

(56*) *l. 7 D. de verb. obhg. ; l. 45 § 11 D. de oblig. et act.*

plenitude está investido como titular de um direito perfeito (""). E' elle o único proprietário da cousa e pôde sobre ella exercer todos os actos de dominio, salvo o dever de vel-os annullados pelo evento da resolutoria curripida.

D'ahi se conclue que quem pede* em juizo a resolução 'de um contracto é que deve provar a existência do evento liberatório. Não pode, porém, atacara existência do contracto, pois que pedir sua resolução já é affirmar sua existência.

1«1.—Si ha duvidas acerca da natureza da condição, como a devemos entender ?

Opiniões diversas contendem a respeito.

Pensam uns que é esta uma questão de facto cuja solução compete ao julgador.

Querem outros, e é a opinião mais seguida, que se tenha como resolutoria por ser mais favorável ao devedor.

Outros decidem, e estamos neste numero, que a melhor solução é tel-a como resolutive, si as partes deram começo á execução e como suspensiva em caso contrario.

Essa regra, porém, temos como subsidiaria ; o essencial é bem pesquisar a intenção dos contratantes (^{5><}).

122.—A condição resolutive da obrigação pode ser expressa ou tacita, operando de pleno direito no primeiro caso e por interpeção judicial no segundo ("*).

Na existência da expressa, si a parte não quizer aquiescer, o recurso aos tribunaes só terá por fim a verificação de um effeito anteriormente produzido que só deve ser declarado. O juiz não poderá se sobrepor á vontade das partes.

A resolutoria tacita é a que acompanha os contractos bilateraes. Ao tratarmos destes, voltaremos ao assumpto.

Por emquanto é sufficiente adiantarmos que nosso direito não subentende a resolução, como o direito francêz, e sempre deve ella ser pedida judicialmente.

(^{Mf}) Cod. Civ. Fr., art. 1183; Cod. Civ. Ital., art. 1164; LAROMBIEKB, *ob. cil.* 1183,3; AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § 302; LAURENT, *ob. eit. XVU, n. 103.*

(^{M*}) GIOROI, *ob. cit. IV, n. 303.*

(■«») Proj. Bevil., art. 124§ un. e móis Cods. cita. no n. 118.

123.—Quem soffre a perda da cousa durante a pendência da condição resolutive, o credor ou o devedor ?

Antes de tudo convém aqui um esclarecimento technico.

Nos contractos sob condição resolutive, chama-se credor aquelle contra quem se opera a resolução do contracto, ou seja, aquelle que deve restituir, uma vez realisada a condição. Assim, na venda sob a resolutive, credor é o comprador (⁵).

Os riscos da cousa alienada sob condição resolutive estão a cargo do credor ou adquirente. I

Com effeito, a resolução suppõe a necessidade de restituir a cousa; logo, si ella perecer, a elle deve caber o dever de indenisar (^{MT}).

I As regras relativas á obrigação de restituir cousa certa são perfeitamente applicaveis ao caso, pois que a realisação da condição resolutive colloca o credor na posição do obrigado á restituição de cousa certa.

A opinião mais seguida é que os riscos da cousa alienada sob a resolutive passam ao adquirente desde o contracto, pois que desdeahi elle subsiste e produz todos os seus effeitos (*•").

Não se pôde na matéria desprezar o elemento da culpa a fim de decidir a controvérsia.

Então a regra deve ser: si a cousa se perde, antes da tradição, sem culpa do devedor (aqui o adquirente), soffre o credor (aqui o alienante) a perda e resolve-se a obrigação, ficando, porém, salvos ao alienante os direitos até o dia da perda (^{86o}).

Si a perda se dêr por culpa do adquirente, responde elle pelo equivalente com perdas e danos (⁶⁷⁰).

Si a cousa deteriorar-se sem culpado adquirente, recebe-a-á o alienante no estado em que se achar, sem que tenha direito de exigir indenisação.

Si a deterioração se dêr por culpa do adquirente, pode o alienante exigir o equivalente ou aceitar a cousa no estado em que se achar, com direito de reclamar em qualquer dos casos, indenisação por perdas e danos (^{8T1}).

Por outro lado, verificada a condição resolutive, não tem o adquirente obrigação de restituir os fructos percebidos no tempo intermédio (⁶⁷¹).

(^{M*}) GIORGI, *ob. cit.* *iy*, 369. (⁸⁹⁷) BAUDRY

L. RT BARDR, *ob. cit.* *n.* 892.

(^{***}) ROSSEL, *ob. cit.* *H.818*; MouroR.06 *cit. n.* 13 y; VBRNBT, *ob. cit.* *p.* 136.

(^{8M}) Proj. Bevil., art. 872. (^{M0}) Proj. Bevil., art. 873 e 868 p. 2» C^{IT}) Proj. Bevil., arts. 874 e 870.

(^m) Cod. Civ. do Chile, art. 1488; Cod. Civ. Arg., art. 557; Cod. Fed. Suiso, art. 173.

CAPITULO VI

DAS OBRIGAÇÕES A TERMO

Síntese. 124—O que é termo. 125—Obrigação sem termo é logo exigível. 126—Em favor de quem se estabelece o termo. 127 —Divisão e espécies de termos. 128—Quando é exigível a obrigação a termo. 129—Quando cessa o benefício do termo. 130—Caracteres da obrigação a termo. 131 — Direitos do credor a termo. 132 —Disposições novas feitas sobre a coisa devida a termo.

124.—Termo é um acontecimento esperado, não incerto, a cuja realização os contratantes referem o principio ou o fim de suas obrigações.

A época em que a obrigação se forma e o dia em que deve ser cumprida podem se achar concomitantemente reunidos, nunca, porém, o segundo pode preceder á outra.

O espaço de tempo decorrido entre a primeira e a segunda épocas é o *prazo*, ou o espaço de tempo intermediário entre os dois termos, *dies a quo* e *dies ad quem*, termo inicial e termo final. O prazo é, pois, compreendido no termo.

A diferença entre o termo e a condição, como se vê, reside na terminação certa do primeiro e no successo eventual da ultima,

A condição só cria uma expectativa de direito ; o termo não impede a formação de um direito perfeito.

Vê-se então que o meio de evitar que uma obrigação a termo degenera em condicional é oppôr o acontecimento certo á sua realização.

Em regra deve-se entender haver termo e não condição, quando o evento futuro for necessário, embora incerto ; como,

quando morrer Fulano; e deve-se entender haver condição e não termo quando o facto futuro fôr incerto ("*].

O termo é certo, não no *quando*, mas no .n No primeiro sentido pode elle ser certo sem que deixe de ser verdadeiro termo.

Sendo certo no segundo sentido, já se delimita suficientemente da condição (^{57<}).

E' regra que o termo incerto equivale á condição, como si contrato para quando cair a casa em que residio, ou *ú Cd-\ pitolium non ascendero*, conforme o exemplo clássico (^{5U}).

O termo indeterminado não faz condicional a obrigação esta é pura e simples e o credor a pode exigir (^{5TB}).

Si o credor deixa ao arbítrio do devedor pela clausula *quando puder*, ou *quando quizer*, não se forma também uma condição potestativa e sim um termo incerto e o credor pode exigir a divida por morte do devedor f⁷⁷), ou provando que ja existe para este a possibilidade da solução f⁷⁸).

Si, porésa, a estipulação do devedor é *cum voluero* e o credor a aceita, pensam alguns que isso importa um termo incerto e, portanto, a obrigação se extingue, si antes de morrer não constituir termo certo (⁵⁷⁹). Esta opinião não é razoável, pois que ella faz presumir uma remissão que não estava no intuito dos contratantes. O que entendemos é que, pela morte do devedor, pôde o credor exigir de seus herdeiros, pois que se não pode presumir que elle se tivesse subordinado á vontade destes (⁵⁸⁰). Si o termo for *dabis cum petiero*, o devedor deve pagar em qualquer momento que lhe for exigido (^{8s1}).

O⁸) Cod. Civ.Arg., art. 569.

(^{81*}) Is. 10 e 17 D. decond. indeb. ; 1. 46 D. de verb. oblig.-^MoHLEN-mvcu — *Poct. Pana. % 339 nota 21* ; DEMOLOMBR, *ob. cit. li, 572* ; PACIFICI MAZZONI— *ob. cit. II, 146 ; IV, 94.* ES

(^{B71}) 1.75 D. decond. et demonstr. ; Is. 16 § 1 e 56 D. de cond. indeb. ; 1. 45 § 3, D. de verb. oblig.; 1. 4 pr., 22 pr. D. quando dies legat. HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 316* ; DEHANTE, *Coará Aualytique V. • 106.*

(⁸¹M I. U D. de reg. jur. I (^{b71})/. 121 D. de verb. oblig. MOLITOR, *Obligations n. 144.*

(⁵⁷⁸) Cod. Civ Port., art. 743 § único. Ha uma disposição que determina que quando se pactua pagar quando for possível, a divida é exigível um anno depois — Cod. Civ. de Costa Rica, art. 775.

f«79 j MOLITOR, *ob. cit, art. h/3.*

(⁵⁸⁰) L&ROMBIERE, *ob. cit. 1186*, «. 5 ; DKMOLOMBE, *ob. cit. XXV, H. 577.*

(^{8s1}) MOLITOR, *ob. cit. n. 14ifine,*

125.—A regra é que a obrigação som termo é immediatamente exigível, salvo si a execução tiver de ser feita em lugar diverso, ou depender de tempo (^{5m}).

O termo inicial, porém, suspende apenas o exercício do direito, não a sua aquisição (⁸⁸³).

126.—O termo presume-se estabelecido em favor do devedor, salvo si do thêor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que foi estabelecido em favor do credor ou de ambos ("*). A própria lei presume ás vezes, por excepção, o prazo a favor do credor, como no deposito (⁸⁸⁸).

Determinam outros Códigos que se deve presumir o termo estipulado para ambas as partes, salvo si o contrario resultar de estipulação, ou das circunstancias (^{8M}).

Este systema, porém, que é o do direito pátrio (⁵⁸⁷), não é o melhor.

Do principio aceito resulta que pôde o devedor pagar antes do vencimento sem que o credor possa rejeitar o pagamento.

E' o termo um beneficio e como tal pôde ser renunciado por aquelle em cujo favor foi estabelecido. Si foi estabelecido para ambos, nenhum pode só por si renuncial-o (⁵⁸⁸). Si o devedor pagar antes do termo, não mais pôde repetir o pagamento, mesmo feito por erro, porque não paga o indébito (⁸⁸⁹).l

(^{8M}) l. 74 *D. de reg. ju>*; Cods. Civis- da Itália, art. 1173; Hesp., art. 1113; Port., art. 743; Costa Rica, art. 774; Proj. Bevil., art. 132.

(⁸⁸⁸) Cods. Civis:—Fr., art. 1185; Ital., art. 1172; do Hayti, art. 975; l Hesp., art., 1125; do Congo, art. 83; do Canadá, art. 1089; do Uruguay, art. 1407 e segs.; Proj. Bevil., art. 128.

(^{8M}) Cods. Civis:—Fr., art. 1187; Ital., art. 1175; do Hayti, art. 976; Port., art. 740; do Congo, art. 85; do Canadá, art. 1091; de Costa Rica, art. 776; Federal Suisso, art. 94; l. 7 *D. de reg. júris*; l. 41 § 1º *D. de verb. oblig.*; l. 70 *P. de solut.*; VEKNET, *ob. eft. p. 121 fine*; MoUTOR, *ob. cit. n. 147*; Proj. Bevil., art. 131.

(585) l, j§ 22 *D. depositi.*

(^m) Cod. Civ. da Hesp., art. 1127; Cod. Civ. Argent., art. 570; Cod. Civ. da Prússia, art. 757. H

(⁸⁸⁷) *Direito Civil Recopilado, art. 243.*

f»«*) POYHIER. *ob. cit. n. 233*; MAYNZ, *ob. cit. § 205 nota 4.9*; MOUTOR, *ob. cit. n. 14.7.*

(^{1M}) Códigos Civis: Fr., art. 1186, Ital., art. 1174; do Hayti, art. 975; da Hesp., art. 1126; do Chile, art. 1495; Argent., art. 571; do Congo, art. 84; Português, art. 740; MOUTOR, *ob. cit. n. 142 n. 1*; Ricci, *Ob. cit. n. 41.*

Pôde, entretanto, o credor rejeitar o pagamento si provar que o termo foi também estipulado em seu favor ("•). Pôde igualmente rejeitar-o si resultar da natureza e circunstancias da obrigação que o prazo foi estipulado também em seu favor, como—por exemplo—quando se fixa o lugar do pagamento (^{M1}).

127.—O termo é suspensivo—*punctum ex die*, e resolutorio—*paclum ad dietn* e opera sobre a obrigação, retardando ou extinguindo seus efeitos (""). I

E' expresso ou tácito (^{8.1}), pois que pôde decorrer, como é sua fonte ordinária, da vontade das partes, da natureza das cousas, ou da lei (^{8"}).

O termo pode ser tácito quando resulta necessariamente da natureza da obrigação. Assim, quem promete construir uma casa impõe implicitamente como termo o tempo necessário para executar a obra (^{M5}).

O *termo de graça*, antigas Cartas de Estado, ou *lôtlres de repit*, concedidas pelo rei e hoje pelo juiz no processo francez, foi sempre estranho ao nosso direito.

128.—Uma obrigação a termo não pôde ser exigida antes de findo o termo. Não havendo estipulação em contrario, • computam-se os prazos excluindo o dia de seu inicio e incluindo o de seu vencimento; em outras palavras: o primeiro dia do termo não é termo e o ultimo diainda se computa nelle (^{5M}).

(⁵⁹⁰) MAYNZ—*ob. cit.* § 205 nota 50.

(⁵⁹¹) Proj. Bevil. arg. do art. 131. *Interáum pura stipnlatio ex reipsa dilationem capit*, diz a *l. 73pr. D. ãeverb. obltg.*; MAYNZ, *C/Z.* § 205 nota 51; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 979.

(⁸⁹²) jll. 56 § 4 D. de verb.oblig.; 1. 52 § 3 D. de pactis; MACKELDEY—*Droit Rom.*, § 180; WDÍDSCHIED, *ob. cit.* § 96; Cod. Civ. Allemão, art. 163; Cod. Civ. Argem., art. 566. H

(^{M5}) Cod. Civ. do Chile, art. 60.

(^{89*}) Cod. Civ. Argent., art. 570; Cod. Civ. da Áustria, art. 1413; Cod. Civ. da Prússia, 1,16, § 56.

(^{M5}) Is. 14, 73, 137 D. de verb. obllg.; 1. 16 § 1 D. de compens.; 1. 186 D. div. reg. jur. // 2 § 6 D. de eo quod certo loco; § 5 Inst. de rer. oblig.; POTHIER *ob. cit.* n. 228.

C⁹⁶; *l. 42 D. de verb. obltg.*

Si este ultimo cair em dia feriado, considerar-se-á prorogado o prazo até o seguinte dia útil ("").

De maneira que, antes de decorrido o ultimo dia do termo, convencional ou legal, não pôde o devedor ser compellido aexecutar a obrigação ("••). Só no dia seguinte ao da expiração do termo é que a divida é exigível (^{5M}).

O computo do tempo é regulado pela convenção das partes. Só na falta desta é que a lei fixa certas regras geraes. Assim, o decimo quinto dia de cada mez é considerado o meiado delle. Considera-se um mez o tempo decorrido de um dia qualquer de um delles até o dia de igual numero no seguinte. Os prazos fixados por hora contam-se de minuto a minuto ("•).

A' vista de certas legislações disputa-se si o credor pôde provocar uma condemnação antes do termo, offerecendo-se a não executal-a sinão após o decurso delle. Entre nós foi esta sempre uma questão ociosa, pois é principio sem excepção que o credor não pode, em hypothese alguma, accionar o devedor antes do termo (^{M1}). Extincto, porém, que seja o termo, pôde o credor exigir, mas não é a isso obrigado. Si o não fizer, importa sua inacção a prorogação do prazo sem-que esta o ligue, como faria a prorogação convencional (^{60a}).

A queda do termo importa, de pleno direito, a mora do devedor (^{8.J}). E' a mora *exre*. Si, porém, o devedor ficar insolvente antes de findo o termo, a divida é exigi vcl desde a declaração da fallencia, feito o desconto nella pela taxa da lei, salvo outra estipulação differente (^{60<}).

129. —Cessa o beneficio do termo em favor do devedor: *a*) sielle se torna insolvente ; *h*) quando, por factio seu, dimi-

(«") Cod. Civ. AU., art. 187 e segs. ; Cod. Civ. Hesp., art. 1130 ; Proj. Bevil., art. 130§1°.

(^{5M}) *l. 26 Inst. deinut. stipui.* ; Cod. Civ. Uai., art. 1174.

(^{5W}) *Tolus is dtes arbitro solventis tribui debet.*—C. DE SANTERRE *ob* .
CU. V. 108 bis I I

(^{00o1}) Proj. Bevil., art. 130 §§ 2,4 e4.

(^{6nl}) Ord- liv. 3o. tit. 35 ; RAMALHO. *Praxe Brasileira* § 45.

(*») BAUDRYL. KT BARDE, *ob. ctt. n. 1000*.

O"» ; Cod. Civ. AU., art. 284 ; Cod. Civ. do Japão, arts. 412 e 413 ; Cod. Civ. Ital.. 1223 ; Cod. Fed. Suisso, art. 117 ai. 2» ; Cod. Civ. Port., art. 711 n. 1 ; Cod. Civ. do México, art. 1423,1 ; Proj. Bevil., art. 963.

(60*) Cod. Civ. Holl., art. 1307 ; Cod. Civ. Argent., art. 572 ; Cod. Civ. Fr., art. 1188.

nue as garantias do credor ; e) quando recusa dar ao credor as garantias do credito ("*)

Tratando-se da diminuição das garantias, é essencial que estas sejam efectivamente especiaes ao credito e que o devedor as diminua por facto seu. Si não influe com facto próprio e é victima de acontecimentos superiores ás suas forças, então o termo pode cessar por insolvência (**).

£' este o principio dominante no direito pátrio em todos os casos de contractos accessorios de garantia, sobretudo a hypotheca e a fiança. E* uma questão de facto que o juiz deve apreciar nas hypothezes sujeitas. Realmente, a supressão do termo por fundamento da diminuição de garantias tem um character litigioso e deve ser decretada por decisão judicial. Não é um julgamento simplesmente declarativo e sim também modificativo de uma situação anterior (**').

12IO. —Sao caracteres da divida a termo: I—que antes do prazo nao corre a prescripcao (**). II—que a divida a termo nao é compensável com outra já vencida, pois que a exigibilidade é o requisito essencial da compensação (•'•);

III—que a novação de uma obrigação a termo por outra pura e simples produz todos os seus efeitos desde logo, emquanto que a novação de uma obrigação condicional por outra pura e simples presume-se effectuada para o caso em que a condição se realise (**).

I:il . — Ao titular do direito no caso de obrigações a termo é permittido exercer actos destinados a conserval-o (*').

(*) Codigaa Chria cita. aa notaaupra • maia: (tal..art. IIT6. So Ha-vá, srt. 977;Haap..art. 1229; Nn., art. 741 ;d» Carta, art. 1496; do Congo, art. 85; do Canada. Slt. I092;<fe. iW#. /,96ê ; tVnnM, «Sv ttl. m. MS ; Mouro* •».««.«. «7—•». ; Rica, •*, eii. *. & {**) loa, •*. tu, n. si, ~~| DnouMias, *». c*. •. T9i; Laoaatr, as. **. MV III. m. 41\$. j Csi. O. Fr.,«t. 2257, Proj. B*vf,art. 174 n. II. tomas, a#. tti, m. 2j2. BAOMV L. SV B*at*. •*, é». m. 9êt, >». P*aj. lavi., sfli. 139 tmm rafe «eia — 126.

Si ao credor condicional é possível tomar medidas assecutorias de um direito que inda não existe, muito mais deve ser isso permittido ao credor a termo que, para todos os effeitos, já tem um direito certo e completo (⁸j).

132.—Si alguém dispuzer de uma cousa contrahindo a obrigação de entregal-a num certo termo e durante o decurso do prazo fizer novas disposições sobre e mesma cousa, as ultimas se invalidarão com o advento do termo (⁸n).

Em tal caso o devedor é, para todos os effeitos, equiparado ao devedor de cousa certa.

>♦♦♦

(oi*; DEMOLOMBE, *ob. ai. XXV, n. 612*; Huc, *ob. cit. Vil, n. 28j.* (¹⁸)
Proj. Bevil., art. 129 com referencia ao art. 127.

CAPITULO VII

DAS OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

Summario. 133—Dificuldades deste estudo e sua evolução. 134—* Divisibilidade e solidariedade ; semelhanças e diferenças. 135 -Situação dos sujeitos activo e passivo nas obrigações divisíveis e indivisíveis. 136— Qual o *criterium* abstracto da divisibilidade e da indivisibilidade. 137—A divisibilidade é a regra nas obrigações. 138—Excepções á divisibilidade. 139—Divisibilidade nas obrigações de dar. 140 — Nas obrigações de fazer. 141—Nas obrigações de não fazer. 142—As obrigações divisíveis podem se transformarem indivisíveis pela reunião em um só credor. 143—Posição recíproca de credores e devedores. 144—Caso de vários credores e vários devedores. 145— Pluralidade de credores. 146 — Sentença proferida contra um só credor ou um só devedor. 147—Caso em que um só credor receba a prestação ou opere a remissão, a transação, a novação, a compensação ou a confusão .

133.—A theoria das obrigações divisíveis e indivisíveis passa por ser uma das matérias mais diffíceis do direito civil em geral e a mais escabrosa do direito das obrigações ^(m). Ha entre nós quem affirme ser injusta tal fama, attribuindo-a J somente a «algumas nuvens pardacentas lançadas pelo Código Civil Francez» ⁽⁸¹⁵⁾.

Assim, porém não é. O Código Civil Francez já lutou com as dificuldades anteriores da doutrina. DUMOULIN já dava ao seu tratado do assumpto o titulo suggestivo das dificuldades que tinha a vencer ⁽⁸¹⁶⁾ e as razões delias são perfeitamente determináveis.

^(8U) MAYNZ—*Droit. Rom.* § 192 nota 1; BAUDRT I>. ET BARDE—*Obltga-tions n. 1312*; LACERDA—*Obrigações* § 24 nota 6. ⁽⁸¹⁵⁾ BEVILAQUA—*Obrigações*, § 22. <616) DUMOULIN—*Extrictio labyrinthi aividui et iuavidui*.

O direito romano não legou á Humanidade nenhuma noção precisa e systematica sobre a indivisibilidade.

A lei 27 do DIGESTO *de verborum obligationibus* reputava indivisível a obrigação *fundam Ir adi*, emquanto que vários outros fragmentos firmavam o principio de que a obrigação de entregar um fundo e, em geral, toda a obrigação que tenha por objecto cousa divisível, é divisível ^(m). Não menos de dezesete conciliações differentes haviam sido propostas pelos glossadores, quando no século XVI, DUMOULIN tentou formular sua theoria.

Seguindo a rota philosophica de seu século eminentemente metaphysico, procurou DUMOULIN as causas da indivisibilidade e achou que ellas podem *ser necessárias*, como uma servidão de passagem, ou uma obrigação de fazer; ou *naluro.es*, como o pagamento de uma somma de dinheiro, que, embora essencialmente divisível, pôde, por convenção, perder esse character.

Duzentos annos mais tarde, POTHIER ⁽ⁿ⁾, posto que illuminado por outros principios philosophicos, comquanto o verdadeiro fundador da theoria geral das obrigações, não fez, na parte de que tratamos, sinão confundir as idéas de DUMOULIN. Com effeito, este, a par da classificação exposta, attinente ás causas da indivisibilidade, esboçou uma outra tomando por base seus *effeitos* e então classificou a indivisibilidade em *indivuidilas contraclu, seu natura*, quando o objecto da obrigação é de todo o ponto, absolutamente, indivisível; *individuitas obligalione*, quando a prestação, embora divisível, é, por convenção, indivisível, e *individuum ob ineongruitale solutio-nis, ou solulione lanlum*, quando a prestação, de modo algum indivisível, é feita tal pelas partes que convencioenam a indivisibilidade de pagamento.

Ora, POTHIER confundia por tal forma as duas series de DUMOULIN, que, para elle, todos os termos da segunda torna-ram-se sinonimos da primeira ⁽⁸¹⁹⁾. E o Código Civil Francez incorporou a doutrina inteira de POTHIER. Assim, a indivisibilidade *contracta* está em seu artigo 1217 : a *obligalione* no 1218 e a *solutione* no artigo 1221 ("•).

⁽⁸¹⁾ 1. 9 § 1 D. de solut. et liberal.; 1. 3, § 3.º D. comm. vel contra; Mo-IJTOR—*Obligations* ». 24º; GIORGI *Teor. áelle oblig. I, n. 242*.

⁽⁶¹⁸⁾ POTHIER—*Obligations*, ns. 292-294.

⁽⁶¹⁹⁾ PLANIOL—*Traité Element. de droit civil II, p. 24? e nota 1**. el BAUDRY L. ET BARDE, od. cit. n. 1315, justificam essa confusão.

^(6M) Vide critica completa do velho systema em GIORGI, 06. cit. I, n. 244.

Com todas essas dificuldades a theoria da indivisibilidade irradiou daquelle Código para todas as legislações modernas.

POTHIER, como DUMOULIN, não teve idéas claras e assentadas da divisibilidade e indivisibilidade. Elles tomaram por critério de ambas a divisibilidade ou indivisibilidade da cousa ou do facto que constituir o *objecto da obrigação* ⁽⁸¹⁾.

Antes, porém, de mostrarmos o erro desse *criterium*, precisamos delimitar a indivisibilidade de um outro importante instituto civil.

134.—A maioria das legislações modernas consagra que a solidariedade estipulada não implica a indivisibilidade da obrigação (""). Assim o é com effeito.

A solidariedade e a indivisibilidade têm um ponto de ligeiro contacto e é, como veremos em breve, quando a obrigação é indivisível e ha pluralidade de devedores, porque o credor pode exigir de qualquer delles a prestação. Os effeitos ahi, si não são idênticos, são ao menos análogos.

Fora disso só resaltam as dissemelhanças.

Assim, o credor pôde exigir de quaiquer devedor solidário toda a divida, porque cada um delles deve *lotumet totali-ter*, tudo totalmente. Na obrigação indivisível o credor pôde também exigir, é certo, mas o devedor paga mais do que deve, paga o *tolum*, não pela obrigação que assumiu, mas pela natureza indivisa da prestação.

A solidariedade funda-se no titulo da obrigação ; a indivisibilidade na natureza da prestação. A obrigação indivisível fracciona-se entre os codevedores, si a indivisibilidade vier a desaparecer por qualquer circumstancia: na solidariedade isso não se dá.

A divida solidaria, porém, fracciona-se entre os herdeiros do credor, ao passo que, na obrigação indivisível ella não perde esse character. Isso no ponto de vista activo.

No ponto de vista passivo, dá-se o mesmo : os herdeiros do devedor solidário não são devedores solidários e só devem sua parte respectiva; os herdeiros do devedor de obrigação

⁽⁸²⁾i) POTHIER, *ob. cit.* ns 287 e 288.

(622) Cod. Civ. Kr., art. 1219 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1525 ; Cod. Civ. Argent., art. 668; Cod. Civ. da Columbia, art. 1582/ Cod. Civ. de Costa Rica, art. 663 ;Cod. Civ. do Congo,art. 117.

indivisível são individualmente obrigados pelo total, ou—o que é o mesmo—a solidariedade é qualidade *pessoal* da obrigação, a indivisibilidade é uma qualidade *real* ^(8II).

A solidariedade presuppõe uma espécie de mandato tácito entre os co-réos *debcnAli*, de maneira que a mora de um delles produz effeitos em relação aos outros, o que se não dá na indivisibilidade.

Si a cousa perece na solidariedade, por culpa de um dos devedores, a obrigação subsiste inteira para os outros; na indivisibilidade, ao contrario, a perda da cousa desonera os devedores ^(m).

Na solidariedade ha uma só prestação para cada um dos devedores ; na indivisibilidade ha também só uma para todos, mas a parte de cada um pôde ser muito differente.

135.—A importância do assumpto que nos occupa é relativa a certa situação dos sujeitos, activo e passivo, da obrigação.

Pouco importa nas relações de credor e devedor que a obrigação seja ou não divisível, pois qualquer que seja a sua qualificação, ella deve ser executada como si fosse indivisível. Nada mais divisível do que uma somma de dinheiro; entretanto ninguém dirá que, ao contrahir uma obrigação que a tenha por objecto, se supponha no devedor o direito de fraccionar a seu talante a prestação total.

O interesse do assumpto appareceu nos casos de pluralidade de credores ou de devedores, que suscita, ás mais das vezes, a successão hereditária e, accidentalmente, certa espécie de modalidade de contractos. Ahi é que se impõe determinar si a prestação é divisível ou não, porque então, ou se fraccionará entre os herdeiros do credor, ou do devedor, si for divisível ; ou, si o não for, poderá um só herdeiro do devedor ser obrigado á solução, ou um só dos do credor poderá exigir o cumprimento da obrigação por inteiro ^(62B).

^(61S) Proj. Bevil., arl. 908.

^(8W) POTHIER, *ob. cit.* n. 324 ; AUBRY ET RAU—*Droit Civil* § 391 ; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 13/ft ; MARCADÉ *ao art. 1224 Cap. I* ; GIAN-TURCO—*Ist. di Dir. Civ. Ital.* § 66 nota 1 ; GIORGI, *ob. cit.* I, 284 / MOLITOR *ob. cit.* n. 257 ; Souu DAT — 7>. *de la Responsabilité*, w. 482; *Motive andem Bntwurfe eines Bilrgerliclien Geselabuch ftr das deutsche Recht*, sobre o art. 339, II, pag. 171.

^(*u) BAUDRYL. KT BARDE, *ob. ctt.* n. 1312 *cit.*

136.—Qual, porém, o *criterium* abstrato da divisibilidade ou indivisibilidade? Eis o labirinto,

As questões da divisibilidade não são puras indagações de facto, especiaes a certos e determinados contractos.

Fixar regras e principios absolutos é penetrar nesse labirinto verdadeiramente inextricável.

Partindo dessa convicção, os códigos modernos mais adiantados que nada receberam de DUMOULIN nem de POTHIER, se excusaram de a definir. O legislador moderno prescreve, não define^(m). Deixa taes disputas á doutrina e as decisões da jurisprudência.

Os modernos juristas allemães apresentam um critério que não nos parece de modo algum aceitável, qual seja o de tomar a obrigação por divisível ou por indivisível, conforme a facilidade que de um ou de outro modo provier para o credor conseguir a realização da prestação do devedor⁽⁸¹¹⁾.

O critério é erróneo e falho. Não é a utilidade de um ou de outro sujeito da obrigação que torna a obrigação divisível ou indivisível.

Ha alguma cousa de objectivo e real na prestação, que fornece o meio de uma determinação mais aproximada.

Uma outra theoria mais acreditada e mais generalizada nos Codigos, decorrente dos ensinamentos de DUMOULIN e POTHIER, procura, na divisibilidade ou indivisibilidade das cousas que fazem objecto da obrigação, a divisibilidade ou indivisibilidade desta^(*).

Não menos errónea é tal theoria.

A indivisibilidade é um característico da prestação e não do objecto della. De modo que é um erro concluir-se da indivisibilidade deste a daquella⁽⁸⁶⁹⁾.

Nada pode haver mais metaphisico do que affirmar que uma obrigação é divisível ou indivisível si seu objecto é, material ou intellectualmente, divisível ou indivisível. Não ha nada que a chimica ou as operações subjectivas do cérebro

^(6M) Cod. Federal Suisso, art.79 ; Cod. Civ. AU., arts. 431 e 432; Proj. Bevil., art. 892 a 898.

⁽⁸¹¹⁾ Hiernach sind Obligationen teilbar, wenn der vora Glaubiger mit ihnen verblgte Zweck durch teilweise Erfüllung teihweise und verhältnismässig erreicht wird ; wo die teilweise Erfüllung entweder ganz undenkbar oder wert-los ist, oder n-ennigstens einen verhältnissassigen Werth für den Glaubiger nichthat, da ist die Forderung unteilbar.—DEHNBUCK *Das burgerliche Recht. v. II P*.I, § 47. u. II.*

(«s») Cod.Civ. Fr., art. 1217 ; Cod. Civ.da Columbia, art. 1581 : do Congo, art. 115, etc. Artigo de Doutrina no DIREITO, VIH, 413440.

^(w) ,MAYNZ, *Droit Romain*, § 192.

não possam reduzir aos seus extremos limites da divisibilidade

/630V

A divisibilidade de uma obrigação não implica a possibilidade de separação material das partes da coisa que constitua seu objecto, pois que essa separação, ás mais das vezes, des-tróe a própria coisa, fal-a perder sua forma específica.

Si dividirmos os quinhões hereditários em um terreno pela ifixação de marcos, ou uma casa pela partilha, ninguém á boa fé, poderá dizer que, naquelle e neste caso, se verifiquem as divisões material e intellectual, pois somente o direito, a prestação, se dividiu na realidade. Solução contraria presuppõe confusão entre a prestação e o objecto, ou entre ella e a tradição da coisa.

Si alguém se obriga a vender um objecto dos que se chamam intellectualmente divisíveis, como um immovel, não ha duvida que por sua morte, anterior ao adi m pi emento da obrigação, seus herdeiros podem vender parcelladamente as fracções que nelle possuem ter; mas si a venda já estivesse realisada, restando unicamente a entrega effectiva, a indivisibilidade jurídica da obrigação seria inquestionável, a despeito da divisibilidade intellectual do objecto, que continua inalterável. Toda a pesquisa nesse sentido só poderia produzir confusão e desordem.

Nesse caso está a theoria de um dos mais profundos tratadistas ("") que, partindo da pesquisa de cousas divisíveis intellectual ou materialmente, chega á regra que as cousas corpóreas são divisíveis e as incorpóreas indivisíveis.

De modo que—affirma—uma obrigação é divisível quando sua execução tende a uma coisa corpórea e indivisível, ao contrario, quando não tende á coisa dessa natureza.

E' pois inteiramente metaphysico prescrutar sobre o conceito da indivisibilidade absoluta. Ella só existe e só pôde ser concebida claramente no ponto de vista jurídico.

Ahi ella só existe quando haja muitos credores ou muitos devedores. Fora d'ahi nenhum interesse tem tal indagação ("*).

137.—A divisibilidade da obrigação é a regra em todos os casos, mesmo na concurrencia de vários sujeitos.

(^{6ao}) MOUTOR, *ob. cit.* n. 230. (^{6ai})

MOUTOR, *ob. cit.* », 2W>

(•**) BEVILABUA —*Direita das Obrigações* § 22; GIANTUBCO, *ob. cit.* §66; Cod. Civ. da Hespanha, art. 1149.

Uma das excepções a essa regra é a indivisibilidade.

Nesta o característico é a integralidade da prestação, já por poder ser exigida inteira pelo credor, já por dever ser paga por cada um dos devedores também por inteiro.

A obrigação é indivisível quando a natureza da prestação é tal que não permite a um dos muitos credores, ou a um dos múltiplos devedores, exigir ou pagar parcialmente. (*•*)

Este principio de boa razão e de direito faz com que o fraccionamento da prestação constitua o *crilerium* exclusivo da divisibilidade ou indivisibilidade jurídica {"*}).

Virtualmente era esse o principio do direito romano (^{6M}).

A obrigação é indivisível si razões naturaes tornam impossível decompor em partes ou fraccionar a prestação, respeitada a identidade entre si com o todo (•**).

A indivisibilidade figura então como um principio dero-gatorio da divisão da obrigação, por não ser juridicamente possível dividir a prestação.

I Ella pode decorrer : a) da disposição de lei; b) da natureza da própria prestação e c) da declaração da vontade das partes.

Pela natureza da prestação caracteriza-se a indivisibilidade:

i9) pela impossibilidade de ser ella feita de maneira diversa e de tal sorte que, si a dividissem, o credor não conseguiria seu direito de credito por completo, não auferiria d'elle nenhuma utilidade, inda que todos os co-devedores cumprissem-na—cada um por sua parte I

2?) pela impossibilidade de evitar porá os co-devedores uma certa desproporção na parte que lhes couber respectivamente.

3?) pela impossibilidade de evitar para os vários credores uma tal ou qual desigualdade entre a prestação effecti vãmente recebida e a porção a haver no credito.

Por ahi se vê que os característicos da prestação divisivel, ao contrario, resumem-se em poder ella supportar o fraccionamento por partes de tal modo distinctas que, nem o devedor da prestação, nem os direitos do credor, soffram a menor alteração f").

(•"") Cod. Civ. Arg-, art 667; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 253.

(^{8S*}) SAVIGNY— *ObtigationenrecJrt*, § 31 / MAYNZ, *ob. cit.* § 276.!

(^m) l. 2 § la D. de vevb obltg.

(^{8M}) *Direito Civil Recopilado*, art. 888.

(^m) GIORGI, *ob. cit.* I, 236.

Figuremos dois exemplos opostos. Assume alguém a obrigação de fundar uma fabrica de productos cerâmicos, ou de moveis.

E' uma prestação eminentemente indivisível.

Por outro lado, morre A deixando um debito de 30.000\$ e tem seis herdeiros. É uma prestação divisível por essência.

A *indivisibilidade legal* não demanda aqui explanações : dá-se quando a lei faz indivisível uma obrigação que, de facto, pode não ser tal. Os casos do direito real são mui claros.

A *indivisibilidade convencional* é igualmente muito intuitiva para demandar longos esclarecimentos. A regra *con-tursu partes fiunt* é sempre derogavel pela vontade das partes ; é sempre livre convencionar a indivisibilidade.

Cumpre, porém, lembrar que não é de sua essência ser expressa e pode resultar dos termos do contracto. Assim, si alguém assumiu a obrigação de dar dois hectares de terra, em um certo lugar determinado e próprio para um estabelecimento, que só ali podia produzir vantagens para o credor, claro está que não poderá se liberar fornecendo um dos hectares no lugar referido e outro em sitio diverso, nem mesmo os dois em situação diferente⁽⁸⁸⁸⁾.

A convenção, seja expressa ou tacita, manifestada em testamento, ou em contracto, não escapa ás regras de hermenêutica de um ou de outro instituto. Entretanto, quando estipulada expressamente, não exige palavras rigorosamente precisas e technicas; bastante é que com clareza se comprehenda que as partes quizeram estatuir a indivisibilidade.

Nas indivisíveis por lei comprehendem-se: 1.º. as dividas de alimento : 2.º. as hypothecarias, relativamente a qualquer detentor da immovel: 3.º. as de restituição, em relação a qualquer detentor da coisa 4.º as de coisa em especie,relativamen-te.ao herdeiro, co-obrigado ou sócio ; 5.º a do herdeiro que responde pela culpa do perecimento da coisa em seu poder ; 6.º as alternativas de coisa indeterminada.

Os casos mencionados, porém, são meros exemplos, pois que a indivisibilidade por disposição de lei abrange casos múltiplos e o *criteriwn* para qualificar-os taes é ver o fim a que se propoz a lei com a disposição.

Entre as obrigações indivisíveis por vontade das partes comprehendem-se: 1.º, a divida de quantia certa para resgate

(«») G₁₀RGI, *Ob. cit*, 1, 2j7.

convencional: 2º. a que, por convenção, testamento, ou partilha, cabe a um dos herdeiros satisfazer (■").

138.—Ha escriptores modernos que comprehendem, sob a denominação de *indivisibilidade* propriamente dita, a que resulta da natureza da prestação sob a de *excepções á divisibilidade* a indivisibilidade convencional e a legal.

Em tal modo de ver a indivisibilidade figura como principio derogatorio da divisão da obrigação, não porque a prestação não seja divisivel, mas só por disposição de lei, ou vontade das partes.

Foi o Código Civil Francez (^{M0}) que pretendeu taxar com exactidão casos expressos de excepções á divisibilidade, produzindo controvérsias sem fim, opiniões e divergências irreconciliáveis.

O Código Civil Italiano (^{S51}), que tanta inspiração hauriu na fonte francêza, quiz evitar todas as inconveniências de uma casuística pouco reflectida, mas só conseguiu attenuar a intensidade do erro, sem escapar inteiramente a elle ("*).

As chamadas excepções á divisibilidade eram, na nomenclatura antiga, a indivisibilidade *solutione tantum*, ou só relativa ao pagamento. A esta, porém, davam-se effeitos differentes, sendo que o mais notável era que o credor não tinha direito de reclamar por inteiro a prestação de um só devedor, no que profundamente differia das outras espécies—*contraelu* e *obligivne*.

Tudo isso é insustentável perante o direito actual e especialmente o pátrio (^{9M}].

O único effeito real que se pode ligar ás excepções á divisibilidade é que ellas só appa recém no concurso de devedo-

ra⁹) Sobre as duas series de casos vide: AUBRT ET RAU, *ob.cit.* § 301 nota 27; TouLLIKR—*Droit Civ. Fr. suivant l'ordre du Code*, Vi, 775 / POTHIEB, *ob. cit.* n. 303 ; LACBRDA, *ob. cit.* § 25 ; LAFAYKTTK—*Cousas* § 116 e; LOBÃO—*Execuções*. §§ 32 e 34—30. *fascículos—Dtss.* V, § 78 ; C. TELLES — *Doutrina das Acções* % 365 nota 4 ; GIOEGI, *ob. cit.* I, n. 275 ; LAUBBNT, *ob. cit.* XVU, 409 e 411.

(6W) CoJ.Civ. Fr., art. 1221.

(6M) Cod. Civ. da Itália, art. 1205.

(fi*s) Com pare-se TOULLIER, *ob. cit.* VI, 782 com GIORGI, *ob. cit.* n. 278.

(•»») Proj. Bevil., art. 894.

res, enquanto que a indivisibilidade pode se dar no concurso de credores ou de devedores indifferentemente. Mas, repetimos, isso só affecta o pagamento :—*solutione tantum*.

Desde, porém, que a doutrina moderna não mais admite tal nomenclatura, nenhuma razão existe para absorver na verdadeira indivisibilidade as excepções á divisibilidade.

O credor tem sempre o direito de reclamar a prestação por inteiro, podendo o devedor solvente exercer o direito de regresso contra as demais. Tal distincção é, pois, insustentável em doutrina, somente própria ás legislações francêza, italiana e congêneres, que, em má hora, tomaram por critério o objecto da prestação, mas o objecto *mediato*. O objecto immediato das obrigações é sempre um factio cuja natureza é poder sempre ser divisível (■**).

O que fica, no fundo de todas essas vãs theorias e distincções. é que a coisa, que consttue objecto da obrigação, pôde ter o caracter que tiver, ser ou não ser divisível, material, in-tellectual, ou juridicamente, porque a coisa não é a prestação, como não é o acto ou factio.

Só a prestação é objecto da obrigação, só ella é que pode ou não ser divisível e isto só depende, na maioria dos casos, da vontade das partes. A indivisibilidade é a impossibilidade de se fraccionar a prestação. O objecto pode ser divisível sem que o seja a prestação (●**).

1 liO.—Postos estes princípios que julgamos sufficientes para esclarecer a opinião que adoptamos, applicuemol-os a certas espécies de obrigações.

Occorre examinar em primeiro lugar *as obrigações de dar*.

Si se trata de cousas fungíveis, sommas de dinheiro, ou cousas determinadas da mesma espécie, em numero ou quantidade, não só o direito romano como o moderno as qualificam divisíveis (^w).

Si, ao contrario, se tratar de coisa corpórea determinada, de movei—em sumiria — a obrigação é indivisível, pois que a divisão destróe o todo e porque, mesmo quando susceptíveis

(^M) Tooixias, *ob. cit.* III, 749, 782 a 784 ; LACRENT *XVII*, 366-380. (●** ; GIOBGI, *ob. cit.* I, 240 «244.

de se fraccionarem produzindo partes distintas, o conjunto perde seu valor real primitivo ^(8w)

Esta questão é controvertida entre os commentadores do Código Francez, fundados na infeliz definição do artigo 1217 daquelle Código.

Com a base ampla da divisão material ou intellectual, não ha como subtrahir todos os objectos corpóreos á possibilidade da divisão. Apezai disso, a verdade é que, exceptuando as cousas que consistem em quantidades, repugna admittir que as demais possam ser entregues por partes.

A não ser tomando-se por base a prestação, não se pôde encontrar um outro critério seguro da divisibilidade,

Si a coisa na obrigação de dar fosse passível de ser materialmente divisível, a obrigação seria também tal: em caso inverso, a obrigação é indivisível.

A obrigação, cujo objecto é dar uma coisa incorpórea, como a de constituir uma servidão, ou o uso, é em regra indivisível o

Dizemos em regra, porque casos existem em que certas servidões como a de aguas, são essencialmente divisíveis ^(8w).

De resto, o caso figurado e seus similares não invalidam a regra da indivisibilidade, pois que não se trata nelle da divisão do direito de servidão e sim somente do exercício da servidão. Demais, onde a tradição é essencial, como em nosso direito, não se discute ; tal obrigação é indivisível ^(S¹⁰).

Só o usufruto, a emphyteuse e a hypotheca podem ser parcialmente constituídas ^(6M)

(••) 1.43 D.de rejudicata : 1. 4 § 2, § 4 pr. / 1. 85 §§ 1 e 5; 1. 117 e 139 D. de verb. oblig. ; 1. 9 § 1 ; Is. 29 e 94 § 1 D. de solut. ; MAYNZ ob. cit. § 192 nota 9. ; Cod. Civ. Argent., art. 669.

^(6M) 1. 2 §§ 3e 72 D. de verb. oblig. ; 1. 1 § 36 D. depositi vel contra ; 1.3 § 3 D. commod. vel contra ; SAVIONY—*Oblig.* § 32; GIOROI, *ob. cit.* 1, 249 ; Cod. Civ. Hesp., art. 1151 ; Cod. Civ. Arg., art. 679; Em contrario MOLITOR, ob. cit. n. 235.

^(M) Is. 11 e 17 D. deservit. ; 1. 19 D. deservit. proed. rustic; Cod. Civ. da Hesp., art. 1151 ; MOLITOR, ob. cit. ns. 231 a 232 e 242.

^(•w) 1. 19 § 4 D. comra. divid.

(650 j MOLITOR, *ob. cu. H. 2jl*; LAHOMBIEKE, *ob. cit.* 1217, 5 ; LAURENT, *ob. cit.* XVII, 369.

^{f⁶ⁿ}) Is. 5 e 49 D. de usufr.; MAYNZ, *ob. cit.* § 192 nota 12; DKRNBURQ, *ob. cit. vol. Tl, P^e l, £ 47*. Sobre a constituição da hypotheca ha controvérsia entre os romanistas, como se vê em MOLITOR n. 233. A melhor solução, ao ver deste autor, com quem está de accôrdo GIOROI, *ob. cit.* l.n. 251, é que a obrigação de constituir uma hypotheca ou o penhor é indivisível si o promittente falleceu e o objecto determinado se achava em sua posse exclusiva. Si, porém, áquelle tempo a coisa estava ainda indeterminada, a obrigação será divisível.

140.- *As obrigações de fazer* em direito romano, quando tinham por objecto um facto ou uma obra, eram, em regra, indivisíveis (^w).

No direito moderno distingue-se.

Si a obrigação de fazer tem por objecto a prestação de factos determinados somente por um certo numero de dias de trabalho, ou quando consiste em um trabalho dado segundo unidades métricas, ou quaesquer outras cousas análogas, que, por sua natureza, são susceptíveis de execução parcial—ella é divisível (•").

Tal no exemplo:—construir cem metros de uma muralha.

Si, porém, a obrigação não tiver tomado por base uma unidade e consistir em uma série de actos fungíveis, cuja utilidade seja proporcional á sua quantidade, ella é indivisível ('**).

A obrigação que contem um *dar e um fazer*—*stipulatio mixta ex dando et faciendo*—por exemplo a de pagar uma certa somma de dinheiro e fazer certa obra, é, em regra, indizível.

141.—*As obrigações de não fazer* em direito romano eram em these, indivisíveis (***) .

Pensam certos autores que taes obrigações são divisíveis ou indivisíveis, conforme puderem os actos ser ou não executados por partes, isto é, quando susceptíveis de inexecução ou violação parcial (^{IM}).

Consideram outros autores casos particulares de maior interesse pratico. Assim, no caso estipulado com um visinho *per le non Aeri, neque per heredem luum quo minus nihil ire a gere per fundum luum liceat*, a obrigação é indivisível, ainda após a morte do devedor (^{6S7}).

(«") 1. 2 § 5 ; 72 pr. 85 § 2 D. de verb. oblig. ; 1. 5 § 10 D. de verb. signif. ; 1. 11 § 23 D. de legat. ; 1. 80 § 1 D. ad legem Fale. Sobre a regra e as excepções vid. MOLITOR, *ob. cit. ns. 234, 245 e 246.*

(⁸⁵³) Cod. Civ. daHesp., art. 1151 ai. 2; Cod. Civ. Arg., art. 670; MAYNZ, *ob. cit. § 276*; AUBRY KTRAU, *ob. cit. § 3o 1 notas 8e 9*; PAC. MAZZONI—*ob. cit. IV, n. 37.*

(651) POTHIER, 06. *Cit. M. 289 J MoLITOR, CI/5. HS. 2j4, 245 « 246*; GIORGI, *ob. cit. I. n. 253.*

(«") 1. 2 § 5; 1. 4 § 1 ; 1. 85 § 3 ; 1. 131 pr. D. de verb. oblig. 1. 25 § 12 ; 1. 44 § 5 D. fam. ercise.

(⁶⁵⁶) MOLITOR, *ob. cit. ns. 237 e 247*; POTHIER, *ob. cit. n. 289*; DKRNBERG. *ob. cit. i. li, P. 1* § 47.* Para WINDSCHID, 06. *cit. § 300 n. 2*, taes obrigações são sempre indivisíveis

(^{OM}) SAVIGNY—*ob. cit. % 32.*

No caso *amplius non agi*, isto é, de não suscitar de novo uma demanda para obter uma somma de dinheiro, tem-se uma obrigação indivisível ; mas si o promittente morre, cada um dos herdeiros pode inflingir em parte, intentando a acção por seu quinhão hereditário. O mesmo pode se dar na *caulio ra-\ iam vem habari* ^(m).

Reputamos inúteis, destituídas de resultados práticos todas essas especulações de detalhe. Códigos modernos existem ^(6M) que com muito critério dispõem que nas obrigações de não fazer a divisibilidade ou a indivisibilidade decidir-se-á conforme o character da prestação em cada caso particular.

Nós, porém, abraçamos uma theoria, mais radical, de modo algum collidente com o systema geral de nosso direito.

Para nós a obrigação de não fazer não comporta a distin-ção de divisível ou indivisível. Na verdade, o que distingue a obrigação divisível é que os diversos credores podem exigir sua parte, ou os diversos devedores pagar sua quota na divida. Ora, como conceber que esse direito possa existir onde o credor nada tem a exigir e o devedor nada a prestar ?

Ao contrario a indivisibilidade se accentua por poder qualquer dos credores pedir e por dever qualquer dos devedores realisar a prestação por inteiro. Mas, nas obrigações de não fazer, o credor nada tem a exigir; logo, não pôde cousa alguma exigir por inteiro ^(M0).

Essa espécie de obrigações resolve-se sempre no direito de pedir a reparação do danno resultante da pratica dó acto de que se devia abster o devedor—*quant i res esl, incerta quan-litas.* ^(m). Ora, toda obrigação de indennisação é essencialmente divisível. A consequência mais lógica então—posto que ainda errónea—seria considerar essas obrigações sempre divisíveis.

Não iremos, porém, a tal extremo e, mantendo a opinião) da inapplicabilidade da divisão ou indivisão ás obrigações de não fazer, entendemos que a única indagação que ellas comportam é si cada credor da abstenção pode remittir separadamente a divida, suppondo o concurso de credores.

Não trepidamos na affirmativa si a abstenção promettida pelo devedor era referente a cada credor destacadamente.

(658) São esses exemplos clássicos examinados por SAVIGNY *loc. cit.* MOLHOU «. 237 *cit.* e MAYNZ § 192 *nota 20.*

C⁶⁸⁹) Cod. Civ. da Hesp., art. 1151, ai. 3; Cod. Civ. Arg., art. 671.

(⁸⁰) GIOBOR, *ob. cit.* I, ns. 285, 286.

(^{M1}) MAYNZ, *oô, cit.* § 192 *nota 20 cit.*

Si o devedor prometeu não vedar mais o uso de uma passagem a três indivíduos, claro é que um destes pôde renunciar o direito que tinha sem, entretanto, poder perdoar contra seus co-credores. Mas si a abstenção for inseparável, a negativa impõe-se.

Si um visinho comprometteu-se com três proprietários de prédios inferiores a não esgotar um açude ou tapada d'agua durante certos mêzes do anno, claro está que nenhum dos credores pode dispensar a obrigação do devedor, porque os perigos que correm os terrenos inferiores de se verem inundados é commum e inseparavel sob todos os pontos (^{B61}).

142.—Ocorre indagar si uma obrigação que foi originariamente divisível, deixa de o serpeia reunião de suas partes em um só devedor.

Assim, A e B, que são irmãos, contraem juntos uma divida sem solidariedade. A morre instituindo B seu herdeiro. B pode offerecer o pagamento parcial, porque a divisão era originaria, do inicio da obrigação. Si, porém, a divida era indivisível na origem, tornou-se divisível por successão e veiu mais tarde a se fundir de novo em um herdeiro único, ella con-serva-se indivisível (⁰⁰³).

Como, porém, a indivisibilidade é uma situação de facto, ella cessa desde que a prestação, insusceptível de ser fraccio-da, passe a supportar a divisão, ou pela mudança do objecto ou pela modificação do sujeito. Isto se vê, por exemplo, nas alternativas, quando a escolha recáe na prestação divisível.

Ontrosim, perde a qualidade de indivisivel a obrigação que se resolverem perdas e danos (^{88*})#

A inexecução da obrigação indivisivel resolve-se sempre em perdas e danos e então a obrigação perde seu caracter, porque as perdas e danos são sempre computadas em dinheiro (^{66B}).

(⁶²) GIURQI, *ob. cit.* I, 286.

(663)]_ Q D, depactis ; MOLITOR. *ob. cit.* n. 241.

{^m) Cod. Federal Suisso, art. 80; Cod. Civ. do Chile, art. 1533 ; Cod. Civ. do Japão, art. 431 ; Proj. Bevil , art. 898.

■ <^{66s}) I. 25 §§ 9 e 10 D. fam. ercisc.; 1. 2 § 2 D. de stip. prat.: Po-TBIER, *ob. cit.* ns. 324 e 325 ; PACIFICI MAZZONI, *ob. cit.* IV, 40; MOLITOR, *ob. cit.* ns. 254,268.

D'ahi o pensarem alguns jurisconsultos que, quando a inexecução proviesse, ainda que da culpa de um só dos devedores, todos deviam contribuir nas perdas e danos por parte (***) Houve também quem pensasse em attribuir ao credor o direito de exigir de qualquer dos devedores os danos totaes.

Em nosso direito não ha controvérsia; domina a melhor doutrina (^{6G7}). Si na inexecução da obrigação indivisível tiver havido culpa de todos os devedores, ha co-autoria em facto illi-cito e todos respondem por partes iguaes (⁶⁶⁸). Si, ao contrario, a culpa for de um só dos devedores, ficam os outros desonerados e somente responde o culpado pelas perdas e danos (^{M9}).

Inútil é recordar que tem aqui inteira applicação a regra do fortuito. De modo que a perda não capitulada de culpa, tratando-se de cousa devida em espécie, é o caso fortuito que desonera os devedores (⁸¹⁰).

O caso de impossibilidade da prestação indivisível por mora dos devedores, ordinariamente não é prevista pelos Códigos ; não é, porém, caso virgem na pratica.

A melhor solução é que, em tal caso, cada devedor responde pela mora que lhe é imputável, ou todos por partes viris, si todos estão em mora (⁶⁷¹).

143.—Indaguemos a posição dos credores e devedores nas duas classes de obrigações que nos occupam.

Ainda que a obrigação tenha por objecto prestação divisível, não pôde o credor ser obrigado a receber, nem é licito ao devedor pagar por partes, salvo si outra cousa for ajustada(*").

(***) Esta opinião rigorosa e injusta funda-se no argumento tirado das Is. 2 § 3 e 5 ; 1. 25 § 3 D. de verb. oblig.

(^{M7}) WINDSCHEID, *Pandektenrecht* § 299 notas 8 e 9.

(M8) *trajto Ctvil Recopilado*, art. 1014 ; *Projecto Bevil.*, art. 898 § 1».

(^{6M}) *Cod. Civ. do Chile*, art. 1533, ai. 2».; ; *Proj. Bevil.*, art. 898 §2.

(⁷⁰-) *CHIRONI—Colpa Contra tuale*, n. 171.

(*) *Cod. Civ do Chile*, art. 1534; arg. do art. 898 §§ 1: e 2". do *Proj. Bevil.* ; *AUBRYST RAU* §301 nota 20; *GIORGI, ob. ctt. í, 272*; *DURAN-TON—Cours de DroU Fsançais swvant le cod* civil—XI, 313 t seus.*

(^{1*}) *Cods. Civs. Pr.*, art. 1220 p. 1.» e 1244 ; *Cod. Civ. Ital.* arts. 1204 e 1246; *Federal Suisso*, art. 78; do *Congo*, art. 118 ; de *Costa Rica*, art. 772 ; da *Sardenha*, art. 1310; de *Nápoles*, art. 1173 ; *Argent.*, art. 673 p. 2.»e 742 ; da *Columbia*, art. 1584; do *Hayti*, art. 1169; da *Hesp.*, art. 1169; *Proj. C. Rod.*, art. 447 ; *Proj. Bevil.*, art. 892; *POTHIER, ob. ctt. n. 634.*

Como se vê, éo caso de um só credor, ou de um só devedor ; não se trata do concurso.

Então, quando a obrigação é indivisível e o laço obrigacional é entre um credor e um devedor, seus efeitos são absolutamente idênticos aos da obrigação divisível. Em tal caso a disposição supracitada é também um dos princípios mais universalmente aceitos e já consagrado no direito romano (^m).-E\ pois, uma regra geral.

Salvo estipulação em contrario, a divida deve ser executada indivisamente, como si indivisa fosse, em todos os casos de não existência de concurso.

Um credor não fica *in moram accipiendi*, nem o devedor *in moram solvendi*, si aquelle recusa o pagamento parcial, ou si este se recusa a prestar parte da obrigação exigida pelo credor (^m).

144.—Si porém, ha vários devedores ou vários credores e si a obrigação é divisível, ella divide-se activa e passivamente (⁶⁷⁸); e si não é divisível seus efeitos são outros (^m).

Analysemos taes casos.

Havendo vários devedores ou vários credores em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguaes e distintas, quantos são os credores ou devedores. En-tende-se isso quer a pluralidade seja originaria, quer resulte da successão por herdeiros do credor ou devedor primitivo (^{8m}).

Como se vê, a hypothese aqui é outra.

Si muitos credores ou muitos devedores estipularam sem solidariedade, ha tantos créditos quantos os estipulantes, tantas dividas quantos os promittentes, ou—em summa—tantas obrigações quantos os sujeitos delia.

Um credito pode igualmente entrar nessas disposições si for dividido entre muitos credores ou muitos devedores pela abertura de uma successão legitima. Nesse caso si é o credito

(873) i. 13 § 8 D. emti. ; Is. 21 e 41 § 1 D. de usuris ; 1. 3 § 5 D. de statu liberis ; 1. 46 § 1, D. de solutionibus.

(674) Vide nossos capítulos do *Pagamento* e da *Imputação*.

(675) Proj. Bevil., art. 893.

^>

(876) Proj. Bevil., art. 394 ; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1329*.

(677) Códigos Civis : Argent., art. 674; do Uruguay, art. 1353 ; da Co-lumbia, art. 1568; do Japão. art. 428 : da Austria, art. 889; Proj. C. Rod. art. 447 ; Proj. Bevil., art. 893

(678) MOLITOR, *ob. Cl. H. 240*,

MI70M

que se divide, elle distribue-se nãoproporçãaHBTquinhões he reeditários. Si é o debito, o credor não pode recusar a parte que lhe offerecer o herdeiro obrigado dentro de seu qui nhão (OT⁹).

Nas circumstancias, que ora examinamos, pôde cada devedor satisfazer sua parte, porque é uma prestação composta (^m), mas tão absolutamente separável, que cabe o direito de repetição ao que tiver pago de mais, além do que **lhe** toca no todo (^{8M}).

A isso corresponde naturalmente a impossibilidade de poder o credor exigir mais do que essa quota parte. assim como a liberação dos co-devedores de responderem pela insolvabil-idade de qualquer delles (^{M1}).

Em sentido contrario, si a prestação não for divisível, será cada um dos devedores obrigado por toda a dívida, como si fosse solidaria, e o devedor deve satisfazel-a por inteiro (^{6M}).

No direito romano clássico o credor precisava accionar todos os devedores conjuntamente. Ao tempo da codificação justiniana, o principio actual já era triumphante (^{f*}).

Códigos ha, ainda hoje, em que o devedor demandado na obrigação indivisível pôde pedir prazo para se entender com os outros devedores, afim de todos satisfazerem a prestação, sal vante si ella só pôde, por sua natureza, ser satisfeita pelo demandado (^m). Si essa hypothese se verificar, firma-se o direito de *regresso*.

I Não é pequena a disputa sobre saber si o devedor demandado tem direito de chamar á assistência da causa seus co-devedores só para o effeito de firmar seu direito de regresso contra elles, ou para fazer-lhes extensiva a condemnação.

Os autores divergem, mas a maioria é desta ultima opinião (⁶⁸⁵). Não nos parece que a questão tenha, em direito pátrio, tão grande importância.

(679) WIHDSGHBID, *ob. cit.* § 252 n. 1 / MoLITOH, *ob. cit.* ff.229.

(880) 1.25 D. de solut. ; MOUTOB, *cit. n.* 240.

(081) POTHIER, *ob. cit. ns.* 309 a 311 ; MOIJTOR, *loco cit.*

(682) Códigos Civis : Fr., arts. 1222, 1223 ; Ital., art. 1206 ; do Congo, art. 120 ; do Chile, arts. 1527 e 1528; deSaxe, art. 1037; de Costa Rica, art. 664; da Áustria, art. 890 ; Ked. Suisso, art. 79 ai. 1»; Allemão, art. 431, Proj. C. Rodrigues, art. 450 ; Proj. Bevil., art. 894.

(683) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 299.

• (684) Cod. Civ. do Chile, art. 1530; da Itália., art. 1208; Cod. Civ. Fr., art. 1225; Allemão, art. 432; Proj. C. Rod., art. 432.

(685) *íAovawü—RspettioHS Ecriles II, 1288*; DEMOLOMBB, *ob. cit. III, 601* ; AUBRY ETRAUOÔ. *cit.* § 301 nota 19 ; LAROMBIERE, *ob. cit. n.* 1225, 1 / LAURENT, *ob. cttf^XVII, j92*; GIORGI, *ob. cit. 1, 260*.

Realmente: o devedor na obrigação indivisível é obrigado por toda a dívida e si a paga, subroga-se no direito do credor em relação aos demais co-obrigados ^(8M).

O regresso, isto é, o direito de reaver dos co-devedores a parte na dívida, firma-se *ip& jure* pelo pagamento, independente do chamamento á assistência da causa, por força de lei, mesmo nos pagamentos extrajudiciaes ^(M1).

Aliás, na pratica, é um caso raro aquelle em que uma obrigação indivisível possa ser exigida só de um dos devedores.

Um dos raros casos é quando, ainda indivisa a herança, trata-se de effectuar uma prestação a que era obrigado o *de cujus* ^(8SB). O exemplo clássico é o de uma servidão prometida por um individuo que morre. Si o terreno em que ella devia ser constituída toca a um só herdeiro, só elle pode satisfazer a obrigação com o regresso, para indemnizar-se, contra os outros

^{/689\}

Em casos taes, pagando um dos devedores a dívida indivisível, esta se divide, porque o solvente somente pode exigir dos demais devedores a quota hereditária, ou a viril e jamais toda a dívida de um só ^{C⁹⁰}.

145.—Si a pluralidade for da parte dos credores, pode cada um destes exigir a totalidade da dívida ^{f⁶⁹¹}.

O mesmo se entende no concurso de credores que não seja originário, mas formado pelos herdeiros do credor único primitivo ^{)^{6M}}. Já assim era no direito romano ^(M). O credito seria inteiramente neutralizado si dependesse de um accôrdo de todos os credores para ser exigido, quando houvesse concurso delles em dívida indivisível.

(686) CodeFed. Suisso. art. 79 ai. 2. » e 3. »; do Chile, art. 1627; de C. Rica, art. 609; Proj. Bevil., art. 894 § único.

(687) LACERDA, *ob. cit.* § 26 pensa o contrario.

(688) *cit.* LACERDA.

(689) POTHIER, *ob. cit.* n. 331; Cod. Civ. Fr., art. 1225.

(680) Sobre o regresso vide LOBÃO, *Execuções*, § 33; *Dig. Por.* J, 137.

(M) Cod. Civ. Fr., art. 1224p. 1. «; Ital., art. 1207 ai. 1. «. O Cod. Civ. Port. art. 750 restringe esta faculdade ao caso de não ter sido a prestação exigida em juizo por outro credor. Em outro sentido, Cod. Civ. Arg., art. 675. E (602) Cit. Cod. Civ. Fr., art. 1224.

(608) 1.2 § 2 fine; 1. 4 § 2 D. de verb. oblig.; 1.26 § 9 D. fam. ercisc. 1,1 § 36 D. depositi.

Resolve-se deste modo a velha controvérsia si o devedor se liberta pagando a totalidade da prestação a um só credor, ou mesmo si cada um destes pode exigir a prestação por inteiro sem o concurso dos concredores.

O direito romano partiu, no período clássico, dessa exigência para abandoná-la por fim.

A solução que damos é geral, modernamente.

Na obrigação indivisível, qualquer dos co-credores pode exigir a prestação por inteiro ^(m). Não é a solidariedade da obrigação que produz esse efeito, mas a indivisibilidade da prestação que o impõe.

O devedor ou devedores se desobrigam pagando a todos conjuntamente, ou a um delles, dando este caução de ratificação dos outros credores ^(M^f). Essa caução tem por fim desobrigar o devedor solvente para com os demais credores e pro-tegel-o contra a demanda ulterior dos mesmos ⁽⁶⁹⁶⁾

O caso de poder cada credor exigir a totalidade da dívida não vem de que isso decorra de uma estipulação tacita, ou que seus interesses sejam communs, mas da impossibilidade do credor exigir por partes o que é indivisível.

E' só esse laço fortuito da indivisibilidade da prestação que reúne os credores ou devedores nas obrigações indivisíveis e não uma obrigação commum.

Consequentemente, elles não se substituem, não se representam, nem assumem responsabilidades por factos uns dos outros.

Dahi decorrem estes contrastes aliás já expostos:

Si ha muitos credores e a obrigação é divisível, cada credor só tem sua parte no credito ; sendo muitos os devedores, cada qual só é obrigado á sua parte no debito.

O contrario disso dá-se nas indivisíveis.

Si um dos devedores na divisível torna-se insolvente, o credor não pode exigir dos outros sua parte. Si a prescrição suspende-se para um dos devedores, não aproveita aos outros.

O contrario dá-se nas obrigações indivisíveis. A prescrição nestas ultimas aproveita aos co-devedores e prejudica os co-credores ⁽⁸¹⁷⁾. Se, porem, um devedor é insolvente, os outros são obrigados pela totalidade da dívida.

(694) POTHIER, *ob. cit.* n. 326.

(69.-.) Proj. Bevil., art. 895 ns. I e II.

(696) WINDSCHBID, *ob. cit.* % 299 nota 5 ; MAYNZ, *ob. cit.* § 192 *cit.*

(«Mj C. Fed. Suisso, arte. 155 e 159 ; GIORGI, *ob. cit.* I, 263 e 268.

146.—A independência recíproca dos devedores e credores na obrigação indivisível leva igualmente a indagar qual o efeito produzido pela sentença proferida a respeito de um delles em relação aos outros. Ha quem pense que a sentença pro ou *contra* um dos devedores, procede no mesmo sentido contra os outros (*).**).

Querem outros que a sentença absolutória favoreça a todos os devedores e a condemnatoria só prejudique áquelle contra quem foi proferida (⁶⁹⁹).

Achamos mais fundada a opinião de que a sentença, qualquer que seja, ou se trate de credores ou de devedores, proferida a respeito de um, nenhum efeito tem quanto aos demais (T.^o).

147.—Si um só 'dos credores receber a prestação, os outros têm o direito de exigir d'elle indemnisação pecuniária correspondente á parte que a cada um deverá caber na prestação r).

Nada mais simples ; é um *símile* do regresso entre os devedores.

Si um dos credores remittir a divida, não ficará a obrigação extinta para com os outros ; estes, porém, poderão exigir a prestação, descontando a quota do credor remittente.

O mesmo se observa no caso de transacção, novação, compensação, ou confusão (^{7.i}).

No caso de remissão pensam alguns autores que o devedor é obrigado a pagar aos credores não remittentes a prestação por inteiro sem desfalcar a quota remissa, porque a obrigação é indivisível e os credores é que não podem receber sem reembolçarem o devedor do que lhe fosse perdoado, pois que se não trata de solidariedade (^{7.ºa}).

(^{W8}) MOLITOR, *ob. cit.* MS. 254 e 268 ; TOULLIER, *ob. cit.* X, 206 e 207; LAROMBIERB, *ob. cit.* 1225, 11 e 12.

(^{6M}) AUBRT ST RAO, *ob. cit.* § 769 nota 42 ; DURANTON, *ob. cit.* XIII, 528.

(^{C00}) 1, 31 D. de judicis; MAYNZ, *ob. cit.* % 192 nota 26; GIORGI, *ob. cit.* I, 264 e 268 ; ED. BONNIER—*Tr. Theorique et Prat. des Preuves en droit civil et endroit crim. P^c. III, n. 888'*; DEMOLOMBE, *ob. cit.* III, 633; LAURENT, *ob. cit.* XX, 122.

(ioi; proj. Bevil., art. 896. ■ (ws) Códigos Civis >—Fr., art. 1224 p.« 2« ; da Itália, art. 1207, ai. 2«; do Japão, art. 429; do Chile, art. 1532 ; Proj. C. Rod., art. 421 p.« 2.» ; Proj. Bevil., art. 897 § único : BAUDRTL. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1331. [in) POTHIBR, *ob. cit.* n. -§27 ; GIORGI, *ob. cit.* I, 267.

A solução mais justa é outra ('*'). A remissão da dívida nas obrigações indivisíveis é uma consequência lógica do princípio que, em tais obrigações, um acto que só tenha origem em um dos co-credores, não produz efeitos em relação aos outros. O credor, pois, que fizer remissão da dívida, só o faz quanto a sua parte ; elle não pôde supprimir direitos alheios por acto próprio f"). A remissão é puramente pessoal para o credor, tanto para o devedor)^{70fi}).

O mesmo dá-se com a transação, com a novação, compensação e confusão, que só abrangem em seus efeitos o devedor com quem se realisam (^{7,T}).

Isso tem seu fundamento em que a obrigação de pagar a dívida por inteiro, quando indivisível, é uma necessidade puramente de facto, mas que não ataca o princípio fundamental da pluralidade das obrigações (⁰¹).

H»f »M

(ioi) MUTOR, *ob. cit. u. 254.*

C») SÁLEILRS — *Obligattons—132.*

(⁷⁰⁶) DEHOLOMBE, *ob. cit. V, 460.*

fi? j o mesmo effeito não tem a prescripção, como opinam l'OTHIKR, *ob. cit. ns. 305 e j28 ; GIORGI, l, 267 ;Cod. Bevil., art. 897 § único que a exclue, tudo isso pelo que deixámos dito supra em nosso num. 145.*

C^M) GIORGI, *ob. cit. 1,265.* Vide o que ficou dito non. 141.

CAPITULO VIII

DAS OBRIGAÇÕES SOLIDARIAS

Sumtario. 148—Noções diversas das obrigações quanto aos sujeitos. 149—O que é solidariedade. 150 — A solidariedade não se presume. 151—A vontade unilateral não pode crear a solidariedade. 152—Solidariedade legal. 153 —A obrigação solidaria pôde ser pura para uns e condicional para outros. 154—SOLIDARIEDADE ACTIVA o que seja. 155 —Característicos da solidariedade activa. 156—O devedor pôde pagar a qualquer credor antes de accionado por qualquer outro. 157 — Efeito do pagamento realizado a um dos credores. 158— Efeitos da novação. 159—Efeitos da compensação. 160—Efeitos da remissão. 161—Efeitos da confusão. 162—Efeitos da transacção. 163—Efeitos do compromisso. 164—Interrupção da prescrição por um dos credores. 165—Suspensão da prescrição em favor de um credor. 166—Da decisão proferida em acção entre um credor e o devedor. 167—Como figuram os herdeiros de um credor no credito solidário. 168—Conversão da prestação solidaria em perdas e danos. Juros da mora. 169—Posição do credor que remitte a divida ou recebe o pagamento. 170—SOLIDARIEDADE PASSIVA ; o que seja, característicos. 171—Como figuram os herdeiros de um devedor na divida solidaria 172—Pagamento parcial ou remissão obtida por um devedor. 173 —Efeitos das modificações da obrigação entre o credor e um dos devedores. 174 —Efeitos da impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores. 175— Obrigação de todos os devedores pelos juros da mora. 176—A acção do credor contra um dos devedores não derime o direito de accionar os outros. 177—A cousa julgada entre o credor e um dos devedores pode ser invocada por outro devedor ? 178—Excepção do devedor demandado. 179— Excepção da remissão. 180-Excepção da confusão. 181—Excepção da divisão da divida. 182 — Excepção da novação. 183—Excepção da compensação. 184—Excepção da transacção. 185 — Excepção da prescrição. 186—Renuncia á solidariedade pelo credor. 187—Direito do devedor solvente contra seus co-devedores. 188—Rateio da porção do devedor insolvel. 189 - Caso em que a divida interessar somente a um dos devedores solidários. 190.—Causas extinctivas da divida solidaria.

191 — *Theorias sobre a solidariedade*. 192—Unidade ou pluralidade de obrigação na solidariedade Theorias allemãs. 193—Theoria dos autores francezes. 194—Theoria da pluralidade de vínculos. 195—Theoria aceita.

148.—O typo geral de toda a obrigação é a de dois sujeitos - o activo e o passivo, credor e devedor. E' o que a doutrina denomina obrigação *única*.

Si, por excepção, existem muitos devedores e muitos credores, ella denomina-se *múltipla*.

Quando dos muitos credores ou dos muitos devedores cada qual só é credor ou devedor de uma parte, denominam os autores uma tal relação como *multiplo-conjuncta*, *solidariedade simples*, ou *imperfeita*.

Quando, ao contrario, cada credor pode exigir, ou cada devedor é obrigado a satisfazer a totalidade do credito, ha *solidariedade perfeita*, ou *córrealidade*.

Em opposição á obrigação conjuncta, existe a *disjuncta*, ou a que, uma vez satisfeita por um dos devedores, ou a um dos credores, toma-se inexistente para todos os outros.

O direito romano as admittia nas disposições testamentárias (•").

Ali mesmo, porém, a tendência mais pronunciada era para daí a taes obrigações os effeitos das solidarias (⁷¹ⁱ)

Realmente.ellas têm no pagamento da prestação por inteiro um notável ponto de contacto. Os devedores, porém, não são solidariamente obrigados e, portanto, não respondem uns pelos outros, nem o que paga tem recurso contra os demais. Não vem, pois, ao caso tratar-se dessa espécie (⁷¹ⁱ).

Por enquanto é sufficiente a affirmativa de que nenhum valor pratico se pôde ligar á distincção doutrinaria entre solidariedade perfeita e imperfeita e devemos considerar unicamente a pluralidade de credores, ou solidariedade activa, e a dos devedores, ou solidariedade passiva.

C°*) Por exemplo—«al. S % 1 D. de legatts.

(M l. 4 C. de verb. et rerum signif.

(li) DEMOLOMBE—*Tratté des contrats et des obligatlons* 111, 101, 104 ; HUDELLOT ET METMAN—*ObligatiottS*, H. 330.

149.—A solidariedade é uma modalidade especial que implica dous ou mais sujeitos, activos ou passivos, de uma mesma obrigação e, em virtude da qual, embora seja esta divisível, pode cada credor demandar e cada devedor é obrigado a satisfazer a totalidade, com a particularidade que, o pagamento feito por um devedor, ou a um credor, extingue a obrigação quanto aos outros (⁷¹¹).

No fundo, quanto a *exactio*, não existe na solidariedade sinão um credor e um devedor, porque entre os muitos credores não é *um s outro*, que pôde demandar a divida e sim *um ou outro* como veremos em breve (⁷¹³).

O correr de nossa exposição nos demonstrará dentro em pouco que se não pode levar tão longe a simplificação de tal theoria, que tem seus princípios próprios e irreductivos.

1 SiO.—A solidariedade não se presume ; resulta da lei ou da vontade das partes (⁷¹⁵). Este principio, já consagrado no direito romano (^{T,s}), não é modernamente tão universal como parece. Na Inglaterra todos os *joint contractors* presumem-se solidários (⁶). No Código Civil da Prússia (^{Tn}), em Lucerna (^{f¹⁸}) e Argovia (^{Ç^{1*}}), quando muitas pessoas contraem juntas uma obrigação, esta sempre se presume solidaria. O Código Civil

C^u) Códigos Civis:— Francez, art. 1197; 1200; Italiano, arts. 1188, 1187; Argentino, art. 699; Hespanhol, art. 1137 ; do Canadá, art. 1103; Federal Suisso, art. 162, ai. 1. «; do Uruguav, art. 1364; da Columbia, art. 1568, ai. 2 ; do Congo, arts. 95 e 98 ; do Hayti, arts. 985 e 987 ; ^e*Dig. Port. I, 162-163*; Projecto Felício, art. 469 ; Projecto Coelho Rodrigues, art. 427; Projecto Beviláqua, art. 899 § único; *Direito Civil Recopilado, art. 882 § 1.*

Oⁿ) 1. 31 § 1 D. de novat. ; MAKEZOLL—*Römischen Rechts % 12§* ; WAHNKCNIG—*Pir. Rom. § 816.* I

(^{7U}) Códigos Civis : Fr., art. 1202 ; Uai., art. 1188 ; doUruguay, art. 1365 ; Hesp., art. 1137; Fed. Suisso, art. 162 ai. 2 e 169, Argent., art. 701; de Nápoles, art. 1155 ; da Sardenha, art. 1292 ; da Hollanda, art. 1318; do Chile, art. 1511 ai. 2 e 3; da Columbia, art. 1508 ai. 3 ; Projecto Felício, art. 470; Proj.C. Rod., art. 432 ; *Di% Port. I, 177, li8* ; *Direito Civil Recopilado, uri. 882.*

(¹¹⁸) 1. U § 2 D. *duob. reis* ; Is. 5, 9 c 12 C ■ *st certum petatur.*

f¹ⁿ) BROOM — *Commentaries oit lhe cominou la-iv, pags. .113, 560* ; GLASSON —*Hist. dn droit. et dcsmtit. polit. civ.,e judie de úAngleterre, VI, p. 375.* M

C^u) Cod. da Prússia P» I, tit. V, §§ 424 e segs.

f^{1. §}) Cod. Civ. de Lucerne, art. 635.

C^M) ANT.DK SAINT-JOSBPH—*Concordance des Cod. Civ.—Introd. p. LXVJÍ, vol. II, p. 260 e vol. III, p. 233.*

Allemao, nos últimos tempos, depois de ter parecido proclamar que a solidariedade não se presume C*⁰), cae em contradicção e a presume bem positivamente ("). A solidariedade passiva, em matéria commercial, é muitas vezes presumida, quando não haja estipulação em contrario (7^M). O melhor principio, porém, é o acceto. Não se deve jamais presumir a solidariedade, por isso mesmo que ella deroga o direito commum. I

Não se exigem, porém, para que se a considerefirmada, palavras expressas, pois não mais existem as formulas sacramen-taes do direito romano e medieval (7²³).

Ella pode resultar das clausulas do contracto implicitamente, pois que assim também se pode manifestar a vontade, n.

Apenas, na duvida, deve-se decidir por sua exclusão e inexistência (1^M) O essencial é que se não presuma de maneira alguma a solidariedade, mas que ella resulte da manifestação expressa ou implícita das partes.

O direito romano já admittia como fonte da solidariedade a convenção das partes manifestada ou numa clausula adjcc-ta a um contracto *bonce fidei*, ou mesmo do pacto *conslituli*

IV

151.—A manifestação da vontade como fonte da solidariedade, porém, precisa ser bilateral. A vontade unilateral não produz esse resultado ; é sempre necessária a vontade das partes f*⁷).

C⁷⁵⁰) Cod. Civ. AU., art. 420.

(7^{it}) Cod. Civ. AU., art. 427; SA. LEIU. ES—*Obligation n. 113*— DERN-BURG *Das BUrgerliche Recht*, vol. II, P. I, § 161, n. II.

Cⁿ) GIORGI, *Teor. delle obblig. I, ns. 127 e 140* ; BAODRT L. ET BARDE, •— *Obligations n. 1175*.

O*⁸) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. ns. 1120 e i i7j* ; DELVINCOURT— *Cours de droit civ. jl, p. 499*; DURANTON—*Cours de droit fr. suivant le C. Civ. XI, n. 190*; Huc— *Droit. Civ. Vil, 309* ; GIORGI *ob. cit. I, n. 88*.

(7^M) ROSSEL—*Manuel du droit federal des oblig. n. 196* affirma não se poder admittir perante o Código Federal das Obrigações essa solidariedade tacita.

Ç^v) PACIFICI MAZZONI—*Istit. di diritto civ. itai. IV, lj*; DURANTON, *ob. cit. XI, 160 e 169*; D&UQj. OHBit—*ob. cit. 111, 1)8, 229 0234*; GIORGI, *ob. cit. I, 127* ; LAURENT—*Principes de droit civil xvii, 256 o 281*.

O*⁹) 1. 13 §9 e 47 D. loc. conducti; 1. ' & C de de duob. reis; MOUTOR, *Obligation- n. 899*.

C*^l) ROSSEL, *ob. cit. n. i97*.

Muito se discute ainda perante outras legislações si a solidariedade pode ser imposta aos herdeiros pelo testador ; em uma palavra, si o testamento pôde ser uma de suas fontes.

Nessa controvérsia secular tomaram parte os glozadores e se dividem os modernos. A opinião affirmativa tem seus partidários illustres ("■).

I Ha mesmo quem affirme, que, sempre que um testamento instituir um legado sem forma alternativa, presuppõe-se no testador a intenção de constituir seus herdeiros solidariamente obrigados ("").

Não trepidamos na adopção da opinião contraria, que é a de nosso direito. A solidariedade é uma aggravação do vinculo obrigatório ; é uma modalidade das mais excepçoes, sobrecarregada de excepções onerosas. Não se comprehende, pois, que a vontade unilateral possa dar-lhe origem ("°).

Entre nós desde que sejam instituídos vários herdeiros sem declarar o testador quaes delles devam satisfazer os legados, entende-se que ficam todos responsáveis em *proporção* dos respectivos quinhões f³¹). Si for imposta a um ou mais herdeiros a obrigação de satisfazer os legados, somente estes ficarão responsáveis para com os legatários ("*). Os princípios estabelecidos em nossa lei civil são, pois, exclusivos da responsabilidade decorrente do testamento.

.152.—Quaes são, porém, os casos de solidariedade legal ?

São os seguintes :

i? —a obrigação resultante para os co-devedores da prestação indivisivel ("*);

2.^o Si duas ou mais pessoas forem simultaneamente commodatarias de uma cousa, ficarão solidariamente responsáveis para o commodante (m);

Cⁿ) PoTHIKR, ~OMig. «s, 259 e 269 \ DEMOLOMBE, *ob. cit.* III, §75 ; GIOBQI, *ob. cit.* I, 219 ; LAUKENT, *ob. cit.* xvII, ns. 254, 276 e j28; AUBRY ET RAU -*Droit Civ.* VII, ris. 301 e 311 ; BAUDBY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1123.

(^{7M}) MOUTOU, *ob. cit.* n. 1164.

C¹⁸⁰) ROSSBL *ob. * lug. ctts.*

(^m) *Dig. Port.* 1, 183 o 185 ; Proj. Bevil., art. 1714.

(¹³¹) Proj. Bevil., art. 1715.

O³³) Proj. Bevil., art. 894.

(^m) *Dig. Port.* W, 1175; Proj. Bevil., art. 1257.

m

I

3.º No caso de vários depositantes da cousa indivisível

O;

4.º Si o mandato for conferido por varias pessoas para n egocio commum, cada uma delias é solidariamente responsável para com o mandatário por todas as obrigações e effeitos do mandato, salvo direito regressivo pelas quantias pagas (^M);

5.º as obrigações da sociedade, relativamente a ella,quan-do contrahidas conjuntamente pelos sócios (⁷³⁷);

6.º as obrigações dos sócios, quando ellas redundarem em proveito da sociedade (⁸⁸);

7.º a obrigação da fiança simultaneamente prestada por duas ou mais pessoas á mesma divida, salvo estipulação contraria O⁸⁹);

8.º a obrigação de satisfazer o danno resultante dos actos illicitos, quer para seus co-autores, quer pára estes e seus cúmplices (TM); I

9.º a obrigação dos testamenteiros de prestarem contas dos bens que lhes foram confiados, si o testador não houver discriminado suas funcções f⁴¹); I

io.º na obrigação dos co-tutor es í^{7W});

II.º no exercício da acção *de effusis H dejeclis* para os habitantes do prédio commum (^{7W});

12.º a obrigação dos civilmente responsáveis (TM);

13.º a obrigação dos devedores da Fazenda Publica e entre os herdeiros destes (^{74B}); I

14.º a dos seguradores de uma mesma cousa (⁷⁴⁸);

Taes são, entre outros, os casos de solidariedade legal.

Esses casos são restrictos, não devem nem podem ser entendidos por analogia. A solidariedade legal é sempre uma aggravação da obrigação, um principio derogatorio da equidade que nos leva a supportar consequências de actos que mui-

(188) p.ºj. Bevil., art. 1276.

(W) *Pig. Port.*, art. 637; *Dir. Civ. Recop. art. 1350*; Proj. Bevil. art. 1316.

(W) *Di. port. III, 1085*; Proj. Bevil., art. 1398.

(788) p.ºj. Bevil. art. 1401.

C»») *Direito Civil Recopilado, 1374*; Proj. Bevil. art. 1498.

(7*o) Código Penal art. 69 § único; Project. Bevil.. art. 1523.

■ C*¹) Proj. Bevil., art. 1779. E

(M j Ord. liv. 3.º tit. 80: BORGES CARNEIRO—*D/Vei/o Civil, § 241 n.8.*

(1W) *t.º, 1 § Jo; 2 e }^eD. de his, qui effudennt vel dejecerint*

Ç*) *Cod. Civ. Port art. 2372. C. DA ROCHA, Dir. Cio. § 136; LACERDA—*

Obrigações § 8 nota 6 :

(¹⁴⁸) LACERDA, *ob. cit.* § 8 notas 8 e 9.

C*«) *Cod. Commercial art. 668.*

tas vezes não nos são imputáveis (^{10T}). Assim é que não é concebível nas obrigações de fazer, que exigem um facto pessoal de uma pessoa determinada (^{1W}).

Outrosim, não pode tirar sua origem de uma sentença judicial (C*⁹) e isso nos parece de uma evidencia absoluta, porque a sentença judiciaria, em caso algum, cria direito nem suscita relações jurídicas e sim somente declara as que preexistiam e se acham de qualquer forma feridas ou contrariadas por um dos litigantes. Si o objecto da sentença é indivisível, os con-dennados conjuntamente a satisfar são obrigados *pro parte*

153.—A obrigação solidaria pode ser pura e simples para um dos co-credores ou co-devedores e condicional ou a termo para outro ("").

A obrigação pode affectar todas as modificações em relação a um dos co-obrigados e não attingir aos demais ; pôde mesmo ser nulla ou annullavel em relação a uns ou alguns e perfeitamente subsistente quanto a outros (TM).

A nullidade de uma das obrigações não arrasta a inexistência das outras (^{1M}).

Esriptores ha e bem reputados que chamam a attenção para que bem se entenda este principio unicamente nas múltiplas relações subjectivas dos diversos credores ou devedores; porque, quanto ao conteúdo da prestação, este não pode ser diverso para os diversos sujeitos (^{1*}).

Veremos em breve a importância que isso poderá ter para decidir a respeito do melhor systema da solidariedade.

C*¹) *Giorgi, ob. cit. I, 127.*

(^{1W}) *Giorgi, ob. cit. I, 144.*

(**¹) O Cod. Civ. Argentino, art 700, é o único que conhecemos decido dindo o contrario. I

C""^o) 1. 43 D. rejudicata. Vide LACERDA, *ob. cit.* § 7º *nota i2.*

("">») Códigos Civis : -Pr. art. 1201 ; de Nápoles, art. 1154 ; da Sardenha, art. 1291 ; da Itália, art. 1187 ; da Holl., art. 1317; da Hesp art. 1140; do Canadá, art. 1104; Argent, art. 702 ; do Chile, art. 1512 ; do Congo, art. 99; do Haylí, art. 988 ; de C. Ricu, art. 639 ; Proj. Felício, art. 471 ; Proj. C. Rod., art. 431; Proj. Be vil., art. 900; § 2º *Inst. dê euob. reis : Dir. \CÍV. Recopilado, art. 882% 2.º*

(752) is. s e 12 § 1.º D. duob. reis.

(758) BAUDRY h. ET BARDB, *ob. ci/.* M. 1117.

(754) WINDSGHBID— *Pantteklenrechts* § 293 *nota 11,*

fl Tudo quanto temos dito é *commum* á solidariedade *activa e passiva*, ficando, portanto, de uma vez derimidas as duvidas que a respeito so suscitavam.

15-4.—Pode-se definir a *solidariedade activa* como uma relação de direito entre muitos credores de uma só obrigação e em virtude da qual cada um *representa* todos os demais perante o devedor *commum* para haver o credito, ou assegurar sua solução (^{1W}).

Praticamente considerada, pode-se encarar a solidariedade activa como um instituto extinto. Seu defeito capital é collocar os concredores á vontade de um só dentre elles, su-jeitando-os a correr o risco da insolvência do que executar o devedor ; ao passo que sua vantagem, a de evitar a arrecadação parcellada, obtem-se igualmente por meio de um mandato

n

Não é de hoje que os casos delia são raros f⁸⁷) e pode-se affirmar que ella existe no direito moderno por um injustificável aferro ás instituições romanas. Dizemos injustificável, porque o direito romano a adoptou, não como um instituto que merecesse regulamentação especial, mas somente para contrabalançar a regra da intransmissibilidade de créditos (^{1M}).

I Ha Códigos modernos ("*) que positivamente negam a solidariedade entre credores e dão aos que apparecem com este character a denominação de credores simplesmente *conjuntos*, tendo cada um defronte dos outros, em relação ás partes destes, as faculdades de um mandatário geral.

E' assim que sua applicação vae pouco e pouco desaparecendo ao ponto de não existir, ao menos que conheçamos, um só caso de solidariedade activa *legal*. Isto é mesmo o que a distingue da passiva (^{16o}).

(755) BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1112\ GIOBGI, *ob. cit.* I, n. 85.

(756) ROX BARBOSA—*Trabalhos do Código Civil*, IX, p. 340.

(757) PoTHIEB, *Ob. Cit.* n. 259.

(768) GAODBMET—*Ettide sur le transport des deites*, pag. 37', — GIORGI, *ob. cit.* I, 123. ■ (759) Cod. Civ. de Costa Rica, art. 636.

(760) ROSSEL, *ob. cit.* n. 209 ; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 297 nota 8 e § 298 ; AVBRY ET RAU, *ob. cit.* § 298 bis e notas.

155.—Inútil é lembrar que a solidariedade activa implica multiplicidade de credores e unidade ou pluralidade de devedores.

O caso typico é, sem duvida, a multiplicidade de credores e a unidade de devedor. Nada, porém, altera a multiplicidade destes. Km tal caso as regras não se modificam ; apenas pode-se dar um caso de applicação cumulativa de regras da solidariedade activa e passiva (^{1M}).

Qualquer, pois, que seja a forma quanto aos sujeitos activos e passivos da obrigação, o que caracteriza essencialmente a solidariedade activa é que cada um dos credores solidários tem o direito de exigir do devedor commum o cumprimento da prestação por inteiro (^{1M}).

Num case único que conhecemos em legislações extra-nhas, o mandato reciproco para receber é dado como o característico distinctivo da solidariedade activa (^{1M}).

A regra por nós posta é simples e contém a própria definição da solidariedade. O direito de exigir a prestação por inteiro é tão característico da solidariedade activa, que é precisamente o que a distingue de todas as modalidades de obrigações. Claro é que ellasó visa a utilidade e vantagem dos credores (^{78*}) e esta se estende á participação em todas as garantias do credito.

De modo que a hypotheca, ou o penhor, em garantia do credito solidário, posto que concluído com um só dos credores e o devedor commum, aproveita aos seus concredores

^{176i-»}
A '•

Cessa, porém, o direito de demandar o credito por inteiro no caso de interdicção de um dos credores ? De modo algum ; a solidariedade não se altera por isso ; o direito persiste sempre para o interdicto. Apenas seu exercíco se desloca do sujeito primitivo para seuslegaes representantes (⁸⁶). ?i

(TOi) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1116.*

(7«2) Cod. Civ. Fr., art. 1197; Cod. Civ. Ital., art. 1184; Cod. Civ.l da Áustria, art. 892; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1370 ti. 1 ; Cod. Civ. do Peru, art. 1290; Proj. Bevil., art. 901.

(■03) *Code Civil des Tribunaux Mixtes d'Egypte, art. 161.*

I (704) GtoRQI, *ob. cit. I, «. 118.*

(■ror.) пAc. MAZZONI, *ob. cit. IV, n. 14; DBMOLOHBE, ob. cit. III, 1?^ e 175. ■*
(766) GIORI, *ob. cit. I, ».* 103,

156.—Emquanto algum dos credores solidários não demandar o devedor *commum*, poderá este pagar a qualquer delles O-

O mesmo principio já dominava no direito romano ⁽⁷⁶⁸⁾:— desde que o devedor era assignado por um dos credores, não mais podia liberar-se pagando a um outro.

O credor exclue, portanto, os outros pela proposição da acção contra o deveder *commum*.

Isto, porém, não é um *simile* do direito romano clássico, no qual a *lilisconlctalio* operava um effeito extinctivo por força de sua natureza processual. A disposição actual é somente o exercício do direito de escolha, que cabe ao devedor. Como tal, esse direito só é favorável ao devedor, não ao credor, porque livra o primeiro de dividir uma só prestação entre muitos.

Os credores não têm interesse em estipular a solidariedade.

Ella só interessa o devedor; as consequências favoráveis aos credores e decorrentes da solidariedade activa, são puros accidentes, como seja, por exemplo* a interrupção daprescrip-ção operada em relação a um só delles de que falaremos em breve H-

E' verdade que esse interesse do devedor é pouco conciliável na pratica com o principio da *prevenção* consagrado em quasi todos os Códigos.

E' para evitar esse choque de principios que o moderno direito civil allemão consagrou a regra que, quando muitos tenham o direito de exigir uma prestação por inteiro, mas que o devedor não seja obrigado a executar a prestação sinão uma só vez, o devedor *pôde, á sua vontade*, fazer a prestação a qualquer dos credores ^{f^o}). Ahi a escolha do devedor é absoluta e persiste, mesmo quando um dos credores já tenha intentado acção para obter a prestação ("*).

Nosso direito não adopta principio tão extremo, o que é

(767) *l. 16 D. ãuob. reis*; Código Civ. Fr., art. 1198, ai. 1^o; Cod. Civ. de Uruguay, art. 1370 n. 4 ; Code Fed. Suisso, art. 170 ai. 2 ; Cod. Civ. Arg., art. 706; Cod. da Sardenha, art. 1288; Cod. de Nápoles, art. 1158; Cod. Civ. da Holl., art. 1315; Cod. Civ. do Chile, art. 1513; Cod. Civ. Port., art. 750; Cod. Civ. do Congo, art. 96; Cod. Civ. do Hayti, art. 986; Cod. Civ. da Columbia, art. 1570; Proj. Fel., art. 472; Proj. C. Rod., art. 428 ; Proj. Bevil., art. 902; *Dig. Port. I, 164*; *Dir. Civ. Re-copil. art. 882 §3*.

⁽⁷⁶⁸⁾ *l. 16 D. ãuob. reis*, cit. na nota anterior.

(76fl) Huc, *ob. cit. Vil, ns. 299 e 302*; HUDELLOT *ob. cit. n. 332*. O contrario pensam ROSSEL, *ob. cit. n. 196** BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. n. 1129*.

("•) Cod. Civ.. AU., art. 428.

C^{1*}) *Dies gtl. nach dann, wenn einer der GlUubiger bereits Klage attf die Leistung erhoben hat—cil. art. 428 do Cod. Civ. Ali.*

ao nosso ver de lamentar. Entre nós a opção do devedor co-mum é sempre susceptível de ser neutralizada pela prevenção! de um dos credores para obter a prestação por inteiro. Mesmo assim, entretanto, não se pôde deduzir que a solidariedade activa seja sempre a favor dos credores.

I Apenas a lei investindo todos elles do direito de exigir a prestação por inteiro, devia acautelar os direitos adquiridos por quem primeiro pôz em exercíco essa faculdade. -jij

Seja como for, o principio estabelecido é absoluto: nem o devedor pode pagara outro credor a prestação por inteiro, nem effectuar o pagamento ou offerta parcial, depois de exercer um delles o direito de prevenção (TM). ^

Não basta, porém, a simples manifestação de um dos credores para produzir o effeito a que nos referimos de annullar o beneficio de opção do devedor. E' essencial uma demanda judicial no sentido technico do foro (778).

Inútil parece salientar uma outra consequência do principio de prevenção, qual seja- que elle pode tornar desigual e mesmo peiorar a posição de um dos credores.

Realmente, elles podem ter seus direitos com differentes modificações, um sob condição suspensiva, ou a termo, outro simplesmente. Ora, o credor cujo credito depender de uma condição, por exemplo, não pode exigir do devedor commum o implemento da prestação enquanto não se realizar a condição, o que certamente não se dá com o credor puro e simples, desde então collocado em condições mais favoráveis.

Ha, porém, uma hypothese em que o devedor conserva a opção depois de demandado e é quando a demanda é proposta por todos os credores reunidos ("*).

Si após a demanda de um dos credores, o devedor paga a outro que não elle, esse pagamento não é liberatório si não na parte relativa ao credor que recebeu, porque a equidade não se compadece com o duplo pagamento a tal credor.

Quanto ao restante da divida, o pagamento é invalido e, portanto, o devedor é adstricto a um segundo pagamento.

Si, porém, por accôrdo entre todos os» credores, presta o devedor as quotas partes da divida, o pagamento é valido ("") e a solidariedade deixou de existir.

Semelhante effeito produz o pagamento parcial?

("*) BAODRT L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1141.*

(~73) Essa solução está de accôrdo com o arl. 1198 do Cod. Civ. Fr. e com o art. 1185 do Cod. Civ. Italiano.

(m) Huc, *ob. cit. Vil, n. 303*; LAHOMBIKRE, *ob. cit. 1198, 3, 4 e 5.* (TK > GIORGI, *ob. cit. I, 100 e 101.*

Sem duvida pôde um dos credores exigil-o, si nisso aqui-escerem os demais credores e o devedor commum ("•).

Ninguém, porém, poderá affirmar que em tal caso continue a persistir a solidariedade, cujo característico dominante é a prestação por inteiro.

157. — O pagamento feito a um dos credores solidários extingue inteiramente a divida f"). *Uno solvente, rcliqui li-beranlur.* O mesmo effeito resulta da novação, da compensação e da remissão f¹⁸).

Não ha a menor difficuldade, nem a menor duvida pôde se levantar quanto ao effeito liberatório do pagamento effec-tuado a um dos credores solidários.

Si a escolha pertence ao devedor, por outro lado o credor escolhido não pôde recusar o pagamento. Si isto occorrer, pode o devedor oppôr o deposito em pagamento, que terá pleno effeito liberatório em relação ao credor recusante ("⁹) e aos outros.

Releva, outrosim, notar que nem só o devedor pessoalmente como qualquer interessado na extincção da obrigação, ou mesmo qualquer terceiro não interessado, pôde effectuar a solução da obrigação solidaria, uma vez que, tratandc-se do terceiro não interessado, elle o faça em nome do devedor C⁸⁰).

A escolha do devedor não sendo um critério distinctivo da solidariedade activa e sim somente uma consequência lógica da representação dos credores reciprocamente, é claro que o pagamento feito por terceiro em seu nome produz a inteira extincção da obrigação, como no caso mais geral.

C⁷⁶) GIOKGI, *ob. ctt. I, n. 94.*

C⁷⁷) § *lo Znst. dedttob. reis*; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1370, n. 2; Cod. Civ. do Peru, art. 1291; Cod. Civ. da Áustria, art. 893; Cod. Civ. da Itália, art. 1184; Cod. Federal Suisso, art. 170, ai. 1.*; Cod. Civ. Argent. art- 706; Cod. Civ. Port., art. 751; Cod. Civ. do Congo, art. 98; Cod. Civ. do Hayti, art. 987; Cod. dos Bens de Montenegro, art. 557; Proj. Be-vil., art. 903.

C⁷⁸) Cod. Civ. Fr.. 1209; Cod. Civ. Ital., art. 1194; Cod. Civ. da Hesp., art. 1143; Cod. Civ. Argent., art. 707; Cod. Civ. do Chile, art. 1513, ai. 2 e 1519; Cod. Civ. Port., art. 751; Cod. Civ. da Columbia, art. 1570ai. 2; Cod. Civ. AUemão, art. 422; Proj. Fel., art. 473; Proj. Bevil.J art. 903 § único; POTHIER, *ob. ctt. n. 206 fine.*

("») DURANTON, *ob. ctt. XI, 173*; P. MAZZONI, 06. *cit. IV, n. 14.*

<W) Proj. BevU., art. 933.

De resto, essa matéria é simples e não merece que nella nos detenhamos. O mesmo não se dá com os outros factos equiparados ao pagamento que vamos examinar.

Antes de o fazer, porém, indaguemos outra questão: *m*
I Como opera o pagamento parcial feito pelo devedor co
mmum a um dos credores solidários ?

-

O devedor pode oppô-lo aos demais credores não só para que seja descontado na prestação total, como para não mais pagar, ao credor que recebeu.

O pagamento parcial a um só credor, porém, só é possível si este o aceitar, pois que ao devedor não é licito offere-cel-o e menos ainda obrigar a recebel-o, pois que a solidariedade não pôde ser desnaturada nem illudida a seu bél-prazer.

A dação *in solulum*, acceita e concertada entre um dos credores e o devedor commum, ou entre um dos devedores e o credor commum na solidariedade passiva, tem o effeito de impedir a acção dos outros concredores e de libertar os co-de-vedores.

Não trepidamos nessa affirmativa pelo *símile* dos effeitos liberatórios da novação (^{1M}).

E' verdade que si ella se effectua tendo outro objecto que não o da prestação promettida, os concredores podem entender que esta não foi realisada. Mas é certo também que o devedor só é obrigado a uma prestação. A dação é pagamento e este extingue a divida e ninguém pode ser obrigado a pagar duas vezes.

Por outro lado, na solidariedade passiva, a dação não implicajamais uma clausula, condição, ou acrescimo gravativo da obrigação que incida na prohibição legal (⁸⁸¹)-

Essa doutrina, que era dos sabinianos, triumphou na grande controversia na época da codificação romana (^{1M}).

Todavia não lhe faltam adversários na época moderna ("*).

158.—Examinemos a *novação*.

Tratando em particular dessa causa de extincção, os Co-

(^{7M}J BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit.* «. 1155.

(^w) Proj. Bevil., art. 910 ; MOTIVE do Cod. &v. *AllemUo*, II, p. 165; DEMOLOMBB, *ob. cit.* III, 391. I

(IM) WmraCHEiD, *ob. cit.* §§ 295 e ?42 «. 2.

(^{1W}) GIORGI, *ob. cit.* I, n. 97 e Ricci—*Corso di diritto civile VI*, Mv 152 estão nesse numero.

digos geralmente a regulam no caso só de solidariedade passiva (^m).

Entretanto é certo que tratando-se da solidariedade activa, a novação tem também effeito liberatório (⁷⁸⁶).

A solução era duvidosa em direito romano ; existiam leis em sentidos oppostos (¹⁸⁷). Prevaleceu, porém, a opinião que o o devedor podia novar a divida f⁸⁸).

No direito moderno a solução mais geral é-a negativa C*⁹).

Entendem outros que a nove cão, ou mude a pessoa do devedor, ou a cousa devida, só extingue a obrigação na parte do credor que a effectuou (⁷⁹⁰).

Em nosso direito prevalece a solução extrema do direito romano; a novação produz o pleno effeito de pagamento como acontecia com o *acceptilatio* C⁹ⁱ).

159.—Relativãmenteá *compensação*, o modo por que ella opera na solidariedade activa é absolutamente equiparado ao pagamento. Si o pagamento feito pelo devedor commum a um dos credores solidários pode ser oppostoaos outros, a compensação, que é uma forma de pagamento, extingue igualmente a obrigação. E' a melhor opinião que prevalece em nosso direito ("").

E' essencial, porém, que a compensação se revista de todos os requisitos da lei e que se haja realiado antes de ser o devedor demandado por um dos credores.

Sobrevinda depois, ella não pode ser opposta ao credor que prosegue o pagamento e equivale ao pagamento feito a outro depois da demanda.

Si, porém, a parte da divida a compensar não abrange a totalidade do credito, fica equivalendo ao pagamento parcial derogatorio da solidariedade ?

C⁸⁵) Entrenós assim procedeu o Proj. Bevil., art. 1008.

(186 j Proj. Bevil., art. 903 § único cii.

(⁷⁸⁷) l. 31 ? l D. de novat e l. 27 pr. D. depactis.

(⁸⁸) ACCARIAS, *Precis de Droit Rom. II*, n. 550.

(^{1W}) GIOROI, *ob. cit. l. u.* 110.

C⁹⁰) BAUDRY L. ST BARDE—n. 1156.

C⁹¹) Proj. Bevil , art. 903 § único: *Dtr. Civ. Recopil.*, art. 949 §2.

Cⁿ) LAKOMBIKHE, *ob. cit. 1198*, 8 ; DBMOLOMBR, *ob.elt. III, 192 e segs.* DURANTON *ob.cit. XI, 178*; BAUDHY L. ET BARDE, *ob. cit. n. ll/f.5* ; PÁC. MAZZONI, *ob. at. Iv, '4*; AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 298 bis e nota 7.* Em contrario GIORGI, *ob. cit. I, 115.*

Parece inevitável a consequência, primeiro porque é da da indole da compensação extingui a dívida até a concorrente quantia; em segundo lugar, si, para os efeitos do pagamento, cada credor solidário é encarado como si fosse credor único, não seria justo que sua condição piorasse nos efeitos da compensação.

100.—Emquanto a *remissão*, seus efeitos são diferentes, conforme se trata da solidariedade activa ou da passiva.

Na primeira, que é o que nos interessa agora, é ella inteiramente equiparada ao pagamento, e esse effeito é immediato, sem distincção de effeito *ipso jure* da antiga acceptilação, ou por meio de uma excepção *do pactum denonpetendo* do direito romano.

Aquelle é obsoleto no direito moderno e este ultimo só produzia effeito liberatório na parte relativa ao credor que o pactuava.

Entre nós a remissão tem effeito extintivo.

1 A faculdade que tem o credor solidário de remittir a dívida, demonstra ainda o interesse que tem o devedor na solidariedade activa.

E' sabido que todas as garantias obtidas por um dos credores solidários para segurança da dívida, sem excluir a hypotheca, podem ser invocadas por todos. f⁹⁸). Si o credor pôde perdoar a dívida, claro é que pode também abrir mão de qualquer das garantias de que se ache ella revestida.

Além disso, tal consequência decorre logicamente do effeito liberatório da novação.

Como se vê, damos á remissão um effeito contrario ao que lhe dava o direito romano (^m), mas de conformidade com o sentir geral dos juristas modernos (ⁿ). Com effeito, a communitadade de interesse, a sociedade na solidariedade, quer activa, quer passiva, é presumida em direito moderno, ao contrario do que se passava em direito romano (^{7M}).

Cada credor solidário tem direito de representar seus concredores em virtude de um mandato *ad hoc* que se estabe-

^C⁹³) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1151.*

(^m) l. 27pr. D. de partis ; to. 31 e 32 § 11 D. de uovat. I (^{1M}) POTHIER, *ob. cit. n. 260*; DURANTON, *ob. cit. II, n. 534*; SAVIGNY, *Oblig. § 18*; ROSSEL, *ob. cit. n. 203.*

O*) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1119.*

lece tacitamente entre elles (^w). Ora, seria contra a indole do mandato scindil-o de modo tal que elle só pudesse operar para o effeito de receber e não para o de libertar o devedor co-mmum, quando seu fundamento é o interesse de todos C^M).

Taes são os factos juricos extinctivos da obrigação solidaria activa.

IO t.—Outros phenoinenos, porém, podem sobrevir que modifiquem os direitos dos credores e a situação do devedor commum e que podem por este ser oppostos quando demandado.

Um delles é a *confusão*.

A confusão na solidariedade, tanto activa como passiva, opera-se até a concorrente quantia do respectivo quinhão do credito ou da divida, subsistindo a solidariedade quanto ao mais Cⁿ).

Sem duvida a confusão impossibilita em cada individuo a accumulção da dupla qualidade de credor e devedor.

Isso, porém, não presuppõe necessariamente a suppressão do objecto da obrigação, nem liberta os demais devedores, nem priva os demais credores de demandar.

Não ha consequência mais lógica, decorrente da multiplicidade da obrigação solidaria, dividindo-se entre vários sujeitos (^{M0}).

Si a confusão abrange toda a divida solidaria, extingue-se toda ou somente em parte ?

A questão é pratica, mas de fácil solução. O credor em quem se opera a confusão reputa-se ter recebido o pagamento e é obrigado a restituir aos seus concredores o equivalente das partes que lhes possam caber (^m).

C^{TM7}) HUDKLOT KT MKTMAN. *OÖ. dt. H. 333.*

(⁷⁹⁸) SALEILLKS—*Obhg. n. 115.*

Cⁿ) Cod. Civ. do Canadá, art. 1113 ;Cod. Civ. ds Hoyti, art. 996; Cod. Civ. do Congo, art. 107 ; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 827 ai. 3^a; Proj. Bevil., art. 1054 ; TOULUKR, *ob. cit. III, 746*; PAC. MAZZONI, *ob. cit. IV, 14 cit. LAUBENT, ob. cã. XVII, n. 270.*

(⁸⁰⁰) FITTING—*Correalobligationen, pag. 103.*

(⁸⁰¹) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1163*; TOULIJKR, *ob. cit. Vi, n. 746*; LAURENT, *ob. cit. XVII, «. 270* ; Proj. Bevil., art. 1054 comb. com o art. 906.

162.—Outro facto jurídico modificador da solidariedade é a *transacção*, cujo effeito é liberatório.

Concluída entre um dos credoies solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros (^{8M}).

A transacção devia ser incluída na numeração das causas de liberação equivalentes ao pagamento em todos os Codi-gos D-

O methodo e a doutrina assim o exigem : o methodo para evitar discussões e controvérsias; a doutrina porque existe perfeita paridade entre a remissão e a transacção. Quem pode fazer uma, pode fazer a outra (^{M*}).

163.—O mesmo que fica dito da transacção se applica ao *compromisso*, cujos effeitos são idênticos (⁸⁰⁵). O credor solidai io pode effectual-o pela totalidade do credito, uma vez que satisfaça as condições especiaes exigidas para a sua realisa-ção.

164.—A interrupção da prescripção feita por um dos credores solidários aproveita aos outros (^{Mi}).

Já assim era no direito romano (⁶⁰⁷).

Este effeito da solidariedade activa é uma consequência do mandato tácito que os credores se dão reciprocamente (⁸⁰⁸) e é derogatorio do principio geral das prescripções, em virtude do qual a interrupção delia, feita por um dos credores, não aproveita aos demais (⁸⁰⁹). Os actos interruptivos da pres-

(802) Proj. Bevil., art. 1034 ai. 3. ».

(803) Assim não obrou o Proj. Bevil. em seu art. 903 § único.

(804) LAROMBIKRK, *ob. cit. l198, 13, 14*; DEMOLOMBE, *ob. ctt. III, 185 a 187*.

(803) Proj. Bevil., art. 1051.

(808) Cod. Civ. Fr., **art.** 1199; CoU. Civ. Ital., art. 2131; Cod. Civ. Argent., art. 713; Cod. da Sardenha, art. 1289; Cod. Civ. de Nápoles, **art.** 1152; Cod. Civ. do Congo, arts. 97 e 104; *Dig. Port. I, 167*; Po-THIER, *ob. ctt. n. 260*.

(807) *l. S fine. C. duob. reis*; WINDSCHEID, § 295 *nota III*/Proj. Bevil. **art.** 180 § 1.o.

(808) BAUDST L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1147*.

(808) Proj. Bevil., art. 180.

cripção são fixados positivamente nas lei (^{81o}) e não são extensíveis por interpretação analógica.

Entretanto um dos herdeiros de um credor solidário, posto que possa interromper a prescrição (^{Ml}), não o pode fazer sinão em sua parte no credito, porque a solidariedade não se transmite (³¹⁵). De sorte que, assim por um só operada, a interrupção da prescrição não aproveita aos co-herdeiros e só produz effeito para elles na medida da parte do herdeiro que interrompeu a prescrição (^{Mí}).

1 65.—Quanto á suspensão da prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveita aos outros si o objecto da obrigação for indivisível ("*)• Em geral e com todo o fundamento encara-se a suspensão da prescrição como favor que a lei especialmente faz a certas pessoas, ou por sua situação de facto, ou de direito (^{81S}), favor individual por causas restrictas.

De modo que parece não se estender a disposição aos credores solidários v sinão nos casos em que estes pudessem ser comprehendidos nas excepções das pessoas favorecidas.

Tomando, porém, em consideração a indivisibilidade da obrigação, tivemos em vista um principio que é útil aqui bem recordar.

Quando se effectuaa suspensão da prescrição em favor de um dos credores solidários, ella não aproveita aos outros tratando-se de prestação divisível, por isso que na solidariedade ha multiplicidade de vínculos.

Como se vê, não equiparamos os effeitos da interrupção e da suspensão daprescripção em geral.

Com effeito, ellas dif ferem profundamente,

A interrupção presuppõe um acto que vem infirmar, não o direito geral do credor á divida, mas o direito muito especial na solidariedade, de exigir a prestação por inteiro.

Consequentemente, seu effeito deve abranger todos os outros credores. Na suspensão, ao contrario, por isso mesmo

(810) por ex. Proj. Be vil., art. 17Ó.

(8U) Proj. Bevil., art. 178. (812) Proj.

Bevil., art. 904.

(818) DCRANTON, *ob. cit. XI, n. ISO*; AUBMT ET RAU, *ob. cit. IV, pag. 16 nota 6*; BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. n. HjVi* arg, do art. 904 do Proj.

Bevil.

(814) Proj. Bevil., art. 175.

(815) proj. Bevil., arts. 172 e173.

que ella é um favor individual, é essencial tomar o critério da divisibilidade f").

166.—A decisão proferida em acção entre um dos credores solidários e o devedor commum pode ser opposta aos outros credores, ou invocada por elles ou pelo devedor ?

A affirmativa é irrecusável.

O direito de demandar o devedor pela totalidade da divida implica o desubmitter a procedência ou improcedência da acção á uma decisão judiciaria. Portanto, si esta for contra aquella em relação a um dos interessados, não vemos como possa deixar de selo em relação aos outros. Em uma palavra, a sentença proferida sobre a obrigação tem vigor contra todos os credores, embora estranhos á lide (•").

Entretanto o principio não é o mesmo si a decisão é proferida sobre factio pessoal ou excepção peculiar a um dos credores somente ⁽⁸¹⁸⁾.

16T. —Si fallecer um dos credores solidários, deixando herdeiros, cada um destes só terá direito de exigir a quota do credito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo si a obrigação for indivisível ⁽⁸¹⁹⁾.

Eis um principio simples e de fácil comprehensão.

A solidariedade, uma vez estipulada, não cessa pela simples manifestação da vontade e, em casos dados, pode se trans-mittir a herdeiros. De modo que o herdeiro único do credor solidário, ou a reunião de todos os herdeiros do credor solidário, exercem os mesmos direitos que a lei concede áquelle a quem succedem. São considerados, em summa, um só credor, representam a successão e é a esta que o credito pertence.

Como, porém, a solidariedade por si só não implica a indivisibilidade do credito, a regra é que aquella desaparece, *ipso*

⁽⁸¹⁸⁾ Noutro sentido vide BAUDRYL. ET BARDE, ». 1149.

⁽⁸¹⁾ TOULLIER, *ob. cit.* X, 202 *esegs.*; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1159 ; LAROMBIKRB, *ob. cit.* 1198, 15; DEMOLOMBE, *ob. cit.* III, 191; WIND-SCHEID, *ob. cit.* § 295, nota 8.

(818) BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. tis.* 1160-1162.

⁽⁸¹⁹⁾ Cod. Civ. Argent., art. 712; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1369; Proj. Felício, art. 474; Proj. Bevil., art. 904.

jure, com a abertura da successão de um dos credores solidários. Este principio é universal (^{8M}); mas modifica-se no caso de prestação indivisível pelos princípios em outro lugar expostos.

Neste caso pode cada um dos herdeiros exigir a prestação por inteiro e o devedor pode satisfazer-lhe mediante a caução da ratificação dos outros herdeiros, cabendo a estes o regresso contra o que recebeu para obter a indemnização pecuniária correspondente á parte que a cada um cabe no credito (^{8M}).

168. — Não desaparece a solidariedade por se converter a prestação em perdas e danos e os juros da mora correm em proveito de todos os credores ("").

As perdas e danos são consequência do inadimplemento da obrigação (^{82s}).

O principio da equidade e a lógica rigorosa dos princípios que regem a solidariedade não se compadeceriam com solução diferente. De outro modo seria livre ao devedor sub-trahir aos credores solidários todas as vantagens de sua posição por acto exclusivo de sua vontade.

Quanto aos juros da mora, decorrem as disposições que os regem do principio de representação dos concredores.

Com effeito, por isso que cada um delles tem o direito de exigir a totalidade da divida, resulta que cada um pôde constituir o devedor em mora, pois que esta decorre do não implemento da obrigação (^{8nj}). De modo que, constituído o devedor em mora para com um dos credores que demandar a divida, fica constituído em relação a todos.

Ora, os juros da mora são devidos independentemente da allegação de prejuízos, *ipsojure*, desde que se fixa o valor das prestações (^{8is}) e como a totalidade destas pode ser pedida e é devida a qualquer dos credores solidários, claro é que, uma vez reclamada ella por um, todos os concredores devem par-

(820) POTHIER, *ob. cit. n. 324*; LAROMBIERE, *ob. cit. Ill, pag. 385*; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1134*; LAURENT, *ob. cit. XVII, «. 26*; AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 598 ter, nota 46 e § 298 bis nota 5*; DURANTON, *ob. cit. XI, 378,565*; PAG. MAZZONI, *ob. cit. IV, 23*.

(Mi) *proj. Bevil., arts. 895 e 8QÕ*.

(***) *Proj. Bevil., art. 905*.

("") *Proj. Bevil., art. 1059*.

(M4) *proj. Bevil., art. 958*.

(sw) *Proj. Bevil., art. 1067*.

icipar das consequências do inadimplemento da obrigação que lhes é devida (^{8M}).

'4

\ E este effeito se verifica, quer tenha a estipulação primitiva a obrigação de juros para um só, ou para todos os credores, quer não (•").

169.—O credor que tiver remettido a divida ou recebido o pagamento, ficará responsável para com os outros pela parte que lhes possa caber (⁸¹⁸)? Em outros termos, o credor solidário tem acção para exigir de seu concredor o preço do que elle recebeu do devedor commum como implemento da obrigação ?

E' a magna questão, talvez a mais discutida de todas, em matéria de solidariedade.

A mór parte dos Códigos modernos nada dizem sobre o *concurso*. O direito romano nenhuma disposição expressa consagrou. Os romanistas desde os glozadores, porém, entendem que, por sua índole, a correalidade não implica a partilha do recebido, nem o regresso do pago, mas também não osexclue.

A lei, dizem, só regula nesse instituto as relações entre credores e devedor e não de uns e outros entre si.

Estas ultimas dependem de outros laços contractuaes ou quasi contractuaes entre os interessados, independentemente da solidariedade em si (^{8M}).

D'ahi deduz-se a seguinte doutrina : Si os credores forem entre si *socii*, si existir entre elles communitade de interesses, ou qualquer relação de direito que os obrigue a porem em commum o resultado, ou prestarem contas, o credor que recebeu pode ser compellido a restituir a *quula* parte aos concredores, bem como o devedor solvente a repetir de cada co-obrigado a quota paga, ou pela *adio mandati*, ou pela *adio pro sócio*, ou pela *negotiorum gestão*. Si, porém, nada disso existir, nem o credor que recebe, nem o devedor que paga tem acção contra os outros (^{M0}).

(826) Huc, *ob. cit. Vil, n. 107*; BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. ti. 1150*; LAURENT, *ob. cit. XVII, 262*; GIOBGI, *ob. cit. I, tt. 106. (m)* Cit. BAUDRY L. ET BARDE. (•») Cod. Clv. Argent., art. 708 ; Proj. Bevil., art. 906.

(829) WINDSCHBID, *Ob. Ctt. § 294* » MOLITOR — *Obhg. H. 1168* / MAYNZ—
Droit. Rom. § 186 nota 26. I

(880) E cita-se um apoio disso a *l. 62 pr. §D. ad legem Fale, ;* MELLO FREIRE, *liv. IV, tlt. TII, S 30*; C. DA ROCHA, *Dtr. C/v. § 116*; LACERDA, *ob. cit. § 9 fine e § 10, ps. 48 e 49*; ZACHARLÊ, § S27 nota 14.

Este principio domina positivamente firmado em algumas legislações modernas ⁽⁸³¹⁾. Leis ha que presumem em cada credor ou devedor o direito ao recurso ou ao regresso por partes iguaes (■"). O direito germânico e o antigo direito francêz foram no sentido da doutrida por nós esposada ^(8M), doutrina entre nós de ha muito preparada pela *theoria e practica*⁽⁸³⁴⁾, como demonstra o Código Argentino inspirado pelo nosso maior jurista ^(Ml).

O principio adoptado é da natureza da obrigação solidaria que se divide *ipso jure* entre os vários credores ⁽⁸³⁶⁾.

E a razão é simples.

Si a solidariedade é, no fundo, um mandato entre os credores, nada mais lógico que o mandatário preste contas, desde que o mandato se esgote.

Esse principio, que só por deducção existe em direito francêz ⁽⁸³⁷⁾, é entre nós claramente consagrado no direito ao recurso dado aos concredores contra aquelle que recebeu a divida.

Qual, porém, o *crilerium* dessa prestação entre os credores ? Eis o que é indeterminado na lei e com muita razão. Realmente, a convenção pôde muito bem variar entre os credores e dar lugar a hypotheses múltiplas e é por isso bastante a regra simplificada de que o credor ficará responsável pela parte que *possa caber* a seus concredores. Pôde a prestação pertencer a todos por partes desiguaes. ou a alguns somente.

Si aquelle que recebeu era credor da totalidade, claro é que pode guardal-a para si; mas inda lhe restará o recurso pelas custas judiarias pagas, si existirem.

Não pode, pois, haver *crilerium* legal para a extensão do recurso : é uma questão de interpretação da vontade das partes. E o recurso deve-se dar em todas as circumstancias quaes-quer, quer tenha o credor recebido o pagamento por inteiro, quer por partes.

⁽⁸³¹⁾ Cod. Civ. da Áustria, art. 895; Cod. de Saxe, § 1036. ^(M*) Cod. da Prússia, I, 5, §§ 443-449.

⁽⁸³³⁾ SALEILLES, *ob. cit. ns. 127-128*; SAVIGNT, *Obligationenrecht*, § 23 ; DOMAT—*Lois Civiles*, P*. I*liv. III, tit HI, sece. I, ns. 4 e 6; POTHIER, *ob. cit. n. 260—4.º*.

⁽⁸³⁴⁾ *Dig. Port. I, 168*.

⁽⁸³⁵⁾ Cod. Civ. Arg., art. 708. Ninguém ignora quanto nesse Código influiu nosso grande TEIXEIRA DE FREITAS.

^(8»⁶) DURANTON, *Ob. Cit. XI, 113* / LAHOMBIERE, *ob. Cit. 1197, 20* \ GIORQI, *ob. cit. I, 119* ; DEMOLOMBE, *ob. cit. III, 145* ; HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit. M. 331*; MAZZONI, *ob. cit. IV, 15* ; AUBRT ET RAU, § 298 *bis*, *nots. 12 e 13*. («») BIGOT PREAMESE—*apud* FKXET, *XIH p. 248*; TOCLIEB, *ob. cit. VI, n. 727*; DELVINGOUKT, *ob. cit. II, p. 502* ; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit'. n. U64*; LARONBIERECÚ. na nota supra.

O direito de recurso, porém, restringe-se aos casos únicos de ter um credor recebido o pagamento e de ter feito remissão da dívida ?

Nada mais procedente do que admittir-se o recurso nesses dous casos typicos. No pagamento, porque elle é o fim capital que os credores collimavam. Na remissão, porque é ella sempre, ou ao menos na maioria dos casos, um acto estranho ao interesse commum dos concredores ; é um beneficio ao devedor, mas emanado só do credor que o quiz exercer e, conse-guintemente, não deve affectar aos que nelle não tomaram parte.

Mas a novação, a transacção, o compromisso, a compensação, extinguem a dívida, têm effeito liberatório e destroem, portanto, a utilidade que todos os credores tinham na solidariedade activa. Ou operem como pagamento total ou como parcial, o effeito liberatório dessas figuras jurídicas é indiscutível e já o puzemos em relevo.

Ora, em systemas em que esses factos só tenham effeitos parciaes, como no francêz, é bem que se discuta si o credor que os effectua deva ou não soffrer o recurso de seus concredores ^(M⁸). Desde, porém, que existam disposições terminantes, como evitar a consequência lógica desse recurso ? Assim, ao nosso ver, o recurso dos concredores para obterem o que lhes possa caber na dívida, estende-se aos casos da compensação, do compromisso e da própria confusão, quando o credor tornar-se devedor do devedor commum na totalidade do credito.

Taes consequências se nos afiguram claras, lógicas, inevitáveis.

170.—A *solidariedade passiva* tem uma importância theorica e pratica muito mais considerável do que a activa.

Ella é então um vinculo entre diversos devedores, por força do qual elles *se representam* na obrigação de pagar a prestação por inteiro quando mesmo ella seja divisível.

De maneira que, diante do credor, cada um dos devedores é considerado como devedor único, emquanto que, diante um do outro, é cada um tido somente como devedor de sua parte ^(8^w).

^(m) BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. ns.* 1152 a/58.

(839 j GIORGI, *ob. cit. I*, 124; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n.* 1170.

D'ahi suas semelhanças ainda hoje com a caução a que historicamente podemos filiar-a (^{8*o}).

O que caracteriza a solidariedade passiva essencialmente é que o credor tem direito de exigir e receber de um só ou de algum dos devedores toda a divida ou somente parte della. Neste ultimo caso, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto (^{8M}).

O principio é também universal. E' o effeito essencial da solidariedade passiva, decorrente da unidade de prestação.

Nosso direito não admite o beneficio da divisão (^{8M}).

Esse beneficio foi introduzido desde Adriano e, em virtude delle, podia um dos fiadores solidários, demandado por todo o pagamento da fiança, exigir que seus cofiadores o fossem conjuntamente por sua parte ("*•). Mais tarde (^{8W}) estenderam-no a todos os que contrahiam juntos uma divida com abono reciproco e ultimamente levaram-no até a abranger todos os devedores solidários por convenção (^{8M}).

A controvérsia continuou no direito moderno sobre este ultimo ponto. Nossos precedentes jurídicos sempre excluíram o beneficio da divisão neste instituto (^{84e}). A solidariedade persiste entre os devedores quando o credor demandar um só pela parte da divida e o que paga a totalidade tem regresso contra os outros.

Ha, todavia, Códigos que admittem e toleram que o devedor demandado tenha direito de citar seus co-devedores para lhe satisfazerem com que pagar ao credor com m um (^{8M}).

Segue-se necessariamente que o credor não tem direito de exigir a prestação de todos os devedores conjuntamente e deve se ater a algum delles pelo todo ou pela sua parte ?

(^{8*o}) BAUDRY L. ST BARDE *cit.*

(8«) *l. ia. C. duob. rets; l. 3 § 1 D. duob. reis; Is. 26 e 28 C. fidej. et maná.* Cod. Civ. Fr., arts. 1203 e 1204; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1372 n. 1; Cod. Civ. do Japão, art. 434; Cod. Civ. de C. Rica, arts. 637, 640; Cod. das B. de Montenegro, art. 556; C. da Áustria, art. 891; Cod. Civ. da Itália, arts. 1186 e 1189; Cod. Civ. da Hesp., art. 1144; Cod. Fed. Suisso, art. 163; Cod. Civ. Argent., art. 705; Cod. de Nápoles, arts. 1156 e 1157; Cod. da Sardenha, arts. 1293, 1294; Cod. Civ. da Holl., arts. 1319e 1320; Cod. Civ. do Chile, art. 1514; Cod. Civ. Port., art. 752; Cod. Civ. do Congo, art. 101; Cod. Civ. do Canadá, art. 1107; Cod. des Trib. d'Egypte, art. 165; Proj. Felício, art. 475; Proj. C. Rod., art. 433; Proj. Bevil., art. 907.

(•**) *Dir. Civ. Recopil., art. 883 % único.*

(^{8W}) *l. 3 C. de fidej. et maná.; § 4 Inst. de fidej.; GAIUS, IU, 191, 122.*

(•**) *Pela Novella 99.*

(»*«) *Gvool—Comm. § 339.*

(•••) *C. DA ROCHA, ob. cit. § 119 nota; LACERDA, ob. cit. § 10 nota 11.*

(•tf } por exemplo o Cod. Civ. de Costa Rica, art. 641.

Lembre-mosde que a lei civil nada mais faz do que conferir um *direito* decorrente dos princípios da solidariedade; não, porém, consagrar um requisito essencial para que o credor possa fazer valer seus direitos.

Nada inibe o credor de dívida solidaria de accionar alguns ou todos os devedores conjuntamente pelo todo, ou *pro-rata* ("*•). E' um direito e como tal derogavel por convenção em contrario, compatível com uma cobrança simultânea de todos, ou successiva de alguns ("**).

Apenas o facto de pedir a todos conjuntamente importa divisão da dívida, renunciada solidariedade, a que principio algum pôde se oppôr (⁸¹⁰).

Da mesma forma, si um dos devedores é mais solvavel ou tem sua obrigação garantida com uma hypotheca ou penhor, nada inibe o credor de preferir accionar a um outro que não offereça nenhuma segurança real.

Esse direito é tão exclusivo do credor, está de tal maneira ligado á solidariedade instituída em seu exclusivo interesse, que, si depois de demandados todos os devedores *pro-rata*, offereceu um delles o pagamento por inteiro, pôde o credor re-jeital-o.abrindo mão das vantagens que d'ahi lhe advenham (^{M1}).

Nenhum pacto é vedado entre o credor e os devedores.

Elles podem pactuar a ordem da execução, ou o pagamento parcial. O direito de exigir e receber a prestação por inteiro é, pois, uma vantagem instituída em favor do credor e que, uma vez aceita e exercida por elle, produz os effeitos peculiares ao instituto que nos occupa.

Parece, porém, haver contradicção quando se caracteriza a solidariedade pela obrigação de cada devedor pela totalidade da prestação e o admittir que o credor possa reclamar somente parte da dívida de um dos devedores, mantendo-se entretanto, a solidariedade para com os outros (^{85S}).

Não existe na realidade contradicção alguma.

Veremos em breve que, de facto, ha na obrigação solidaria uma pluralidade de vínculos tendentes a um fim único.

Ora, essa unidade não é incompatível com tal pluralidade nem quanto á modalidade das obrigações respectivas dos devedores, nem quanto á parte da dívida (^{8SS}).

(^{W8}) LAROMBIERE, *ob. cit.* 1204 ns. i e 3; BADDRT L. ET BARDE, *ob. cit.*n. 1212.

(^{SW}) LAROMBIERE, *ob. cit.* 1203 n. 3.

(^{**o}) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 298 e nota 8.

(^{•»}) GIORGI, *ob. cit.* 1, 144 bis. ■ (8«) Proj. Bevil., arts. 889 § un. e art. 907 ai. 2.».

(^{***)} WINDSCHEID, *ob. cit.* § 293; HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit.* n. 335; Proj. Bevil., art. 900.

171.— O que acima deixámos dito sobre os effeitos que na obrigação solidaria activa traz a morte de um dos credores solidários, tem perfeita analogia com os que decorrem da de um dos devedores.

Si morrer um dos devedores solidários deixando herdeiros, cada um destes não será obrigado a pagar si não a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo si a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores H-,

Além da renuncia do credor, a solidariedade termina-se pela morte de um dos devedores solidários.

Todos os herdeiros reunidos, representando a successão, são considerados como um devedor, porque realmente é ella que o é.

Individualmente, porém, segue-se o principio geral de direito :— o herdeiro só responde pelas obrigações do defunto dentro das forças da herança ("").

Excluída a solidariedade originada do testamento que, como vimos, é inadmissível, e attendendo aos princípios expostos, podemos concluir que com a morte de um devedor solidário a solidariedade persiste tão somente antes dese effectuar a partilha. Todos os herdeiros podem então ser accionados pela divida. A morte, pois, de um dos devedores modifica, mas não altera, nem extingue a solidariedade.

Os sobreviventes continuam solidariamente obrigados juntamente com os herdeiros do morto, que, reunidos, o representam⁽⁸⁵⁶⁾.

Dado, porém, o caso de ser a prestação indivisível, os herdeiros do devedor continuam, como elle, solidariamente res-• ponsaveis e tem lugar o que deixámos dito no *numero 167*.

172.—O pagamento parcial feito por um dos devedores

^(M4) Cod. Civ. Fr., arts. 1219 e 1220; Cod. Civ. Ital., arts. 1203 e /204; Cod. Civ. do Chile, art. 1523 ; Cod. Civ. do C.Rica, art. 648; Cod Civ. da Columbia, art. 1580 ; Cod. Civ. Port., art. 757 ; *Dir. Civ. Recopilado*, art. 887; Proj.FeI.,art. 483;Proj. Bevil, art. 908.

(»») POTHIER, *ob. cit. n. 324* ; LAURKNT, *ob. cit. XVTL, n. j27* ; Au-BRY ET RAU, *ob. cit. § 296 ter. ;* PAC. MAZZONI, *ob. cit. IV, 2j* ; LABOMBIERE, *ob. cit. 1205, 3.*

^(8M) LAURKNT, *cit. na nota supra. GIORQI, ob. cit. I, n. 221.*

e a remissão por elle obtida não aproveitam aos outros devedores, sinão até a concurrencia da porção extincta (⁸⁵¹).

Pergunta-se si um devedor pode offerecer pagamento total depois que o credor demandou um delles parcialmente.

Opiniões extremadas existem que não admittem que o credor possa dividir a divida contra a vontade dos devedores, e portanto exigir o pagamento parcial quando um delles o offereça por inteiro, pois que, dizem, isso importaria em sup-primir o direito que tem o devedor de se subrogar no direito de reclamar as partes da divida de seus co-devedores (^{8M}).

A solução de nosso direito é outra.

O devedor é que não pôde offerecer o pagamento parcial, dividir a divida contra a vontade do credor.

Desde, porém, que a solidariedade é instituída no interesse do credor e por isso que existem tantos vincules obrigatoriaes quantos os devedores, é sempre licito ao credor exigir o pagamento parcial (^{8M}; e, desde então, tem elle o direito de regei-tar o pagamento total que lhe offereça um dos devedores depois de accionado um dos seus co-devedores (^{B6n}).

Deixámos dito, ao tratar dos effeitos da remissão na solidariedade activa, que ali elles eram extinctivos.

Taes effeitos se reproduzem sem duvida na solidariedade passiva, differindo porém nas consequências.

Ali, remittida a divida, ella extingue-se totalmente, porque o devedor é único e as consequências da remissão appa-recem no recurso dos demais credores contra o credor remi-ttente.

Aqui, ao contrario, a unidade do credor faz com que os effeitos da remissão se operem entre os devedores. Então a remissão concedida a um dos co-obrigados desobriga-o da parte correspondente da divida ; e, ainda que o credor reserve a solidariedade contra os outros, não pode cobrar delles a divida sem deducção da parte remittida (^{8B1}).

Isto quer dizer que a remissão, da mesma forma que o pagamento parcial feito por um dos dos devedores, não destróea solidariedade, porque esta é uma garantia do credito, instituída

(⁷) Cod. Civ. Fr., arl. 1198 ai. 2 e 1210; Cod. Civ. do Japão, art. 437; Cod. Civ. da Áustria, art. 894; Cod. Civ. da Itália, art. 1185, ai. 2»; Cod. Fed. Suisso, art. 166; Cod. Civ. do Chile, art. 1515; Proj. Bevil., art. 909.

(***) LAROMBIERB, *ob.cit.* 1204, n.4; BAUDRYL. ET BARDE, *ob.cit.* n. 1209.

^m) Proj. Bevil., art. 907.

(^{8B0}) LAURENT, *ob. cit.* XVll, n, 298; GIOROI, *ob. cit.* I, 144 bis.

(Mi) p,roj. Bevil., art. 1058.

em beneficio do credor, que continua a ter direito de haver o pagamento total. Mas como esse direito não implica o de ser pago duas vezes, é elle obrigado a levar em conta dos devedores a porção anteriormente recebida ⁽⁸⁶ⁱ⁾.

173.—Qualquer clausula, condição ou acréscimo da obrigação, concordada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros, sem o consentimento destes ^(86S).

Pode-se suppôr que tal disposição exclua a representação reciproca dos devedores pela exigência do assentimento dos outros. Não ha tal.

O próprio mandatário não pode, por acto seu, piorar as condições do constituinte, em favor de quem sempre se presume instituído.

E'preciso também não suppôr que taes disposições excluam as differentes modalidades que possam affectar as obrigações dos devedores solidários ^(m).

A obrigação pode ser pura para uns e condicional ou a termo para outros. O que é essencial é que esse laço exista ao ser contrahida a obrigação. As modificações sobrevindas depois é que não podem se effectuar sem acordo. Tal, por exemplo, a pena convencional.

Si ella foi pactuada ao formar-se a obrigação, ou posteriormente por todos os devedores, nenhuma duvida poderia ser levantada quanto á sua procedência.

Desde, porém, que um só devedor se obrigue a ella, a obrigação adjecta seria irrita sem o acordo prévio dos co devedores ^(8SS).

A razão é que a multiplicidade dos vínculos obrigatórios daria em resultado o absurdo de poder um dos devedores, por acto seu, piorar, á vontade, a posição de seus co-obrigados, si porventura pudesse agir independentemente do acordo prévio com todos elles.

^(M*) Concorda o Proj. Bevil., art. 907.

^(8M) Cod. Fed. Suisso, art. 165; Cod. Civ. de C. Rica, art. 644; Cod. des Trib. d'Egypte, art. 167 ; Proj. Bevil., art. 910. (8«* t Proj. Bevil., art. 900. (»•»)
MOUTOB, *ob. cit. n. 1178*.

174.—A impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores não desobriga os outros de pagar o equivalente, mas somente o culpado responde por perdas e danos (⁸⁸⁶).

Surgem questões varias.

Supponhamos uma cousa certa solidariamente devida, ou antes, generalisemos a hypotheze á qualquer prestação.

Si a cousa perece, ou si a prestação se torna impossível por caso fortuito, antes da mora dos devedores, as consequências da theoria estabelecida são inevitáveis: todos se desobligam, nenhum responde pelos prejuízos resultantes, a menos que se houvessem expressamente responsabilizado por elles

O.

Si, ao contrario, a impossibilidade da prestação ou o pericimento da cousa tem origem na culpa de todos, todos são indistrictos solidariamente pela indennisação das perdas e danos (^m)

Si, porém, taes factos ocorreram por culpa de um ou de alguns dos devedores, só estes devem as perdas e danos,mas todos devem o equivalente da cousa.

A multiplicidade das obrigações é o fundamento sobre o qual repousa a responsabilidade do co-devedor culpado pela indennisação dos danos resultantes de sua culpa (⁸ⁿ).

Mas a obrigação dos não culpados pelo equivalente da prestação tornada impossível, repousa na solidariedade, ao passo que se libertam das perdas e danos que constituem real augmento da obrigação a que não deram causa. (^{wo}).

A disposição similar do Código Civil Francêz tem dado lugar a criticas acerbas por parte dos juristas modernos que a accusam de falta de lógica.

Achamos destituída de fundamento tal arguição.

Não poderia haver injustiça mais clamorosa do que pri-var-se o credor de ser pago, desarmal-o de todas as vantagens da solidariedade contra seus devedores, pela culpa de um só dentre elles. Por outro lado, não menos injustificável seria

^{18M}) Códigos Civis:-Fr., art. 1205, ai. 1 ; Ital., art. 1191; Hesp., art. 1147, ai. 2 ; Argent., art. 710; da Sardenha, art. 1295; da Luisiana, art. 2091 ; do Canadá, art. 1109; da Holl., art. 1321 ; de Nápoles, art. 1158 ; Port., art. 755; do Chile, art. 1521 ; do Congo, art. 103 ; do Hayti, art. 992; *Dig. Port. l,i7Ji* Proj. Fel., art. 476; Proj. C. Rod., art. 435; Proj. Bevil., art.911.

^(M1) Proj. Bevil., art. 1061.

I

^{<883}) Proj. Bevil., art. 905 oomb. com o 907.

(869) MOUTOR, *Ob. Ct. ti. 1155.*

^(m) WINDSCHKID, *ob. cit. § 295 fine e nota 12: HUDELLOT ET METMAN, n. 341] ROSSEL, ob. ct. n. 199 fine.*

fazer pezar sobre todos os devedores danos e perdas por factos a que não deram causa (⁸⁷¹).

Essa distincção entre o preço da cousa ou o equivalente da prestação e indennisação de perdas e danos, na solidariedade, é relativamente recente (^{87s}). No fundo, tanto uma como outra representa para o credor o interesse que elle tem na execução da obrigação. Na verdade, a culpa de um dos devedores solidários deveria ser um caso fortuito para os demais e acarretar a libertação delles, quer quanto ao equivalente, quer quanto a indemnisação. A lógica devia chegar a igual conclusão ; a lei, porém, sacrifica talvez a lógica á equidade, pois que seria incongruente estabelecer a solidariedade em favor do credor para despojai-o lego de suas vantagens, precisamente por facto de um daquelles contra quem ella se exerce.

Tal disposição teve sua origem histórica na tentativa de conciliação de textos romanos entre si contradictorios. I Entendiam uns que os effeitos da culpa dos *correi debendi* se estendia a todos (⁸⁷³): outros estabeleciam principio contrario (^m). Desde os glozadores até os precusores do Código Civil Francêz, diversas tentativas foram feitas para operar a conciliação e a ultima entrou no dominio da lei francêza (⁸⁷⁵).

175.—Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a acção tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde para com os outros pelo acere-scimo da obrigação ("•).

E' uma solução contraria aos princípios estabelecidos do direito romano. Este estatúa que nenhum devedor é obrigado pela mora de seu co-devedor (⁸⁷⁷).

I? (⁸⁷¹) LAROMBIERE, *ob. cit.* 1205, n. í ; BAUDRT L. ET BARDE, n. 1224/, DURANTON, *ob. cit.* XI, n. 217.

(⁸⁷²) Inaugurada por POTHIER, *Obligation.* n. 273.

(⁸⁷³) l. 18 D. *duob. teis.*

(^{87*}) l. 32 § 4 D. *de usnrís* e l. 173 % 2 D. *de reg. júris.*

(⁸⁷⁵) Art. 1205 do Cod. Civ. Kr. fundado na theoria de POTHIER cit. na nota 872 ; GIORGI, *ob. cit.* I, 148.

(⁸⁷ⁱ) l. 173 % 2 D. *de reg. jur.* ; l. 32 § 4 D. *de usuris*, citadas ; Cod. Civ. Fr., art. 1205 ai. 1; Cod. Cív. Argent., art. 711 ; Proj. Bevil., art. 912.

(⁸⁷⁷) *St duo rei promittendt sittt, alterIU» mora altert non nocet.—um-ciàque sua mora nocet, quod et in àuobus reis promittendt observatur.* Leis cits. na nota anterior.

E' porém, essencial distinguir para comprehender bem taes disposições. Na verdade, a mora de um dos devedores solidários não pode ser nociva aos co-devedores tratando-se das perdas e danos decorrentes de um facto novo superveniente, porque a solidariedade não é susceptível de extensão aos gravames não con venciaes de que a obrigação possa ser passível, entre os quaes, sem duvida, deve-se comprehender a mora.

Tratando-se, porém, do próprio objecto da obrigação, de entregal-o, ou de pagar seu equivalente, a mora de um é sempre extensiva a outro. Ea razão é simples; éque um dos effei-tos da mora é perpetuar a obrigação e, si esta era solidaria, continua tal, a despeito mesmo da mora de um dos devedores ⁽⁸¹⁸⁾. Dahi a regra :— *mora correi nocel ad pcrpetuandam, non ad augendam obligalionem.*

A solução adoptada é fundada no principio de representação, no mandato entre os devedores e não na theoria da unidade da obrigação com pluralidade de sujeitos passivos, pois que esta não é incompatível com o principio opposto (*").

Seja como for, a solução é nova ⁽⁸⁸⁰⁾ e só surgiu na discussão do Código Civil Francêz.

Todos os co-devedoros solidários respondem pelos juros da mora de um só delles. £', porém, essencial uma *acção* e não basta qualquer dos meios communs com que se constttue o devedor em mora.

Muito menos podem os juros moratórios resultar de um pacto novo, pois que este implicaria aggravação da obrigação prohibida em lei ⁽⁸⁸¹⁾.

Surge, porém, uma questão importante, Si um dos devedores é obrigado a termo ou sob condição e o credor dirigir a acção contra um que o seja puramente, claro está que, por isso mesmo que existe pluralidade de vínculos obrigatórios e a mora se não possa dar tratando-se de obrigação ainda não exigível, a acção não produz effeito contra o devedor que tem sua obrigação suspensa pelo termo ou condição.

Si a efficacia de um acto jurídico depender de condição suspensiva, emquanto esta não se cumprir, não terá adquirido o direito que o acto viza estabelecer todo o seu vigor. Consequentemente, os juros da mora só vem a correr depois da con-

(*) MOLITOR, *ob. cit. n. 1177.* (8TM) WINDSCHEID, *ob. cit. § 295 notalS.* (M0) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. tu 1227.* (Mt) p,oj. Bevil. ,art. 919.

dição ou termo (•"*). Os escriptores do direito francez censuram as disposições de seu Código a respeito (^{Ms}) por incompatíveis entre si.

Postoque tal critica proceda em relação áquella legislação, não se quadra á nossa.

Entre nós a culpa e a mora são equiparadas e a disposição referida ampara os direitos do credor, firma o character jurídico da solidariedade sem, entretanto, admittir que ella importe em aggravação do vinculo para os devedores não culpados nem morosos.

Em um caso a solidariedade é mantida pela obrigação de todos pelo equivalente da prestação impossível; em outro todos ficam sujeitos aos juros moratórios.

Mas, quer em um, quer em outro caso, o culpado da impossibilidade da prestação e da mora responde pelas perdas e danos que são acréscimo da obrigação e repõe a seus credores o acréscimo originado na mora.

Ao nosso ver, portanto, as censuras referidas não cabem ao nosso direito.

1 76.—A acção proposta a um dos devedores não impede o credor de demandar os outros ("*).

Ha quem julgue tal declaração inútil na lei ("").

Assim não pensamos.comquanto seja este um dos effeitos necessários da pluralidade de obrigações.

Pelo direito romano antigo a *litis contestatio* formada entre o credor e um dos *correi debendi* tinha o effeito absoluto do pagamento e, uma vez *deducta in judicium*, extinguiu a obrigação ("").

(882) MASSÉ ET VERGÉ á ZACHRIAB § 52* nota 7 ; LAROMBIERE, *ob. cit.* 1207 n. 4 ; PAC. MAZZONI, *ob. cit.* IV, n. 17; DKMOLOMBE, *ob. cit.* III, 153, 354.

(883) São os arts. 1205 e 1207 correspondentes aos 911 e 912 do nosso Proj. Beviláqua. Vide BAUDRY L. KT BARDE, *ob. cit.* n. 1227; HLC, *ob. cit.* VII, n. 20; LAURENT, *ob. cit.* XVII, n. 310 ; AUBRY KT RAU, *ob. cit.* IV, p. 31 nota 34.

I^{88*}) Cod. Civ. Fr., arl. 1204 ; Cod. Civ. ItaL. art. 1190; Cod. Civ. do Japão. art. 434; Cod. Civ. da Columbia. art. 1572 ; Cod Civ. da Hesp.. art. 1144 p. «2.»; Cod. Civ. Port., an. 753; Proj. C. Rod., art. 434 ; Proj. Bevil., art. 913.

(***) GIORGI, *ob. cit.* I, n. 146 em referencia ao Cod. Civ. Italiano.

(886) CAIOS, III § 180; IV, 106.

E' de notar, porém, que tal efeito só produzia a acção intentada na forma de um *judicium legitimum* e não na forma de um *judicium imperium continens*, porque então um outro credor poderia intentar nova acção, que só teria contra si a excepção *rei in judicium deducula*.

Esse efeito peremptório e extintivo da litiscontestação acabou mesmo na antiguidade com a codificação de Justinia-no ("").

O direito moderno nunca encarou a litiscontestação como causa extintiva da obrigação solidaria.

O que dissemos é o mais simples possível. Ainda depois de demandar um dos devedores, pode o credor demandar outro, desistindo da acção iniciada e até depois de conde-nnado o primeiro demandado ("").

177.—Endaga-se, porém, si o credor que acciona um dos devedores pode invocar o caso julgado que condemnou um outro devedor, ou, *vice-versa*, si o devedor demandado em segundo lugar pode oppôr ao credor o julgado que libertou seu codevedor.

Em uma palavra, pode o devedor oppôr ao credor a coisa julgada com seu codevedor? O assumpto já foi abordado na solidariedade activa f⁸⁹).

E' uma questão árdua em que o direito romano não nos esclarece.

Ha quem resolva abertamente pela affirmativa (89°).

Ensinam outros que a coisa julgada entre o credor e um dos devedores é inoperante em relação aos que não intervieram no pleito, a respeito dos quaes é *res inter alios acta*

n).

(⁸⁸⁷) DEMANGKAT, *D. Rom. II ps. 290-307; l. 28 C. de Jtdej. et mandai.*

(888) .. ja erdarfdies selbst dann, wenn ein anderer Schuldncr bereits verurteilt ist. — DERNBURG—*Das BUrgerlich Recht v. II, P^e. l. 3^e § 162n. X.*

(^m) Vide acima n. 166.

(8803) MBRLIN—*Questions de droit, i. chose jugce*; TomxiER, *ob. cit. X, 202*; GIORQI, *ob. cit. I, 175*; LAROMBIKRRK, *ob. cit. 1208, 19*; DKMOLOMBB, *III,*

(801) LAURBNT, *ob. cit. XX, 120*; DURANTON, *ob. cit. XIII, 519-520.*

Uma terceira opinião entende que se deve distinguir a decisão favorável ou contrária, podendo aquella ser opposta pelo devedor ou credor e esta não ^(88M).

Ha, porém, uma distincção importante a attender. I

Sabe-se que os devedores podem ser diversamente obrigados para com o credor ; podem ter contra elle excepções puramente pessôaes.

Ora, é claro que, si invocando uma dessas excepções que somente o affectam pessoalmente, um devedor solidário illidir a intenção do credor, a sentença que o absolver não fará caso julgado em favor de seus codevedores ⁽⁸⁹³⁾.

Fora disso ha meios de defêza fundados na nullidade da causa, forma e objecto da própria obrigação. E' claro que estes são communs a todos os devedores. Consequentemente, a sentença proferida sobre taes pontos aproveitará a todos os devedores quando absolutória e poderá por todos ser invocada, bem como pelo credor, quando condemnatoria de qualquer dos devedores solidários ^(89*).

Então, si a obrigação se annulla pela defêza opposta por um devedor fundada na illegitimidade do objecto, ou si se rescinde, todos os devedores se aproveitam delia ⁽⁸⁹³⁾.

Quando, porém, tratar-se de vicio de consentimento, como este por sua indole somente possa ser relativo a um só dos devedores — nesse caso e em similares, a decisão não aproveita a todos. I E é este o caso mais commum ⁽⁸⁹⁶⁾.

Não obsta a esta doutrina a pluralidade das obrigações, porque esta só poderia prevalecer como argumento para excluir a coisa julgada em relação aos codevedores, si porventura o devedor demandado tivesse ganho de causa somente por uma excepção que lhe fosse pessoal ⁽⁸⁹⁷⁾.

Desde, porém, que a causa tenha sido decidida sobre motivo precedente em relação a todos, todos soffrem a influencia do julgado ⁽⁸⁹⁸⁾.

(892) MOLITOR, *ob. cit.* n. 11791180 ; AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § 298 notas 31 a 16 ; DBLVINCOURT — *Cours de droit. civ. ti.* 500 ; PAC. MAZZONI, *oft. cit.* IV, ns. 14 e 15.

⁽⁸⁹³⁾ SAVIGNY — *Oblig.* i 19.

⁽⁸⁹⁴⁾ SAVIGNY, *ob. cit.* § 18 nota 0 ; LACKRDA, § 10 notas 4, li c 15.

⁽⁸⁹⁵⁾ P. MAZZONI, *ob. cit.* IV, 20 ; GIORGI, *ob. cit.* I, 157 a.

⁽⁸⁹⁶⁾ LAUHENT, *ob. cit.* XVI, n. 299.

⁽⁸⁹⁷⁾ LAROMBIKRE, *ob. cit.* »tt. 1208,20.

⁽⁸⁹⁸⁾ »M j TOULLIER, *ob. cit.* X, n. 202 ; BONNIER — *Traité des Ptenvés* n. 887 ; Huc, *ob. cit.* VII, 328 ; BADDHYL. ET BARDE., *H. 12* 1.

178*—O devedor demandado pode oppôr ao credor as excepções que lhe forem pessôaes e as que forem communs a todos ; mas não lhe aproveitam as que forem pessôaes a qualquer outro dos codevedores f").

Quando se falia de *excepções* opponiveis pelo devedor solidário á demanda da divida pelo credor, está claro que se não refere á excepção no sentido technico restricto do processo e sim a quaesquer defêzas (^{90e}).

Ha quem as divida em *redes* ou decorrentes da natureza da obrigação e por isso communs a todos os devedores, e puramente *pessôaes*.

Essa distincção, eminentemente arbitraria, é também puramente rscholastica e sem valor pratico (^{90M}).

Elias apenas podem ter a seguinte classificação : *d*) as pessôaes ao devedor demandado ; *b*) as communs a todos e *c*) as pessôaes a alguns dos codevedores.

Não é possível fazer uma classificação methodica e comprehensiva de todas as defêzas que se enquadram nas classes mencionadas.

Todavia, seguindo de perto os melhores ensinamentos, podemos chegar á seguinte enumeração :

I—A' primeira classe pertencem : *a*) a remissão (**); *b*) o vicio de consentimento, ou incapacidade ; *c*) a concordata em caso de fallencia; *d*) o beneficio do termo, ou condição estipulada em proveito de um dos devedores ; *e*) a confusão ('); *f*) a divisão pactuada; *g*) a condição resolutive (^{90t}).

II—Pertencem á segunda classe : *a*) a não existência ou o character illicito da obrigação; *b*) o pagamento ; *c*) a dação *in solulum* ; *d*) a novação (•••) ; *e*) a compensação (^m); *f*) a transacção (•); *g*) a prescripção; *h*) a perda fortuita de cou-

(«99) Cod. Civ. Fr., art. 1298 ; Cod. Civ. Ital., art. 1193 ; Cod. Civ. da Columbia, art., 1577 ; Cod. dos B. de Montenegro, art. 5n8 ; Cod. Civ. da Hesp., art. 1148; Cod. Fed. Suisso, art. 164; "Cod. Civ. Argent., art. 715 ; Cod. Civ. da Holl., art. 1327; Cod. da Sardenha, art. 1297; Cod. de Nápoles, art. 1151 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1520; Cod Civ. Port., art. 756 ; Cod. Civ. do Canadá, art. 1112 ; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 642 ; Dig. *Port. I, 170* ; Proj. Felício, art. 478; Proj. C. Rod., art. 437; Proj. Bevil., art. 914.

(800) GIORGI, *ob. cit. I, H. 156.*

■ (90i) GIORGI *cit. nota anterior.* ■

(*») Proj. Bevil. art. 1058.

(*») Proj. Bevil. art. 1054.

(904) ROSSBL, *Ob. Cit. M. 205 11, 1o.*

(908) proj. Bevil. art. 1008.

(^{90B}) Proj. Bevil. art. 1023. (*)

Proj. Bevil. art. 1034.

sa certa; *i*) o direito de retenção; *j*) o compromisso (•"); *k*) o dolo/»").

A terceira classe, como a mais vasta, não permite uma distribuição methodica e detalhada. Um dos devedores não demandados pode intervir na causa do que o for pela divida commum, já para defender interesses seus e de seus codevedores, já os pessôaes (").

179.—Das excepções expostas trataremos apenas de algumas que merecem especial menção.

A *remissão* tem em nosso direito um effeito liberatório parcial fundado na multiplicidade das obrigações.

De modo que, concedida a um dos cobrigados, desobriga-o da parte que lhe cabe na divida; e ainda que o credor reserve a solidariedade contra os outros, não pode cobrar delles a divida sem a deducção da porção remittida ⁽⁹¹¹⁾.

Parece, entretanto, fora de duvida que, conforme a hypo-theze, essa excepção pode ser commum. Basta suppôr o caso do devedor demandar a divida total sem levar em conta a parte remittida a um dos devedores. Claro é então que o demandado pode oppôr a defêza para obter o abatimento do *quantum* em que se effectuou a remissão.

180.—A *confusão* que se opera na pessoa do devedor solidário só extingue a obrigação até a concurrente quantia do respectivo quinhão da divida, subsistindo a solidariedade quanto ao mais ("*).

A confusão pode se dar por successão, doação, ou cessão e reunir na pessoa do devedor solidário a qualidade de credor.

(908) Proj. Bevil. art. 1051.

(909) ROSSEL, *eb. cit.* n. 205, 2.

(910) AUBRYET RAU, *ob. cit.* IV, p. 28; BAUDRY L. ET BARDE, n. 1205; HtJC, *ob. cit.* Vil, n. 316; *Dir. Civil Recopil.* art. 882 § 4º.

(•«) Cod. Civ. do Uruguay, art. 1495; Proj. Bevil., art. 1058; POTHIKR, *ob. cit.* n. 572.

(»«) Cod. Civ. de Costa Rica, art. 827, ai. 3.º; Proj. Bevil., art. 1054.

O direito romano não tolerava que os codevedores invocassem a confusão ^(m).

Como no caso da remissão, a confusão não tem o efeito de extinguir a dívida e sim somente de libertar parcialmente o devedor ^(9U).

181.—A divisão da dívida por pacto expresso entre algum dos devedores e o credor não collide com a doutrina exposta que proíbe a divisão. Esta é apenas excluída como benefício legal.

Tal pacto não desnatura a obrigação solidária, pois que não opera *ipso jure* e precisa ser invocado pela parte e só produz efeito entre os devedores solventes ao momento em que é invocado. Desde então é uma excepção que pode ser invocada ou por aquelles em favor dos quaes foi estabelecida, ou por todos, si a todos se estendeu ^(91S).

182.—Com a *novação* na solidariedade passiva persistem serias duvidas.

A doutrina mais corrente é que, operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrahir a nova obrigação subsistirão as preferencias e garantias do credito. Os outros devedores ficam desonerados pelo mesmo facto ⁽⁹¹⁶⁾.

Mas o efeito que a doutrina e mesmo a lei attribuem á novação é, sobretudo, de *substituir* a dívida anterior ⁽⁹ⁿ⁾.

De modo que não é descabido perguntar : a nova dívida que veio assim substituir a solidária é também solidária ?

Não trepidamos em resolver que assim pode acontecer, mas somente por pacto expresso, porque a solidariedade não se

(W) l. 71 pr. D. de fidej; WINDSCHEID, ob. cit. § 295 nota 9.
\\ (91*) *Confusio personam eximit ab obligatione, potius quam extinguir obligat tonem.* Vid. ROGRON—*Les Coêes Français Expliqués, I, ao art. 1209 do Coá. Civ. Fr.*

I (915) GIORGI, ob. cit. I, 176 r. ■

(918) *Diy. Civ. Recopil., art. 949 f 2.º*; Cod. Civ. da Colômbia, art. 1576 ; Proj. Bevil., art. 1008.

(?") *Dir. Civ. Recopil., art. 949 letras a, b e c* \ Proj. Bevil., art. 1002-1.

presume e o facto mesmo de se novar a obrigação revela desde logo o intuito de alterar as condições anteriores do credito e a situação dos sujeitos.

Dada a multiplicidade dos vínculos obrigacionaes, é licito a um dos devedores realizar a novação só por sua parte ?

A solução affirmati va parece a mais lógica.

Apezar disso, ella se nos afigura incompatível com o principio acima posto, isto é, com o effeito liberatório da novação para os devedores que não a realisaram. O pensamento da lei, porém, não é deligar-se a effeitos parciaes como nos casos característicos da remissão e da confusão.

A disposição que determina subsistirem somente sobre os bens do devedor que effectuar a novação as preferencias e garantias do credito, é idêntica a de outros Códigos que têm dado lugar a grandes questões ("").

Realmente, só a respeito dos bens do devedor que novou devem recahir as preferencias e garantias reaes—hypotheca, penhor etc.—do credito. Resta, porém, saber si o credor conservará as mesmas garantias e preferencias sobre os bens dos devedores que não intervieram na novação, consentindo elles nisso.

A resposta no direito francez é aífirmitiva (^{9w}).

Um exemplo esclarecerá melhor a theoria.

A, B e C devem 3.000\$. solidariamente a X. O credito de X é garantido por hypothecas sobre os bens de cada um dos co-devedores. A offerece a X dar-lhe dez muares, si X consentir em substituir esta divida pela solidaria. X consente : a divida solidaria extingue-se e com ella as hypothecas que a garantiam. X, porém, continua, sem precisar declaração expressa, a gozar da mesma garantia real sobre os bens de A, mas não sobre os de B e C que ficaram desonerados pela novação effectuada com seu co-devedor e nem este, nem o credor podem dispor dos bens que lhes não pertencem.

Desde, porém, que B e C accordem em manter as garantias offerecidas, a lei não se oppõe. Apenas elles não continuarão como solidários devedores, salvo convenção expressa, mas como fiadores de A. Tal é nosso modo de ver a questão C°).

(918) Cod. Civ. Fr., art. 1280; Cod. Civ. Ital., art. 1276; HDELLOT ET METMAN. *ob. cit.* H. 56s ; GIOROI, *ob. cit.* 1,168.

CM») H. ET METMAN, *loc. cit.* ; TOULMER, *ob. cit.* IV, 313', MOUHLON — *ob. cit.* II, 1416 ; LAROMBIBRE, *ob. cit.* 1280, '2 e y ; POTHIER, *ob. cit.* n. 599; AUBRY ET RAU. *ob. cit.* § 324 nota 56.

Coao) GIOROI, *loc. cit.*

183. —Si o devedor solidário demandado pode oppôr ao credor, em *compensação* da dívida, o que o credor deve ao seu co-devedor, era uma questão peremptoriamente resolvida pela negativa em direito romano (¹). O direito francêz e o aliemão adoptaram o mesmo principio (*").

Essa solução sobre ser injusta é illogica, Injusta, porque bem facilmente se poderá prever que o credor evitará demandar o devedor que seja seu credor e lhe possa oppôr a compensação, para ir demandar por inteiro um dos outros devedores.

E' illogica, porque o effeito da compensação é equivaler ao pagamento e extinguir a dívida e, portanto, não é comprehensível a existência de uma dívida por inteiro quando, de facto e de direito, ella se acha em parte extincta. *j

O direito romano, ao menos, não peccava contra a lógica, porque ali sempre se tomavam em consideração as *hypothèses* de serem ou não *soriti* os co-devedores, admittindo-se no primeiro caso a compensação do que ao co-devedor devesse o credor como uma excepção opponivel pelo obrigado chamado a juizo pela obrigação.

Desde, porém, que em direito moderno todos es devedores solidários são considerados sócios *pro rata* na dívida, a consequência deve ser outra (*").

Estes argumentos levaram muitos códigos modernos, mesmo os que se filiam ao francêz, a repudiar o principio romano que elle adoptou (**). I

O principio mais justo é que o devedor *solitarius* possa compensar com o credor somente o que este deve ao seu co-obrigado até ao equivalente da parte deste na dívida commum (•").

Inútil é dizer que si o devedor demandado é o que pode invocar a compensação, ou por toda, ou por parte da dívida, a libertação parcial ou total nunca foi posta em duvida.

(821) *l. 10 P. duob. reis*; WINDSCHEID, *ob. cit.* §350 *nota 19*; SAVIONY, *Obligationenrecht* § 88. ■ (»22) Cod. Civ. Fr., art. 1294, ai 3; Cod. Civ. AU., art. 422 ai. 2«.

(S28) SALEIIXES, *ObligaUOH, n.* 123.

(024) Por ex: Cod. Civ. Ital., art. 1290. A comp. BAUDOT L. ET BARDE, *ob. at. ws.* 1248 a 1250 com GIOBQL, *ob. cit.* I, 169 l.

(«as) Cod. Civ. do Uruguay, art. 1478; Cod. Civ. Ital., art. 1290; Proj. Be vil., art. 1023.

184.—Os effectos da *transacção* em direito romano, em matéria de solidariedade passiva, não foram bem determinados ■(?*). Em nosso systema a transacção não transmite direitos : apenas os declara ou os reconhece e, portanto, sendo concluída entre um dos devedores e o credor, extingue a divida em relação aos outros devedores (⁹¹⁷).

Isso, porém, parece procedente apenas em relação ao total da divida solidaria.

Qual a solução no caso da transacção parcial ?

Parece indubitável que o devedor pode transigir em sua parte na divida ; quem pode o mais pode o menos.

Neste caso os co-devedores só poderão invocar a excepção na quota parte do devedor que transigiu e desconta-a ao effectuarem o pagamento.

O mesmo pode-se affirmar acerca do compromisso, equiparado sempre á transacção (^{9M}).

185.—A *prescrição* é uma excepção commum a todos os devedores solidários. De sorte que, realisada para um, aproveita a todos e elles a podem invocar.

E a razão é obvia ; ella extingue a divida, repousa na presumpção de pagamento e a regra dominante na matéria é— *uno solvete, reliqui liberantur*.

A interrupção da prescrição feita a um dos devedores solidários prejudica aos outros e a seus herdeiros (^{9W}).

Não ha para essa affirmacção outro fundamento racional que não seja o principio do mandato reciproco dos co-devedores solidários (⁹³⁰).

Diverso, porém, é o caso da prescrição já consumada.

(826) WINDSCHEID. *ob. ctt.* § 295 nota 5.

r^t) Proj. Bevil., arts., 1030 e 1034 ai. 3*.

(⁹²⁸) Proj. Bevil., art. 1051; GIOROI, *ob. ctt. I, 171*«.— As disposições relativas ao compromisso são ordinariamente matéria de processo—Vide *Procedure Française*, art. J003 ; *Cod. de Procedura Ital.*, art. 8 ; *Cod. do Proc. Civ. Port.*, art. 14 ; *Civil-prozess—Ordnung—allemão arts. 851 e segs.* Não se pode todavia deixar de contemplar entre as causas extinctivas da obrigação, como severa no lugar competente.

(^{9M}); <*Dtr. Civ. Recopil.*, art. 886; Proj. Bevil., art. 180 § 1.º ai. 2 ; Códigos Civis; Fr., art. 1206; Fed. Suisso, arts. 155,159; Arg., art. 713; Ital., art. 2130; WINDSCHEID, §295, notas 10e 11; SALELLKS, n. 120.

C³⁰) BAUDRTL. ET BARDE, *ob. ctt. n. lil4*.

Si um dos co-devedores reconhece a dívida apoz a consumação da prescrição, a solidariedade desaparece para seus co-devedores. Com efeito, a dívida já não existia e a renúncia da prescrição por um dos co-obrigados não deve prejudicar os demais ("").

Si, em relação a um dos co-devedores não correr a prescrição porque sua dívida seja condicional ou a prazo (^{wa}), claro está que o credor não pode demandá-lo antes do termo ou condição e, portanto, a prescrição não corre contra elle em relação a tal devedor. Deve demandar os outros que, por sua vez, não podem oppôr benefício de» termo ou condição, que é pessoal a um só.

Ao contrario, a interrupção da prescrição feita a um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica aos outros herdeiros, ou devedores, sinão quando se trata de direitos e obrigações indivisíveis (*"). É o mesmo principio da combinação das regras da solidariedade com a divisão das dívidas a que temos nos referido em outro lugar.

186.—O credor pode renunciar a solidariedade em favor de um ou de alguns, ou de todos os devedores ("*).

Si o credor renunciar a solidariedade em proveito de um ou de alguns dos devedores, só poderá demandar os outros com a dedução da parte correspondente aos creditados da solidariedade (^m).

I A renúncia pode ser expressa ou tacita. Quando feita em favor de um ou de alguns é *relativa* ; em favor de todos é absoluto.

I Os casos de renúncia tacita não devem ser previstos por lei; é uma questão de interpretação da vontade.

I Embora, porém, a renúncia de direitos deva ser sempre

(*") Proj. Bevil., art. 165; GIOKQI, O», *cit.* 1, 15/ bise 153.

(•*) Proj. Bevil., art. 174 ns. 1 e 11.

■ («as) proj. Bevil., art. ISO § 2.».

I (»») Códigos Civis: Argent., art. 704 ; do Peru, art. 1295 ; da Columbia, art. 1573; do Chile, art. 1516, ai. 1* ; do Congo, art. 96 ; Proj. Bevil., art. 704.

(ws) Códigos Civis :—Fr., art. 1210 ; do Uruguay, art. 1374 ; de Costa Rica, art. 646 ; da Colômbia, art. 1573 ai. 3.» ; Argent., art. 704; do Chile, art. 1516 ai. 3.» e 1518; D/g. Por. /, 173; Proj. C. Rod., art. 439 ; Proj. Bevil., art. 915 § único.

restrictamente interpretada, a natureza da solidariedade étal que. occorridos certos factos ou praticados certos actos do credor, não se pôde evitar interpretar que elle desistiu de seu direito de haver a prestação por inteiro ; em uma palavra, que renunciou a solidariedade.

D'ahi entendermos com a doutrina geralmente aceita que a renuncia tacita se verifica: a) pelo recebimento da parte da divida, sem reserva da solidariedade; b) pela propositura da acção e condemnação de um dos devedores pela parte deste na divida (⁹³⁶). A acção proposta coUectivamente contra todos os devedores é uma renuncia da solidariedade em favor de todos.

Estes casos, bem se vê, não são os únicos e é o juiz quem deve bem ponderar as hypothezes da renuncia tacita (^{M7}).

Desde, porém, que, ao envez do Código francêz e do italiano, nenhuma presumpção legal estabelece nosso direito acerca da renuncia do credor á solidariedade, entendemos que os casos em que esta se pode presumir entre nós são *júris lan-twn*, isto é, admittem prova em contrario.

Oseffeitos da renuncia parcial reduzem-se a tornar o devedor obrigado só diante do credor por sua parte na divida e também por sua parte diante de seus co-devedores.

Apenas deixa de responder pela totalidade (⁹⁸⁸), isto é, o devedor em favor de quem o credor renuncia a solidariedade continua obrigado pela divida para com o co-devedor que a paga por inteiro (⁹³⁹) e entra em contribuição da parte do in-solvavel (**°). Logo, a solidariedade continua, não para o effeito de poder o credor reclamar toda a divida, mas sim com a de-ducção delia (•").

187.—Depois de haver pago tem o devedor o direito de exigir de cada um dos co-devedores sua quota parte, repar-

(⁹³«)Cod. Civ.Fr.,arf 1211 ; Cod. Civ. Ital., arts. H96e 1197; POTHIER, *ob. cit. n. 277* ; DORANTON, *ob. cit. XI, 233, 2j5* ; DEMOLOMBB, *ob. cit. Ill, 472, 476 e 477* ; LAURENT, *ob. cit. XVII, n. 348*.

(^{»M}) HODELOT ET METMAN, *ob. at. n. 3A8 \ Huc, ob. cit. Vil, 327*; LADBENT, *cb. cit. XVII, 353*; GIOBQi, *ob. cit. I, 218 fine*.

(^{B3B}) GIOHGI, *ob. cit. I, 208*.

(9»9) Proj. Bevil., art. 916.

(940) *q)l*, *civ. Recopil.*, SS4; Proj. Bevil., art. 917.

(MI) BADDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1281* ;

tindo-se igualmente por todos a porção do insolvel que exista.

Presume-se igual a parte da dívida que fica a ser satisfeita por cada um dos devedores (^{ew}).

A doutrina severa e rígida do direito romano, que ainda nesta matéria fazia prevalecer a distincção de serem ou não os co-devedores *socii* para dar ou não o recurso do solvente, foi combatida pelos glosadores que ensinavam dever este sempre ter lugar, qualquer que fosse a situação dos devedores entre si (^m).

I Apesar disso, discutem muito a matéria os modernos romã nistas (^m).

A mór parte destes distinguem correalidade e solidariedade propriamente para encontrar a solução.

Dizem então que naquella não existia o recurso de pleno direito. Elle só existe, independente do beneficio da cessão, no caso em que a solidariedade é estabelecida por lei, no caso da solidariedade propriamente dita.

A razão disso, affirmam, é que na solidariedade, posto seja um EÓ o objecto da dívida, existem tantas obrigações quantos os obrigados, ao passo que na correalidade só ha um objecto e uma obrigação.

Como veremos em breve, tal distincção não entra nos moldes de nosso direito civil e jamais foi tomada em consideração por nenhum dos nossos Projectos de Código.

O recurso se exerce então nos casos que o admittem pela *adio ulilis negotiorum gestorum* (^{94B}).

(042) Cod. Civ. Fr., arts. 1213, 1214, 1251, 3.º; Cod. Civ. do Japão, art. 442 ; Cod. Civ. do Peru, art. 1296; Cod. Civ. AU., art. 426; Cod. Civ. da Columbia, art. 1579 ; Cod. dos B. de Montenegro, arts. 557 e 562 ; Cod. Civ. da Áustria, art. 896 ; Cod. Civ. da Uai., art. 1199 ; Cod. Civ. da Hesp., art. 1145, ai. 2 e 3; Cod. Fed. Suisso, are. 168; Cod. Civ. Argent., art. 705; Cod. Civ. do Chile, art. 1522, ai. 1.º; Cod. Civ.. Port. art. 754; Cod. Civ. do Congo, arts. 112 e 113 ; Cod. Civ. do Hayti, arts. 1001 e 1002; Cod. Civ. do Canadá, arts. 1118 e 1119; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 650; Cod. da Prússia I, 5.º art. 444; *Dig. Port. I, 171; Direito \Civ. Recopilado, art. 884 cit.*; Proj. Felício, art. 481 ; Proj. C. Rod., art. 443 ; Proj. Bevil., art. 916 ; POTHIKR, *ob. cit. ns. 280 e segs.*; ROSREL, *ob. cit. n. 202.*

(048) VOET—*arf Pandectas—ãuob. reis, nota 7 fine* ; VINNIUS § *l.o Int. duob. reis, n. 4.*

(044) MOUTOR, *ob. cit. n. 1171. I*

(045) MOUTOR, *ob. cit. n. 1173.*

No direito portuguez parece que se não dava o recurso si-não pela praxe, por meio da *negotiorum adio* (•*•). No nosso direito foi isso sempre admittido (■**).

O recurso é consequência do pagamento effectuado por conta de outrem que suppõe o mandato existente entre os co-devedores solidários. Estes só são obrigados pela totalidade para com o credor ; entre si só o são *pro rata*.

Não havendo interesse exclusivo de um delles, a divida solidaria assume o character da que alguns jurisconsultos denominaram simplesmente *conjuncta*. Ha então communhão de interesses, de onde deve decorrer logicamente o recurso para o reembolso ao solvente da parte viril de cada um dos outros

n

Por outro lado, o recurso do devedor solvonte só se dá quando o pagamento foi effectuado e nunca antes (⁹⁴⁹) e só no caso de produzir o pagamento seu pleno effeito liberatório, não pela remissão do debito, mas pela solução effectuada e real

n-

O pagamento parcial dá ao devedor que o realisa o mesmo direito ao recurso contra seus co-devedores, inda que a parte paga seja igual ou menor do que a que lhe cabe na divida (^{8>1}); não se estende, porém, até ao pagamento realisado por obrigação solidaria resultante de facto illicito, porque não se suppõe, em tal hypothese, um mandato na co-autoria do de-licto ou- quasi delicto, mas só um facto exclusivo do pagamento liberatório da obrigação própria (^{9M}). K' igualmente esten-sivo ás despesas judiarias, si a cousa julgada procede contra todos ; uma cousa é consequência da outra (^{9M})

Parece claro e inútil consignar que aos devedores é licito pactuarem a forma do exercicio do recurso pelo que solver a obrigação, quer quanto ao modo de divisão das partes, quer tornando condicional a prestação delia (^{95*}).

Nada prohibe também o credor de fazer cessão do credito a um dos devedores solidários.

(^{9W}) MELLO FREIRE—*Inst. Jur. Civ. Lusit. liv. IV, tit,III, %30.* ■ (•«) *D»r. Civ. Recopil. cit. nota 942.* (948) POTHIER, *ob. cit. n. 281.* (MO) LAROMBIERE, *ob. ctt. 1216, 3.* (930) GIORGI, *oh. cit. I, 200 e 201. M* (¹⁵¹J DORANTON, *ob. cit. XI, 245;* DERNBURQ, *ob. cit. P". I, § 16(, III, H. 2.*

(Mi) E' a solução do direito pátrio—*Dir. Civ. Recopil., art. 884 § 4 ;* Em contrario PAC. MAZZONI, *ob. cit. IV, u. 22.* (*•*) DERNBURQ—*loc.ctt. n. 3.* (••*) COELHO DA ROCHA,, *ob. cit. § IH fine.*

Em caso tal exerce o devedor cessionário a acção do credor para haver a dívida, ou simplesmente o recurso ?

I Para nós é claro que elle tem acção para haver dos outros o pagamento. Operando sua parte na dívida nos mesmos termos que a confusão, elle somente pode accionar os co-devedores com a deducção de sua parte. Tal acção, porém, não se deve confundir como recurso, pois que este é restricto ao pagamento.

A repartição entre os co-devedores da parte do insolvente é ainda fundada no principio da sociedade existente entre os co-devedores.

Nada seria mais injusto do que fazer recahir no devedor que solvesse a totalidade da dívida, a parte de um dos co-devedores impossibilitado de pagar (^{96S}).

Eis porque geralmente se entende dever tal parte ser dividida e a divisão deve obedecer ao critério offerecido pela dívida principal. De maneira que, si esta tiver sido dividida em partes iguaes, assim se deve repartir a contribuição para a parte do insolvente; si proporcional, do mesmo modo será aquella.

A insolvabilidade que produz esse resultado é a existente na época do pagamento, não a anterior ou sobrevinda mais tarde (^{9M}).

188.—No caso de rateio entre os devedores da parte da obrigação que competia ao insolvente, estão sujeitos á contribuição também aquelles a quem o credor exonerou da solidariedade (^{9W}).

Esta questão inda é controvertida entre os autores.

Querem uns que o credor suporte a perda da parte correspondente ao devedor por elle favorecido com a renuncia da solidariedade (^{9M}). Pensam outros como no sentido por nós exposto e achamos ser a melhor opinião.

(••) POTBIKE, *cit. na nota 948*.

(^{9M}) LAROMBIERE, *ob. cit.* 121 j, 9 ; DEMOLOMBK, *ob. cit.* III, ff.35. I

(^m) Cod. Civ. Kr., art. 1215; Cod. Civ. Ital., arts. 1199 ai. 2 e

1200 ; Cod. Civ. Argent. art. 717; Cod. da Sardenha, arts. 1304 e 1305;

Cod. Civ. Holl., arts. 1329 e 1330; Cod. Civ. AUemão, art. 426; Cod.

Civ. do Chile, art. 1522 ai. 3.».

■ ^958) POTHIES, *ob. cit.* n . 275 ; AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § 298 *ter*, nota 43; DELVINCOURT, *ob. cit.* II, p. 510 ; I-AROMBIERE, *ob. cit.* 1215, 2; MouatN, *ob. cif.* II, 1278.

Com effeito, o credor pode beneficiar com a renuncia da solidariedade a qualquer devedor. O que, porém, não pôde é alterar as relações de direito entre os devedores e gravar uns com as consequências de seus actos em favor de outros ^(MI).

189.—Si a divida solidaria interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ella para com aquelle que a pagar ^(m).

Não ha nisto nada de semelhante ao direito romano quando distinguia a situação de *socii* e não *socii* entre os devedores.

Ha aqui a consagração de uma situação de facto fiequentissima, talvez a mais frequente, ao menos entre nós, nas dividas solidarias.

Supponhamos que B precise contrahir um empréstimo de dinheiro e peça a A e a C que o auxiliem na transacção.

Estes o fazem solidariamente. No vencimento, A solve a obrigação por inteiro. Seu recurso se exercerá somente contra B.

O direito francez considera A e C fiadores de B.

Realmente são as relações mais aproximadas; mas neste caso differenças mui frisantes delimitam os dous institutos.

O fiador só é responsável na falta do devedor principal: o devedor solidário é obrigado á prestação por inteiro ^(IM).

A fiança pôde ser inferior ao valor da divida affiançada; a solidariedade não se divide e abrange a totalidade da obrigação ^(*MJ). Si o fiador se torna insolvel, o credor pode exigir outro, ao passo que a porção do insolvel recáe sobre os demais devedores na solidariedade ^(9M).

O fiador demandado pôde exigir que primeiro sejam excu-tidos os bens do devedor, emquanto que na solidariedade nenhum remédio existe sinão o recurso após o pagamento ^(**).

⁽⁹⁸⁹⁾ LADHKNT, *ob. cit.* XVH, n. 363; *Um. ob. cu. Vtl.* 334; BADDRY L,KT BARDE, *ob. cit.* n. 1262; DRMOLOMBB, *ob. cit.* Til, 4?9.

⁽¹⁰⁰⁾ Cod. Civ. Fr., art. 1216; Cod. Civ. Ital., art. 1201; Cod. Civ. do Chile, art. 1522, ai. 2*. ; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 684, § 2º; Proj. C. Rod., art. 444 ; Proj. Bevil., art. 918.

⁽⁹⁶¹⁾ *Dtr. Civ. Recopu.*, art. Íy72 ; Proj. Bevil. arte. 1486 e907.

(W*) *Dlr. Civ. Recopil.*, art. 1J7A % *um.*; Proj. Bevil., art. 1492.

^(m) Proj. Bevil., arte. 1495 e 017.

(***) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 1376; Proj. Bevil., arte. 1496 e 916.

A fiança simultânea de mais de uma pessoa á mesma divida importa solidariedade, é certo (^{96s}); nem assim, porém, confundem-se os institutos, porque pode ser reservado o beneficio da divisão.

Não é, pois, possível confundirem-se os dous institutos

O principio que examinamos apenas nos autorisa a separar as relações dos co-devedores em duas situações mui distintas : aquella em que todos tenham um interesse commum na divida e a em que um ou alguns dos devedores tenham um interesse especial.

É pois, uma disposição inteiramente estranha ás relações entre o credor e os co-devedores. Estas são inalteráveis, visto como para aquelle estes últimos figuram sempre como um devedor único. Eua visa, portanto, somente os co-devedores entre si.

Em suas relações com o credor os devedores não interessados são tratados como seus co-obrigados solidários.

190.—Relativamente ás causas extinctivas da obrigação solidaria, distinguem os romanistas as que obram *ip&o jure* das que produzem effeito *ope exceptionú*.

A' primeira classe pertencem no direito romano o pagamento, a novação etc e á segunda a compensação, a litiscon-testação, etc. (⁰⁸⁷).

Posto que essa distribuição não satisfaça bem o direito actual, força é convir que da natureza da primeira são o pagamento e todos os actos liberatórios a elle equiparados e por nós já estudados, enquanto que á segunda pertencem as demais excepções opponiveis pelo devedor demandado ao credor commum. 9

Póde-se extinguir, entretanto, a solidariedade entre devedores sem que se extingua a divida solidaria.

Os casos são mui diversos e não ha como os confundir.

(966) *di*, > *Civ. Recoptl., art. 1374*; Proj. Bevil., art. 1498.

(*88) Die Bürgerſchaft jedoch iſt ein eigenartiges Rechts—inſtitut und hat erhebliche rechtliche Besonderheiten. Demzufolge hebt ſich von der «reinem Gesamtschuld» oder der Gesamtschuld in engeren Sinne ab, und iſt getrennt zu behandeln, diz muito bem o conciso e claro DERNBURG—*Bürg. Recht — V. II, P". I*». § 160, IV, 3».

Vide também SUFFBRT—*Bürgerliches Geretabuch*, v. X p. 737 e seg.

(><i) MOLITOR, 06. *ctf.* n. 1119.

A solidariedade extingue-se, como vimos, pela renúncia a ellaparte do credor, ou no caso de morte de um dos devedores solidários que deixe herdeiros (^m). B

São casos e hypotheses já conhecidos e examinados por nós.

101. — Os glosadores estudaram os textos do direito romano sem fazerem a menor tentativa de organizar uma theoria geral da solidariedade.

Nos tempos modernos surgiu uma primeira generalisação (⁹⁶⁹) que se cifrava em distinguir no instituto a *cor realidade* e a *solidariedade* propriamente dita.

A correalidade—mais tarde por outros intitulada solidariedade perfeita—depende ou se origina na vontade das partes e carecterisa-se essencialmente pela *unidade* da obrigação junto á *pluralidade* dos sujeitos.

Essa pluralidade é, pois, puramente subjectiva: ha diversas vontades individuaes, mas todas convergem para um objecto único (⁹¹⁰). E' nisso que repousa seu conceito exclusivo.

A solidariedade, ao contrario—mais tarde chamada imprópria, imperfeita, ou simples solidariedade—repousando ou originando-se da responsabilidade que a lei attribue aos co-au-tores da violação de uma obrigação por ella imposta, caracte-risa-se *péla pluralidade* de vínculos ede sujeitos (¹¹). E' a theoria mais geralmente aceita pelos modernos romanistas mais reputados C").

Desde 1756 o *Codex Maximilianus* da Baviera usa da expressão *correalida de*, mas sem alludir á theoria acima, que alias lhe foi posterior. Nenhuma das theorias que disputam ainda hoje a primasia inspirou os Códigos da Prússia e da Áustria.

(968) GXORQI, *ob. cit.* 1,207 e segs.

⁹⁶⁹) KELLER— *Ueber Littiscontestatton und Urtheil* e RIBBENTROP— *Zu Lehre vondett Carrealabligationen*—edição de 1531.

(870) RIBBENTROP, *ob. cit.* p. 3 e segs. <?§ li.

(•TC) RIBBENTROP, *ob. cit.loc. cit.*

(072) SEUFFERT—*Proktischen Pandektenrechts*, § 228 ; SAVIGNY, *Obligationenrecht*, § 16 ; POCHTA -*Pandeklen*, § 233 e segs.; THIBACT—*Pandektenrechts*, £ 135 p. segs. ; WINDSCHRID, *Pandeklen*, § 293 ; VANQBROW — *Pandek-ten*, §073 ; ARNDTS—SERAFINI—*Pandette*. §213 e outros muitos que seria ocioso citar. Resumimo-nos aos consultados directamente.

Com o Código Civil Francêz inaugurou-se um novosys-tema mais restricto do que aquelle que se podia deduzir do direito romano, pois que ahi se consideram credores e devedores solidários como mandatários e representantes recíprocos uns dos outros.

Ao systema francêz filiaram-se os modernos Códigos Civis de Portugal, do Chile, da Hollanda, do Congo, de Costa Rica, do Canadá, do Hayti, da Bélgica e dos Tribunaes Mixtos do Egypto. 3

E Outros Códigos reforçam a solidariedade, como o daltalia, o Hespanhol, o Argentino e o do Japão.

Outros a afrouxam, como o Federal Suisso e principalmente o Código Civil Allemão, que sup prime a representação reciproca dos co-devedores. Para isso augmenta os casos de solidariedade em regras muito latas (9,a).

Outros Códigos, finalmente, existem menos dignos de menção e estudo por não terem um systema bem caracterisado,

Detenhamo-nos no exame da doutrina clássica e da fran-cêza, a fim de caracterisar o que melhor se coaduna com os princípios do direito pátrio.

1912. —Na verdade os phenomenos predominantes na solidariedade são simultaneamente o sujeito e a prestação.

Quando se encara somente o objecto, póde-se affirmar com os jurisconsultos romanos que só ha nella uma obrigação, porque uma só prestação é devida a cada um ou por cada um em sua totalidade e uma só vez (m). B

I Si, porém, consideram-se os sujeitos, natural é que se encontre a multiplicidade, ou tantos vínculos quantos os estipulantes ou promittentes O.

Nenhum texto, porém, das fontes romanas autorisa a distincção entre correalidade e solidariedade (*78).

A theoria que a criou foi a ultima das tentativas que surgiram para explicar a contradicção existente entre os diversos fragmentos, dos quaes uns equiparam a litiscontestação á novação para o effeito de extinguir o vinculo obrigacional, em-

(878) Cod. Civ. Allemão, arst. 427 e 2058.

(874) l. 2e § l.o, 6 % 3 D. áuob. reis constittienâis.

(875) is. 9 §2* l) Dig.cit.

(876) MOLITOK, ob. Jt. MS. 1157 e 1158.

bora aquella se operasse entre o devedor e um dos credores solidários, ou entre o credor e um dos devedores solidários ; enquanto que outros diametralmente oppostos decidiam que os demais credores ou devedores continuam com seus direitos e obrigações intactos pela litiscontestação ^(9T1)

Diversas e complicadas foram as conciliações propostas, e a ultima, geralmente recebida como dissemos, foi que era preciso distinguir as duas espécies de solidariedade já referidas, sendo que, na correalidade, com effeito, a litiscontestação effectuada entre o devedor e um dos credores, ou entre o credor e um dos devedores, produz extincção da divida quanto aos demais.

Na solidariedade, ao contrario, ocorrendo ella, nem o credito nem a obrigação ficam extinctos.

Ora, tudo isso, mesmo no dominio do direito romano, podia ser procedente antes de Justiniano.

Desde, porém, que o direito formulário perdeu seu prestigio, o effeito consumptivo da *lilisconteslialio* foi expressamente abolido C¹⁸)-

Depois desse impulso inicial, muitas e varias têm sido as theorias que appareceram para a explicação da unidade da obrigação na solidariedade ("").

I Ha quem queira encaral-a sob o ponto de vista da alternativa, recahindo sobre o sujeito (^{18o}). Até a escolha do sujeito —dizem— a obrigação é indeterminada ; feita a escolha pelo credor ou pelo devedor datjuelle a quem pagar ou de quem cobrar, essa indeterminação cessa.

Entendem outros que não ha muitas obrigações e sim somente muitas acções repartidamente (^{M1}).

Uma outra opinião affirma a pluralidade das obrigações, mas quer que, ao lado delia, também haja a unidade que resulta de uma obrigação contrahida com a pessoa moral dos credores ou devedores (^{9M}).

(^{9T1}) Vide as duas series de leis em *Mxmz—D. Rom. § 186 notas 16 fine e* 20.

(¹⁸) *Peta l. 28 C. de fldej. et mandai.*

I (¹⁸) Quem quizer conhecer esse longo e brilhante debate veja a estensa nota l. » ao § 293 do profundo tratado de WINDSCHID. NO nosso texto só expomos rapidamente algumas das opiniões referidas por MZLUCCI *Teoria delle Obblig. Solidale, ps. 2628.*

(980) FITTISG—*Die Natitr der Correalobligationen* ; GIRTANNKR—*Dte Stipulation pag. 252-*

(^{M1}) BHKKER—*La Consuneiotte Processuale, § 17.*

(^M) BARON — *Die Gesainmtreclusverhältnisse in römisch Recht, ps. 205-391.*

Partindo da representação de todos os credores, ou de todos os devedores respectivamente, admittem outros uma unidade apenas subjectiva ("•).

193.—Ao lado dessas theorias mais ou menos fundadas no direiio romano, os jurisconsultos francêzes, por sua vez, partindo do silencio do Código Civil acerca da indennisa-ção aprestarem os autores do mesmo factio illicito, dividem a solidariedade em *perfeita e imperfeita*.

A primeira é a convencional quando muitas pessoas re-unem-se para se obrigar e voluntariamente se escolhem. Então representam uns aos outros. A esta classe pertencem os casos de solidariedade legai em direito f rancez (^{98*}).

A imperfeita ocorre quando differentes sujeitos se acham accidentalmente collocados na situação de solidários (^m).

Não ha, porém, uniformidade nesse modo de encarar a questão, porque outros mais confusamente distinguem a obrigação perfeita, correal, estabelecida pela lei, da que nasce simplesmente da autorisação que a lei dá ao credor de agir pelo total contra um ou outro dos devedores e provocar contra todos a condemnação (⁹⁸⁶).

Para estes os efeitos da perfeita são : *a*) a obrigação de cada devedor pelo total e a liberação produzida pelo pagamento de um só ; *b*) a estensão aos co-devedores da interrupção da prescripção contra um só delles; *c*) os juros decorrentes contra todos da demanda proposta a um só ; *d*) a estensão a todos da prestação impossível por culpa de um só ; *e*) a estensão a todos da cousa julgada contra um ; *f*) a estensão da remissão, feita a um, a todos os outros.

Ao contrario a imperfeita só produzia a obrigação de cada um devedor pelo total e a liberação produzida pelo pagamento de um só.

(^{98s}) BRINTZ—*Panäekten tom. II § 472*.

(^{98*}) Por exemplo : arts. 395, 396, 1033, 1887, 2002, etc. do Cod. Civ. Fr.

■ (985) Esta é a theoria de MOURLON—*Kepetitions Ecrit. II, 1259 e 1260*.

(^{98B}) E' e theoria de AUBRY ET RAU IV, *pags. 19 e 20*.

194.—Qual o valor de todas essas diversas theorias, qual a aceita pela nossa legislação? /5-

E' o que vamos tentar esclarecer.

A theoria clássica é pouco clara e não deixa conhecer onde começa a unidade objectiva da obrigação correal e a multiplicidade dos sujeitos C").

Salvo o effeito extinctivo da litiscontestação admittido em uma e repellido em outra, nenhum accordo existe entre seus partidários. Nem é só quanto aos effeitos que reina o desacordo, como também quanto ás suas respectivas causas, porque uns fazem decorrer a correalidade *do jus civil?* quando a realização obrigatória é uma *conditio*, emquanto que a solidariedade propriamente vem das acções *bono&fidei*.

Outros ligam a correalidade ás convenções e a solidariedade ás fontes não convencionaes,

Essa incerteza mostra a falta de uniformidade nos textos romanos e a inconsistência da theoria que, á viva força se quer delles arrancar. De resto, tem-se demonstrado, modernamente, á saciedade, que a divergência das fontes romanas só é motivada em matéria de processo (⁴⁸⁸).

Tal theoria que pode ser a verdadeira em direito romano, não é absolutamente aceita em nosso direito, parecendo-nos inútil querer demonstrar. Nunca houve em nossas leis o menor traço de que se admitta a distincção entre correalidade e solidariedade. I

Vejamos, porém as outras theorias expostas.

Seja a primeira a que pretende equiparar a obrigação solidaria á alternativa.

Em nosso direito o credor não perde a faculdade de demandar os outros devedores pelo facto de haver demandado um delles anteriormente. Por outro lado, o pagamento parcial realizado por um dos devedores não aproveita aos outros si-não até a concurrente quantia. Demais, o pagamento, a novação e a remissão podem extinguir a obrigação, antes que o devedor tenha manifestado a vontade de se dirigir a qualquer dos devedores ou vice-versa.

Ora, esses resultados não existiriam si por ventura nosso direito pudesse admittir a theoria da alternativa.

Muito menos é admissível a que, em vez da multiplicidade de obrigações, quer a multiplicidade de acções.

Com effeito, por isso mesmo que ha muitas obrigações é

(⁹⁸⁷) DERNBURQ, *ob. dt.vol. II, T*. I, § 161 n. 1.*

(^m) MELUCCI, *lug. cit.*; WAN-WRTTER—*Droit Romain §174.*

que ha muitas acções. Depois, si o devedor demandado pode oppôr ao credor, além das excepções communs a todos os outros, aquellas que lhe são pessôaes, segue-se que as acções dos outros devedores podem ser peremidas pela excepção de que se valer o dentre elles que for demandado.

Mais que todas absurda e inconciliável com o direito pátrio é a theoria que se refere á pessoa moral dos devedores. Nosso direito sempre se refere a Mm *objecto* da prestação quando fala na totalidade desta.

Em parte alguma presume-se a existência da pessoa moral dos sujeitos em matéria de solidariedade. Tanto o credor como o devedor solidário são encarados em relação á obrigação por inteiro ⁽⁹⁸⁹⁾. Consequentemente, si cada um representa os outros, demandando ou sendo demandado, é precisamente porque todos, considerados cada um de per si, gozam das mesmas vantagens ou supportam os mesmos ónus.

Não ha, pois, a unidade subjectiva que constitue o fundamento de outra theoria acima exposta.

A theoria francêza da solidariedade é o encontro de duas obrigações, tendo de commum o objecto, mas reveste-se de um mandato reciproco que autorisa a um dos sujeitos a agir pelo outro e a responder por elle ⁽⁹⁹⁰⁾.

Fora essa idéa do mandato *ad hoc* reciproco entre credores e devedores solidários respectivamente, que parece poder se adaptar L O conjunto de nosso systema de direito, a theoria francêza se nos afigura mais estreita do que elle.

Como vimos, nossa lei attribue amplos effeitos á transacção, á novação e à remissão, e, embora não se alargue muito quanto aos da confusão e da compensação, ainda ahí vamos além do Código Civil Francêz.

Neste todos aquelles phenomenos jurídicos operam restrictamente, não fundados na razão de existir o mandato tácito entre os sujeitos activos ou passivos da obrigação, mas porque aquella legislação quiz restringir os poderes dos mandatários reciprocos.

195.—O systema de nossas leis é, pois, o da simples solidariedade, sem a menor allusão á realidade; cilas repe-

^(m) Assim bem consolidou o Proj. Bevil., arts. 899 e 907. ^(M0)
BAUDOT L. ST BARDE, *ob. cif. .» 121* } expOe este systema.

liem a idéa de uma obrigação única para admittir a pluralidade dos vínculos.

Solidariedade e correalidade são synpnimos da mesma concepção (^{M1}). Nisso ha accôrdo entre as melhores opiniões e entre os códigos mais bem organisados ("*").

Com effeito, a solidariedade não é um instituto especial no conjunto do direito de credito. Ella tem de especial somente reunir dividas diversas e até de differcr.tes origens c com modalidades dispares, mas unificadas pela uniformidade da solução (^{M1}).

I Por uma feliz coincidência, a doutrina que melhor se enquadra em nosso direito é a dominante no Código Federal Suisso e, sobretudo, no Código Civil Allemão, os quaes afrouxam a solidariedade, sem que entre nós exista o inconveniente do ultimo de augmentar seus casos, por presumil-a em hypothezes em que não ha expressa declaração da vontade.

Ora, o Código Civil Allemão nenhuma distineção faz entre correalidade e solidariedade. Esta é sempre encarada como uma obrigação múltipla dirigida a um fim único ("*"). Indivisibilidade e solidariedade são excepções ao principio geral da divisibilidade das obrigações. Só ha uma figura da solidariedade e estaé quando credores ou devedores múltiplos podem reclamar ou são obrigados pelo debito por inteiro.

Não conhecemos praticamente o que se chama obrigação múltiplo — conjunta, nem distineções de solidariedade perfeita ou imperfeita e outros tantos rodeios technicos que implicam theorias abstrusas.

Entretanto a theoria da unidade ou pluralidade de vínculos na obrigação solidaria é o eterno thema de todas as discussões.

Entrenós a theoria da pluralidade das obrigações é tida

(^M) GIORGI, *ob. cit. I*, 83.

(^{9M}) DEMOLOMBE, *ob. cit. III*, 286 e segs. ; LAURENT, *ob. cit. XVI*, 313; GIORGI, *ob. cit. I*, 189 e segs. ; Cods. Civs. Suisso e Allemão. ■ (993) pie Gesamtschuld ist mit nichten ein einheitliches Rechtinstitut. Es handelt sich vielmehr bei ihr um eine besondere Eingensechaft, welche Obligationen von ganz verschiedener Art und Natur annehmen kann—DERNBUEG *li, Pt. I*, § 160 n. U.

(994) Nach Bürgerliches Gesetzbuch gelten Gesamtschulden ohr.e Unterschied ais mehrere Verpflichtungen, welche auf einen Zweck gerichtet sind, mögen sie durch einen Vertrag in das Leben gerufen werden oder in anderen Weise.—DERNBURG, *ob. ctt. § 161 n. i.*

Unique en ce qui concerne son object, l'obligation solidaire est multiple quant aux engagements qu'elle suppose, puis-qu'il y a plusieurs débiteura qui sont tous tenus personnellement.

ROSSEL—*Manuel du droit federal d*s obltgattons, n. 198.*

como perfeitamente compatível com a unidade de seus efeitos em relação a credores e devedores. I

Assim é que vimos não ser permitida qualquer cláusula, condição ou acréscimo da obrigação concordada entre um dos devedores e o credor de modo a agravar a posição dos outros devedores, sem o acordo e consentimento destes. >]

Por outro lado, no caso de impossibilidade da prestação por facto de um devedor, os outros não se desobrigam mas só o culpado responde por perdas e danos.

O devedor culpado responde perante os outros por qualquer acréscimo da obrigação. O que paga a dívida tem regresso contra os outros.

Todos esses princípios nos demonstram que a comunidade dos interesses dos credores e devedores entre si gera para elles uma sociedade especial e um mandato *ad hoc* (^{99B})

Credor ou devedor recebe ou paga como objecto de sua obrigação pessoal e ao mesmo tempo na qualidade de sócio e mandatário (*id hoc* de seus concredores e co-devedores).

E' ainda pela solução adoptada que causas existem que produzem efeitos para todos, porque são compreendidas dentro das operações realizadas por um procurador *ad hoc* e outras são inoperantes para tais efeitos por transcenderem os limites do mandato.

Desde, pois, que em direito pátrio não se cogita das obrigações multiplo-conjuntas em especial, visto como, importando a existência de tantos créditos ou dívidas distintas quanto os devedores ou credores (^{MB}) ellas não destoam da obrigação em geral—não temos aqui de estabelecer nenhuma identidade entre ellas e as solidarias.

Nestas ha multiplicidade de vínculos obrigacionais, sem duvida, mas com a característica de poderem ser solvidas todas por um devedor, ou reclamadas por inteiro por um só dos credores. ^

O mandato tácito vem depois fundar o recurso dos credores ou devedores entre si e restabelecer a pluralidade dos vínculos que a excepção da solidariedade por momentos obumbrava.

I Como se poderá comprehender a unidade na solidariedade quando as obrigações podem ser condicionaes ou a prazo para um ou mais solidários, pura e simples para outros? E' inconcebível.

("») MBLUCCI, *ob. cit.* n. 15.

("«) AOBRY RT RAU, *ob. cit.* IV pag. 14; LAURENT, *ob. cit.* XVI, «J 251 ; Huo, *ob. cit.* VII, 295.

CAPITULO IX

DAS OBRIGAÇÕES COM CLAUSULA PENAL

Summarlo. 196 - A clausula penal é uma obrigação acce-I ssoria. 197— Importância primitiva e decadência moderna deste instituto. 198—Clausula penal e multa; diferenças. 199—Diferença da clausula penaleda obrigação alternativa. 200 — Em que differe da obrigação facultativa. 201—Identidade com a novação condicional. 202—O que caracteriza a clausula penal. 203—Fins a que visa. 204 — Efeitos conforme a applicação. 205 —Caso da mora. 206—Taxa da pena convencional. 207—Clausula penal nas obrigações a termo. 208— Nas obrigações sem prazo. 209-Efeitos do caso fortuito na clausula penal, 210—Influenciado dolo. 211—Pena convencional nos contractos bilateraes. 212—Pôde ser diminuída ? 213—A clausula penal faz indivisível a obrigação a que é adjecta ? 214—Caso da prestação divisível. 215—Não precisa o credor allegar prejuízo para exigir seu cumprimento. 216— Remissão da pena convencional pelo credor é sempre possível.

196.—Ao mesmo tempo que muitos Códigos directamente definem a clausula penal (⁹⁹⁷), todos elles uniformemente a comprehendem como uma obrigação accessoria, adjecta a um contracto e pela qual se obriga o devedor a uma prestação determinada, no caso de faltar ao contracto, ou a qualquer de suas clausulas, ou retardar sua execução.

(W; Cod. Civ. Fr., art. 1226 ; Cod. Civ. Ital., art. 1209; Cod. Civ. Argent., art. 652 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1535 ; Cod. Civ. do Congo, art. 124; Cod. Civ. da Columbia, art. '1592 ; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1337; Cod. Civ. da Áustria, art. 1036 ; Cod. Civ. doSaxe, art. 1428; Cod. Civ. do México, art. 1428; Cod. Civ. do Canadá, art. 1131; Cod. Civ. de Guatemala, art. 1448.

Vê-se, pois, que as clausulas penaes são partes dos contractos a que se acham ligadas e se regulam pelos mesmos princípios ().

A pena convencional é ordinariamente fixada em dinheiro ; nada, porém, inibe que o seja em cousa, facto, ou abstenção («").

Ella não exige nos contractos nem nome especial, nem formula prestabelecida e expressa; pode resultar das clausulas do contracto que ao juiz compete apreciar e decidir (^{10#0}). I Pode ser estabelecida: o) como clausula adjecta acce-ssoria á uma convenção conjuntamente com ella; 6) como outra obrigação condicional, dependente de outra principal por acto posterior (^{M1}).

Dessa differença de origem decorre que muitos denominem *clausula, penal* a estipulação da pena quando é esta fixada conjuntamente com a obrigação principal e *pena convencional* quando por acto posterior (¹⁰⁰⁰).

Aqui não distinguiremos as duas expressões e sempre lhes daremos valor synonymico.

197.—Bem se comprehende que a importância deste instituto esteve sempre na razão inversa dos progressos da Humanidade. As arrhas, a *multa pramitenlialis* e a clausula penal são meios grosseiros, que exprimem a fraqueza moral das partes contratantes no cumprimento das promessas feitas. A pena convencional nas primitivas formas de contracto talvez fosse o meio único de fazer effectivas as estipulações, cujo objecto não fosse dinheiro.

Encontram-se traços dessa verdade em muitas passagens do direito romano ("**). Depois, o rigor especial *do jus civile* romano deu-lhe certa importância, pois que era a única sancção

(^{M8}) Cod. Civ. Port., art. 672.

(990) Cod. Civ. AU. arls. 339 e 342; MOUTOR, *Oblig. n. 149*; DURAN-TOM, *Cours de droit fr. suiv. le Cod. Civ. XI*, 318; MAZISONI, *Jst. di dtr. civ. Uai. IV*, 97; GIORQI, *Teor. delle Oblig. IV*, »'. 451; DEUNBORQ, *Bilrg. Recht, v. II, P.*" 1* § 700 n. 3 : HUDBLOT ET METMAN, *Oblig. H. 364* ; AUBRY RTRAU, *Droit CU. §)09pr.*

(1000) Hco <T>roit Civ. VII, 369. ■ (1001) CHKIOW *La Colpa contrattuale*, n. 262: Proj. Bevil., art. 919. I

(100f) WINDSCHEID, *Pandekten*, § 285 pr.

(W0S) TARDE *Transformations du droit*, p. 109 * segs.

que podiam terás *nuda pactiones* e entrava como indispensável na transacção e no compromisso.

Mais tarde, na idade media, era desconhecida ainda a acção especial de perdas e danos. O direito germânico admittia que se proseguisse o objecto, ou seu valor representativo; nunca, porém, os prejuízos da inexecução. Tudo isso dava á pena convencional uma importância que hoje não tem ^(100t).

Hoje sua importância decresce esó se mantém como indispensável nos contractos com a administração publica. Apesar de tudo, a lei da persistência não tem tolerado sua completa eliminação.

198.—É preciso não confundir a clausula penal com a *muleta pwnitentialis*. *Muleta pwnitentialis*, *pactum displicen-lice*, ou *dedit* dos francêzes, posto que de origem germânica, não era desconhecida dos romanos ^(100*).

A primeira, instituída só por utilidade do credor, tem por fim dispensal-o da provado *danno* e exigir logo a indemnisação estipulada como pena.

A multa, instituída em favor do devedor, tem por fim salvaguardar dos efeitos do arrependimento, uma espécie de obrigação facultativa, para o caso de querer rescindir o contracto, ou uma espécie de novação que a parte effectua á vontade.

I Um instituto reforça a obrigação ; outro afrouxa o vinculo, tornando a obrigação precária ^(100B).

Mais decahida do que a clausula penal, a multa penitencial não é, entretanto, incompatível com o direito moderno, pois que, no fundo, nada ha nella de illicito e immoral ^(100T).

199.—Ha igualmente certo perigo theorico em confundir a obrigação com a clausula penal e a obrigação alternativa.

^(100*) STOBBE *Zur Geschichte des deutschen Veriragsrecht*, p. 32 e sega. SALEILLES *Obligatiotts*, n. 295.

(WOB) ; 44^o 5 *O. de obligationibus et actionibus* - (1006) MOLITOR, *ob. cit. ns. 169,171* ; HUDELLOT *ob. cit. n. 367* ; GIORGI, *ob. cit. IV, 464* ; DEMOLOMBE, *Contracta e Obhg. III, 652*.

(1007) GIORGI, *ob. cit. IV,464*; SCIALOJA *Piaionario Pratico ãi Diritto Privato, V. clausola penale*.

Entretanto a semelhança que entre ellas existe é que em ambas ha duas cousas, das quaes somente uma deve ser definitivamente prestada.

A alternativa, porém, é uma obrigação única, compreendendo duas prestações, de modo tal que, si uma perece por caso fortuito, a obrigação continua a subsistir, pois que tem ainda um objecto. Na obrigação com clausula penal, ao contrario, as duas prestações constituem objecto de obrigações diferentes, uma principal, outra accessoria. De modo que, si a prestação da obrigação principal perece por caso fortuito, a accessoria desaparece (¹⁰⁰⁸)

200.—O ponto de contacto que tem a obrigação de clausula penal com a facultativa é que em ambas só existe uma coisa devida e a obrigação extingue-se si a coisa devida perece por caso fortuito. I Na facultativa, porém, é livre ao devedor desobrigar-se prestando, em lugar da coisa devida, a que se acha *in faculla-leiolutionu*. Na penal, ao enveu disso, o devedor não pode se desobrigar propondo-se a prestar a pena em lugar da prestação principal (¹⁰⁰⁹).

201.—Casos ha, porém, e muito característicos, em que a pena convencional pôde ser confundida com uma verdadeira novação condicional, dependente da condição de não executar o devedor a obrigação (¹⁰¹⁰).

Ahi então existem de facto duas obrigações principaes, sendo uma dependente da condição resolutiva e outra de uma suspensiva, sendo esta destinada a substituir a primeira. ■ I Cumpre, entretanto, lembrar que tal caso, raríssimo na pratica, não deve jamais ser interpretado com latitude.

No caso de duvida deve-se sempre resolver pela existen-

(1008) Hoc, *ob. cit. Vil, n. 371* /GIORGI, 06. at. IV. 421-454 ; LAURENT, *Principes de droit civil, XVII, n. 452* ; BAUDRY LACANTINERIE ET BARDE, *Obligations*, n. 1360.

(¹⁰⁰⁸) GIORGI, *ob. cit. IV, 404 cit.* BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* «. 1361.

(¹⁰⁰⁹) LACERDA *Obrigações* § 44.

cia de uma simples clausula penal, tomando-a como um accessorio da obrigação principal a que esteja adjecta ^(10u).

Ha romanistas que se inclinam a ver na *stipulatio pence*, no caso ordinário, uma clausula puramente convencional ^(10W)J

Esse character, porém, não é uniforme, mesmo em direito romano. Como tal consideram a clausula penal certos textos ⁽¹⁰¹⁸⁾

Outros, porém, e mais variados, a têm como clausula accessoria adjecta a contractos que têm por fim reforçar ^(im). 1

E' só neste ultimo sentido que se mantém a importância do instituto no direito moderno.

202.—Repousando na livre vontade das partes contratantes, distingue-se a clausula penal, entretanto, por seu character eminentemente accessorio, de maneira tal que a nulli-dadeda obrigação principal importa a da clausula penal ^(101B).

E' a consequência immediata e lógica do character accessorio da clausula penal já consagrada no direito romano ^(10,e).

Si a obrigação é nulla, nulla deve ser realmente a pena, porque esta repousa no danno decorrente da inexecução.

Ora, o danno deflue daoffensa a um direito; mas si nenhum direito pôde se fundar em obrigação nulla, claro é que a clausula, que tem por fim reforçar a obrigação, deixa de existir si aquella desaparece ^(1M1). De modo que si a obrigação é nulla por illicita, contraria aos bons costumes—como quando offen-

(íoi ì\ AUBRY KTRAU, *ob.cit.* IV,p. 1/4; LAURENT, *ob. cit.* XVjl,4jfS; Huc, *ob. cit.* Vil, 372.

(WH) VANOEBOW *Pandekten* § 231 d; MAYNZ *DoitRom.* § 258.

(íois) Por exemplo: l. 115 § 2 D. de verb. oblig.

(tou) l. 44 §§ 5 e 6 D. oblig. ect ation; 1.1 § 8 D. ad leg. Fale ; 1.24 D. quando dtes legatorum,

(ioi5) Qrd. liv.4ºtit. 70 § S.oDtr. Civ. Recopil, art. 891 § único; Cod. Civ.Fr., art. 1227; Cod. Civ. Jtal., art. 1210; Cod. Civ. Port., art. 673; Cod. Civ. daHesp.,art. 1155 ; Cod. Civ. Argent., art. 663; Cod. de Nápoles, art. 1180; Cod Civ. Sardenha, art. 1341; Cod. Civ. da Holl., art. 2115 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1536 ai. 1 ;Cod. Civ. de Costa Rica, art. 709 ; Cod. Civ. do Peru, art. 1302 ; Cod. Civ. do Canadá, art. 1132 ; Cod. Civ. do Congo, art. 125; Cod. Civ. da Columbia, art. 1593; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1338 ; Cod. Civ. da Prússia, I, 5, §310; Cod. Civ. de Saxe, art. 1433; Cod. Civ. AU., art. 344; Proj. C. Rod., art. 456; Proj.l Bevil. art. 925.

^(10,i) Is. 61,69, 123 e 134 D. de verb. oblig. ;1. 2 C. de inútil, stip.

/MM) HUDELLOT ET METMAN, *Ob. Cit.* «. _?65.

de a liberdade dos indivíduos ou apaz publica—si é impossível por falta de objecto, ou insubsistente por vicio de forma— em casos taes. nulla é a clausula penal (^{ow}).

Todavia a pena convencional pôde sempre se fazer effec-tiva, inda que adjecta a contractos não exigíveis *judicialmente*, uma vez que a obrigação não seja reprovada (^{ot9}). Mais geral-mento, porém, decidem os Códigos que a pena só é susceptível de ser exigida si a obrigação o é (¹⁰¹⁶).

A pena convencional que consistia em poder ser o devedor demandado executivamente como si o titulo da obrigação fora sentença, era tida por valiosa pelos juriconsultos portugueses (^{10M}).

Não achamos que os nossos princípios do direito publico sejam incompatíveis com tal solução.

Realmente, as formulas do processo são de direito publico e não podem ser alteradas a arbítrio das partes.

Quando, porém, a formula amplia os meios de defêza, estes podem ser derogadas pela declaração expressa da vontade das partes, porque a todos é licito renunciar direitos próprios.

No caso especial que nos occupa foi sempre licito ás partes dar ás suas escriptas de obrigação um valor probante mais accentuado, fazel-os valer como escriptura publica.

Todavia, si a clausula penal decair com a nullidade da obrigação principal, o contrario não se dá e esta resiste ás causas que invalidam a primeira (^{10M}).

Os autores francêzes entendem que entre as excepções á nullidade da clausula penal, como consequência da nullidade da obrigação a que é adjecta, acha-se a estipuição por terceiros. O estipulante não tendo interesse no contracto directamente, elle só apparece na clausula estipulada. E' este o modo geral de ver dos escriptores francêzes e italianos (^{10,s}).

^{O18}) MOLITOR, 06. *ctt. n.* 149; DEBNBDRG *ob. cit.* § 101 n. 11 I, 2 : e nos casos bellamente resumidos no admirável art. 138 do Código Civil Allemão.

^{f1019}) Cod. Civ. Argent., art. 666 ; Cod. Fed. Suisso. art. 181.

⁽¹⁰⁰⁾ Cod. da Prússia, 1,5,§313 ; Cod.de Saxe, art. 1433 ; Cod. Civ. AU., art. 344. ■

■ (WM) LOBÃO *Proc. Exemt* § 146 ; *Dig. Poit. I, ?Sj.* I

^(WM) *Dig. Port. I, 344; Consolidação das Leis Civis, nota 84 ao art. 392; TOULUER, Le droit civ. fr. suivant Vordre dn Cod. Vi, 803 ; DURANTON, ob. cit. XI, 322.*

^(oi3) POTHIEH, *Obligatotis*, MS . 339 a 340 ! DKLVICODKT, *Cours de ároti ctv. II p. 518; DuRANTON, ob. cit. XI ,)30 ; AuBRY ET RAU, ob. cit. IV, § 309, nota 4 ; MASSÉ ET VERGÉ á ZACHARIOS § 552, notas 3 e 4 ; PLANIOL Cours Elem. de droit civ. 11, n. 1288 ' , LAORENT 06. cit. XVII, n. 429; GIOBGI, ob. cit. IV, 449; PAC. MAZZONI ob. cit. IV, 97; CHIRONI ob. cit. n. 261. |*

Essa doutrina, que era a do direito romano (^{0M}) e de alguns Códigos modernos (^{0M}), é entre nós insustentável, como veremos em lugar mais distante e começa de encontrar séria oppo-sição na própria doutrina francêza (¹⁰²⁶).

£03.—Os fins que visa a clausula penal são: *a*) garantir indirectamente o cumprimento da obrigação, submettendo e estimulando o promettente a satisfazela ; *b*) desobrigar o credor da necessidade de provar o danno soffrido com a inexecução (¹⁰ⁿ).

Esta ultima utilidade é talvez a origem histórica da clausula penal (^{10M}), que era sempre estipulada em quantia de dinheiro e como tal rapidamente exequível pela *condilio certi*.

O rigor do *jus civile* romano exigia que nas estipulações primitivas só se tivesse como objecto *pecunia certa*. Dahi vinha que as estipulações do *facere et non facere* eram frequentemente nullas quando não acompanhadas da clausula penal, pois que o juiz não tinha arbítrio para apreciar o facto, tratando-se de acções *stricti júris*. Nessas acções, acresce, não era admittido o juramento ; mas, por outro lado, exigia-se que os danos fossem rigorosamente provados. Como, porém, tal prova era difficil, pactuava-se sempre a pena nas obrigações de *facere et non facere* (^{1MI}).

A clausula penal pode ser estipulada: *o*) para a inexecução completa da obrigação ; *b*) para a inexecução de alguma clausula especial ; *c*) para a simples mora (¹⁰³⁰).

Quando estipulada para a inexecução, a pena se diz *compensatória*; quando para amora, *moratória*. Essa tecnologia francêza bem se quadra com o espirito de nosso direito civil.

«204. — A distincção dos fins para que é estipulada a pena

(^{lm}) MOUTOH, *ob. cit. n. 150*.

(10») por exemplo : o Cod. Civ. do Chile, art. 1536, ai. 2.».

(^{10a6}) Consultese LAMBERT *Contráts enfaveur des tters* e DORVIXE *De fin-ter et moral datts les obligattons*.

(10*7) Die Privatstrafe hat nicht bloss die Aufgabe, einen Druerk zu Erfiüllung zu iiben, *Kautn mittder wichtig ist es*, dass sie die besandere Liquidirung des Schadens im Falle der Nichterfüllung ader nicht gehörigen Erfiüllung ent-behrlich machen kann. DERNBURG *ob. cit. §100 n. 1* ; ROSREL, *Manuel du droit yfed. des oblig.* «, 222; Cod. Civ. Fr., art. 1229; Cod. Civ. da Hesp., art. 1152 ; ; Cod. Civ. da Ital., art. 1212; Cod. Civ. Argent., art. 655.

(^{10M}) MATNZ *ob. cit. §258 nota 4*.

(10S0) MOLITOR *ob. cit. u. 151*.

(1030) Proj. Bevil., art. 920; RAMOS *Apont. Jur. sobre Contractos*, art. 221

convencional é pratica, pois que seus efeitos variam com elles Quando ella é estipulada para o caso da inexecução completa da obrigação, esta se converte em alternativa para o credor (^{10M1}). O direito romano continha disposições análogas.

Desde que se verificasse a inexecução, incorria o promittente na pena convencional, mesmo quando a execução tivesse sido parcial, pois que esta equivalia á inexecução (^{10M}).

O credor podia reclamar a pena pela *adio ex stipulalu* e desde que tal fizesse, perdia o direito de reclamar a obrigação principal (^{10M}). Podia também preferir a acção para a execução do promettido com perdas e danos. Obtida a satisfação da pena, si as perdas e danos fossem mais elevados do que ella, podia o credor reclamar o que faltasse para completar o montante daquelles pela *adio bonm fidei contractu* (^{10M}). Depois, porém, que houvesse obtido o cumprimento da obrigação principal, ou as perdas e danos, não mais poderia pedir a pena

/1095\

O direito moderno é expresso:—o credor não pode pedir a obrigação e a pena no caso de inexecução completa, nem o devedor pôde se eximir da obrigação estrangendo o credor a desistir delia para se contentar com a pena. Seria isso romper o vinculo contractual e desnaturar a função da pena que é re-forçal-o.

Essa regra é derogavel, entretanto, por convenção contraria (^{10M}). A alternativa é de direito e a escolha uma vez fixada, exclue a outra prestação. A pena sendo a escolhida representa o equivalente da execução. Sj

Realizada a opção, esta é irretratável, salvo si, escolhendo a prestação, esta se torna ulteriormente impossivel. Então poderá o credor pedir a pena, porque esta é sempre devida

(1031) Códigos Civis: Allemão.art. 340 ; Red. Suisso, art. 179, ai. 1 » ;| do Uruguay art. 1340 ; Canadá, att. 1133 ; da Ital., art. 1211 : Proj. C. Rod. art. 453; Proj. Bevil., art. 921.

(1032) 1. 25 § 13 D. fam. ercisc. ; 1. 47 D. emti; 1. 23 D. de oblig. et action ; Is. 5 § 3 ; 85 § 6 D. de verb. oblig.

(1088) i. lo §1.oD. de pactis; 1. 15 D. detransact. ; Is. 41, 42 e71 D. pro sócio ;1. 28 D. emti; 1. 12 §2.º D. pact. dot. ; 1. 14 C.de pactis, etc.

(1084) is. 41 e42 D. pro sócio ;1 38 D. emti; MOLITOB, *ob. cit. n. 151*.

(108r.) cit. 1. 10 § 1.º D. de pactis ;cil. I. 47 D. emti.

(1088) RAMOS, *Contractos HS. 220, 221* ; Códigos Civis : —Fr., art. 1229 ; Ital.,art. 1212 ;Hesp.,art. 1153: Allemfio, art. 340, ai. 1.«; Argen. art. 658,659; do Chile. art. 1537 ; do Congo, art. 127 ; da Columbia, art. 1594 ; do Uruguay, art. 1341 ;—ROSSEL, *ob. cit. n. 222'*, HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit. 366* ; CHIROMI, *ob. cit. «. 262*.

pela inexecução, que, por sua vez, implica a existência de danos a reparar ^(mi).

I Ha, porém, uma importante distincção a fazer, V
A escolha do credor é absolutamente irrevogável, afirmá-
mos. I

Essa proposição é verdadeira em relação á pena, tanto quanto á obrigação principal. Si, porém, a escolha recair sobre esta ultima, ella deve ser satisfeita com perdas e danos, pois que estes são devidos pela inexecução ^(im). B

E' por isso que alguns Códigos determinam que, por isso mesmo que a pena substitue os danos, pôde o credor exigir aquella como minimo destes, ou os danos como mais elevados

^{/1039\}

A estas disposições do direito moderno accresce também que o credor não é obrigado a receber parte na prestação e parte na pena e sim a totalidade de uma ou de outra.

Assim, si se tratar de uma obrigação de fazer, pôde o credor, escolhendo a prestação, mandar realisar o facto por terceiro e o devedor tem de reembolsal-o, inda que o valor de tal reembolso exceda o montante da clausula penal, pois que é delia distincto ^(104o)

Quando o credor preferir a obrigação, deve, outrosim, ser reembolsado dasdespêzas judiciaisou extrajudiciais a que tiver sido forçado ; ellas fazem parte das perdas e danos ^(10M).

Occorrida, porém, a inexecução do devedor em relação a uma clausula especial do contracto, não se pode dizer, forçando a linguagem, que tivesse havido inexecução completa. Seria absurdo.

Por outro lado, porém, é essencial prever esse caso especial da situação das partes em relação á solução ^(mi).

Nesse caso a alternativa desaparece, mesmo quanto á clausula especial para a qual tiver sido estipulada a pena.

Mais claramente : o credor pôde exigir o cumprimento da pena estipulada e mais o cumprimento da obrigação contida nas demais clausulas que não foram reforçadas com pena.

(1087) GIORGI, *ob. cit.* IV, 462.

(1038) SAUCILUSS, *ob. cit.* n. 295 ; Proj. Bevil. art. 1059.

(1039) Cod. Civ. do Chile, art. 1543; Cod. Civ. AU., art. 340 ai. 2.º; Cod. deSaxe, art. 1428; Cod. Fed. art. 180 ai. 2.

(1040) DUKANTON, *ob. cit.* XI, 343 ; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit.* H. 1346.

(1041) DEMOLOMBE *ob. cit.* II, 561; GIORGI, *ob. cit.* IV, 462.

(1042) Assim fez o Proj. Bevil., art. 922.

Pode ainda, quanto ás demais clausulas que não tiverem sido conjunctamente cumpridas, exigir ao mesmo tempo perdas e danos, pois que estes não foram previstos na oonven-» çao e são sempre devidos.

Aqui o credor não pede duas cousas, não altera a alternativa que lhe compete. Si em tal hypotheze o devedor paga a pena edeixa de cumprir as demais clausulas, o credorjamais perde a indennisação das perdas e darmos.

O contrario seria illudir a boa fé dos contractos (^{10M}).

Bem se comprehende, porém, que todas essas disposições não constituem matéria de ordem publica, de utilidade social e são somente declaratórias do vontade presumida das partes. Ora, as disposições de lei que declaram a vontade presumida dos contratantes só devem ser applicadas quando estes não se explicam com clareza, ou omittem (^{0**}).

Conclue-se que podem as partes pactuar o direito do credor, derogatorio da alternativa que lhe cabe, para que possa exigir a prestação e a pena e esta com os danos da inexecução (^{ow}).

A própria lei dá disso exemplo de excepção na *transacção*, em que é permittida a pena convencional (^{ow}). Ora, nesse caso são exigíveis as duas espécies simultaneamente.

20*>,—Bem diversa é a solução em caso de mora.

Quando a clausula penal é estipulada para o caso de mora, tem o credor a faculdade de pedil-a conjuntamenfe com a execução da obrigação principal (^{10M}).

A disposição é a mesma para o caso em que a pena é estipulada como garantia de alguma clausula especial.

Realmente, quando a pena é estipulada para a mora, ou retardamento em executar a obrigação, ella não representa o equivalente da execução, mas é sim a compensação do prejuízo soffrido pelo credor com a espera, e para satisfazer tal

(1048) SALEILLES *ob. ctt. r**. 295 *cit.*; CHIRONI, *ob. ctt. n. 266* ; GIORGI, *ob. ctt. IV, 460*; Proj. Bevil., art. 922 *cit.*

(1044) ADBRTKT RAU, *ob. cit. IV, % 346, 1* ; PAC. MAZZONI, *ob. cit. IV, 65.*

(1048) MOUTOR, *Ob. cit. «. 156* ; GIORGI; *ob. cit. IV, 460'* *st*
M (W46) Proj. Bevil, art. 1)37.

(io*7) oi_g> *porr. I, 36i*; RAMOS, *Ob. ctt. n. 221*; Cod. Ped. Suisso, art. 179, ai. 2 ; God. Civ. AH., art. 341 ; Cod. de Saxe, art. 1429; Proj. Bevil. art. 922.

fim parece absurdo que pudesse vir atacar o direito á prestação principal.

E' o caso vulgar do devedor de dinheiro, moroso, que é obrigado pelos juros da mora, sem de maneira alguma poder se isentar do pagamento do capital.

200.—Ha quem sustente em direito romano (^{10W}) que a taxa da clausula penal não deve exceder ao duplo da obrigação a que é adjecta. E' um erro combatido em muitas outras fontes (¹⁰⁴⁹).

No direito moderno leis existem que concedem ás partes plena liberdade na estipulação do *quantum* da pena (^{10S0}).

Em nosso direito, si a pena pecuniária do contracto exceder o valor da obrigação principal, é nulla no excesso (^{10S1}).

Não encontramos razão plausível para essa fixação positiva no direito moderno. Sua origem histórica era o antigo ódio á usura, hoje recalçado para o dominio exclusivo da moral.

O direito actual não se quadra bem com a excessiva tu-tella do individuo, maximé em matéria de pura convenção de partes em que cada qual deve medir bem o alcance dos compromissos que assume.

207.—Em direito romano si a obrigação principal era a termo, o devedor incorria na pena de pleno direito, expirado o termo, sem necessidade de ser constituido em mora (^{0M}).

Em direito portuguez, a questão foi controvertida (^{0M}).

Entre nós a lógica fundamenta a doutrina romana. Incorre o devedor de pleno direito na clausula penal, vencido o

(^{10W}) Com fundamento na *l. un. do C. de settentis*.

(¹⁰⁴⁹) 1. 56 D. de evictionibus ; 1. 38 § 17 D. de verb. oblig.; MOLITOB, *ob. cit. n. 153*.

(10S0) Cod. Civ. Port., art. 674; Cod. Civ. All., art. 343.

(^{10S1}) Ord. Uv. 4. tit. 70, pr. ; art. 431 do Regul. n. 737 de 1850 ; *Consol. das Leis Civis, art. 191; Dig. Port. 1, 141* ; C. DA ROCHA, 06. *cit. § 739* ; RAMOS, *ob. cit. n. 211*.

(1052) 1. 23 D. de receptis ; 1. 12 C de contrah. et committ. stipul. WINDSGHEID, *ob. cit. § 285 nota 2*; ROSSEL, *ob. et. n. 222*. I (1053) Com fundamento no Ass. de 20 de Julho de 1780 estendido á pena convencional. FKRREIRA BORGES—'DUC. Jur. Comm. v. pena convencional.

prazo dentro do qual deveria executar a obrigação, ou si não tiver havido prazo, desde que for constituído em mora (^{lm}).

I Domina, pois, a regra *dies inlterpellat pro liomine*. I

I De modo que, existindo prazo, findo elle, incorre o devedor na pena.

M

I No direito francêz e nos systemas filiados, ao contrario, a expiração do termo não torna a clausula executória sinão quando se estipulou que o credor fique em mora só pela expiração do termo (^{10M}).

—Ott.—Não sendo a prazo a obrigação, pode o devedor evitar a pena convencional logo que for intimado, offerecendo-se a cumprir a obrigação.

Com effeito, começando a mora desde a interpeilação.pro-testo ou notificação (¹⁰⁵⁸), é, desde que se perfaz um desses actos, que o devedor fica em mora nas obrigações sem prazo (^{10M}).

Todavia a regra exposta não é absoluta. Casos ha em que o devedor incorre immediatamente na clausula penal.

Tal é. por exemplo, o caso de obrigações de não fazer em que elle é passível da pena estipulada desde que praticou o acto a cuja abstenção se obrigara (^{0M}). Nessa hypotheze característica, a escolha do devedor reduz-se até a pedir os da-nnos da inexecução, ou a pena.

â09.—Nenhum texto romano existe a respeito dosef-feitosdo caso fortuito sobre a pena convencional, quando elle impossibilita o cumprimento da obrigação principal.

E'. porém, nas fontes bem assentado que a pena não se

(1054) proj. C. Rod., 455 ; Proj. Be vil., art. 924; Comp. Códigos Civis : -Fr., art. 1-30; Allemão, art. 339; Italiano, art. 1213 ; Porl., art. 676; do Chile, art. 1538, ai 1.

(1055) ROQKON, *ob. cit.*, ao art. 7230 do *Cod. Civ. Francês*.

(1058; RAMOS, *ob. cit.* n. 234 ; Proj. Bevil., art. 963.

(1057; Si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit— I. ti § 12 l~). *de receptis*. CIOKOI, *ob. cit.* IV, 456.

M (1068) Besteht die geschuldete Leistung ia einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein—Cod. Civ. AU., art. 339 ; Cod. Civ. Arg., art. 657 ; WINDSCHKID, *ob. cit.* § 355 M. ; MOUTOR, *H. i64*.

pode fazer efectiva, si a falta do devedor é motivada por facto do credor (^{10M}).

Dahi tem-se deduzido a regra da libertação do devedor si elle demonstra que o inadimplemento não lhe é imputável, ou decorre do caso fortuito ou da força maior (^{10M}).

Nosso direito é conforme essa doutrina quando estatue que, resolvida a obrigação sem culpa do devedor, resolve-se igualmente a clausula penal (^{10B1}).

E a razão é simples. E' que o conceito desse instituto repousa na necessidade de reparação do danno decorrente da injuria contratual consistente no inadimplemento ou retarda-ção em executar a prestação, quer se tome a clausula penal como uma simples *p?na*, quer como compensação de prejuízos. Em um e outro caso é essencial que ella seja imputável

^{1961\}

A pena estipulada não implica, pois, a responsabilidade assumida pelo caso fortuito (^{10M}). Consequentemente, o caso fortuito ou a resolução da obrigação sem culpa do devedor, é um caso em que o credor perde a alternativa da escolha entre a obrigação e a pena.

O mesmo se dará em caso de mora ?

Incorrendo o devedor em mora, esta induz a culpa, e o principio estabelecido em nosso direito é que o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, ainda resultante de caso fortuito ou força maior, durante a mora, si não provar isenção de culpa, ou que o danno sobreviria ainda que a obrigação fosse opportunamente cumprida (^{106V}). No caso de mora, pois, a regra geral é que persiste a pena convencional.

(1059) S' a regra sedica—*Quod quis ex culpa sua damnatum sentit, non intelligitur animam sentire* ; 1. 1 § 3 D. de eo per quem factum ; 1. 22 § 3 D. de rebus ; 1. 9 § 1 D. de usuris ; 1. 9 D. de nautico fenore ; 1. 122 § 3 D. de verb. oblig.

(1060) WINDSCHBID, *ob. cit.* § 285 n. 3 e uota 11; MOUTOR, *ob. cit.* n. 161 \ ROSSEL, *ob. cit.* n. 222 *cit.* ; CHIRONI, *ob. cit.* n. 264 ; GIORST, *ob. cit.* | IV, 456 ; BADDHYL ET BARDE, *ob. cit.* n. 1)72 c; FERR. BORGES, *ob. cit. loc. cit.*; *Dig. Port. I*, 363; Cod. Civ. Port., art. 677 ; Cod. Fed. Suisso, art. 181; Cod. Civ. Argent., art. 665.

(1061) *Consol. das Leis Civ. nota 84 ao art. 392*; Proj. Bevil., art. 926.

(1062) LAURENT, *ob. cit.* XVII, 418 ; CHIBOW, *ob. e lug. cits.*

(1063) p. c. MAZZONI, *ob. cit.* IV, 97 e notas 4 e 5; LAURENT, *ob. cit.* XVII, 440; LAROMBIBRK, *ob. cit.* 1230 ns. 1 esegs. ; AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § 309.

(1064) *Consol. das Leis Civ.*, art. 502 % 2 ; Proj. Bevil., art. 960.

3 IO.—O dolo nenhuma influencia tem no inadimplemento da obrigação com clausula penal. Claro está que esta não implica só por si a renuncia á prestação do dolo, mas in-hibe de o d esc u ti r.

Uma vez faltando á obrigação principal, inda que por dolo, incorre o devedor de pleno direito na pena (¹⁰⁶⁵).

211.— Affirmam alguns autores que, estipulada a pena em contracto bilateral, livre é ao credor rescindir o contracto por inadimplemento da outra parte, desprezando proseguir a execução ou a pena (^{10M}).

Achamos insustentável esta opinião. Eli a daria lugar a abrir-se ao credor todas as alternativas de recurso, com prejuízo da defêza do devedor. Acresce que a faculdade de rescindir em tal caso acarretaria a de pedir indennisação e isso poderia ir muito além do montante da pena, o que importaria um meio de illudir as clausulas de um contracto valido e lucrar com uma exploração immoral.

Na hypothese figurada, desde que ambas as partes tenham direitos e obrigações reciprocas, si uma delias reforçou suas obrigações com uma pena convencional e veiu a faltar á obrigação, não resta á outra parte sinão a alternativa de pedir a obrigação com perdas e danos ou a pena ; nunca, porém, a rescisão docontracto. Apenas convencional, no caso, derogaimplicitamente o principio, aliás bárbaro do direito francêz, de que a condição resolutiveé sempre subentendida noscontrac-tos bilateraes para o caso de uma das partes não executar as obrigações assumidas.

2 1:2.—A pena convencional é absoluta, ou pôde serdiminuida ?

Dispõem os Códigos, em geral, que. quando a obrigação tiver sido cumprida em parte, o juiz poderá reduzir proporcio-

(1065) GHIHONI, *ob. cit. n. 260* ; Proj. Bevil., art. 924. (10MJ GIORGI, *ob. cit. IV, 463* ; LAURKNT, *ob. cit. XVII, 446* ; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. na. 1348 e 1366*.

nalmente a pena estipulada, quer para a mora, quer para a inexecução da obrigação (^{ml}).

O direito romano fazia uma distinção para elle muito lógica.

Nas estipulações *convencionaes*, a pena não podia ser reduzida, inda que a estipulação tivesse sido em parte executada (^{10M}).

Nas estipulações não convencionaes, ou *pretorianas*, como as *in judicio sistendi, ralam habendi, damni infecti, operis novce nuncialione, stipulatio fracluararia*, etc— essa redução era admissível quando existia execução parcial da obrigação

No direito moderno variam os códigos.

Os que não fixam um limite á taxa da pena, acham lógico e equitativo permittir ao juiz mitigar os excessos que ella possa apresentar (¹⁰⁷⁰j.

O caso é restrictissimo em nosso direitc. Fora da execução parcial, nenhuma consideração de equidade pôde auctori-zar o juiz a diminuir a pena convencional.

Assim já era nos últimos tempos do direito romano, que só tolerava a diminuição por equidade e no caso em que a pena mascarasse uma convenção usurária (¹⁰⁷¹).

Não é pois, verdade affirmar em absoluto que o pagamento parcial não impede a pena convencional por inteiro, salvo convenção em contrario ("*").

Esta seria, sem duvida, a solução mais racional. O pagamento parcial é tão aberrativo nas obrigações com clausula penal, como em qualquer outra das modalidades do direito de credito.

(1067) proj. C. Rod., art. 457 ; Proj. BeviK.art. 927 a comp. com os Cods. Civis: Fr., art. 1231 ; Ital., art. 1214 ; Port., art. 675 ;Hesp., art. 1154; Argent., art. 660 ; da Sardenha, art. 1321 ; da Holl., art. 1345; de Nápoles, art. 1184; do Chile, art. 1539; do Congo, art. 129; da Áustria, art. 1036; de Saxe, art. 1430; do México, arts. 1431-1432; do Canadá, art. 1135; do Uruguay, 1331 ; do Japão, art. 420 ai. 1 e 3 ; Fed. Suisso, art. 182; Allemão, art. 343.

(1068) l. 2 § 6 ; la. 3 e 5 § 4 D. de verb. oblig.

(1069) i. 9 D. si quis caut. in jud. sist.; 1. 4 D. de verb. oblig; MOLITOR, ob. cit. n. 167.

■ (1070) * ... *tfach billigen Ermessen**, diz o art. 182 doCod. Fed. Suisso e..... *Auf deu attgemessenen Betrag*», diz o art. 343 do Cod. Civ. Allemão.

(^{10M}) MAYNZ— *Obligations* § 88 e nota 7 ; MoUTOR, ob. cit. tu. 151 e 152.

(1012) como faz WINDSCHOD, § 285 n. 2 e nota 8 e o nosso LACERDA ob. cit. § 44 uolallo.

A opinião de que o juiz poderá reduzir proporcionalmente a pena estipulada, quer para a mora, quer para a inexecução quando a obrigação tiver sido cumprida em parte não pode evitar o absurdo de poder o devedor offerer como solução a execução parcial e parte da pena. Isso, entretanto, devia depender somente do credor. De maneira que, si lhe não aprouvesse a execução parcial, elle poderia restituil-a e exigir a pena por inteiro (¹⁰⁷).

Entretanto essa opinião não parece autorizada.

Depois, como conceber execução parcial na mora ?

Os Códigos que contêm a disposição citada ordinariamente usam da expressão «o juiz *podrá* reduzir, etc».

A doutrina, porém, tem entendido que o juiz não *deverá* usar de tal autorisação : a) quando a execução parcial for inútil ao credor ; 6) quando as partes tiverem convencionado a pena para a execução pontual e completa; c) no caso de mora

Duvidas muito sérias podem offerer na pratica as obrigações de fazer a que esteja adjecta a clausula penal no caso de execução parcial.

Com effeito, si eu contrato com um individuo qualquer o plantio de 4000 pés de café, mediante a pena convencional de 5.000\$, e elle me plantar unicamente 2000 pés, o juiz poderia diminuir, digamos, a metade da pena, pois que eu auferi um proveito real, posto que não inteiramente aquelle que visei. A questão nestes termos é simples.

Mas si eu contrato com Decio Villares uma de suas esplendidas telas, com a adjecção de uma pena, e elle executa o quadro apenas em parte, que utilidade tive eu? Si eu visava a posse de um quadro em que se fundisse a alma inteira do artista, a força de sua concepção, os maravilhosos recursos technicos de que dispõe, que valor pôde ter. para mim o simples esboço, ou mesmo as primeiras tintas do assumpto escolhido ?

Nestes termos está claro que não me restando o recurso ordinário de mandar executar a obra por terceiro, qualquer diminuição da pena convencional seria lesiva e injusta contra mim. H

E' talvez por esses inconvenientes flagrantés que se suscite a opinião aceita por muitos de que o juiz deve ser sobera-

(""») LAUBBNT, *ob. cit.* XVII, *ti.* 454 ; GIORGI, *ob. cit.* IV, 452.

(!<"*) PAC. MAZZONI, *ob. cit.* ly, 97; *cits.* LAUBENT e GIORGI; DORANTQN, *ob. cif.* XI, 358 ; I-AROMBIBRE, *ob. cit.* 1831,7 e8; TOUIXIKR, *ob. cit.* vi, n> 839; MASSÉ ET VERGÉ á ZACHARI* § 558.

no em seu poder de diminuir a pena, mas que deve tomar sempre como critério de sua apreciação, não o valor intrínseco da obra, mas o da estimativa que as partes ligam á execução completa ⁽¹⁰⁷⁵⁾. Para isso aconselha-se o recurso ao parecer de peritos <sup>(1^{m)}.

Pôde também occorrer que as partes combinem o *quan-Iwn* da reducção a se effectuar na pena por execução parcial e neste como em qualquer outro caso de convenção das partes, deve o juiz conformar-se inteiramente com o critério fornecido pela declaração da vontade.

— 13.—Muito se discute si a clausula penal tem por effeito tornar indivisivel a obrigação a que é adjecta e isso principalmente quando é permittida para o caso em que o terceiro não cumprisse a obrigação.

Nenhum texto romano autoriza esse modo de vêr.

Si a pena é sempre devida por inteiro quando a obrigação não é inteiramente cumprida, não se deduz por isso a doutrina citada.

Ella não produz o resultado de alterar uma modalidade em que figura apenas como accessorio ⁽¹⁰⁷¹⁾. O contrario é que é de lógica e dá-se invariavelmente.

O caracter indivisivel da obrigação é que produzia já no direito romano o effeito que nosso direito consagra ⁽¹⁰¹⁸⁾, isto é, quando a obrigação for indivisivel, todos os devedores ou herdeiros do devedor incorrem na pena por falta de um delles, mas esta só pode ser integralmente pedida ao culpado. Cada um dos outros responde por sua quota parte, ficando salvo aos não culpados a accção regressiva contra aquelle que deu causa ao pagamento da pena ⁽¹⁰⁷⁹⁾.

^(101*) DEMOLOMBK, *ob. cit.* Ill, n. 671 ; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1)51. I

⁽¹⁰⁷⁶⁾ *Di. p. out.* J, 3,2.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ *COHSOL. das Leis Civis, nota 84 ao art. 392 citada.*

⁽¹⁰⁷⁸⁾; 1. 4§ 1 D. de verb. obhg. ; 1. 25 § 9 D. fam. erciscundae; RAMOS, *ob. cit.* n. 223.

I

^(i°«) RAMOS, *cit.*; Proj. Be vil., art. 929 ; *Dig. Por. I, jS8*; Cod. Civ. Fr., art. 1232; Cod. Civ. Uai., art. 1215 ; Cod. Civ. Argent., art. 662; Cod. Civ. do Chile, art. 1540 alíneas 2 e 3 ; Cod. Civ. da Columbia, art. 1597; Proj. C. Rod., art. 458: Como se vê, nosso direito segue a opinião de Catão exposta no texto de Paulo, ou 1. 4 D. de verb. oblig., e interpretado e systematisado por POTHIER.

O motivo que justifica a solução é que aquillo que é in divisível é feito para todos os herdeiros ; enquanto que o que é divisível comporta uma contravenção por partes. I

A pena transmite-se a herdeiros por isso mesmo que nasce de uma contravenção e segue a regra da transmissão inseparável desta, quer activa, quer passivamente. Os que não incorrem nella si não por culpa de um delles têm contra o culpado o recurso, que, pelo direito romano, era exercido pelo *ju-dicium familia: erciscundcp*¹⁰⁸⁰). Figuremos a hypothese. A estipula com B que este não poderá fazer diante de suas janelas construcção alguma de uma certa ordem, com a penal de 3.000\$. Morto B, succedem-lhe X, V e Z e este ultimo constróe no lugar obra que entra na classe das previstas.

A pode exigir a pena inteira de Z ou de cada um dos herdeiros.

Integralmente só o pode fazer de Z e, si o fizer parcelladamente contra todos, estes têm regresso para rehaverm de Z a quota parte do que por culpa delle pagaram.

Como vimos, grande differença existe entre a obrigação solidaria e a indivisível. Em ambas pode o credor exigir a totalidade de cada devedor. Na solidariedade, porém, não existe unidade do objecto; só ha convergência de vontades que a elle empresta a apparencia de único.

Na indivisível, ao contrario, ha tantas obrigações quantos os co-devedores. Mas, ou pela natureza do objecto, ou pela relação em que elle se acha, impossível é que se possa prestal-o por parte.

Cada qual é obrigado a prestal-o por inteiro e, realizando um dos co-devedores a prestação, os outros logo se desobrigam.

Estes são os princípios geraes ⁽¹⁰⁸¹⁾.

Quando, porém, uma obrigação indivisível converte-se em perdas e danos, perde sua qualidade de indivisível, já o vimos.

Ora, a pena convencional é o equivalente das perdas e danos prefixado na* convenção pelas partes. Consequente-mente, a penal na obrigação indivisível torna-se eminentemente divisível, por substituir os danos. Por isso e pela regra da transmissão das convenções a herdeiros, conclue-se que todos elles incorrem na pena por sua parte.

Como, porém, em regra a culpa de outrem não pôde ser nociva a terceiros, o culpado só responde pela totalidade.

(1080) I. 2 § SD. de verb. obhg. ; MOUTOB, ob. cit. tts. 165 a 168.

(1081) CHIRONI, ob. cit. ns. 169171.

O credor tem a alternativa : ' ou reclama toda a pena de um. ou de todos repartidamente.

O regresso dos não culpados vem equilibrar o principio de justiça, que aparentemente fora sacrificado. ' O herdeiro culpado da inexecução é obrigado não pelo facto de ser herdeiro, mas pelo facto pessoal da culpa.

Os não culpados respondem, ao contrario, não por culpa que não commetteram, mas porque são herdeiros.

Com effeito, ao estipular a pena, quiz o devedor dar-lhe o caracter de uma garantia effectiva da obrigação ; fez delia uma condição a realizar-se com o inadimplemento. Ocorrido este, aquella surte logo seus effeitos, ou contra o devedor, ou contra seus successores.

Pouco importa que a inexecução se verifique antes ou depois da morte do devedor (^{10M}).

Si, porém, morre o devedor depois de haver incorrido na pena, sendo indivisível a obrigação, a solução varia. Claro é então que o credor pôde exigir a obrigação por inteiro de qualquer dos herdeiros, pois o direito de opção subsiste após a morte do devedor.

Mas si sua escolha recahir na pena, é claro que ella se divide e o credor somente pode reclamar uma parte de cada herdeiro.

A disposição, bem se vê, é a mesma quando, em vez de um, forem muitos os culpados. Apenas o credor poderá reclamar a prestação da pena por inteiro de cada um delles (^{10M}),

21-4,—Em sentido inverso, quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou herdeiro do devedor que a ella faltar e isso mesmo somente na parte proporcional que na obrigação lhe couber (^{10W}). Eis o caso: A estipula que B lhe dará 3000 arrobas de café em sacca, sob a pena convencional de 3.000\$.

(1083) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* «. 1375.

(1088) GIOBOI, *ob. cit.* IV, 458.

(1084) 1. 44 § 5D. fam. ercisc. , 1. 4§ Hat si) D. de verb. oblig. ; 1. 9 § 1 D. si quis caut. ;1. 11 §6, 1. 32 § 2 D. ad leg. Fale. ; *Dig. Por!* I, 359 ; RAMOS, *ob. cit.* ». 224 ; Proj. C. Rod., art. 459 ; Proj. Bevil. art. 929. Gomp. Cods. Civis-Fr., art. 1233 ai. 1». ; Uai., art. 1216; Argent., art. 661 ; dq Chile, art. 1540, ai. 1«.

Morto B, seus herdeiros X, Y e Z devem a A respectivamente 1000 arrobas, pois que a obrigação de A dividiu-se. Mas X recusa-se a cumprir sua parte. Claro está que A só lhe pôde exigir 1.000\$,— sua quota parte na pena estipulada, e não mais.

Aqui, como bem se percebe, a divisibilidade da obrigação principal foi causa a que ella se desmembrasse em obrigações distinctas entre os herdeiros, impossibilitando assim a cada um delles de faltar a obrigação em sua totalidade.

De sorte que o total da pena correspondendo ao total da obrigação, é evidente que ao credor não é permittido reclamar toda aquella de quem não é obrigado a toda esta.

Em uma palavra, nem ha solidariedade entre os herdeiros como devedores, nem podem ser responsáveis pelos actos de outrem, uma vez que a natureza da obrigação admitta que se os tomem separadamente ⁽¹⁰⁸⁵⁾.

Nos artigos citados na nota o Código Francêz e o Italiano consagram uma excepção ao principio da divisão da pena entre os herdeiros e é quando, tendo a clausula penal por fim inhibir o pagamento parcial, um dos herdeiros é causa de que elle não se realise por inteiro. Nesse caso pode-se exigir deste toda a pena, ou dos outros a parte, ficando a estes salvo o regresso contra aquelle. Essa doutrina, no fundo, é a nossa exposta.

215.—Para exigir a pena convencional, não precisa o credor allegar prejuízo. O devedor por seu lado não pode ex-imir-se de cumpril-a sob o fundamento de que é excessiva ^(10M).

O credor não é mesmo obrigado a provar o inadimplemento da obrigação para reclamar a pena convencional. Ao devedor é que incumbe provar que a cumpriu ^(10,T)

Parece á primeira vista que si o devedor não pôde allegar o excesso da pena para fugir á sua prestação, tem o direito de demonstrar que o credor nenhum danno soffreu para poder se libertar de satisfazel-a.

Na verdade, o *quantutn* da pena representa o montante do prejuízo da inexecução e uma determinação anterior que

(1085) LAORENT, *ob. ett*, XVII, 46S ; BAUDOT L. ET BARDE, 06. *eit. n.* 1398.

■ (1086) *proj.* Bevil., art. 930; Cods. Civis : Argent., art. 656; do Chile, art. 1542 ; Fed. Suisso, art. 180.

○⁰⁸⁷) WINDSCHBID, *ob. cif.* § 285 n. 5; SALEILLES, *ob. cit. n.* 296.

liberta o credor da necessidade de o avaliar para o pedir ao devedor ; repousa, em sumiria, na presumpção do danno.

Dahi parece poder-se inferir que o devedor não pôde igualmente pedir que se lhe diminua a pena por ter sido ella maior do que o danno da inexecução, pois que este já está prefixado; mas que pôde pedir que a pena se não execute, no todo, porque nenhum danno soffreu o credor.

Essa resolução, compatível com as legislações que consideram a pena convencional uma compensação de prejuízos (""*), é entretanto insustentável no nosso systema, em o qual a pena tem também uma função coercitiva, na qual se incorre, *ipsojuru*, pela inexecução. O juiz pôde diminuir a pena pela inexecução parcial, mas não tem competência, em caso algum, para neutralisala.

Si o devedor por seu lado nem sequer pôde allegar ser ella excessiva, não comprehendemos que possa o mais, isto é, pedir sua revogação, quando o menos lhe é vedado.

A fixação da pena pelo contracto é mais do que uma presumpção: é uma prova irrecusável de que a inexecução ou a mora constituem um prejuízo real que ella é destinada a indenisar e que as partes quizeram subtrahir a toda a discussão o valor de taes prejuízos (1088).

Quanto ao credor, a matéria é liquida: elle não precisa allegar prejuízo para lhe ser prestada a pena, e a razão é a mesma : a pena é a determinação previa das perdas e danos calculados no contracto.

De sorte que, dada a inexecução, o devedor nella incorre de pleno direito, sem acto algum do credor tendente a liquidar os prejuízos soffridos.

Ha todavia um caso em que parece ser admissível ao credor allegar prejuízo, não para pedir a pena, mas para reclamar uma indemnisação. O caso é verificável sempre que a pena, sendo pactuada para um fim previsto, o prejuizo decorrer de outras causas.

Supponha-se que a pena é estabelecida no contracto para a mora e dá-se o inadimplemento total.

Elle poderá então obter a pena pela mora e a indemnisação pelos prejuízos da inexecução (10,º).

(1088) Como sejam: Cod. Fed. Suisso, art. 150; Saxonio, art. 1428; Cod. Civ. da Áustria, art. 1336 ; Cod. Civ. do México, art. 1428; Cod. Civ. Argentino, art. 655. ■ (10») Hoc, *ob. cit.* Vil, 378.

(>0»0) CHIBONI, *ob. cit.* n. 265.

216.—E' fora de discussão que o credor pôde fazer remissão da pena convencional, si tiver a livre disposição de seus bens. I

Nos contractos com a administração publica entre nós é este um favor frequentemente outorgado.

O que, porém, é essencial resolver é si a prorrogação do prazo dada expressamente pelo credor importa a renuncia da pena estipulada. Ha distinguir ;—si a prorrogação foi concedida antes de vencido o prazo, parece clara a renuncia á penal estipulada para a expiração delle. Concedida, porém, após a terminação do prazo, o devedor já incorreu de pleno direito na pena e o credor já tem direito de exigil-a.

Consequentemente, a renuncia neste ultimo caso não se presume e deve ser expressa fⁿ1)

Entre as modalidades das obrigações incluem muitos autores varias outras como: as obrigações *priv. ipnes* e as *acce-ssorias*, as *liquidadas* e as *illiquidadas* ; tratam especialmente das *facultativas*, etc.

Entendemos não existir regra alguma especial a cada uma dessas espécies ; ellas entram nas classes estudadas e não passam de meras adjectivações do vocábulo que exprime o direito de credito.

Seria, pois, inútil estender os limites da exposição desse instituto com essas noções puramente académicas que só servem para confusões, que devemos antes evitar.



TITULO III í

EFFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

NOÇÕES GERAES

Summario. 217—Effeitodas obrigações; sentido dessa expressão. 218—Causas de extincção das obrigações no direito romano. 219 —Evolução moderna das causas de extincção: Códigos. 220 — Effeitos das obrigações entre as partes e sua transmissão a herdeiros. 221—Promessa do facto de terceiro.

217.—Temos até aqui feito a exposição e analyse das differentes modalidades das obrigações. Tratemos agora do exame dos diversos casos da extincção do direito de credito.

Antes de tudo, essencial é que bem fixado deixemos o sentido em que neste titulo empregamos a expressão «effeitos das obrigações».

Ha para isso motivos theoricos e práticos.

Os Códigos que seguem o Civil Francêz eos autores que esposam e louvam sem exame todo o seu methodo e toda a sua doutrina, caem na deplorável confusão dos effeitos da obrigação com os dos contractos. Nada é, entretanto, mais diverso.

Os effeitos dos contractos devem ser examinados particularmente no ponto de vista das obrigações a que dão lugar.

No fundo, porém, elles são quasi sempre fontes de que dimanam obrigações.

A respeito do credor os effeitos das obrigações são : (a) dar-lhe direito de empregar os meios legaes para obrigar o devedor a prestar aquillo a que se obrigou ; b) obter por meio de outrem a prestação á custa do devedor; c) obter do devedor as indennisações correspondentes á inexecução ou á execução imperfeita.

Quanto ao devedor, o adimplemento exacto da prestação lhe confere o direito de obter a liberação correspondente, ou de repellar as acções do credor, si a obrigação tiver sido cumprida, ou estiver extinta ou modificada por qualquer causa legal (109S).

Ora, é claro que si o contracto pode produzir obrigações, elle acarreta consigo os effeitos destas ; nem por isso, entretanto, taes effeitos lhe são próprios e exclusivos.

O contracto pode não produzir obrigações e ter até, ao contrario, por fim extingui-las, ou transferir propriedade, ou criar direitos reaes, enquanto que as obrigações, si podem provir e provém na maior parte dos casos dos contractos, decorrem também de outras fontes (109S). E' pois, um erro confundir effeitos das obrigações com os dos contractos, erro só excusa-vel pela consideração apontada de serem os últimos a fonte mais commum das primeiras (110).

Devemos, portanto, evitar esse erro grosseiro.

A epigraphe do Titulo III é equivalente á *extincção das obrigações* usada geralmente nos Códigos modernos.

St 155.— Quaes são essas causas de extineção ?

Os romanos parecem ter ligado muito menor apreço á extineção das obrigações do que á sua formação. Aquella para elles era mais uma matéria de processo do que de direito substantivo.

Realmente vemos a principio as *causae obligationum* gerar parallelamente as *causae* de extineção. Assim a *nexi obligatio* correspondia a *mexi liberalio* e mais tarde e successivamente surgiram outras causas correspondentes ás *res, verba, litterae, consensus, ele* (110M).

Com o correr dos tempos e com as modificações do direito pretoriano, esse character concreto começou a permittir uma certa generalisação. Assim, formando-se as obrigações *secundum nostram civilis iura*, isto é, na conformidade das regras prescriptas pelo *jus civile*, ellas passaram a se extinguir *ipso jure*.

(109S) Cod. Civ. Argent., art. 505 ; BUFNOIR—*Prop. et Contrat*, p. 744 ; HODELO-FRITZMANN,—*Obligation*, ns. 303-310. H

(110M) MARCADÉ—*Explication au C. Civ. IV*, 460 e 461.

(109M) ROSSEL—*Man. du droit français*, W. 104.

(110W) l. 8 D. de solut. et liberat.; MAREZOLL—*Lehrbuch der Inst. des röm. misc. Rectos, § 151*.

Ao lado, porém, dessas obrigações, conheciam-se as naturais, as pretorianas, cujo processo e exceções competiam ao pretor ordenar.

De maneira que as obrigações, que eram suspensas, modificadas ou repelidas por uma dessas exceções concedidas pelo pretor ao devedor, diziam-se extinctas *per exceptionem*, ou *ope exceptionis*.

A extinção *ipso jure* destruía, dissolvia, aniquillava a obrigação, sem que mais acção alguma pudesse ser intentada.

Na extinção *ope exceptionis*, ao contrario, a obrigação continuava de existir, mas o devedor podia oppôr ao credor uma excepção perpetua que lhe concedera o pretor.

Ali a obrigação perecia, aqui era apenas repellida a sua exigência por um obstáculo: ali se extinguía, aqui era infirmada por uma defêza; em um caso peniia sua existência jurídica, em outro permanecia sem efficacia⁽¹⁰⁶⁾.

Os caracteres que então assumiram essas duas formas tornaram-se accentuados bastante para se protraírem até no-ssos dias. pois que a technica jurídica mantém ainda hoje as reminiscências das duas maneiras romanas.

No processo formulário o devedor não podia invocar uma extinção *ope exceptionis*, si por ventura não tivesse ella sido inserida na formula. A *ipso jure*, ao envez, podia ser sempre invocada. No processo extraordinário introduziu-se uma modificação a esse rigor e se admittiu que se pudesse invocar a extinção *ope exceptionis* independentemente da junção á formula, mas só e unicamente no principio da lide — *in litis*; emquanto que a *ipso jure* sempre podia ser opposta em qualquer estado da causa.

A *ipso jure* podia ser invocada por qualquer interessado na extinção da obrigação; a outra tão somente por quem a tivesse; aquellatinha effeito absoluto, esta dilatório, pois que a excepção podia desaparecer e a obrigação reasumir todo o seu vigor. £J

A primeira extinguía o direito de credito, mas não criava direitos para o devedor; a *ope exceptionis*, ao contrario, sem extinguir o direito do credor, criava para o devedor um direito que se chocava com o do credor e lhe servia de obstáculo^(W1).

Apesar desse estado ultimo de generalisação a que no direito romano chegou a theoria da extinção das obrigações, a enumeração dos casos é falha, incompleta, deficientissima.

^(10H) MACHKLBET *Man. de Dir. Rom.* § 524 : WARNKOBKIQ iW. *d* Dir. Rom.* § 1009 : WINDSCHEID *Fandekten* § 341. ORTOLAM *Inslit.* 111 p. j73. (1097) MoUTOR, *Obligation* *s. 967-959', DUMANOKAT *Drott Rom.* II p. 488.

Pode-se dizer que as fontes contém apenas os quatro modos—*solutio, acceptilatio, novatio* e *contraria voluntas*⁽¹⁰⁹⁸⁾, que operam *ipso jure*. Os outros casos, como *confusio, compensatio, interitus rei debitoris, dies ad quem, prescriptio, pacti conventi, jurisjurandi praestitum* são deduzidos nas glosas e comentários.

1

Essa deficiência levou os modernos e procurarem outra série de casos mais systemáticos⁽¹⁰⁹⁹⁾.

â 19.—HEINECÍUS foi o primeiro que procurou fazer uma enumeração methodica e os resumiu em *solutio, compensatio, confusio, obligatio et consignatio, rei interitus, novatio, acceptilatio et mutui dissensus*⁽¹¹⁰⁰⁾.

Com pequenas alterações POTHIER adoptou tal classificação⁽¹¹⁰¹⁾ e de sua obra ella passou ao Código Francês⁽¹¹⁰²⁾.

Eis a letra deste : — «Les obligations s'eteignent — i par le payement, 2 par la novation, 3 par la remise volontaire, 4 par la compensation, 5 par la confusion, 6 par la perte de la chose, 7 par la nullité ou rescision, 8 par l'effet de la condition resolutoire, 9 et par la prescription».

Enumeração absolutamente igual contém os Códigos de Hayti, da Columbia, de Montenegro, da Itália e Costa Rica, o Digesto Português e o Projecto Coelho Rodrigues⁽¹¹⁰³⁾.

Delle deferiram : o do Congo não incluindo a prescrição⁽¹¹⁰⁴⁾ ; o do Canadá, acrescentando, como causa de extinção, a *expiração do termo fixado por lei ou pelas partes para a sua duração, a morte do credor, ou do devedor* em certos casos e ainda *outras causas especiaes applicaveis a contractos determinados*⁽¹¹⁰⁵⁾; o do Uruguay, augmentando mb rogação, *imputação de pagamento, consignação, dação em pagamento*

⁽¹⁰⁹⁸⁾ *Itst. quibus moei. tollitur oblig.*

/towj os escriptores portuguezes de sprežàrum a classificação romana—
MKLIO FBRIRB *Inst. Jur. Civ Lusit. IV, V.*

⁽¹¹⁰⁰⁾ HEINECÍUS *Recitationes in elementa jur. civ. secundum ordinem Institutionum*, § 995.

■ (Hon POTHIER, *Obligations*, n. 493. M

I ⁽¹¹⁰¹⁾ Cod. Civ. Kr., art. 1234.

⁽¹¹⁰²⁾ Respectivamente em seus artigos : 1021, 1625, 611 a 635, 1236, 633, 1, 1043, 484.

⁽¹¹⁰⁴⁾ Cod. Civ. do Congo, art. 132,

⁽¹¹⁰⁵⁾ Cod. Civ. do Canadá, art. 1138.

(^{110B}); o do Japão, só tendo disposições especiaes sobre o pagamento, a novação, remissão, compensação e confusão f*"); o da Hespanha, não contemplando a annullação, a condição resolutive e a prescripção (¹¹⁰⁸) ; o do Chile, acrescentando a *transacção* (^{1!w}); o da Republica Argentina, fazendo as restri-ções do da Hespanha e acrescentando a transacção e a renuncia de direitos de credor (^{IM}); o Federal Suisso, não enumerando, mas tratando de todos os casos da lei francéza, dando para o pagamento e a prescripção disposições especiaes e separadas; omittindo as acções de nullidade e pondo, em seu lugar, a annullação como contracto resolutive e generalizando a perda da cousa a toda a espécie de impossibilidade de execução (""); o Código Civil Allemão, tratando da execução que comprehende o pagamento e a dação em pagamento, da consignação, da compensação e da remissão e abandonando por inútil a novação, cujos effeitos substitue pelo transporte de créditos e de débitos *Ç^{tt\$}* ; o Projecto Felicio, augmentando um caso geral— «nos mais casos designados em lei ("")».

No meio de todos esses elementos concretos, difficil é obter a melhor generalisação. E' um assumpto que parece resistir a toda e qualquer systematisação theorica.

Achamos com o Código Civil Allemão que se deve excluir a acção de rescisão, porque realmente ella extingue a obrigação e tem por fim somente declaral-a inefficaz. Não podemos, porém, excluir com elle a novação por achal-a substituída pelo transporte de créditos. Aquella é destinada a substituir a divida antiga por outra entre os sujeitos activos e passivos originários; esta pôde implicar e ordinariamente implica um terceiro que não interveiu no vinculo primitivo.

A prescripção não é uma causa extinctiva especial das obrigações ; seus effeitos são geraes e attingem a todos os actos jurídicos. Em um Código bem ordenado seu lugar próprio é na parte geral em que daquelles se trate.

A perda da cousa produz effeitos vários dependentes da modalidade do vinculo obrigacional e por isso não comporta generalisação, devendo ser encarada em cada classe de obrigações, como fizemos no Titulo anterior.

(»*•*) Cod. Civ. do Uruguay, art. 1415.

(^{X9t}) Cod. Civ. do Japão, arts. 474-520. I

(^M) Cod. Civ. da Hespanha, art. 1166.

(^{IM}) Cod. Civ. do Chile, art. 1567.

(^{'''}) Cod. Civ. Argentino, art. 724. . m

(^{IM}) Cod. Fed. das Obrigações Suisso, arts. 129 161.

(^{'''}) Código Civil Allemão, arts. 362-397.

(»«) Proj. Felicio, art. 484.

A transacção deve ser incluída entre os modos porque se extinguem as obrigações, como fizeram os Códigos do Chile e da Argentina.

Mas, si como tal a incluímos, porque deixarmos de o fazer ao compromisso que lhe é tão análogo, embora o tenhamos até agora contemplado somente como instituto de direito adjetivo?

I Como bem se deve ter observado, todas as causas de extinção contidas nos Códigos modernos filiam-se, em ultima analyse, á tentativa de HEINECIUS. OS próprios juristas francezes, porém, são os primeiros a critical-a e julgar deficiente a classificação de seu Código (^{im}J).

Em nosso direito a *anarchia theorica* é completa ; enumeram-se não menos de dezeseis causas de extinção (^{im}).

Escretores ha que tentam justificar a enumeração dos Códigos, com a affirmação de que ellas são *gemes*, attinentes a todas as obrigações sem que isso exclua as *especiaes*, próprias a certas obrigações determinadas.

Nem sempre esse argumento é procedente, porque a condição resolutiva, por exemplo, que é especial a certos contractos, é enumerada, como acabamos de ver, em muitos delles. Por outro lado, a prescrição, a perda da cousa, que são relativas a todas as obrigações, são em outros Códigos tratadas em separado, em capítulos *especiaes*.

Scientificamente só encontramos dois critérios para uma classificação perfeita.

O primeiro seria dividir as causas da extinção em três fontes: —o) o adimplemento effectivo ; b) o acordo liberatório entre as partes; c) um acontecimento qualquer que impossibilite o adimplemento, dissolvendo o laço e destruindo o direito do credor (^{1.º}ic).

Este é o critério que podemos chamar intrínseco e philosophico.

I D O segundo, relativo ao processo, aos effeitos práticos da obrigação no momento em que o credor poderia pol-a em acção, é o romano: *ipso jure e ope exceptionis*.

E' a distincção menos lógica, menos philosophica, porém mais pratica(ⁿ¹⁷). B

(^{im}) BAUDRY LACANTINERIE ET BARDE, *Obligations*, n. 38; HUDELLOT ET METMAN, *ob. cif. n. 500*.

(1116) *direito Civil Recopilado*, art. 927.

(1116) GIORGI, *Teoria delle oblig. Vil, H. 1.*

I (1U7) LACERDA, *Obrigações § 7i nota 2*. Quaes sejam na technologia jurídica os differentes sentidos da expressão *ipso jure*, quer tratando-se de aquisição, quer de extinção de direitos, vide MOLITOR, *ob. cl. ns. 954 a 956* e Po-THIER, n. 599 na edição portuguesa de CORRÊA TELLES . EL

Sem nos determos em justificar aqui os nossos fundamentos de convicção, reservando a tarefa para cada um dos capítulos seguintes, adoptamos como classificação das causas extintivas das obrigações a seguinte: ..

- A) o pagamento;
- I B) a consignação; I
- c) a subrogação ;
- d) A IMPUTAÇÃO DE PAGAMENTO;
- e) A DAÇÃO EM PAGAMENTO;
- f) A NOVAÇÃO;
- G) a compensação;
- H) a transacção;
- i) o compromisso ;
- j) a confusão;
- K) a remissão;
- L) a prescrição.

Nosso principio, como se pode perceber desde logo, é a analogia real de todas as formas de extinção.com o pagamento.

-21ÍO.—A obrigação produz effeito entre as partes e transmite-se aos seus herdeiros, salvo si for personalíssima ^(im).

A obrigação dos contractos é lei entre as partes (1.ºJ. Esse truismo do direito de credito tem consequências que examinaremos em outro lugar.

Não é, outrosim, necessário que tios estendamos sobre o vulgarissimo principio que o herdeiro universal representa o defunto, tão absolutamente como si elle continuasse a ser o credor cu o devedor.

O herdeiro a titulo singular, ou legatário, ao contrario, não é representante do *de CUJUS* nessa amplitude.

("«) Cod. Civ. Fr., art. 1165 comb. com os 724 e 802 ; Cod. da Sardenha, art. 1192; Cod. Civ. do Peru, art. 1304; Cod. de Nápoles, art. 1118; Cod. Civ. da Holl., art. 1376; Cod. da Prússia, 1,9, §413 a433 ; Cod. Civ. da Itália, art. 1218 comb. com o968 ; Cod. Civ. do Chile, arts. 1245 e 1247 ; Cod. Civ. Argent. arts. 498, 503; Cod. Civ. Port., art. 2014 ; Cod. Civ. da Hesp.,art. 661; Cod. deSaxe, art. 2328; Cod Civ. Allemlo, art. 1975; *Dir. Civ.Recopil., art. 1717*; Proj. Bevilart. 931.

(m) /• 5 C. de oblig. et acton.; l. 39 de transactionibus', 1.23 D. de rez. jur.

D'ahi a consequência que as obrigações se transmitem a herdeiros e sucessores universaes, não aos singulares, a menos que se verifiquem actos especiaes que as transfiram ⁽¹¹⁰⁾; I A questão não é incontroversa no direito francêz. No nosso, onde prevaleceu a solução romana, ella é liquida.

Herdeiro é quem succede na totalidade ou em uma quota ou remanescente sem determinação de objectos, representando assim a pessoa de cuja herança se trata, *de cujus hereditate qucerilur*, ⁽¹¹¹⁾ e nessa qualidade somente repousam o direito e a obrigação de cumprir todos os contractos do defunto ⁽¹¹²⁾.

A doutrina aceita foi, pois, sempre a romana.

Ou seja testamentario ou *ab intestato*, o herdeiro assume as obrigações daquelle a quem succede : *stipulamur nobis et hceredibus noslris*.

O legatário, ao contrario, seja instituído em testamento ou em codicillo, só se sobrecarrega com os ónus relativos ao legado.

Si a este ás vezes se transmittem obrigações do testador, não é porque o represente e sim porque o debito ou a obrigação figuram como um accessorio do legado.

A qualidade de herdeiro consiste, pois, essencialmente em representar a personalidade juridico-patrimonial do defunto, tanto activa como passivamente.

A responsabilidade do herdeiro, porém, não é absoluta.

O principio romano recebido por todos os Códigos e entre nós dominante é que essa responsabilidade se restringe *intra vires hceredilalis*.

A successão figura sempre para o herdeiro como um património inteiramente distincto do resto de seus bens.

Pela morte de alguém seu património passa como universalidade a seus herdeiros, mas passa oberado com os encargos que pesavam sobre o *de cujus*. O herdeiro não responde pelos encargos superiores ás forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova desse excesso, salvo o caso de inventario judicial que faça certo o valor dos bens herdados.

Os credores não têm direito de obrigar o herdeiro além das vantagens a que attinge com a herança e tão somente o de exigirem que a successão seja posta á sua disposição para o desencargo da prestação devida.

⁽¹¹⁰⁾ LACERDA, *ob. cit.* § 67 enota 12.

⁽¹¹¹⁾ *Direito C/t». Recopil. cit.*

(UM) GoUVEA PINTO, *Testamentos e Succssões, Cap. XXXI.*

O inventariante não pode ser demandado *in solidum* pelas dividas do inventariado ; é essencial a citação de todos os herdeiros.

A herança responde pelo pagamento das dividas do fallecido ; mas depois da partilha, os herdeiros só respondem em proporção da parte que na herança lhes coube.

Essa limitação da responsabilidade do herdeiro *intra vires hu&redilatis* é geral, não só para as prestações de dinheiro, como para todas as modalidades de prestações,

Além de tal limitação, existe para os herdeiros do devedor uma presumpção absoluta nas obrigações personalíssimas daquelle a quem succedem.

Assim cumo existem direitos personalíssimos, tal como o de revogar a doação, obrigações personalíssimas existem, como a do mandato eda sociedade para as partes que nesses contractos intervêm, a locação de serviços para quem promette prés-tal-os.

Claro é que nem o direito, nem a obrigação personalíssima passa na successão aos herdeiros.

Em casos taes, a obrigação se extingue completamente.

221.—Aquelle que tiver promettido factio de terceiro responde por perdas e dannon, quando este não executar a prestação promettida (UM).

Antes de tudo convém lembrar que o vocábulo *fado* abrange toda e qualquer espécie de prestação ("*").

Que a promessa de factio de terceiro não obriga a este é evidente e ditado pela moral, pois que a ninguém é licito tolher a liberdade de outrem com ónus impostos sem seu consentimento.

A única excepção a isso é si o terceiro é herdeiro do promittente (tm). Obriga sim ao próprio promittente a em-

(U28) Cod. Fed. Suisso, art. 127; Cod. Civ. do Chile, art. 1450 ; Cod. dos B. de Montenegro, art. 515; Cod. Civ. da Áustria, art. 881 ; Cod. Civ. Fr., art. 1120; Cod. Civ. da Itália, art. 1129 ; Cod. Civ. da Hesp., art. 1259 ai. 2; Proj. Bevil. art. 932.

(m) BATJDBY L. ET BARDE, *ob. cil. n. 134* ; AUBRY ETRAO, *ob. cit. IV, n. 306*.

■ («*) I. un. C. ut act. et ab hered.; l. 56 § 1 D. de verb. oblig. ; WINDSCHEID, § 117 nota i.

pregar diligencia para que o terceiro obre em certo sentido, ou a responder, em qualquer hypothese, pelo facto promettido ("*).

Não repugna á moral nem á razão que se obrigue alguém por uma prestação, seja cousa ou facto, dependente de outrem. I Pelos princípios do direito romano a promessa de facto de terceiro não obrigava a ninguém. Não obrigava o terceiro, porque este não era parte no contracto ; não obrigava o pro-mittente, pois que os termos de sua promessa eram uma quasi condição, que o outro *faria* (^{lir}).

Entretanto, mesmo no direito romano, taes promessas vinculavam o promittente em casos dados, como : quando exprimiam a intenção de se obrigar oppondo uma clausula penal, ou servindo de caução e nos contractos *bonoe fidei*, nomeadamente—nas estipulações *dolum malum abesse abfuturum esse*, na *habere licere*, na *neque per te neque per heredem tuum fieri quominus fiai*, na *de ralo* ("").

A jurisprudência ulterior ao direito romano, porém, sempre admittiu que aquelle que promettesse facto de terceiro tinha por fim prometter em seu próprio nome e se obrigava á indennisação de perdas e danos no caso da inexecução do terceiro (^{uw}). A promette a B que C lhe venderá uma casa em certa rua. C deixa de executar o facto—promettido—prejudicando assim ao estipulante B. A deve indennisação a este. Mesmo quando C tivesse faltado depois de ter ratificado a promessa de A, este continuara obrigado a ella e essa obrigação subsiste sempre, inda mesmo quando o facto promettido dependesse exclusiva e absolutamente da vontade de C.

Essa conclusão é hoje geralmente aceita e não- mais a discutem (^{1,3o}).

O Código Civil Francêz que não admitte estipulações em favor de terceiro (^{ml}), admitte que se prometta facto de terceiro (^{tlm}), porque, no seu systema, isso importa interesse para o estipulante, pois que o promittente se obriga a pagar uma indennisação no caso do terceiro faltar á prestação.

(lir) WINDSCHBID, *ob. Cit. § 217 Cl'r.*

(*) §3 Inst. de fidej.; I. 38 D. de verb. oblig.; MOUTOR, *ob. cit. n. 78.*

(") MOUTOR, *ob. cit. ns. 78*81*; VBRST, *Textes choisis sur la Morte cies obligations en droit romain, pags. 192 e scgs.* ■

(lir) VINIUS *ad Inst. de inutilibits stipulationibus*; POTBIER, *ob. cit. n.*

56.

(mo) MOUTOR, *ob. cit. ns. Si e 82*; AUBRTET RAU, *ob. cit. %3j3 ter e notas 4 e 5*; GIORGI, *ob. <.>/., JJI, n. 30 j.* I

(") Cod. Civ. Fr., art. 1119. A matéria é ali muito discutida, como se verá no nosso Capitulo especial ao assumpto.

(UW) E' o *useporter fort*» do art. 1120 do Cod. Civ. Francêz.

Nessa legislação, porém, é essencial a ratificação do terceiro, embora sem forma solenne. O promittente só garante essa ratificação.

De maneira que, advinda ella, aquelle se desobriga por completo. E' o domínio da regra : *ralihabilio mandato eequi-l paralur* ("*).

Assim não pôde ser em nosso direito. O promittente responde pela execução e, a nosso ver, tão completamente, que, si ella não se verificar, mesmo por facto exclusivo da vontade do terceiro, ainda assim o promittente deve indemnização ao estipulante.

E' a consequência extrema, porém, irrecusável de uma obrigação que deve ser mais ponderada ao ser contrahida do que a do facto próprio (^{UM}).

Não se pôde equiparar o promittente a um simples fiador; é mais do que isso; a promessa por elle feita de facto de outrem é o objecto exclusivo da obrigação.

A distincção feita por certos escriptores francêzes entre a promessa feita sem animo de se comprometter pessoalmente e a em que o promittente deu a entender querer obrigar-se(¹⁵⁵), é insustentável e sophistica em nosso direito. Sempre o promittente *a.gepropHo nomine*, sem o que o estipulante nenhum interesse teria na promessa. E' uma positiva obrigação de fazer que consiste em obter a execução de outrem ; ha ahi um facto próprio que se reduzirá, em ultima analyse, a obter a prestação do terceiro (^{1.M}) Não é um mandato, não é a gestão, mas um verdadeiro contracto a que o terceiro fica estranho.

Temos de taes promessas exemplos positivos na sublocação, na cessão do direito de usufructo, em que a promessa do facto de terceiro é implícita. Ella pôde ainda apparecer nos contractos especiaes de deposito, do commodato e do penhor, que, podendo recair em coisa de outrem, suppõe a promessa do terceiro proprietário. Em direito romano era valida a venda de coisa alheia, porque a venda em si não era um contracto cujo fim fosse a transmissão da propriedade, mas um

(¹⁸³) BAUDRYL. BT BARDE, *ob. ctt. n. 132*; DUBANTON, *ob. ctt. X, 257* ; AUBRT ET RAU, *ob. Ctt. IVp. 105.* M

(^{im}) ROSSEL, *ob. ctt. n. 141* com mais restircções. (^{15B})

BUFNOIR, *Proprietéet Cont. pag. 564.*

("«•] Conferem : LAROMBIERE, *ob. ctt. [, p. 108-109* ; BAUDRY L. BT BARDE ». 130 ; LAURBNT *ob. ctt. XV, 539.*

facto pessoal do devedor sempre reductivel á prestação de um equivalente ^(1W).

I Qual a situação do terceiro que vem a succeder áquelle que prometteu facto seu ? Evidentemente a regra fica inalterável : a elle transmite-se a obrigação do promittente.

O suecessor deve, porém, a prestação promettida e não a indennisação, porque esta era para o caso da inexecução do terceiro, ao passo que este desapareceu, conf undiu-se na pessoa do herdeiro do promittente. A obrigação não mudou de natureza, apenas o terceiro passou a representar a pessoa e os encargos do promittente.

(^{1m}) MAYNZ *Obligations* §43; MOUTOB, *ob. cit. n. 74*. Em direito pátrio a venda de cousa alheia é nulla e resta ao comprador somente o recurso para haver perdas e dargos.—Ord. liv. 4. tit. 45 § 5,º; Cod. Comm. art. 214 ; *Cottsol. das Leis*, art. 520 ; RAMOS, *ob. cit. n. 845'*, *Dir. Civ. Recoptl. arts. 1045 e 1048*. Cod. Civ. Fr., art. 1599; Cod. Civ. Ital. art. 1459; Cod. Civ. Argent., art. 1239 ; Cod. Civ. Port., art. 1555. Esse principio não é sempre verdadeiro em direito commercial. Alguns Códigos admittem como valida no commercio a venda de cousa alheia.

Mesmo no eivei, a redacção equivooca de certos códigos tem suscitado ar dentes debates na doutrina. Succedeu isso com o Código francêz e o italiano como se pôde verem GIOBOX, *ob. cit.ng. 3 07-308*. Argumentam outros que si a tradição é essencial para a transferencia do dominio, nada impede a venda da cousa de outrem, pois em tal contracto só ha o facto pessoal da promessa do devedor lazer tal tradição. Tudo isso destoa dos principios mi nantes entre nós e não deve nos deter.

■

CAPITULO II

DO PAGAMENTO

Summarlo.—SECÇÃO I.—*Introducção*. 222—Phazes da evolução do instituto do pagamento. 223 —Sentido do vocabulo pagamento :suas divisões. 224—Pagamento parcial. 225 —Requisitos do pagamento.

SECÇÃO II. - *Quem deve fazer o pagamento*. 226—Pagamento por terceiro interessado. 227—Pagamento feito por terceiro não interessado. 228—Pôde o terceiro não interessado pagar apesar da opposição do devedor? 229—Quando é valido o pagamento que importa transferencia de domínio. Pagamento de prestações fungíveis. 230- Pagamento feito pelo incapaz.

SECÇÃO III.—*A quem deve ser feito o pagamento*. 231 — Pessoas capazes de receber. 232—Espécies de representantes. 233— O *adjectus solutionis causa*. 234—Pagamento feito a terceiro. 235—Pagamento ao credor putativo. 236—Pagamento scientemente feito ao incapaz. 237 - Pagamento ao portador do titulo creditório. 238—Pagamento feito ao credor depois de ter sido o devedor intimado da penhora do credito.

SECÇÃO IV. — *Objecto do pagamento e sua prova*. 239—Explicação previa. 240 a 245—Pagamento em dinheiro. Variações da moeda. 246—Pagamento por pêzo e medida. 247—O devedor solvente tem direito de exigir a quitação. 248—Perda do titulo quando a quitação consiste em sua restituição. 249— Quitação nas prestações periódicas. 250—A cargo de quem correm as despêzas da quitação.

SECÇÃO V.—*Lugar do pagamento*. 251—Qual o domicilio em que deve se effectuar o pagamento.

SECÇÃO VI —*Tempo em que deve ser feito o pagamento*. 252— Pagamento nas obrigações puras. 253—Pagamento nas obrigações a termo. 254—Casos em que o credor pôde exigir antes do termo.

SECÇÃO VII.—*Mora*. 255—Mora o que seja: suas espécies. 256 -*Mora sol vendi*, ou do devedor. 257 —Divisão da mora do devedor. 258—Mora presumida por lei. 259—Princípios que justificam a mora presumida: elemento da culpa. 260— Quando começa a mora do dovedor. 261—Mora nas obrigações sem prazo. 262—Meios pelos quaes se realisaa interpellação.

263- -*Mora accipiendi*, ou do credor. 264—0 que a caracteriza; oferta do devedor. 265—Efeitos da mora. 266—Efeitos especiaes da morado credor. 267—Purgação da mora. Compensação .

SECÇÃO VIII.—DO *pagamento indébito*. 268—Principio dominante no instituto. 269—Impossibilidade de uma formula geral sobre o enriquecimento injusto. 270 - Critério proposto. 271 — Concepção romana. 272—Conceito moderno. 273—Quem é obrigado a restituir. 274—Elemento do erro no solvente. 275 — Erro de direito. 276—Casos em que, mesmo sem erro, è dada a repetição. 277—Casos em que não se dá repetição, mesmo existindo erro. 278—Casos especiaes de isenção da restituição. 279—Pagamento do debito de outrem por erro. 280—O adquirente evicto tem restituição? 281 —No caso de compensação. 282 — Credito pago duas vezes. 283—No caso de sentença condemnatoria. 284—Direito de restituição daquelle em cujo nome se fez o pagamento indébito. 285—Pagamento indébito feito pelo fiador. 286--Pagamento indébito feito por dois devedores solidários. 287—Reclamação do indébito é acção pessoal; quem apode exercer. 288—0 que deve provar o autor. 289 —Efeito da boa fé no *accipiens*. 290 • Caso da obrigação de cousa certa. 291—Caso das demais obrigações. 292 — Pode-se renunciar a reclamação do indébito.

SECÇÃO I.—*Introdução*

222.—Não ha instituto jurídico que mais nitidamente reflecta os progressos moraes, intellectuaes e práticos da Humanidade do que o da solução das obrigações, ou, technica-mente falando, o pagamento. Estudando sua evolução, que vem de longe preparando o estado industrial e pacifico da espécie humana, podemos perceber no instituto que portanto tempo nos vae ocupar, três phazes bem distinctas.

—A— A primeira phaze é exclusivamente favorável ao credor e estende o direito deste até a pessoa, physica e mesmo moral do devedor, com efeitos para além da morte até as gerações successivas.

I Essa phaze, que provém naturalmente da época astro-latrica, accentua-se nacicivilisação theocratica e se protráe até a lei das XII Tabôas.

Assim os direitos do credor hindu são latos em excesso. Elle pode apoderar-se de tudo quanto pertence ao devedor

sem excluir a espoza, os filhos, os animaes (^{M88}); pôde contra elle empregar a fraude, apoderando-se de objectos de valor sob falsos pretextos (^{illM}).

O único limite a tão exorbitantes direitos é a casta a que pertença o devedor. Tara com o rei ou o brahmane só devem ser empregados os meios suasórios. A astúcia pôde ser livremente empregada contra um parente, um amigo, um commerciante, ou um cultivador que deva. Mas. abaixo destes, é licita toda a violência.

O credor, porém, não pode inflingir castigos corporaes injustos ao devedor, sob pena de uma multa que o rei pôde impor até o montante da divida. Si é de casta superior, pôde ser condemnado pelo rei a uma multa e juros além do pagamento.

Si é de casta inferior, o credor pôde obngal-o a trabalhar até o integral reembolso.

O individuo que morre devendo perde até suas boas acções, pois que todo o bem que praticou redundava em beneficio do credor e por outro lado vae o mísero reincarnar-se em um cavallo ou um boi cujo destino é prestar serviços ao credor (^{mo}).

E' assim que a religião intervém para que jamais seja o credor prejudicado. Tão grande protecção a este só é equilibrada por uma multa dupla da divida pedida, si esta é fraudulenta (^{ml}).

Em Athenas o inadimplemento de uma obrigação era contado entre os delictos mais graves. O credor tinha direito de despojar o devedor de todos os seus bens. Si este de qualquer forma se oppuzesse, o credor tinha contra elle uma acção cujo resultado era ser o mesmo declarado devedor do Estado e so-ffrer a *atimia* até a execução completa (^{11W}).

Na antiga Scandinavia o devedor insolvel era equiparado ao ladrão e como tal rudemente tratado. Desde que se verificasse a insolvabilidade, devia o devedor offerer-se successivamente a seus parentes, a começar dos mais próximos, para obter a quantia de seu debito. Si nenhum quizesse prestar-se a resgatal-o, passava a ser propriedade do credor. Este, porém, adquiria desde esse momento uma *mancipio* limitada. Não podia vender o escravo a não ser no caso de já ter elle fugido do captiveiro; não podia castigal-o a seu arbítrio e sim

(^{1,3B}) Código de ManúVIH, 49-50. (^{1,ie}) SICÉ.

Legislation hindou, p. 110. (^w) SICE' *Ob. cit.*

p. 107. (^{mi}) Cod. de Manú, VIII. 59.

(^{mJ}) SCBKBMANN, *Uaitiquité greCQHep.558*; F. DE COULANGES, *La Cite antiquep. 80 e sega.*

somente quando se recusasse a trabalhar. Si essa recusa fosse continua ou peremptoria, o credor podia conduzi-lo ao *ting* e intimar os parentes a virem libertá-lo. Quando estes deixavam de o fazer por não poderem ou não quererem, restava ao credor o pleno direito de deformar e até de matar seu devedor cap-tivo (¹⁰⁵).

A lei das XII Tabôas requintou entre os romanos os excessos contra o devedor. A Tabôa III dispunha que, concluído o negocio, tinha o devedor 30 dias para satisfazer. Si não pagasse nem desse fiador, podia o credor carregá-lo de cadeias com 15 libras ou mais, si o quizesse—*aul si volct maior e*.

O detido devia subsistir á sua custa, ou ter do senhor uma libra de farinha, ou mais, si a este aprouvesse.

Sessenta dias depois, não tendo pago, era conduzido ao mercado e anunciado pelo *quanluin* da obrigação. No terceiro dia de praça, não tendo apparecido licitante, podia ser morto ou vendido para além do Tibre. No caso de concurso de credores, podiam estes dividir o corpo do devedor commum, uma vez que o retalhassem sem fraude, como queria mais tarde o sophista personagem de Shakspeare (**).

O direito romano, porém, foi sempre trabalhado por uma jurisprudência generosa, inspirada em as considerações philosophicas dos stoicos, ás quaes sabia imprimir um grande destino pratico. Isto era feito scientemente, nol-o affirma Ulpiano (^{m5}). Basta ver certas definições, como a de jurisprudência e a de lei, que são directamente hauridas em Crisippo (^{me}). As expressões *natura hominis, bonum el wquum, rerurn natura* etc. são vulgares no *Corpus Júris*. E Ues já admittiam um direito natural superior ás convenções humanas e ás prescrições da lei (""") — idéa metaphysica e banal hoje, mas que foi, até as vésperas da Revolução Francêza, o ponto de apoio da reacção contra um regimen insubsistente e incompatível com os progressos
humanos,

|

E' verdade que antes de obrar o espirito philosophico em Roma a favor do devedor, as revoluções populares haviam logrado adoçar as rígidas disposições da lei das XII Tabôas.

Foi em virtude delias que o credor passou a poder só vender o devedor ou detê-lo em sua casa. Em 457 a lei Pctilia veiu fazer somente os bens do devedor responsáveis pela so-

(¹⁰⁵) DARESTB. *Elude d'hisloire du droit*, p. 333.

(^{1*}) CARLK, *Origine deldir. romano*, ns. 316 e segs.

(^{ms}) *i. I § 1 D. de justitia et Jura*.

(HW) *l. 2 ^cD. delegibu**.

(¹⁰¹) *l. 32 D. de reguhs furis*.

lução, mas admittia uma hypotheca expressa da pessoa ao credor.

Entretanto, mesmo depois dessa lei, as violências do credor mantiveram-se nos costumes. Foi só no tempo de Cezar que ellas e o sequestro da pessoa do devedor tiveram um fim definitivo.

—B— A segunda phazedo pagamento é a que estende o direito do credor a todos os bens do devedor, sem excepção de nenhum.

Não só a doutrina catholica, como a organização feudal, devia ter contribuído muito para o desenvolvimento deste sys-tema.

Pregando a igualdade dos homens diante de um Deus único, aquella cohibiu, sem duvida, as violências pessôaes ("*"); mas pregando também a pobreza, não devia tomar em grande consideração os bens.

Por outro lado, o poder feudal eminentemente defensivo, não tratava de aniquillar a vida e sim de poupal-a e visava, sobretudo, a accumulção das riquezas.

Dahi veio que o devedor soffria sorte differente, conforme sua qualidade de nobre ou não. A recusa do adimplemen-to da obrigação por aquelle só produzia o resultado do *maieur* publicar a recusa do pagamento ou, em geral, o inadimplemento, nas Igrejas, caso o debito tivesse sido contrahido perante o *echevinage*. Do contrario, nem isso podia se dar e, em caso algum, podia de outra forma ser compellido ao pagamento.

Com as demais classes, o inadimplemento tinha como remédio o confisco dos bens do devedor em beneficio do credor ("•").

Esse systema desenvolvido e bem aperfeiçoado, com todas as modificações da ordem moral, chegou ás disposições dos arts. 2092 e 2093 do Código Civil Francêz e d'ahi a todo o occidente.

—C— Entretanto a concepção phiiosophica da propriedade nos últimos tempos reagiu contra os hábitos legistas pre -dominantes e o devedor começou a ser tomado em consideração em casos característicos e accentuados. E' a phaze final do *homcslead*, ou excepção de certos bens não penhoráveis, mesmo para pagamento das dividas de dinheiro ; é a phaze eminentemente aff ectiva do direito, de que se fazem campeões ju-

(*f*2) TROFLONQ, *Influencia do christ. no dir. ctv. tom. I. • II, cap. II.* ("*•) A. GIRY, *Hisl. de lavilte Saint Omcr*, 186.

ristas notáveis, cujas doutrinas se infiltram nas hodiernas legislações (t^{W0}J. Sem prejudicar os direitos do credor, o que seria igualmente injusto, uns e outras levaram até o limite actualmente compatível com as exigências económicas e industriaes, a tendência moral para humanisar a execução das obrigações ("").

(^{mo}) SALEILLES, GENY, MAGNAUD, BOVIO, TARDE, CARLE, D'AGUANNO, * o Cod. Federal Suíço, o Cod. Civ. Alemão, o Projecto Beviláqua etc.

(^{IM}) Todas as instituições do *home-stead* em todos os paizes têm affectado a forma de uma protecção ao pequeno proprietário agrícola e quasi sempre assume o caracter da impenhorabilidade de certos immoveis ruraes. Isso não constitue menos uma restricção aos direitos do credor, pois implica a faculdade legal do devedor de subtrahir uma parte de seu património á satisfação de suas obrigações.

No modo de ver americano, o *home steaã* é a residência da família, protegida pela lei contra a penhora e para cuja alienação é essencial o concurso dos cônjuges proprietários, si o casamento subsiste. E', em fim, uma instituição que tem por destino a conservação do lar durante a vida do proprietário.

Dois, portanto, são seus princípios fundamentaes : a isenção da penhora e a necessidade do consentimento dos dois cônjuges para a alienação, si o proprietário é casado.

O direito ao *hemestead* firma-se na qualidade de chefe de família. De modo que, perdida esta, como no caso de viúvos sem filhos, ou com filhos capados e com domicilio á parte, os bens que eram impenhoráveis passam a ser penhoráveis.

A origem dessa instituição data de uma lei do Estado de Texas— então independente- de 16 de Janeiro de 1839.

Após a crise dos bancos americanos de 1837 n 1842, que produziu um prejuízo de 450 milhões de dollars e 33.000 fallencias, os agricultores fallidos viram-se, de um momento para outro, entregues a uma completa desgraça que arruinaria tudo, si uma medida legal não os viesse de prompto amparar. Foi o que visou o *homestead*.

Como seus resultados benéficos se houvessem manifestado desde logo, não tardou que elle fosse adoptado successi vamente no Vermontem 1849 ; em New-York e Mechigan em 1850 ; em Indiana, New-Jersey em 1851 ; em Nevada em 1864. Ha, porém, ainda hoje Estados que o não adoptaram como o Oregon Pennsylvania, Rhode-Island e Columbia.

Apesar disso, fora de seu paiz de origem, o *homestead* se alastra cada vez mais.

Na Allemanha existe desde a idade media, na Prússia, no Hanover, na Baviera e em Saxe—o *Hof*, que é uma derogação dos princípios da successão a respeito dos bens da família, cujo fim, hoje systematisado e regulado, é impedir, pela inscripção no *Hoferolle*, a aniquilação do lar após a morte do chefe de família e nisso differe do *homestead* americano que o protege durante ávida.

Na sua forma primitiva, o instituto allemão *Anerbenrecht*, isto é, o direito que tem um só dos herdeiros, sem consideração da idade, de ficar como o pequeno património territorial por inteiro, indennizando os demais herdeiros pecuniariamente .

A Westphalia adoptou essa instituição a 30 de Abril de 1832 e successi -vamente foi ella introduzida em Brandeburgo, Hesse-Cassel, Haiieifburgo, Sch-leswig-Holstein e ultimamente o art. 64 da Lei de Introducção do Código Civil Allemão dispoz - «Ficam em vigoras disposições das leis dos Estados sobre a

2^l.t. —O vocábulo pagamento tem dois sentidos. Em um mais geral, exprime todo o facto qualquer, que, por vontade das partes, extingue a obrigação. Num sentido mais re-stricto, é a prestação do objecto da obrigação contrahida.

Nesse sentido varia conforme a natureza da obrigação, que pode ser a tradição na obrigação de dar, a de executar na

successão especial do *Anerbeá* respeito dos immoveis agrícolas e florestaes. comprehendidos seus accessonos. As leis dos Estados não podem restringir o direito do *de cujus* de dispor *causa mortis* do fundo submettido ao *Anerbeurecht*».

A Suissa allemã respeita essas tradições sobre a indivisão dos bens da família enos arts. 615 e 691 do Código Civil, que ali se projecta desde 1893, deixa-se aos cantões o direito de ditar normas sobre a indivisão dos bens territoriaes.

Na Áustria houve um Projecto pelo qual se permittia a um proprietário de immovel rural de valor de 1 000 a 2.000 florins, inscrevel-o no livro dos bens de família (*Erbguterbucti*), ficando o mesmo por essa inscripção isento de penhora por impostos ou quaesquer outras contribuições publicas. Regula hoje ali a matéria a lei de 1 de Abril de 1889.

Na Itália, Benjamin Pandolfi apresentou a 10 de Março de 1894 ao Parlamento o Projecto da *masserta*, relativo a adopção do *homeslead*. Em vista delle, a propriedade rural que servir de residência e fornecer pelo trabalho a subsistência de uma família, pode isentar-se de penhora e ser integralmente transmiti da aos herdeiros. A cada fundo se poderá, de accôrdo com o Projecto, ac-crescentar um fundo de reserva em titulo nominativo de renda consolidada do Estado. O mínimo do fundo rural ó de 200 trancos com 600 de renda e o máximo do fundo de reserva em títulos é de 2000 francos.

Na França tem havido differentes propostas e tentativas para o estabelecimento do *homestead* com o fim de proteger o pequeno lavrador.

A primeira foi uma Petição dirigida ao Senado a 1^o de Dezembro de 1886 por M. Jules Pourdirier, proprietário do Pas de Calais ; a segunda de M. François Lajeunie (*Reforme Soei ale* de Março de 1892; ; a terceira do abbade Lamiré (Lessão da Camará Francêza de 18 de Julho de 1894); a quarta de M. Seveille ; a quinta do conde de Mun, apresentada á camará em fins de 1895.

Ultimamente o Ministro da Agricultura, M. Joseph Kuau, com esses precedentes, apresentou um Projcteto em bases mais largas e comprehensivas.

A Dinamarca adoptou o *homeslead*. O mesmo fez a Suécia por lei de 7 de Maio de 1904.

No direito musulmano ha também os immoveis constituídos *habous*, que são inalienáveis e impenhoráveis.

Outras medidas leaes existem que muito se approximam do *homestead*. Assim, a lei servia de 24 de Dezembro de 1873, em favor de todos os indivíduos que fizessem da agricultura sua principal occupação, isentou de penhora uma chavilha, um carreta, uma junta de bois ou uma parelha de cavallos e diversos instrumentos agrícolas : o sustento da família e do rebanho até a próxima colheita; finalmente a terra do lavrador até a concurrencia de cinco *morgen*, bem como a casa e suas dependências. Uma decisão ministerial de 4 de Fevereiro restringiu um pouco esses favores declarando que em caso algum, a isenção da penhora podia ser invocada para evitar o pagamento de impostos ou a indennisação do delicto.

Na Roumania, os artigos 5 e 7 da lei de 1864 decidem que, no decurso de trinta annos a partir da promulgação da dita lei, nem o lavrador nem seus herdeiros podem alienar ou hypothecar terras que lhes tenham sido adjudicadas

de fazer, a abstenção nas de não fazer (^{MM}). Seja como for, o pagamento implica sempre as idéas correlatas da satisfação do credor, da liberação do devedor e da execução material de uma promessa.

Reduzidos á sua expressão real e mais simples, os modos de extinção das obrigações reduzem-se mesmo ao pagamento e á remissão, ou dispensa do pagamento.

Em todo caso, é elle um puro factio e o mais simples e natural de quantos possam se cumprir na vida civil.

Aqui empregamos o vocábulo *pagamento* no sentido geral de «*execução voluntária**, que foi sempre, quer em nossa linguagem jurídica (^{115s}), quer na vulgar, a expressão verdadeira do adimplemento das obrigações em geral, sendo *pago* reservado ás obrigações de dar e mais particularmente ás de dinheiro. I

I Mas o effeito immediato da obrigação não é o pagamento, como pensam alguns autores (^{1U,A}), e sim firmar e estabelecer o vinculo que implica a necessidade de o effectuar por parte do obrigado.

Sendo valido o pagamento, extingue a obrigação principal com todos os seus accessorios em relação ao devedor e a todos os co-obrigados secundados, como fiadores, etc, inda que

pela lei rural que supprimiu a servidão, a não ser em proveito da povoação ou de qualquer outro de seus habitantes.

Na Rússia, além do fundo inalienável *mir*,—ha a habitação do camponio com sua cerca que estão ao abrigo de penhora.

Entre nós discute-se o Projecto de *homestead*, isentando da penhora o im movei pertencente ao brasileiro nato ou naturalizado. E' o Projecto n. 19 de 1905.

Quem desejar informações mais detalhadas sobre este interessante assumpto, consulte as seguintes fontes por nós consultadas : VACHER, *Le HomesUad*, Paris, 1895. *Exposé des Moti/s* do Projecto Ruau no *Diário do Congresso* ti. 35 de 17 de Junho de 1905 p. 278 e segs. : BBACN—*Traité Pratique de droit civil allemand* ns. 1211 e segs.

(U52) WINDSCHEID, *Pandektenrechts* § 3² n. 1 ; MOUTOR, *Obligaiions*, n. 962 ; GIOKQI, *Teoria delle Obhhg.*,vII n. 8] COELHO DA ROCHA—*Direi to Civil* § 146. Tal é o duplo sentido da *solutio* dos romanos. Elles também diziam em geral: —*solver e dicimus eum qui fecit quod facere promisit*—I. 176 ^CD. *de verborum signtflcattonibus*. A differença acima é mais accentuada modernamente nos vocábulos de que se serve o Código Civil Allemão — *Erfuiling*, execução, adimplemeuto, e *Zaklung*, pagamento. Consulte-se o incomparável H. DBRNBURG —*Das Bttrgerltche Rechtv. II*, P«. I». § 113.

(1158) Lei de 22 de Dezembro de 1761. I

(1U8 A) VAN-WETTBR—*Droit Romain II*, § 284.

o credor restitua asommae por convenção renasça o direito principal ("•).

O pagamento pode ser—*real*, por *consignação*, por *subrogação*, por *imputação* e por *dação*.

â—4r.—O que caracteriza essencialmente o pagamento é :— a) que não deve ser realizado por partes e sim integralmente (^{1w}).

Isso, porém, é facultativo para o credor ; nada o inibe de receber o pagamento parcial. Pode-se também verificar o caso de ter o devedor motivos e excepções a oppôr a uma parte do credito e offerecer a solução da parte que não queira impugnar (^{im}). Em regra, porém, si o devedor faz offerta parcial e o credor a recusa, não ha para aquelle como obrigar-o a aceitar.

As únicas excepções leaes ao principio são : a divisão das obrigações entre os herdeiros do devedor e a compensação de parte da dívida (¹¹⁵⁷).

b) o pagamento deve consistir na prestação precisa do objecto da obrigação e, portanto, o credor não é obrigado a aceitar coisa diversa inda que o devedor lh'a offereça mais valiosa e com perdas e danos. E' a regra— *alliid pro alio, invilo creditori, solei non polui* (¹¹⁵⁸), aliás mui frequentemente derogada na pratica por declação da vontade contraria das partes.

Volvamos, porém, ao pagamento parcial.

(1164) VAN-WETTER, O&. cit. II, § 292 ; WARNKCESIG— *Inst. de D. Rom.* § 1012 : MAYNZ — *Droit. Rom.* § 289 ; MOLITOR, ob. cit. n. 987 ; VOET— *ad Pandectas XLVI, 3. 13* ; PoTHIER, *Oblig. n. 551* ; DEMOLOMBE, *Tratté des Cont. et des oblig.* V, 61 ; GiORQi. ob. cit. Vil, 131 ; AUBRY ET RAU, *Cours. de droit. av. franc.* § 320 e nota 10 ; HUDKLOT KT METMAN, *Oblig. n. 503* \ C. DA ROCHA § 143 ; *Dig. Port. I, 1045, etc.*

(1166) i. 9 § 1 D. desolut. ; WARNKCEMG, ob. cit. § 1011 ; MAYNZ, ob. ca. § 288 ti. 2 ; C. DA ROCHA § 146 n. 4 ; *Dig. Port. I, 1066* ; ROSSEL— *Man. au droit fed. des oblig. n. 108* ; Cods. Civs. Fr., art. 1244 ; Fed. Suisso, art. 78 ; Proj. Bevil. art. 892. ■

(1156) WINDSCHBID, ob. Cit. § 343 ti. 2.

(1157) MUHLRNBRUCH -*Doct. Pana.* § 466 nota 7 ; C. DA ROCHA § 146 ; ROSSSL ob. cit. lug. CI./GIOROI, ob. ctt. VI 1,35-39.

(1158) ; 1. 2§ 1 D. de reb. cred. ; 1. 16 C. quib. mad. ; MAREZOIA— *Inst. des remischen Rechtes* § 152 ; WARNKCENIG, ob. cit. § 1011, WINDSCHKID, ob. cit. § 342, nota 11 ; *Consol. das Leis Civ.*, art. 610, nota 1 ; Proj. Bevil., art. 966 ; Cod. Civ. Fr., art. 1243 ; Cod. Civ. da He* p., art. 1166.

A regra pela qual não pôde o devedor obrigar o credor a receber o pagamento por partes, ainda mesmo de dívida di-visível, é das mais simples e tradicionais (^{11M})

Si ao devedor fosse licito um tal acto, elle importaria no direito de desnaturar a própria obrigação, de fraccional«a em tantas obrigações disti netas quantas lhe aprouvesse crear (^{1wo}).

Na comprehensão do pagamento integral incluem-se os juros vencidos, pois que estes fazem parte do credito, bem como todas as despêzas judiciais, si o devedor já tiver sido condemnado ("")• I

A regra do pagamento integral, porém, somente tem lugar quando se trata de uma obrigação única e não quando, mesmo sendo um único o título de dívida, resultar de seus termos a intenção das partes de crearem mais de uma obrigação distincta, como, por exemplo, a accumulção num mesmo titulo de emprestimo. sucessivos de dinheiro, ou de uma obrigação resultante do empréstimo de dinheiro e outra de renda a prazos differentes (^{MM}). Em uma palavra, para o pagamento ser indivisível a obrigação deve ser *uma*, isto é, ter unidade de causa e de objecto ao principio; de tempo e de lugar quanto ao pagamento ; de pessoas quanto aos sujeitos activo e passivo. I I Em sentido contrario, claramente se comprehende, podem as partes reunir obrigações diversas em uma só, sem que com isso operem a novação. Tal seria a reunião em um só titulo de diversos empréstimos sucessivos de dinheiro, ou de obrigação de empréstimo com o de renda vencida, etc.

Em casos taes, o pagamento, que por sua natureza seria parcellado, tornar-se-ia indivisível. Bem se entende que essa fusão deve resultar positivamente do acto, de maneira a não deixar a menor duvida.

Em todo caso a regra do pagamento integral só procede nas obrigações vencidas e somente na porção vencida.

O devedor pôde forçar o credor a receber uma parte da obrigação já vencida, somente quando ha divisão de prestações a prazos diferentes, comtanto que a offereça por inteiro, porque então cada um dos períodos é tido como uma dívida particular diversa das outras.

(UM) DOMOULIN—*Tract. de ávis. et indiv. P*. II, n. 14* ; POTHIER, O*. *cit. M. 534.*

(1100) LAROMBIBRK, *Theorte et Prat. des oblig., 1244 n. 1* ; LAORKNT—*Pr/n-cipes de droit civil, XVII. 566.*

(1W1) 1. 41 § 1 D. de usuris ; POTHIER, *ob. cit. u. 534'*, AOTRY ET RATJ, *ob. cit. §319 nota 2*; DEMOLOMBB, *ob. cit. IV, 2j8* ; BAXJDRT L. ET BARDE, *Obhgations n. 1478.* ■

■ (1162) GIORQI, *ob. cit. Vil, 32.*

E assim como o devedor não pôde, em regra, effectuar pagamento parcial, não é licito também ao credor recusar o pagamento por inteiro, offerecido pelo devedor, si a divida está vencida. Elle pôde pretender parte da divida ; nunca, porém, recusar a totalidade offerecida (¹¹⁸⁵).

Pelo facto de nada existir de absoluto, a regra do pagamento integral tem suas excepções na própria natureza das cousas.

Assim, pôde ter lugar o pagamento parcial:

a) NOS DÉBITOS EM PARTE ILLIQUIDOS (^{IM});

b) HAVENDO CONVENÇÃO EXPRESSA OU RESULTANDO ESTA DA CIRCUMSTANCIA DE SE PACTUAR O PAGAMENTO EM DIFFERENTES LUGARES, OU A PESSOAS DIVERSAS, INDICADAS DE MANEIRA CONJUNCTIVA OU DISJUNCTIVA, INDA QUE RESIDENTES NO MESMO LUGAR. A DIVERSIDADE DO LUGAR DO PAGAMENTO, COMO A DIVERSIDADE DE ÉPOCA DO VENCIMENTO DAS OBRIGAÇÕES, ACARRETA A NECESSIDADE DE DIVIDIR O PAGAMENTO (^{L.M});

c) no caso de ter o devedor a compensação a oppôr á parte do credito, podendo então obrigar o credor a só receber o excesso (^{IM});

d) NO CASO DE CO-FIADORES QUE PARA EXCLUIREM A SOLIDARIEDADE, RESERVAM O BENEFICIO DA DIVISÃO (^{L.M});

e) PARA OS HERDEIROS DO DEVEDOR, SÓ OBRIGADOS PELA QUOTA PARTE DA DIVIDA DIVISÍVEL.

f) POR EFEITO DOS PRAZOS DE FAVOR (^{LL68}).

1225.—Os requisitos essenciaes do pagamento valido são: I
A) uma obrigação anterior ;

B) a intenção do extinguil-a;

(1W8; PACIFICI MAZZONI—*Istituaioni dt dir. civ. italiano*, IV, 117 / GIORGI, *ob. cit.* VII, 30.

(^{1*}) POTHIKR, *ob. Cit. U, 501 i LAROMBIERB.O*. *Cit.* 1244, 14; AUBHY ET RAO § 3'9 *nota* 8.

(^{»»»*}) GIORGI, *ob. cit.* VII, 36; LAROMBIERE, 06. *cit.* 1244, 8; POTHIER, *ob.cit.* 5j6 *ai.* 3. H

(^{L.M}) LAROMBIRRK, *ob. c lug cils.* ; GIORGI, *ob. cit.* VII, n. 37. I 0^{lm})
Gaãêta Jurídica v. XX, p. 391 ; BAODKY L. ET BARDE, *ob. cit.* w. 7</80; Proj. Bevil., art. 1498; *Dir.Civ. Recopit.*, art. 137 4 § *único*.

(^{'''}) Proj. Bevil., art. 1017. Os prados de favor entre nós nada têm de *commum* com os *dilais dê graco* do direito francêz, cuja noção se vê em BAUDRT L. ET BARDE, 06. *cit. ns.* 1481-1602.

I c) a prestação do que é devido ; I D) a pessoa que recebe; ■ E) a pessoa que paga^(1M).

I Esses requisitos determinam desde logo o methodo a seguir na exposição do instituto e que seguiremos nas differen-tes secções. E' a lição do velho mestre ;—*Hac in re speclan-dum, quis reclé solvat, et cui; et quantum solvendum, quod modo, quoloco, et quo temporesolutio fieri debeat* ^(1M0).

Não trataremos do quanto e do modo do pagamento por importar em reproduzir o que acabamos de recordar e o que ficou dito nas obrigações de dar cousa certa e nas divisíveis e indivisíveis, com inteira applicação ás espécies respectivas de pagamento.

SECÇÃO II.—*Quem deve fazer o pagamento*

220.- -O pagamento pôde ser feito : a) pelo próprio sujeito passivo da obrigação ; b) por terceiro interessado na solução ; c) por um terceiro não interessado, em nome do devedor, ou em seu próprio.

Para a lei é indifferente por quem seja realizado o pagamento^(1m); apenas ella liga differentes resultados, conforme o interesse do solvente na obrigação.

A regra dominante é que qualquer interessado na extin-cção da divida tem o direito de pagal-a e, em caso de recusa do credor, de usar de meios conducentes á desoneração do devedor.

Tem igual direito o terceiro não interessado, uma vez que o faça em nome e por conta do devedor^(1mi).

Entre os interessados que se comprehendem na regra posta estão os co-obrigados, o fiador, o detentor do immovel hypothecado.

A condição para a validade do pagamento em direito romano é a capacidade para alienar. De modo que um terceiro

^(MM) GIOBBI, *ob.cit.* VII, n. 9.

^(1m) MELLO FREIRE—*Inst. Jur. Civ. Lusit. liv. IV, til. V, § 1°*.

I ^(mi) ROSSBL, *ob. cit. n. 105*.

^(im) Dig. *Port. I, 1049; Dir. Civ. Recopil., art. 436; Proj. Fel., art. 486; Proj. C. Rod., art. 513; Proj. Bevilart. art. 933; Cod. Civ. Fr., art. 1236; Cod. Civ. Uai., art. 1238; Cod Civ. da Hesp., art. 1158; Cod. Civ. Port., art. 747; Cod. Civ. do Chile, art. 1572; Cod. Civ. do Uru-guay, art. 1424; Cod. Civ. da Columbid, art. 1630; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 765; Cod. Fed. Suiso, arts. 77 e 120.*

com capacidade para effectuar um pagamento valido, pode pagar, mesmo contra a vontade do devedor, uma vez que tenha intento de o liberar e o credor aceite ^(11m).

O direito moderno não modifica essa doutrina. O terceiro, por todas as legislações modernas, pôde effectuar o pagamento, mesmo contra a vontade do credor ^(11m).

No direito romano, porém, variavam os efeitos quanto às acções. Si o devedor consentisse no pagamento, o terceiro solvente tinha contra elle, como mandatário, *adio mandati con- Iraria*. Feito com sua insciencia, dava lugar á *negoliorum geslorum adio* e feito contra sua vontade era uma liberalidade que de nenhum modo obrigava o devedor ^(117S).

Para que o pagamento por terceiro seja valido, claro é que elle deve ter pleno conhecimento de causa e pois que, real-isado por erro, pode ser repetido como indébito ⁽¹¹⁶⁾.

Todos os Códigos modernos são peremptórios a respeito; Iconferem ao terceiro não interessado, quando paga em nome e! por conta do devedor, todos os direitos que dão a este e ao terceiro interessado para obter a desoneração do devedor. Elle pôde consignar o objecto da prestação, constituir o credor em mora, exercer, em sumxa, todos os recursos para liberar o devedor.

O credor não pôde recusar o pagamento que lhe offerecer o terceiro. Ha um caso único em que o terceiro, seja ou não interessado, não é admittido a solver a obrigação : na obrigação de fazer quando for convencionado que o devedor a execute pessoalmente. E'o caso previsto *si:... hoc specialiter aclum est, ut suis operis it perficiat*, da lei 31 pr. D. *de tolut*. E' que em tal caso não é indifferente ao credor receber a prestação de qualquer pessoa.

Muitas vezes, independentemente mesmo de convenção, a personalidade do devedor nas obrigações de fazer pôde constituir um elemento essencial da prestação por involver industria ou qualidade individual ^(11m). E isto se dá, quer se trate de obra de arte. quer de outra prestação, quando a convenção exi-

^(11m) MACKBLDEY, *Man. dedrottrom*. § 525. ^(11m) DERNBURG, *ob. cit. n. IIP**. /». § H4 n. VIII. ^(11m) 1. 53 D. desolut. ; MOUTOR, 06. *cit. n. 971*. E ^(11m) 1. 19§ 1 e 1. 65 §9 D. deCond. indeb.

^(11m) WINDSCHEID *ob. cit.* § j4.3 «. /VjMoUTOB, *Ob. Cit.* «. 971 \ GIORGI *ob. cit. Vil, 123*; BAUDHY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1401*; PLAMIOL *Cours Blem. d* drott. eiv. II, H. 426*; DKMOLOMBB, *ob. cit. IV, 68*; HODELOT ET METMAN, *ob. cit. ti. 505*; Diz- ***** < / * 1052 ; Cod. Civ. Fr., art. 1237; Cod. Civ. da Hesp., art. 1161 ; Cod. Fed. Suisso, art. 77.

ge que o devedor a faça pessoalmente e procede ainda que o terceiro que se propõe a pagar tenha todas as qualidades requeridas pelo credor e mesmo superiores. Em tal obrigação nem o fiador é obrigado á prestação, porque não se obrigou a ella e sim ao facto de outrem, só reducttvel á indennisação f¹*).

Nas obrigações de dar prevalece sempre a regra geral: qualquer terceiro pôde cumpril-as. Entretanto podem as partes convencionar que só o devedor satisfaça a prestação, si ficar bem averiguado que ha interesse para o credor nessa prestação pessoal (''•).

Do contrario nao é isso permittido, por importar restricção ao favor da liberação, que é de interesse social (''').

12227,—O terceiro não interessado, que paga a divida em seu próprio nome, tem direito de ser reembolsado do que houver pago, mas nao fica subrogado nos direitos do credor. Si pagar antes do vencimento da divida, só tem direito de ser reembolsado no dia do vencimento (''').

Já o direito romano prescrevia —*solvere pro ignorante et invito euique licet; euntil jure civile constitulium, licere et iam ignoranlit invitique meliorem condiiionem facere* (''**). Naquella legislação também o terceiro solvente não tinha di reito, quando pagava em seu nome, de se faser ceder a acção do credor ('''). I

Realmente a subrogação *ipso jure* não implicaria a extineção da divida e sim a cessão do credito e, portanto, deixava de existir o pagamento (''**).

O co-interessado que paga a divida pela qual era ou po-

(^{lt}) Vid. nosso n 221. DURANTOM, •*. ctt. X/J, u. 21; Auww n A*ol tV, k. 149.

■ 0^m) Cit. Aeaat KT RAC; Bacon 1». «T BABM. a. 1^05. ■

(»*) Hoc, Proil Cimt VIU, m. // «I. *.

(»>») Proj. Fel., art. 487; Proj. C. Rod., art. 513; Proj. Bevil., art. 934 ; Cod. Civ. Fr., art. 1236 ; Cod. O. da Hesp..art. llV# ; Cod. Civ. Port..art. 74? ;Cod. Civ. Argent., art». 727 e 729 ; Cod. Civ. do Chile, art, 1573; Cod. Civ. da Cohimbia, art. 1681.

{^m) t*. I §) Dê* ••/«*.

A

(«'') Mouro», #*. cil. M 97/.

(''**) Fnntnu Boaoas—Di«. Jmrié. Comm, w. pat<*m*nto. Ha quem pense o contrario, como Gioaoi, eè, cft. yll, v. O*

dia ser obrigado, fica subrogado *ipso jure* nos direitos do credor (88).

Não assim o que paga com o não interessado e em seu próprio nome; este não pôde exercer os direitos especiaes do credor.

O credor não pôde recusar o pagamento offerecido pelo terceiro não interessado, porque é sempre de sua utilidade a solução do debito. O terceiro é neste caso o menos favorecido pela lei.

Pagando em seu próprio nome elle não tem, entretanto, meios de coagir o credor a liberar o devedor, como a consignação ou deposito. Estes meios só lhe são concedidos quando realisar o pagamento por conta e em nome do devedor (99).

Si paga em seu próprio nome, o terceiro fal-o por seu interesse e não no do devedor. Entretanto, si elle não pede a sub-rogação nos direitos do credor, tem decidido a doutrina e parece que muito bem, que este não deve recusar o pagamento (100).

B E' esta a consequência única ligada pelo direito ao pagamento do terceiro não interessado, que paga em seu nome.

Os direitos do credor não se lhe transferem como para o interessado solvente. Tal consequência, porém, não é absoluta, ea subrogação pode ter lugar por convenção expressa (101).

O que o terceiro solvente não pôde, quer pagando em nome do devedor, quer no seu próprio, é obrigar o credor a ceder-lhe suas garantias, collocar-se na posição de vexar o devedor.

O terceiro, que paga em seu nome, só tem acção para ser reembolsado do que pagou, ou immediatamente, ou no dia do vencimento da obrigação, si pagou antes do seu vencimento.

Si pagou em nome do devedor, a acção que exercita o terceiro solvente é a de gestão de negócios (102). Si pagou em seu nome, a *in rem verso*, no caso de não ter havido opposição ao pagamento por parte do devedor (103).

(88) HUDELLOT ET MKTMAN, *ob. cit.* «. 50?; Cod. Civ. Fr., art. 1251; Proj. Bevil., art. 988.

(101) Proj. Bevil., art. 933 ai. 2.º.

(102) DUBANTON, *ob. cit.* XII, n. 16 ; AUBRT ET RAU, *ob. cit.* IV, p. 148; Huc *ob. cit.* VIU, 6,-BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1391 • H

(use) Proj. Bevil., art. 989 n. 1.

(U89) TEIXEIRA DE FREITAS a C. TELLES § 1/0.

(IMO) Cod. Civ. Arg., art. 727; Cod. Civ. Hosp., art. 1158, ai. 2 ; Proj. Bevil., art. 934 cit.

Si o devedor por justa causa se oppuzer a que o terceiro faça o pagamento e, não obstante for paga a dívida, não será obrigado a reembolsar ^{sinão} a quantia até onde chegar seu benefício no pagamento ^(11M). A justa causa pode decorrer de um pagamento anterior, do não vencimento da dívida, da compensação que o devedor tenha a oppôr, etc. ⁽¹¹¹⁾

Ha códigos que dão ao terceiro o direito de só reaver do devedor o que pagou ignorando elleelhe negam qualquer regresso contra o devedor, si o pagamento realizou-se com sua opposição ^(UM)

A maioria dos Códigos, porém, é omissa a respeito.

Si após o pagamento, o terceiro não faz delle sciente o devedor, perde o direito de reembolso, caso o devedor venha a pagar segunda vez ao credor. Nesse caso haverá uma acção de repetição do indébito que pôde ser exercida pelo devedor contra o credor no caso mais geral; mas que pôde ser exercida pelo terceiro, si lhe tiverem sido subrogados os direitos do credor.

A razão é simples; si tal subrogação se deu, o pagamento não extinguiu a obrigação, apenas a transferiu e, nesse caso, o devedor, que o ignorava, paga validamente ao credor, e ao terceiro cabe somente ahi o direito de l epetição.

O terceiro não interessado paga nas mesmas condições e com as mesmas consequências que o devedor. Pôde, portanto, como este compensar na dívida o credito que tiver contra o credor ^(1•*).

Nosso direito não se oppõe a essa doutrina. Entre nós somente o que se obrigou por terceiro não pôde compensar a obrigação com o que lhe deva o credor ^(1M). Isto não compre-hende, bem se vê, o terceiro não interessado de que tratamos, quer elle pague em seu nome, quer no do devedor.

^(1•*) Cod. Civ. Arg., art. 728 t Cod. Civ. Hes., art. 1158 ai. 3; Cod. dos Trib. dos Egypto, arts. 224 e 226; Proj. Bevil., art. 935.

^(11M) Cod. Commercial, art. 436.

⁽¹¹¹⁾ Cod. Civ. do Chile, arts. 1573-1574; Cod. Civ. do México, arts. 1534e1535.

^(UM) POTHIER, *ob cit. n. 630* ; LAROMBIKRE, *ob. cit. n. 1239, 17*; GIOF-01, *ob. d/ Vil. 127*.

^(1M) Proj. Bevil., art. 1022.

228. —Posto o principio que o terceiro não interessado pôde pagar a divida, resta saber si o pode fazer com oppo-sição do devedor. Sim, dizia o texto romano (^{11W}) e a doutrina é incontroversa entre os modernos (^m). Entre os Códigos alguns expressamente afirmam (^{11M}).

Nada inhiibe que o devedor possa se oppôr a que o terceiro effectue o pagamento ; mas sua opposição é inoperante, si o credor quizer receber. Alei contenta-se com a coincidência da vontade do credor e do terceiro, porque presuppõe que, si o credor tem interesse em exigir, o devedor não tem interesse em deixar de se liberar.

I O meio único efficaz com que o devedor poderá illidir a offerta do terceiro é propor-se elle próprio a pagar (^{11M}).

O que, porém, nos parece fora de duvida, é que o terceiro não interessado não poderá pagar, si o credor e o devedor estão de accôrdo em se oppôr ao pagamento. Eis porque o terceiro interessado dispõe de meios conducentes a exonerar o devedor e o terceiro não interessado não os tem (^{1M0}),

229.—O pagamento que importa a transferencia de domínio, só será valido quando feito por quem tiver a faculdade de alienar o repectivo objecto.

Si, porém, for dada em pagamento cousa fungível, não poderá mais ser reclamada do credor que de boa fé a recebeu e consumiu, ainda que o solvente não tivesse direito de alienar-a (^{mi}).

(1W8) *l. 53 D. desolut.*

(1197) POTHIBB, *ob. cit. II. 499* ; DURANTON, *Ob. Cit. XII, H. 18*; MARCA" DK, *Explic. theorique et prat. àu Code civil, IV, H. 675.*

(1198) «Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich», diz o Cod. Civ. Ali., art. 267 e com elle o Cod. de Saxe, art. 690 e o da Prússia, 1,16 §§43, 59 e 51. *Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre dei deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad», diz o Cod. Civ. do Chile, art. 1572 ai 1. * e com elle o art. 728 do Cod. Civ. Arg. e o art. 1532 do Cod. Civ. do México. O principio romano era:—*Liberatur enim et alio solvente sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat...*

(1199) *l. 24 C. negot. gest. : PAC. MAZZONI, ob. cit. IV, u. 113*; LAFOMBIERE, *ob. cit. 1236,2* ; MABCADK, *ob. cit. 1236.*

(1200) o Cod. Civ. Ali. art. 267 cit. é expresso :— *Der Glaubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht. ; • GIORGI, ob. cit. VII, n. 2A*; DEMOLOMBE, *ob. cit. IV» n. 59.*

(1201) Códigos Civis: Fr., art. 1238; Ital., art. 1240; Argent., art. 738; Hesp.,art. 1160; do Chile, art. 1575;Proj.C. Rod.,art. 515; Proj. Bevií., art. 936.0 Cod. Civ. da Austria, art. 1421 permite que possa pagar validamente o impedido de administrar seus bens.

Desde o direito romano uma condição essencial da validade do pagamento era a capacidade para alienar e pois que a extincção da obrigação nelle contida é uma verdadeira alienação para quem a faz e para quem a recebe (^{150f}).

Como taes não podem pagar as mulheres casadas, os menores e interdictos, as associações, a Fazenda publica federal, estadual, municipal, sinão, para estas ultimas, com as formalidades do direito administrativo,

I
I Consequentemente, si a propriedade em casos taes não é transferida legalmente ao credor, o credito subsiste como si nada tivesse sido feito para solvel-o (^{MI}), pois que é nullo o pagamento feito por quem não tinha capacidade para o realizar.

A repetição poderá ter então lugar ? E' o que veremos mais tarde. O que importa saber é quem pode invocar a nullidade do pagamento. TÊ

L^o) Pôde a nullidade do pagamento ser invocada pelo próprio credor em favor de quem foi feito, pois que é isso de seu interesse para evitar a reivindicação do que lhe foi illegal-mente transferido (^{im}). Deve então arguil-a antes da evicção ou da reivindicação do verdadeiro proprietário, reclamando perdas e danos do devedor. Bem se deve entender que essa faculdade somente deve caber ao credor quando de bôa fé, pois que, recebendo a cousa com sciencia de que o devedor não tinha a livre disposição delia, deve soffrer todos os riscos, Si, entretanto, o proprietário ratifica o pagamento ou o devedor vem a se tornar mais tarde proprietário, o pagamento se revalida e a revalidação retroage á data em que foi effectuada (*"•).

Pôde, porém, o credor prescrever contra o verdadeiro proprietário ? Parece evidente e com o apoio da melhor doutrina (^{IM6}).

I
Ha, porém, autores que, fundados no principio contido em uma lei romana, sustentam o contrario (^{1*1}). *%]

Pôde também o credor renunciar a prescriçào em seu

(1202j) MACKKLDEY, *ob. cit.* § 525 ; MAÍNZ, *ob. cit.* § 288 n. 2 ; MOUTOB, *ob. cit.* ». 992 ; POTHKR, *ob. cit.* n. 495.

(1208) *l. 167 D. de reg. jur.*

(W04) ROSSEL, *ob. cit.* n. 105-1^o. ■

(1205) GIORQI, *ob. cit.* VII, n. 100.

(1206) *MovRUON—Repet. Ecrites sur le Cod. Civ. 11, p. 667*; DEMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 95 e segs.; LAURENT, *ob. cit.* XvH, 496; GIORQI, *ob. cit.* Vil, 109; PAG. MAZZOHI, *ob. cit.* IV, 114.

(1207) *l. 60 D. de solut.* ; DURANTON, *ob. cit.* XJí, 3I; DELVINCOLKT—*Coursdedroit. civ. II, p. 510*; AUBRY ET RATTI, *ob. cit.* U 316 nota 17.

favor operada e pedir a anulação do pagamento (^{1M8}). Pôde ainda invocar a nullidade, mesmo que a coisa tenha perecido em seu poder por caso fortuito (*"•). Com effeito, em relação á coisa invalidamente dada em pagamento, o credor é devedor, é como aquelle a quem nada tivesse sido transferido e a regra é que a perda da coisa devida liberta o devedor.

J2.º) A nullidade pôde ainda ser invocada pelo próprio devedor pedindo a restituição. Quando o pagamento é feito pelo incapaz estão todos accórdes em dar ao devedor somente o direito de impugnal-o.

Tratando-se, porém, do que é feito por quem não tenha facultade de alienar, ha disputas e não falta quem affirvne ser melhor opinião a que nega ao devedor o direito de impugnar o pagamento.

Adoptamos o modo de pensar dos que conferem tal direito ao devedor ao menos nas obrigações de género, uma vez queelle demonstre seu interesse e sua causa de erro (^{m0}).

Demais, é sabido que si o credor consome de má fé a coisa dada pelo devedor, pode este reclamar-a ("). Mas o credor tem direito ás vantagens do pagamento. De sorte que, si o devedor propõe a anulação deste e a repetição, deve prestar outra coisa (^m).

O devedor perde o direito de reclamar a coisa fungível si foi esta consumida de bôa fé.

Alei não dá effeito ao pagamento realizado com a coisa de outrem ; mas tratando-se de coisa fungivel,consumida de bôa fé, extingue a propriedade do terceiro e faz do consumidor proprietário irrevogável (^{lls}). Com effeito, era somente no interesse do proprietário que o devedor poderia reclamar a coisa. Sendo, porém, esta consumida, tal interesse desapareceu, porque, mesmo que credor restituísse coisa da mesma espécie, já o proprietário não poderia sobre esta exercer a reivindicacão contra o devedor ("**).

(UM) proj. Bevil.,art. 167.

(^{2M}) DUUANTON, *ob. cit.* XII, 52. O contrario pensa ROSSEL, *ob. cit. n.* 105.

(*M0) GIORGI, *ob. cit. Vil, 111*; HUDELLOT ETMETMAN, *ob. ut. n. 506*; BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. n. 1417*.

(^{ll<}) MOURLON, *ob. cit. II, n. 1325*; AUBRY ET RAU, *ob. cit. IV, p. 152: nota 16*; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1^17 cit.*; PLANIOL, *ob. cit. 11,430*; Huc, *ob. cit. VIII, n. 16*.

S (¹²¹²) GIORGI, *ob. cit. Vil, n. 113*. ■

(«i3j l. 78 D. de solut. ; MOLTOR, *ob. cit. n. 97j*.

(^{1u}) DBMANGEAT—*Droit. Rom. II, p 492*; POTHIBR, *ob. cit. n. 497*; GIORGI, VII, 116; HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 507*.

Por outro lado, recebendo o devedor do credor a coisa ou seu equivalente, é obrigado a lhe tornar coisa igual, porque a obrigação subsiste.

No mais o credor fica livre da repetição, desde que, sem culpa sua, lhe é impossível restituir a coisa recebida em pagamento, e a boa fé exclue a culpa. Como já ficou dito, essa doutrina funda-se no perigo do credor sofrer a evicção. Conse-guintemente, desaparecido este, o pagamento se revalida. Ora, o consumo da coisa, de boa fé, produz esse efeito.

O sentido do *consumo* de que aqui falamos é o mais lato e abrange tudo quanto torna impossível a reivindicação, como a destruição, a transformação, a especificação ou a mistura, que mudem a natureza primitiva da coisa, ou o consumo real como o do vinho, dos cereaes, etc.

Si o credor consumiu apenas em parte o pagamento da coisa fungível em boa fé, é obrigado a restituir em parte com direito a ter seu pagamento completo na parte que ficar restando ('^w)

3.º Que o proprietário da coisa dada em pagamento pôde exercer a reivindicação é indiscutível. Póde-se apenas indagar contra quem deva elle propor a acção.

De accôrdo com os princípios de nosso direito não trepidamos em doutrinar que deve ser contra o credor que se achar em posse da coisa, o qual só lhe poderá oppôr a prescripção.

No direito francêz a matéria não é líquida. Ahi prevalece a opinião contraria que só admite para o proprietário acção de indennisação contra o devedor, porque a máxima *en fait des meuhies possession vaul litre* è um obstáculo a que se possa exercer a reivindicação contra quem tem posse de boa fé ("•).

Desde, poi ém, que não seja o caso de applicar tal máxima, ou, segundo outros, desde que se trate ali de obrigações de quantidade, a reivindicação é sempre exercitável (^{1m}).

O credor pôde recusar o pagamento do que lhe é feito por quem não possa alienar e, si o não fizer, renuncia implicitamente o direito de invocar sua nullidade O"⁸).

(^{S,B}) Todos esses princípios applicam-se igualmente e até com maioria de razão ao dinheiro como coisa fungível por excellencia. B

gf (^{1,ic}) MAKCADÉ *cit.*, n. 1238 ; DORANTON, *ob. cit.* XII, 39 ; DKMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 115 ; LAROMBIERE, *ob. cit.* 1238, 7. fl

W' ("«) DEMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 116 e 117.

(^{ll>8}) PAG. MAZZONI, *ob. cit.* IV.114; LABOMBIBRE, 1238, S.

Si recebe, porém, de bôa fé, tem direito a reclamar outra cousa, restituindo a recebida e mais as perdas e danos, mesmo antes de soffrer a evicção ⁽¹¹⁹⁾.

230.—E' nullo de pleno direito o pagamento effectuado por pessoa absolutamente incapaz ⁽¹¹⁰⁾. E\ porém, somente annullavel si o for pelos relativamente incapazes p¹.

O pagamento annullavel pode ser ratificado e então retroage á época em que foi feito ⁽¹¹¹⁾. A annullação provocada pelos interessados deve ser declarada por sentença ⁽¹¹²⁾. I O credor não pôde exercer a acção de nullidade e sim o solvente incapaz por seu legitimo representante, ou quando cessar a causa da incapacidade.

Nisso differe do pagamento feito pelo não proprietário.

Outra dif ferença é que si a cousa dada pelo incapaz perece por caso fortuito, é por conta do credor ⁽¹¹³⁾.

SECÇÃO m.—A quem deve ser feito o pagamento.

231.—Para a validade do pagamento sempre houve duas series de condições:—as que dizem respeito á pessoa que o effectua e as que são attinentes a pessoa a quem é elle feito

Dessas condições e das que se relacionam com o objecto da prestação depende finalmente a validade do pagamento.

⁽¹¹⁹⁾ *l. 94^e D. de solut.* ; POTBIER, *ob. cit. n. 498* ; DEMOLOMBE, *ob. cit. IV, 91,92* ; AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 316 nota 17* ; MASSÉ ET VERQÉ á ZACHARJE § 558 *nota ly.*

⁽¹¹⁰⁾ *Dtr. Civ. Recopil., arts. 91 e 223*; Proj. Bevil. arts. 5 e 149n. I.

⁽¹¹¹⁾ *Dir. Civ. Recopil., arts. 91 II, e 102*; Proj. Bevil., arts. 6^o. e 151.

⁽¹¹²⁾ *P/V. Civ. Recopil., art. 277*; Proj. Bevil., art. 152.

⁽¹¹³⁾ *Dir. Civ. Recopil., art. 274^o único*; Proj. Bevil., art. 156.

⁽¹¹⁴⁾ BAODKY L. ET BARDE, *ob. cU. n. 1427*.

(!•»*) O Projecto Beviláqua tratou perfeitamente e com o mais rigoroso methodo de taes condições respectivamente nos artigos 933 a 936 e nos 937 a 941.

Tendo terminado o exame relativo á primeira ordem de] condições, o methodo mais lógico leva-nos ao estudo das pessoas capazes de receber o pagamento.

O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de ser por elle ratificado, ou tanto quanto verter em seu proveito (^{1M})«

Inútil é dizer que como credor se considera qualquer concredor solidário, bem como os successiveis, o subrogado, etc, nas obrigações conjunctas, si a prestação é divisível.

Que o credor capaz de receber seja o único a quem se deva pagar validamente, matéria é tão positiva que nenhuma ana-lyse merece.

Vimos que é indifferente ser o pagamento realizado por qualquer pessoa. Ao contrario, é ao credor ou a quem o represente, que elle deve restrictamente ser feito (^{m7}),

O vocábulo credor tratando-se do pagamento comprehende o que originariamente contratou como sujeito activo, bem como todos aquelles que lhe succedem no credito a titulo universal ou particular (^{1SM}).

Si não entra em discussão que o pagamento feito directamente ao credor seja sempre valido, analyse muito minuciosa exige aquelle que é realizado com qualquer representante do credor.

232.—Dividem-se os representantes em *legaesjudiciaes* e *convencionaes*. Aqui trata-se de todos elles ("*■).

Pertencem ás duas primeiras categorias os pães de filhos menores, os tutores, curadores ao ventre e aos interdictos, ou heranças jacentes, os herdeiros emittidos na posse provisória ou definitiva dos bens de ausentes, os syndicos, curadores e administradores das massas fallidas, os administradores dos

(i»«) Códigos Civis :—Fr., art. 1239; Ital., art. 1241 ; Hesp., art. 1162 / Port., art. 748 ; do Chile. art. 1576 ai. 1 e 1577; Argent.,731 n. 1—artigo admiravelmente bem detalhado, e art. 733 ; da Costa Rica, art. 766 ; Allemão. art. 362 ; Prússia 1,16 §§ 10 e 149 ; da Áustria, art. 1412 ; de Saxe, art. 976 ; Cod. Commercial, art 429 ; Proj. Fel., art. 490 ; Proj. C. Rod., art. 516; Proj. Bevil., art. 937. I

■ 1227) ROSSEL, *ob. cit.*, n. 105.
f(1228) POTHIER. *ob. cit.* n. 502;HUDELOT ET MBTMAN, *ob. cit.* n. 508;
GIORGI, *ob. cit.* JV, 69; LAURENT, *ob. cit.* XVII,5/3.

(1228) l. 12 pr. e 2 e 4 ; ls. 34 § 3 ; 38 § 1 ; 58 pr. ; 86 D. de solut. ;
MÀYNZ—*ob. cit.* § 288 nota 6.

bens públicos, os depositários dos bens penhorados, ou sequestrados, etc.

Ora, a qualquer desses representantes pôde ser validamente feito o pagamento da obrigação devida á pessoa moral ou juridica por elles representada. E' matéria que não soffre a minima duvida.

Examinemos, porém, os representantes convencionaes.

Já vem de séculos o principio que o pagamento ao representante convencional é reputado feito nas mãos do credor: —*quod jussu alteriut solvilur, pro eo exl quasi ipsi solutum esset* (^{m0}) *Representante*, no sentido lato de mandatário convencional, não comporta a menor distincçãoe comprehende tanto o mandatário especial como o geral. Um ou outro pôde igualmente receber o pagamento valido. Ha quem negue essa faculdade ao mandatário geral (^{1S31}). O principio opposto, porém, é fora de duvida para nós, pois que receber é acto de administração (^{1,8S}).

Podendo o mandato ser tácito ou verbal, cumpre resolver si estas espécies ambas conferem o mesmo direito.

No verbal é claro que não, porque o mandatário precisa dar quitação ou recibo da divida por escripto, o que não é compatível com o mandato verbal (^{tM8}).

Quanto ao mandato tácito as opiniões dividem-se ; a melhor, porém, admite que possa receber quem se apresentar ao devedor munido do titulo creditório ou da quitação, dizendo-se encarregado pelo credor de receber (^{m4}).

A maioria dos autores também pensa com o direito romano que o mandatário judicial não tem poderes para receber, pois que o mandato deve ser interpretado restrictamente e quem dá poderes para propor uma acção, não os confere para receber o resultado (^{123S}). Entendemos ser isso uma questão de

(1280) i. 180 D. de reg. júris ; POTHIER, *ob. cit. n. 506*.

(^{m1}) OIOHGI, *ob. cit. Vil, 73*;

(\llcorner *) l. 12 pr. ; 1.34 § 3 D. desolut. ; l. 4 C. de solut. POTHIER, *ob. cit. n. 513* ; TOULUER, *ob. cit. IV, 20*, LAURRNT, *Ob. cit. XVII, 523* ; BAUDRY LACANTINBRIE ET BARDE, *ob. cit. n. 1436*; DORANTON, *XII, 47*; AUBRY ET RAU, *ob. cit. §yl7 noia 4*; ROSSSL, *ob. cit. n. 106*. LACERDA, *ob. cit. % 72 nota 22*. \

(i*88) p_{roj}. Bevil., art. 1293.

■ (i«8*) p_{roj} Bevil., art. 940; GIORQI, *ob. cit. Vil, 75*.

(^{li3B}) l. 13 D. de pactis ; l. 86 D. de solut. ; MOLITOR, *ob. cit. «. 964*; GIORQI, *ob. cit. VII, 76*; Huc, *ob. cit. VIII, n. 22*; PAG. MAZZONI, *ob. cit. IV, 115*; DEMOLOMBE, *Ob. cit. IV, 1.5* ; POTHIER, *ob. eit. ff. 477*; DURANTON, *ob. cit. XII, 49*.

B

i interpretação da vontade e, em geral, entre nós em todos os foros, sempre julgou-se valido o pagamento feito ao advogado ; os princípios têm sido derrogados pela força dos costumes. Feito ao falso mandatário o pagamento é nullo, pois que o credor nenhuma culpa tem na fraude e pôde de novo reclamar-o (^{1Me}). O mesmo quando feito ao mandatário cujo tempo do mandato já estava findo. Si o mandato estava revogado e o devedor não conhecia a circumstancia, faz um pagamento valido pagando a tal mandatário (^{1Mn}).

O pagamento ao gestor de negocio só é valido si o credor recebe a somma e ratifica o pagamento. Não se dando taes circumstancias, só resta ao devedor a repetição do indébito contra o gestor (^{1M}).

Não ha razão entre nós para discutir si o official de justiça ou o Escrivão da causa que intimar para a afção ou para a execução, pôde receber o pagamento, pois que, no nosso direito processual, taes funcionarios effectuam a citação para a parte *ir pagar* em juizo ao credor e não a elles próprios como em outras organizações processuaes (^{iaM}).

2233.—Entre os representantes convencionaes é de notar o indicado na própria convenção para receber, ou *adjectus solutionis causa* do direito romano.

Esse terceiro indicado pôde ser sempre estudado sob os dois aspectos que o caracterizam.

Em relação ao credor, é um mandatário; em relação ao devedor, é uma faculdade que este adquire (^{mo}).

O mandato de pagar, ou *adjeetio*, differe, entretanto, do verdadeiro mandato por ser feito na convenção e não ser re-

C¹⁸³⁶) TOULLIER, *ob. cit.* Vil, n. 19 ; DURANTON, *ob. cit.* XII, 48; GIORGI, *Vir*, 85. ã3

Oⁿ³¹) £>ig. *Port. I*, 1058 ; POTHIER, n. 510 ; arg. do art. 1308 doProj. Bevil.

■ (^{1M}) GIOKGI, *ob. ci.* VII, 84. M

(»»») Códice di Procedura Civile d'Italia, art. 623.

(^{no}) MATNZ, *ob. cit.* §288 *nota IO*; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 243 n. 5; MOLITOK, *ob. dt.* n. 970; POTHIEK, *ob. cit.* 522,523; *Dig. Port. I*, 1053.

vogavel, nem com a morte do credor, sem o acordo do *adjectus* (^{iM}).

Este, porém, não tem a livre disposição do credito, não pôde fazer novação, nem perdoar a divida, nem compensal-a com outra, nem sequer chamar o devedor a juizo (^{ms}).

Não ha utilidade actualmente no *adjectus*, que vae saindo de nossos costumes ("**). Os Códigos em sua maioria não lhe fazem a menor referencia como instituto especial e ficou o assumpto, como innumerous outros, de simples interpretação da vontade das partes (****).

I 1234.—Pelo que temos dito, o pagamento a terceiro é sempre nullo, porque não se pode considerar os representantes das diferentes categorias como terceiros; elles representam o credor.

Casos ha, porém, previstos pela lei ou delia deduzidos logicamente, em que o pagamento a terceiro é valido.

Taes os casos: a) si o credor o ratifica; b) si delle aproveitou; c) si o terceiro vem a succedor ao credor (^{iW}).

A ratificação do credor revalida o pagamento feito a quem não era o seu representante e pode ser tacita. Ella é, porém, sempre uma renuncia ao direito de demandar a nullidade do pagamento e remonta á época deste (^{me}).

235—O pagamento feito de boa fé ao credor putativo é valido, ainda que depois se prove a illegitimidade deste (^{mi}).

(1241) LACERDA, *ob. cit.* § 72 nota 25; POTHIER, M. 480; DEMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 159 e 160; TOULLIER, *ob. cit.* IV, 24; DURANTON 06. *cit.* XII, 53; AUBRT ST RAU, *ob. cit.* § 117; MOUTOR *cit.*

H
(^{mi}) AUBRT ET RAU, *ob. cit.* IV, p. 154; Huc, 06. *cit.* Vi li, n.21 fim.; GiANTURGO, *Inst. de dtr. civ. ital.* § 68 p. 170 nota 1; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1443.

(^{1.M}) Temos visto, entretanto, muitos casos de uso do *adjectus* em créditos de dinheiro nos lugares interiores do nosso paiz.

(^{m*}) WiNDscHEiD, *ob. cit. lug. cit.*; 0 Cod. Civ. Arg. art. 731 n. 7 refere-se ao *adjectus*.

(^{ms}) 1. 96 § 4 D. de solut.; 1. 11 § 5 D. de pignor.; POTHIER, *ob. cit.* n. 529; DEMOLOMBE, *ob. cu.* IV, 174; Proj. Bevil., art. 937.

<^{1M6}) VAN-WETTER, *ob. cit.* § 287.

(^{iW}) Códigos Civis: F., art. 1240; Ital., art. 1242; Argent., art. 732; Hesp., art. li64; Costa Rica, art. 767; do Chile, art. 1576 ai. 2 e 1577; da Sardenha, art. 1330; de Port., art. 748; AU., art. 370; Proj. Fel., art. 489; Proj. C. Rod., art. 517; Proj. Bevil., art. 838.

Putativo é o credor que se acha na posse do direito e acção para haver a divida; é o titular ostensivo do credito, o que tem todas as apparencias de ser o proprietário legitimo d'elle

Q

I

I Não basta, pois, que se seja um simples detentor do titulo para ser reputado credor putativo e validar o pagamento recebido (^w). Isso somente se verifica nos títulos ao portador.

A boa fé é outro requisito da validade do pagamento ao credor putativo. Não basta, porém, abôa fé no sentido subjectivo de crença, ou convicção de estar tratando realmente com o credor.

Essencial é algo de objectivo :—que o credor seja realmente julgado tal por estar na posse do credito, não na posse material, na simples detenção, mas com o direito apparente de credor e que o devedor julgue por esses elementos estar pagando a um credor legitimo. E, pois, uma questão de facto a ser examinada em cada espécie ().

Assim, é valido o pagamento ao cessionário quando a cessão vem a ser ulteriormente annullada (^{12M}).

O devedor da herança paga validamente ao cabeça do casal, ainda que deixe este de ser inventariante, ou se annulle o testamento por qualquer causa (^{ma}J).

Valido é ainda o pagamento ao mandatário putativo, como é naturalmente aquelle cujo mandato foi extincto ou revogado sem sciencia do devedor. Tudo isso procede, não só em relação aos pagamentos feitos pelo devedor, como a respeito de terceiros que pagam por elle, ou em seu próprio nome.

236.—Não vale o pagamento feito scientemente ao credor incapaz de quitar, si o devedor não provar que o mesmo

(^{m8}) POTHIER, *ob. cit.* n. 503.

7^

(^{m>}) LACERDA, *ob. cit.* §12 nota 22 fim e nota 28. Em contrario oCod. Civ. Argent. art. 732 cit.

(^{Mo}) BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit.*, «. 1451.

I (^{mi}) LAURRNT, *ob. cit.* XVII, n. 547; Huc, *ob. cit.* VIII, n. 24 ;BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1447. ■

(^{158a}) C. DA ROCHA, *ob. cit.* § 145 ; *Dlg. Port.* I, 1059; POTHIER, 06. l cff. M. 503;HUDELST MRTMAN, *ob. cit.* n. 510, Cod. Civ. Fr.,art. 1240.

verteu em beneficio do credor (^{1SB3}). A nullidade é então de pleno direito: o pagamento não vale (^{iasv}).

Quem paga tem o dever e aliás o máximo interesse em bem se assegurar da capacidade do credor ou de quem em seu nome se apresenta para receber. Isso é da essência de todo o contracto e o pagamento é um contracto liberatório (^m).

Consequentemente, tal pagamento não pode ser revalidado pelo incapaz quando cessarem os motivos da incapacidade. A quitação implica a extincção de direitos, a desoneração do devedor, que o incapaz não pode operar (^{1M}).

A causa única que pode revalidar tal pagamento é provar o devedor que elle reverteu em beneficio do credor.

Realmente, a nullidade funda-se no motivo de impedir que o incapaz seja prejudicado. De modo que, si o credor empregou o pagamento em adquirir ou em reparar bens immoveis, ou em pagar dividas exigíveis, seu proveito no pagamento fica provado, inda que taes bens venham depois a perecer em seu poder.

Nesse caso o pagamento revalida-se (^{m7}).

Fora do caso previsto, bem pode a pratica apresentar casos de pagamentos feitos ao incapaz não scientemente, mas com circumstancias taes que não se possa ter como provada a sciencia do solvente. Então, qual a situação deste ?

Entendemos que elle pode reclamar o que deu para pagar ao legitimo representante, evitando deste modo o danno de um pagamento duplo (^{m8}). Pode, outrosim, pedir a ratificação do pagamento ao representante do incapaz. A ratificação do tutor, por exemplo, é possível com a autorisação do juizo, pois que elle pode com esta receber as quantias devidas ao or-phão e pagar suas dividas.

A ratificação então não é o objecto principal; apenas o devedor procura livrar-se de um segundo pagamento (^{1fw}),

(^{1.M}) Códigos Civis: Fr., 1241 ; do Uruguay, art. 1430; da Itália, art. 1243 ; Argnt, art. 734 ; Hesp., art. 1163 ; do Chile, arts. 1577 ai. 2e 1578 n. 1 ; de Nápoles, art. 1194 ; da Sardenha, art. 1431 ; da Holl., art. 1122; Proj. Fel., art. 494; Proj. C. Rod., art. 518 ; Proj. Bevil., arts. 939 e 161.

(^{m*}) POTHIER, *ob. cit. ns.* 528 e 529.

M (^{1M}) GIORGI, *ob. cit. VII*, 70. Â

(^{1SM}) VAN-WBTTER, *ob. cit.* § 287 *cit.* ; MAYNZ, *ob. cit.* § 288 n. 11.

(tunj HOG, *ob. cit. VIU*, n. 26; LAURBNT, *ob. cit. XVII*, 541; BAODRT L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1</34*; TOULUBR, *ob. cit. VII*, n. i4; ROSSBL, O*. *cit. n. 106*.

(1258) MOOHLON, *ob. cit. II*, p. 600 ; DEMOLOMBE, *ob. cit. IV*, 199.

(1259) MOURLOH, *lug. cit.* \ MAUCADE, *ob. cit. IV*, 688; BAODRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1435* ; Proj. Bevil., arts. 152e 153 comb. com o 433 ns. le II, art. 434 n. II.

O pagamento inscientemente feito ao incapaz é, pois, somente um acto annullavel e que só deixa de produzir effeito depois de annullado por sentença, não podendo sei—o *ex-of-fido* e sim por provocação do interessado (¹¹⁶⁰).

O interessado seria então o próprio incapaz a quem deve caber o ónus da prova.

I No caso do pagamento *scientemente* feito ao incapaz, deixámos dito que incumbia ao solvente a prova de que elle reverteu em proveito daquelle.

Dá-se o mesmo na hypotheze do pagamento feito na ignorância ou erro excusavel do devedor sobre a capacidade do credor ?

Parece inquestionável e tanto mais quando é aqui maior o interesse do devedor em demonstrar seu erro. I Cumpre, entretanto, não deixar passar sem reparo que a doutrina contraria, que põe a prova a cargo do devedor no caso do pagamento scientemente feito a um incapaz, é a consagração de um erro que se tornou secular. Com effeito, isso passou da doutrina para o direito francêz (^{1*51}). O grande propagador dessa doutrina, porém, confundiu o actonullo com o acto annullavel, citando e interpretando mal a lei 47 do Digesto *de solutionibus*.

Essa lei realmente trata de um impúbere que recebeu o pagamento sem autoridade do tutor (⁸ⁱ). Ora, tal pagamento em direito romano era nullo de pleno direito e o impúbere nada tinha aprovar. Não assim no direito moderno em que a dis-tincção de púbere e impúbere não tem o mesmo alcance que lhe dava a jurisprudência romana.

De maneira que, em definitiva, a regra que dominou tem sua origem n'um erro de interpretação (^{1MS}). I

E\ pois, para nós fora de discussão que o pagamento feito ao incapaz *inscientemente*, pode ser ratificado, ou quando cessar a causa de incapacidade, ou por seus legitimos representantes (^m). Diga-se embora que ao devedor é difficil desconhe-

(1160) *oiv, çiv* Recopil., art. 274 § MM. Proj. Bevil., art 156. Ao nosso ver o pagamento feito ao embriagado está no mesmo caso; é annullavel, não nullo—AUBRY ET RAO, *ob. cit.* § 343- H

(i*4) De POTHIBR, *ob. cit.* n. 50 j para o art 1241 do Cod. Civ. Fr.

I*6*) Eis a lei: In pupillo cui *aine tutons aulorttate solutum est*, si quersatur, quo tempore sit locupletior : tempus, quo agitur, inspicitur ; et ut exceptio doli mali posita ei noceat, tempus, quo agitur, spectatur. I

(*)»*) *QurRoik — Propriété et Contrat*, pags. 69' 694. I

(56*) *Consol. das Leis Civis, nota 31 ao art. 26* ; AUBRY ET RAO, *ob. cit.* § 317 nota 18; DBMOLOMBR, *ob. cit.* IV, 170 e 171; GIOBQI, 06. *ctt.* VU, 90 a).

cer a incapacidade do credor. E* certo : mas nem por ser di-fficil, deixa a hypothese de ser possivei, e a doutrina e a lei devem se achar aparelhadasp para resolver o caso (^{MS}).

237.—Considera se autorizado para receber o pagamento o portador da quitação, salvo si as circunstancias não justificarem esta presumpção ("•"). Já vimos que a posse simples do titulo não induz mandato de receber, salvo nos títulos ao portador, a menos que exista aviso prévio que o iniba (^{IM7})J Ha, entretanto, Códigos que têm por valido o pagamento feito ao simples portador do titulo (^{ms}). Achamos ser isso um excessivo favor á liberação do devedor, que deve sempre verificar os poderes daquelle a quem vae pagar. Nosso direito limitou com critério a solução ao caso do portador da *quitação*, dando-lhe, entretanto, o valor restricto a uma presumpção (^{laM}). I Com effeito, não é de crer que o credor entregue a alguém a quitação de um direito de credito sem implicitamente autorizara receber. Como toda a presumpção, porém, esta deve ceder á prova em contrario.

2238.—Si o devedor pagar ao credor, não obstante ter sido intimado da penhora do credito ou notificado da opposi-ção a elle feita por terceiros, o pagamento não valerá contra esses terceiros, os quaes poderão obrigar-o a pagar de novo, fi-cando-lhe entretanto salvo o regresso contra o credor (^{mo}).

Não existe no fundo, em matéria processual, para inibir o pagamento ao credor executado, differença sensível entre penhora e opposição.

f^{MB}) Si a restituição *in integram* em beneficio de alguns incapazes possa ter influencia no pagamento a elles feito, assumpto é que será abordado em outra lugar.

(>*«) Cod. Civ. do Japão, 480; Pn.j. Bevil., art. 940.

(^{IM7}) AUBRY ETRAU, *ob. cit.* § 317 nota 13; DBHOLOMBB, *ob. cit.* IV, '46, 147; TomxiER, *ob. cit.* IV, 20.

(^{lw}) Cod. Civ. Fr., art. 1240; Cod. Civ. Argent., art. 732; Cod. Civ. Hesp., 1164.

(**•) *Direito Civil Recopilado*, art. 930 § 2.

(^{ST0}) Códigos Civis: Fr., art. 1242; do Uruguay, art. 1461; da **Uai.**, art. 1244; Argent., art. **836**; de Nápoles, art. 1195; da Sardenha, art. 1332; da HollXart. 1123; Proj. C. Rod. art. 519; Proj. **Bevil.**, art. 941.

Por nossas leis de processo foi sempre permitido ao credor exequente requerer que lhe fique salvo o direito de executar directamente os devedores do executado por meio das competentes acções em que fica subrogado, ou que os direitos e acções do mesmo executado que forem penhorados sejam avaliados e arrematados para o pagamento da execução (^{w1}).

Em vista de taes princípios, pôde se dar então a hypothese seguinte :—A deve a B 6:000\$ e recusa-se a pagar. C deve a B 4:000\$, que está a lhe entregar. A pôde-se oppôr a essa entrega. Si, entretanto, C realisa o pagamento, A, que é nesse caso o terceiro, pôde obrigar C a pagar de novo e C só tem direito a reaver de B o que lhe deu.

O mesmo se dá na hypothese da penhora intimada.

E' o caso único em direito em que o pagamento feito ao credor capaz não é valido e com toda a razão. Com effeito, todo o activo do devedor é uma garantia de seus credores. Ora, nesse activo comprehendem-se os créditos do devedor : *debitor debito ris mei debitor meus est*.

De modo que, si fosse valido o pagamento após a penhora de taes direitos, livre seria ao devedor neutralisar as garantias dos credores. A penhora tira, pois, a disponibilidade do credito ao devedor-credor, em proveito de seu credor exequente, de maneira a invalidar qualquer pagamento effectuado por terceiro devedor ao credor executado. Do mesmo modo não pôde este fazer remissão da divida, nem conceder termo, novar, ceder, ou compensar.

Acresce que tal indisponibilidade abrange todo o valor do credito, embora elle exceda á quantia do outro pelo qual foi penhorado, pois que a execução do devedor firma direitos ao concurso de todos os credores e a disponibilidade do excesso viria derimir as possibilidades de tal concurso (^{1M}). De modo que o pagamento que o devedor executado realisa após a penhora e que é seguido de outras opposições, tanto é invalido em relação aos opposcentes posteriores, quanto ao primeiro exequente.

Fora do caso da penhora notificada ou da opposição de terceiros, o pagamento feito ao credor do credor é uma gestão

O*¹¹) Dec. n. 8549 de 1886. art. 12 ; MORAES VELHO—*Execuções de Sentenças art. 32 n. 29 e art. 703.*

C^m) LABOMBIERE, *ob. cit. J2/f2, n. 4* ; HUDELOTET METMAN, *ob. cit. n. §13* ; GUNTURCO, *ob. cit. § 68n. 1* ; BACDRY L. ST BARDE, *ns. 1453 a 1459*. A opinião por nós aceita e firmada no lento não é incontraversa; ha sobre a matéria diversos systemas, que podem ser estudados em DALLOZ — *Repertoire v. saisie-arrM ns. 425 a 432.*

de negócios e por isso sujeita á approvaçãõ daquelle, como é de regra nesse quasi contracto. Nem sempre tal pagamento desobriga o devedor, porque bem podia elle ter justa excepção a oppôr ao credor que recebeu o pagamento (^{irrit}).

SECÇÃO IV.— *Objecto do pagamento e sua prova.*

239.—A prestação pode ser encarada : a) em relação ao seu objecto; b) quanto ao lugar em que deve ser feita; c) quanto ao tempo em que deve ser effectuada (^{im}). I

Antes de entrarmos em desenvolvimentos especiaes, necessário é premunirmo-nos contra a larga comprehensão desta secção.

O objecto do pagamento não é, na verdade, o que consti-tue a matéria agora sujeita á analyse, pois que este ficou bem determinado nos detalhes das diversas modalidades do direito de credito até aqui estudadas. Bem pouca matéria nova se nos apresenta agora neste sentido. E' por isso que começaremos pelo que nos apresenta aqui maior interesse quanto ao objecto do pagamento, isto é, o pagamento em dinheiro.

240.—O pagamento em dinheiro sem determinação da espécie deve ser feito na moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação (^{lt75}).

(i«M) MELLO FREIRE, *ob. cit. liv, IV, tit. V, § 2.º fine* ; GIORGI, *ob. cit. VII, 83*; DERNBURQ, *ob. cit. v. II, P«.I, § 114 n. VII*; LACERDA, *ob. §73*. A Commissão nomeada pelo Governo para examinar o Projecto Beviláqua admittiu uma disposição expressa que validava o pagamento ao credor do credor, autorizando a consignação judicial para o caso de recusa. A Commissão do Superior Tribunal do Estado do Maranhão em seu *Pat ecer* sobre o Projecto pediu a suppressão do artigo e, como este não se achasse no Projecto Beviláqua primitivo, foi finalmente supprimido pela commissão dos vinte e um deputados. Vid. *Trabalhos do Código Civil—vol. II p. j5 e vol. III, />• 126*.

(^mJ MAYNZ.O&.Cíl. § 170; Proj. Bevil., arts. 942-952; 953-954; 955-957.

(^{"8}) Cod. Civ. Port., art. 727; Cod. Civ. Hesp., art. 1170; Cod. Fed. Suisso, art. 97; Cod. Civ. do Japão, art. 402 ; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 771; C. dos B. de Montenegro, art. 525 ; Cod. Civ. Fr., art. 1895 ; Cod. Civ. Ital., art. 1821; Proj. Fel., art. 499 a 502; Proj. C. Rod., art. 525; Proj. Bevil., art. 950; Cod. Commercial arts. 195 e 431.

De todas as prestações é a de dinheiro a mais importante, pois que todas as demais são susceptíveis de ser nella transformadas, substituídas, ou absorvidas. Por isso ha autores que tratam delia na parte geral das obrigações, ao estudarem o objecto do direito de credito ^(m6).

Moeda corrente é a que tem *curso legal*, ou *valor nominal*, ou *extrínseco*, que é o attribuido pelas leis da nação em que é cunhada ou emittida. Valor *intrínseco*, *real*, ou *metálico*, é o relativo á quantidade de metal puro que entra no fabrico da moeda ^(w11).

Moedas existem que têm um valor intrínseco menor do que o legal, como as de cobre e nikel; outras que não o tem de espécie alguma como o papel moeda. I

I Posto que tenha curso forçado, o papel moeda não é economicamente uma moeda e sim uma dívida do Estado que a emite e garante. Só o ouro e a prata têm uma avaliação relativa approximada. a

No fundo, porém, considerando philosophicamente o assumpto, o chamado valor intrínseco não existe de facto ; é pura convenção.

Qual é o valor, qual a utilidade real do ouro ao serviço humano ?

O ouro ou serve de moeda, ou de adorno; não mais.

O contrario dá-se com o ferro. Sem o menor esforço de abstracção, podemos imaginar todas as grandezas actuaes e futuras da Humanidade sem a menor applicação do ouro. O ferro, ao contrario, tornou-se o elemento tão fundamental das industrias, das artes e dos usos communs da existência moderna, que seu desaparecimento seria o aniquillamento da vida social de nossa espécie.

Entretanto a convenção attribue ao ouro um sedizente valor intrínseco muito superior ao do ferro.

Nem se procure uma base objectiva da preferencia na difficuldade de extracção do seio da terra. I

E' um *crilerium* erróneo por ser pueril; é elle que prevalece entre os selvagens que fazem do sal ou de certas conchas raras sua moeda mais valiosa. Além de tudo é falho, porque hametaes, como o iridium, o radium e mesmo o palladium, de mais difficil pesquisa e de maior raridade do que o ouro.

(i*7«) WINDSCHMD, *ob. cit.* § 256 seguido por LACERDA, *ob. cit.* § 2y. ^(M1)
LACERDA, *ob. cit.* % 23 *nota* 17.

Não conhecemos outra medida de valor que o serviço real da Humanidade e o valor do ouro é puramente convencional. Qualquer outro valor que se lhe attribue é fictício.

Outro valor que tem a moeda é o *commercial*, que se attribue ás privadas do curso legal e de onde resulta o *cambio*, ou taxa de diferença variável entre os valores de duas moedas.

Bera se vê que o valor cambial oscilla por motivos de maior ou menor procura da moeda estrangeira e com as necessidades da importação e exportação.

No estado de equilíbrio das relações económicas os três valores da moeda acima lembrados são harmónicos e é este o ideal a que convergem as relações praticas. No valor nominal funda-se todo o commercio interno, enquanto que o commercio externo repouza no chamado valor intrínseco. O papel moeda só tem um valor que é o corrente (¹¹¹⁸).

Quando o pagamento em dinheiro não tem a determinação anterior da espécie é o que os glosadores diziam ser uma obrigação em que a somma ficava *in obligalione* e a moeda *in facullate solutionis*.

Não é a espécie que se deve e sim a quantidade, a somma, sem a menor consideração do ágio ou cambio (tm).

Ora, a somma é o *quanlum* da moeda corrente no lugar da prestação.

(***) O titulo de nossas moedas tanto de ouro como de prata era pe JJ, isto é, 11 partes de metal puro para 1 de liga de cobre. A razão do valor do ouro no Brazil foi fixado em «-551 J de maneira que o grammo de ouro puro vale 18216 eo amoedado 1\$116. A determinação do pezo, valor, inscripção, typo e denominação das moedas pertence ao Congresso Nacional (art. 34 n. 7 da Const. Federal). Ao tempo do Império eram igualmente attribuições da Assembléa Geral (Const. do Imp. art. 15 § 17). Alei n. 59 de 3 de Outubro de 1833 fixou entre nós o padrão monetário. Vide mais: lein. 401 deli de Set. de 1846 , Decs. n. 487 de 28 de Nov. de 1846 e n. 625 de 28 de Julho de 1849 en. 475 de 20 de Set. de 1847; 1.552 de 31 de Maio de 1850; n. 779 de 6 de Set. de 1854 art. 11 § 5.» ; lei n. 682 de 17 de Set. de 1851 art. 33. O Dec. n. 475 de 20 de Set. de 1847 autorizou a cunhagem da moeda de ouro e de prata cujo respectivo peso, toque e valor foram marcados pelo Dec. n. 625 de 28 de Julho de 1849. Vide mais : Dec. n. 1083 de 1860 e 4822 de 18 de Nov, de 1871 ; n. 1817 de 30 de Set. de 1870 : lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873; Dec. n. 6143 de 10 de Março 1876 ; Dec. n. 4 de 19 de Nov. de 1889; O Dec. n. 54 B de 18 de Dez. de 1889 adoptou typo novo para as moedas de ouro, prata, nikel e bronze, mas mandou respeitar as leis anteriores quanto ao pezo, modelo, liga, tolerância e quantidade de cada metal e valor.

(*«•) Cod. Civ. Argent, art. 616.

O valor corrente é, pois, a norma, o typo das prestações de somma (^{mo}).

A divida de dinheiro deve ser paga em moeda corrente do Thezouro ou dos Bancos, mas que tenha curso forçado, porque os papeis de credito, quaesquer que sejam, não têm força liberatória, não podem ser impostos ao credor. I

I Em taes casos se acham as apólices da divida publica, tanto da União, como dos Estados (^{mi}).

No pagamento com a moeda corrente, porém, não ha arbítrio do devedor. Posto que elle deva ser realisado com qualquer moeda corrente, não é licito áquelle effectuar um pagamento de uma avultada somma de dinheiro com uma grande porção de moeda divisionária pequena (^{im}). Assim, entre nós, as moedas de prata são aceitas em pagamento nas Repartições publicas sem limitação alguma.

Os particulares, porém, não são obrigados a receber mais de 20\$000 (^{im}). As de nikel são dadas e recebidas ate 1\$000 e as de bronze até 200 reis.

Dos valores da moeda o nominal é, pois, o typo, circum-scripto ao próprio Estado que a emite, para a satisfação por disposição de lei ou julgado judicial (^{ink}). O valor metálico varia com a mercadoria, que é a própria moeda. O cambio da moeda é realmente a troca do pèzo do metal puro de uma por outra com com desprezo da liga. O valor nominal vive em luta com o valor corrente e é daquelle que este surge.

2541. —Tal é a regra dos pagamentos em dinheiro.

A's partes, porém, é licito estipular que o pagamento se faça em espécie determinada de moeda nacional ou estrangeira (^{im}).

Ahi então não é mais da obrigação de somma que se trata e sim de *corpus cerium nummorum*. A moeda torna-se então

(^{mo}) Cod. Comm. arte. 195 e 430 ; *T)ir. Civ. Recopil., art.* 65. Assim já era na Ord. Manoeltna, liv. 4 tit. 1 §8.

I (^{*)} *COHSOL. das Leis Civis, nota ao art. 822.* M

(^{im}) *D SAVIQMT, Oblig. § 45 ; WINDSCHBU>, § 256 b).* M

(^{ims}) Decreto n. 625 de 28 de Julho de 1849 art. 2.o. ■

(184) WINDSCHEID, *Cit.* §256 ff. 4.

(«») Cod. Civ. Uai., art. 1822 ; Cod. Civ. Arg., art. 619 ; Cod. Civ. Port., art. 724 ; Coa. Civ. do Japão, art. 403 ; Cod. Civ. Ali., art. 245 ; Proj. C. Rod., art 525 § 1 .<> ; Proj. Bevil., art. 950 § 1.º ; *Consol. das leis civis, art. 823 ; Direito Civil Recopilado, art. 928.*

uma mercadoria e ás partes é livre convencionarem que o pagamento se faça na mesma espécie. Isto, de resto, é muito commum no interior de nosso paiz quando se empresta em ouro ou prata.

Já o direito romano admittia essa espécie de pagamento

○

O que ahi ha de especial é que tal pagamento deve resultar do pacto expresso, pois que sempre se presume que a obrigação é de somma, no civil. No commercio, ao contrario, pre-sume-se sempre a espécie de moeda.

Entretanto o credor pode optar entre o pagamento na espécie designada no titulo e o seu equivalente em moeda corrente no lugar da prestação, ao cambio do dia do vencimento. Não havendo cotação nesse dia prevalecerá a anterior mais próxima ^(m7).

Aqui já entra o ágio em consideração, e nesse caso, optando o credor pelo equivalente ao cambio, a differença do curso da moeda entre o tempo da constituição do debito e o tempo do pagamento torna-se a cargo ou em vantagem do devedor, conforme a variação da taxa foi para mais ou para menos ^(m8).

242.—No caso de deposito regular ou de outro contracto não translativo de domínio, o valor da moeda será o da época do contracto ^(1M).

Como se vê, trata-se do deposito de dinheiro, *pecunia obsignata*, em moedas, como é o caso de collecções numismáticas por intuitos scientificos, ou de mero dilletantismo.

Não é, pois, questão de somma nem de espécie e sim de corpo certo ⁽¹²⁹⁰⁾. O valor da moeda, neste caso, é, com toda a lógica, o do dia do contracto. Tal theoria é eminentemente moderna, pois que o direito romano não nos fornece um só texto relativo ás variações do valor da moeda, o que não é de es-

^(wa) 1.99 D. do solut. ; WINDSCHRID, *ob. cit.* § 356 nota 1; AUBRT ET RAU, § 3/8 nota 12; DKMOLOMBK, *ob. cit.* IV, 259.

C«8i) Cod. Civ. do Japão, art. 403; Proj. C. Rod., art. 525 § 2.º ; Proj. Bevil., art. 960 §2.º.

O¹⁸⁸) WINDSCHRID, § 256 n. 4.

i»9j Cod. Civ. da Ital., art. 1848 ; Proj. Bevil., art. 950 §3.º.

Oⁿ⁰) • 1 % *> D. de cond, indeb. ; MOLITOR, *ob. cit.* n. 779

trahar, attenta a civilisação industrial e económica limitada da época ^(1M1).

I Dada a mutação do valor da moeda, nenhuma modificação soffre a regra de que o valor do pagamento tem sempre por typo o da época do contracto.

Nos casos anteriores a solução é diversa. Assim, nas obrigações de somma a alteração do valor da moeda obriga o devedor a pagar em moeda corrente ao dia do pagamento a mesma somma.

Nas obrigações de espécie a alteração do valor demanda que se equipare uma com outra, tomando por typo o chamado valor intrínseco e não o legal ^(ma).

214:3.—Quando o devedor incorrer em mora e o ágio tiver variado entre a data do vencimento e a do pagamento, pode o credor optar por um ou por outro, salvo si tiver estipulado cambio fixo ⁽¹⁹⁸⁾. Já assim decidia o antigo direito por-tuguez (**).

A mora equivale á culpa e, portanto, o devedor deve soffrer a aggravação da obrigação occasionada por ella. E\ pois, mui justo que ao credor assista o direito de tirar vantagem de uma situação que lhe prejudicou a prestação fora de tempo, a menos que, renunciando taes vantagens, fixe o cambio em que quer receber.

244.—Quando a cotação do cambio tiver variado no mesmo dia, deve-se tomar porbaze a media do mercado ^(1M5).

2245.—Nas indemnisações por facto illicito prevalecerá o valor mais favorável ao lezado ^(w8); Eis ahi uma general-

^(mi) VINNIUS—*Inst. liv 3.» tit. 15 n. 12*; SAVIGNY, *ob. cit.* § 45 *cit.* C¹²⁸²) Cod. Comm., art. 431 ; GIORGI, *ob. cit.* Vli,24. (i*»3) «Dín Civ. Reco pi 1., art. 928% único ; Proj. C. Rod., art. 524 § 3.0 ; Proj. Bevil.,art. 950 §4.º

(*«*) GAMA—*Decisões*:—374 «. 1.

(tmj Proj. C. Rod., art. 525 § 4 ; Proj Be.vil., art. 95(T§5.º.

(OMj cfiv Civ.Recopil., art. 100b ; Proj. Bevil., art. 951.

isação que precede ás regras especiaes da liquidação das obrigações resultantes dos actos illicitos que mais tarde estudaremos.

Aqui temos apenas em vista o valor da moeda, caso deva ser feita a indennisação em dinheiro, conforme seu typo ordinário.

O que, porém, bem importa fixar é que o *valor mais favorável* só se deve entender nos casos de variação do valor da moeda. Isto quer dizer que bem importa-distinguir si a indennisação é de natureza a comportar essa variação.

Com effeito, seria absurdo que, tendo A de indennisar a B com a quantia de i .000\$, fosse licito a B pedir que se contasse esta somma em libras pelo valor de 88890 por lei dado a estas.

A regra para a indennisação, em matéria de moeda, é sempre o valor corrente da moeda legal.

Si, porém, a indennisação tiver de ser effectuada era libras, por exemplo, ou em qualquer outra moeda estrangeira, é então que na avaliação de seu preço pela taxa do cambio deve se escolher o mais favorável ao lezado. Assim, si o ágio tiver variado entre a data em que a indennisação tornou-se exigível e aquella em que se tornou effectiva, deve ser tomado por typo o valor da moeda ao cambio mais baixo.

â46.—Si o pagamento tiver de ser feito por pêzo, ou medida, entende-se, no silencio das partes, que estas aceitaram as do lugar da execução (^{tw?}):

Esgotado assim o assumpto do objectivo do pagamento examinemos sua prova.

247.—O devedor que paga tem direito de exigir quitação em forma devida e pode demorar o pagamento até que lhe seja passada (^{lt68}). Quitação é a *acceplilialio* dos romanos,

(»*) proj. Fel., art. 505; Proj. C. Rod., art. 527/Proj. Bevil.,art. 952.

I

(1208; Cod. Comm., art. 434 ; D/g. *Port. I, 111*) ; C. DA ROCHA, *ob. cit.* § 148\ Cod. Civ. AH., art. 368; Cod. dos B, de Montenegro, art. 613 ; Cod. da Prússia I, 16, §§ 86 e 101 ; Cod. Civ. da Áustria, art. 1426; Cod. de Saxe, art. 983; Cod. Fed. Suisso, art. 102; Cod. Civ. Fr., arts. 1250, 1255 e 1256; Proj. Bevil., art. 942.

Diziam estes que o pagamento solvia a obrigação *naturalmente* e a quitação *civilmente*, por conter a confissão do credor de se achar satisfeito ; naquelle o devedor dá, nesta recebe (^{we}). E' uma subtiliza ; mas em todo o caso o direito romano já dava ao devedor que pagava o direito de exigir quitação (¹⁸⁰⁰). Realmente, a prova do pagamento incumbe a quem o invoca e o devedor deve estar munido dos elementos delia como o mais interessado (^{mi}).

A regra geral dominante é que o pagamento não se presume (^{s02j}). Exceptuam-se, porém, os casos seguintes: *a*) quando o titulo da divida se acha em poder do devedor, ou in-utilizado em mão do credor; *b*) quando o lançamento do debito se acha riscado no livro do credor, commerciante ou não ; *C*) no caso de entrega ao devedor de objectos que ordinariamente se vendam a dinheiro nas casas commerciaes (^{im}).

Cumpra notar, porém, que as excepções referidas são simples presumpções de pagamento e comportam prova em contrario (^m).

Pois que o pagamento não se presume e que no caso mais geral tem o devedor maior interesse em proval-o, conclue-se que a este assiste o direito indiscutível de exigir a quitação do credor em forma devida, isto é, uma quitação com todos os requisitos da lei.

Esses requisitos são : a designação da divida extincta, o nome do devedor, ou de quem por elle paga, o tempo e lugar do pagamento e a assignatura do credor ou de seu mandatário sobre o sêllo que a hypotheze exigir (^{wl}).

Si o credor recusar-se a dar quitação ou a dal-a em forma hábil, pode o devedor, ou demorar o pagamento até que lhe seja passada, ou cital-o para esse fim, e então a sentença que a isto o obrigar valerá como quitação (^{18W}).

O*⁹) 1. 107 D. de solut. «

(^{M0}) 1. 18 C. de testibus ; 1.19 C. de fide instrum. ; 1. 1 §2 C. de apo-chis publicis; MOLITOR, *oh. cit.n.* 984. W (^{Ml}) 1. 25 C. de solut.

(^{13M}) Acc. da Relação da Corte—de 15 deSet. de 1873 na Appell. n. 3230 no *Direito III, p. 179 e segs.*

(«03) i. 24 D. de probat. ;ls. 14 e 15 C de solut. ; Cod. Comm., arts. 75,197,198 ; *Dir. Civ. Recoptl., art. 930 § lo.*; C. DA ROCHA, *ob. cit. § 148 ; Dig.Port. J, 1115 e 1116.* J

(lio») MOUTOR, *ob. cit. n. 984 cit.*

(^{18W}; C DA ROCHA, *ob. ctt. § 148 n. 2 ; DKRNBERG, ob. cit. II P*. 1, § 115; Proj. Bevil., art. 943.*

(t*)»S 1. 22 D. de usuris; SILVA *ad. Ord. liv. 4, til. 19 § 2.º* «. 3/ O/g. *Port. 1,1114 ; C DA ROCHA, oft cit. § 148 n. 3; WINDSCHID, 06. cit. %B44fiHt; Cod. Fed. Sutoso, art. 105; Proj. Bevil., art. 944.*

A quitação com clausula *ajuste de contas*, ou *resto de maior quantia*, é extinctiva de toda a dívida até sua data (¹⁰⁷).

248.—Nas dívidas cuja quitação se deva dar mediante restituição do título, a perda deste autorisa o devedor a exigir, sob pena de retenção da dívida, a declaração do credor na qual tenha por inutilizado o título (³⁰⁸).

Parece que nem sempre deve o credor restituir o título da dívida. Assim o é com efeito. A regra é que se deve restituir sempre o título da dívida. Casos ha, porém, em que nelle figuram outros devedores *pro parte* e o credor não pode se despojar do título creditório que firma e garante seus direitos. Pode também occorrer o caso em que o credor tenha necessidade do documento para o exercício de outros direitos, ou mesmo que lhe seja impossível restituil-o.

Em todos esses casos, pode o devedor exigir a declaração dainutilisação do título. Esse direito decorre do outro primordial de poder sempre exigira restituição do título (¹³⁰⁹).

Si, porém, o credor entrega o título ao devedor, isso constitue uma presumpção de pagamento. Pode, porém, o credor que não recebeu a quantia quitada, allegar e provar dentro de sessenta dias o não pagamento, com o que fica sem efeito a quitação. Isto só não é possível quando a quitação é dada por escriptura publica (¹³¹⁰).

A quitação do capital sem reserva dos juros faz presumir o pagamento destes (^{8U}).

2-49.—Quando o pagamento se fizer por prestações periódicas, a quitação correspondente ao ultimo período faz pre-

(1307) *jr* Civ. Recopil., art. 930; Cod. Comm. art. 434.

(³⁰⁸) Cod. Civ. Ali., art. 371 ; Cod. da Prússia I. 16 §§ 125 e 126 ; Cod. Civ. da Áustria, art. 1428; Cod. de Saxe, art. 981 ; Cod. Ked. Suisso, arts. 102 e 105 ; C. dos B. de Montenegro, art. 614 ; Proj. Bevil., art. 945.

(⁰¹) Cod. Civ. Ali. cit. art. 371 ; .DKRNBUKG, *ob. cit. II Pfi I § 115 ns. VI a Vill*; ACBRY ET RAU, *ob. cij. % 320 nota 2* ; MASSÉ ET VERGÉ ál ZACHARÍE§ 562 ; LAURKMT. *ob. cit XVII, 597*.

(^{mo}) Cod. Fed. Suisso, art. 104 ; Proj. Bevil., art. 948.

(⁸¹¹) Cod. Civ. Fr./ art. 1908 ; Cod. Civ. da Holl., art. 1806; Cod. Civ. de Nápoles, art. 1780; Cod. Civ. da Sardenha, arl. 1935; Cod. da Prússia, I, 21, § 843; Cod. dos B. de Montenegro, art. 613; Cod. Civ. Ar-gent., art. 624; Proj. Bevil., art. 947.

sumir que foram solvidas as prestações anteriores, salvo pro va em contrario O*^{1*}).

As prestações periódicas são débitos distinctos e por isso não derogam a regra da indivisibilidade do pagamento. É claro que quem dever cinco prestações, pode pagar três e deixar duas apagar.

É intuitivo e de accôrdo commum entre os autores.

O que, porém, é inadmissível é que alguém pretenda pagar a ultima, ficando em debito das anteriores.

Desde, pois, que o credor dê ao devedor quitação da divida relativa ao ultimo periodo, presumem-se saldados os períodos que precederam (¹³¹⁸).

250. —Presumem-se a cargo do devedor as despêzas com o pagamento e a quitação. Si, porém, o credor mudar de domicilio ou merrer deixando herdeiros em lugares differen-tes, o augmento da despêza será por conta do credor (^{1m}). Na comprehensão larga dessa affirmação se incluem a contagem, pezagem, medida, emballamento, carroto e transporte, custas e sellos. Tudo isso é normalmente pago pelo devedor sem se distinguir pagamento de quitação (^{1Mm}).

Isso, porém, é unicamente uma presumpção para o caso em que as partes não hajam expressam ente convencionado outra cousa.

Claro é, portanto, que podem ellas por qualquer forma derogar a regra.

Podem, porém, duvidar da orthodoxia da doutrina que faz recahir sobre o credor o augmento de despêzas da quitação, si este provier de sua mudança de domicilio. O Código Civil Aliem ào, um dos poucos que prevêm o acrescimo de despêzas com a quitação, determina que ficarão a cargo do credor

(13») Proj. c. Rod., art. 524; Proj. Bevil., art.946 ; Cod. Civ. Port., art. 742; O Cod Civ. do Chile, art. 1570, bera como o da Columbia, art. 1628, exigem três prestações pagas.

(»3) TOUX-EROÛ. *cit. IV., 69 e 70*; DEMOLOMBE, *ob. cit. IV., 241* ;GIOR-GI, *Vil, 3?* ; MISSÉ ET VERGÉ á ZACUARI. *: § 561 *nota 5*.

("«*) Cod. Civ. Kr., art. 1248 ; Cod. Civ. da Ital., art. 1250 ; Cod. Civ. Port., art. 746; Cod. Civ. Hesp., ari. 1168 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1571 ; Cod. Civ. AU., art. 369; Proj. Fel., art. 509 ; Proj. C. Rod., art 528; Proj. Bevil., art 949.

(^m) Essa distineção fez o Proj. C. Rod., art. 528 *cit.*, Vide PAG. MAZZONI. *ob. cit. IV, 117 à 118*; *Lkvttattm, ob. cit. XVII, 593*.

as despesas provenientes de uma cessão de credito ou succe-ssão que o divida entre muitos- herdeiros.

Mas a mudança de domicilio do credor que tem com as despesas de pagamento e quitação ? O pagamento tem por norma o domicilio do devedor ; portanto, parece que somente a mudança desse domicilio poderia augmentar as despesas do pagamento e nunca a do domicilio do credor.

Os fundamentos da doutrina, porém, são outros. Na verdade a mudança do domicilio do credor pode muito influir para augmentar contra o devedor as despesas da quitação. Ora, esta é do interesse exclusivo do devedor. De maneira que, si elle tiver de a procurar e se vir obrigado a maiores despesas pelo motivo da mudança de domicilio do credor ou da divisão do credito entre herdeiros residentes em lugares differentes, esse augmento com rigorosa justiça deve ser por conta do credor.

SECÇÃO V.—*Lugar do pagamento.*

251.—O pagamento deve ser feito no domicilio do devedor, salvo convenção das partes, ou si as circumstancias, a própria natureza da obrigação, ou determinação da lei, dispu-zerem de outro modo. Sendo designados differentes lugares, a escolha cabe ao credor (³¹⁶).

Por mais geral que seja essa regra nos Códigos modernos, assim não era em direito romano, onde tão grandes controvérsias surgiram a respeito ("").

Convém, porém, desde já fazer notar que o domicilio de que se trata é o do devedor ao tempo do pagamento e não do contracto (^s).

(^M) Cod. Coram., art. 430 ; *Dir. Civ. Recopil.*, arts. 870 e 929; Proj. Fel., arts. 506 a508 ; Proj. C. Rod., art. 523 ; Proj. Bevil., art. 953 ; Cod. Civ. Fr., art. 1247; Cod. Civ. Ital., art. 1249; Cod. Civ. Hesp., art. 1171 ; Cod. Civ. Port., art. 739; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1439; Cod. Civ. do Japão, art 484 ; Cod. Civ. de C. Rica, art. 778 ; Cod. dos B. de Montenegro, art. 539; Cod. da Luiziana, art. 2153; Cod. F. Suisso, arts. 84e85.

(^{Mn}) SAVIGMT *ob. cit.* § 99 p. 126 ; MUHLENBRUCH, *Doct. Pandect.* § 369; VARNKCCNIG, *ob. cit.* § 1011', WISDSCHIED, *ob. cit.* § 3j3.

(*»•) LOBÃO, *Seg. Linhas*, p. 209 ; C. DA ROCHA, *ob. cit.* § 147 ; WIND-SCHBID, *cit.* ; AUBRY ETRAU, *ob. cit.* % 3/9 nota 15; LAORBNT, *ob. cit.* XVII, 592; MASSÉBT VERGÉ á ZACHARI* § 561 nota 13; GIOKQI, *ob. cit.* VII, 64.

Esse domicilio constitue a regra do lugar do pagamento.

A convenção constitue a excepção e isto bem se vê quando se reflecte sobre outras consequências.

Assim, a regra do domicilio é para ser nelle exigida a obrigação e ser competente o juiz desse domicilio para a acção contra o devedor. Em qualquer outro lugar, o credor pode exigir o pagamento, mas sem efficacia, pois que o juiz do lugar não tem competência para condemnar o devedor não domiciliário dentro dos limites de sua jurisdição^(18W).^{TMJn}

A convenção que altera o lugar do pagamento pode ser expressa, sem entretanto, demandar formas especiaes, ou tacitamente feita, como toda a que é relativa a um *facere* n'um immovel determinado, a dê serviços em prédios rústicos designados, etc.^(1M0).

Na convenção expressa podem as partes designar dois ou mais lugares. Nesse caso convém distinguir si são designados cumulativa, ou alternativamente.

No primeiro caso já os romanos dividiam o pagamento em duas porções ; por exemplo, pagar no Rio de Janeiro e em Coritiba ; parte seria ali e parte aqui^(mi).

No segundo modo—pagar no Rio ou em Coritiba, a opção por direito romano, em regra, era do devedor si expressamente não fosse deixada ao credor^(1M). Modernamente tem-se entendido que a escolha cabe ao credor^(ww).

A mudança convencional do lugar do pagamento pode-se fazer na ocasião da convenção ou em época posterior a ella; é uma vantagem do devedor que elle pode em qualquer tempo renunciar^(im).

Si apoz da convenção, o devedor muda seu domicilio, ou cede o credito, ou morre deixando herdeiros em differentes lugares, a regra é a mesma:—prevalece sempre o domicilio do devedor na época do pagamento^(1SM). Não ha nisso alteração da convenção primitiva e sim respeito ao principio da lei que favorece a liberação do devedor. Códigos existem que permittem ao credor a escolha entre o novo e o antigo domicilio ("*).

^(18,i) GIORGI, *ob. dt.yll*, 59.

⁽¹³²⁰⁾ MOLITOR, *ob. cit. n.yOS*; LAURENT, *ob. cit. XVII,590*. (^M) 1. 2 §4 D. de eoquod certo loco ; MOUTOR, *ob. cit. n. 310*. (^m) 1. 2 § 2 D. tit. cit.; GIORGI, *ob. cit. Vil, 60*. (»») proj.Bevil., art. 953 § un.

^(lm) GIORGI, *ob. cit. Vil 66*; LAROMBIERE, *ob. cit. 1247, 3*. (M*?) Cod. Giv. Port., art. 744 § único ; POTHIKR, *ob. cit. H.S49*; BAUDBT L. ET BARDE, *ob. cU. n. 1508*.

^(18M) Proj. Fel., art. 508 ; Cod. Civ. Argent., art. 748.

Tão pouco nossa doutrina é gravosa ao credor, pois que elle pode sempre premunir-se contra os inconvenientes que lhe possam sobrevir da mudança do domicilio do devedor por clausula expressa da convenção (^{MT});.

Supponhamos agora o inverso, isto é, que a convenção tenha fixado o domicilio do credor para o pagamento e que este o tenha mudado. Pode elle exigir o pagamento no novo domicilio, gravando assim as condições do devedor? Não. Prevalece então a regra *nemo alterius facto prcegravari debet*.

De facto, a fixação do domicilio do credor já foi uma derogação á uma regra geral, e toda excepção é interpretada restrictamente.

Demais, as convenções sempre se interpretam em favor do promittente. De modo que o devedor deve offerecer o pagamento no domicilio de que cogitou a convenção, ou usar dos meios conducentes a se desonerar nelle (^{W8}).

Tratando das obrigações de cousa certa a doutrina mais aceita é presumir que as partes tacitamente convencionaram a entrega no lugar da convenção, pois que não é de suppôr que o devedor tenha assumido o gravame de um transporte a lugar differente (^{t8W}).

Em nosso direito a regra é que a cousa certa deve ser entregue no lugar em que se acha (¹⁸⁸⁰). Essa doutrina deroga a regra do domicilio do devedor pela natureza da própria obrigação.

Igualmente o deposito deve ser restituído onde se achar ao tempo da restituição, inda que não seja o domicilio do devedor.

No commodato a restituição é feita no domicilio do commodante, pois que é em beneficio do commodatario (^{MI}).

Outrosim, si o pagamento consistir na tradição de um immovel, ou em prestações referentes a immovel, deve ser feito no lugar da situação deste, *ubi res est* (¹⁸⁸⁵).

(^{13*7})MOURLON, *ob. cit.* II, n. 1351; TOUXIER, *ob. cit.* IV, 373; GIORGI, *ob. cif. Vil*, 65; HuC, *ob. cit.* VIII, n. 42; AUBRT ET RAU, *IV.p.* 162, nota 75.

(¹³¹⁸) POTHKR, *ob. cit.* n. 549 *cit.*; GIOROI, *ob. cit.* VI, 61; MOLITOR, *ob. cit.* n. 358; DEMÓLOMBE, *ob.cit.* IV, 273.

(^{ww}) Cod. Civ. Argent., art. 747; Cod. da Luiziana, *cit.*; Cods. Civis Fr. *citai. cite.*; POTBIER, *ob. cit.* n. 548; GIORGI, *ob. cit.* VII, 62.

(is») p_{roj.} Bevil., art. 983.

(^{1U<}) LAROMBIBRE, *ob. cit.* 1247,9; GIOROI, *ob. cit.* Vil, 62; DEMÓLOMBE, IV, 286.

(is») Cod. Civ. Port.,art. 745; Proj. Bevil., art. 954.

deve ser feito o pagamento.

2«S2.—Pouco desenvolvimento demanda esta secção, pois que tudo que ella contem nada mais é do que aquillo que já ficou bem explanado ao estudarmos a natureza das obrigações puras, condicionaes e a prazo. De modo que o acrescimo actual deve ser tido como as extremas conclusões relativamente ao pagamento nas prestações referentes a taes obrigações.

Nas obrigações puras, não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigil-o immediatamente si pela natureza da obrigação, ou pelas circumstancias, não se tornar indispensável certo lapso de tempo que será fixado no caso de duvida ^(18M). A expressão *imediatamente*, porém, deve ser entendida em termos hábeis. É preciso attender precipuamente á natureza da prestação, como sempre praticaram os romanos (""*).

Ainda no processo moderno é da natureza da intimação para pagar conceder-se um prazo, inda que calculado em horas para ser realisado o pagamento. Circumstancias outras podem surgir que a doutrina não pode prever, mas que os factos variados da pratica podem impor, em que se torne indispensável um prazo para a prestação. A fixação deste em casos taes será feita improrogavelmente pelo juiz a requerimento do devedor, si o credor que tiver direito de o fazer a isso se recusar. Esses casos podem se dar quando é determinado um lugar para o pagamento ; quando este é um trabalho que demanda tempo; ou quando a lei fixa um termo, como para a restituição do dote ^(1m).

Nas obrigações condicionaes o pagamento deve ser realisado no dia do implemento da condição, incumbindo ao credor a prova de que o devedor tem disso conhecimento. Re-portamo-nos ao que deixámos dito sobre essa modalidade.

^(18M) Solvendum convento tempore et die : de quo si nihil dictum, debitum purum statim quidem petipotest, M. FREIRE, *ob. eit.ltv. IV, ta. 5.* § 3.** ; C. DA ROCHA, *ob. dl. § 3;7 n. 3.º* ; F. BORGES, *ob. dl. v. pagamento* ; Cods. Civs. Port. art. 743 , hal.,art. 1173 ; Hesp.,arts. 1113 e 1128 ; do Chile, art. 1494 ; deC. Rica. art. 774 ; dos B. de Montenegro, art. 904; F.l Suisso, art. 86; AU, art. 271 ; Cod. Comm. Br az., art 137; Proj. Bevil., art. 955 ; WINDSCHBID, *ob. cil. § 279 fine*; RAMOS, *Comi. n. 229.*

^(1SM)to. 39 8 15 e 41 SI D. de verto, oblig. ; 1. 105 D. Ue solut.

(")••) MOUTOR, *ob. cii. «. ji2*; Proj. Bevil., art. 955 § único.

253.- Nas obrigações a termo, concedido o prazo, não poderá a dívida ser exigida nem paga antes do vencimento ; poderá todavia o devedor pagar, si o termo for estabelecido em seu favor (¹³³⁸).

A' vista do que já conhecemos dessa modalidade de direitos de credito, taes regras tornaram-se comesinhas e intuitivas.

Apenas achamos ser aqui o lugar conveniente para completar o que ficou dito nas obrigações a termo com algumas regras relativas á sua fixação, tanto para os actos jurídicos, como para a marcha do processo.

O dia do termo, *dies a quo*, não se conta no termo (*^m) e o ultimo dia do termo, *dies ad quem*, ainda se computa nelle (¹³³⁸).

As partes podem convencionar o termo em horas, dias, mêzes e annos. As horas contam-se de momento a momento, isto é, depois que o relógio bate a hora successiva á da convenção (^{1M9}).

Os dias contavam-se em direito romano como dia civil, de meia noite á meia noite (¹³⁴⁰). Entre nós ha o dia *continuo* que é contado de momento a momento e o dia *natural* comprehendido entre um levantar e um pôr do sói, que é o presumido pela lei, sempre que se falia simplesmente em *dia* (^{mi}).

O dia 15 é sempre reputado o meio de qualquer mêz.

Anno regular e civil é de 1º de Janeiro a 31 de Dezembro

O

O prazo do mêz entende-se trinta dias que se completam no dia seguinte ao dia correspondente do outro mêz a vir.

O prazo de anno entende-se completo no dia seguinte ao em que foi assignado, até outros tantos dias daquelle mêz do anno seguinte (^{3M}). A expressão *anno e dia* significa que no termo não se comprehende seu ultimo dia e isto para maior evidencia o.

(M³⁶) Cod. Fed. Suisso, art. 88 ; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 773 ; Proj. Bevil., art. 957.

(³⁷) Qrd. liv. 3.º tit. 13 ; TEIXEIRA DE FREITAS a PER. E SOUZA, *nota 244*; TOULLIER, *ob. cit. VI, 682, 684* ; DEMOLOMBE, *ob. cit. II, 642 e 644*, GIORGI, *ob. cit. IV, 403*; DURANTON, *ob. cit. XI, til.*

(^{MS}) § 2. « Inst. de verb. oblig.; *Dir. Civ. Recopil., art. 54.* Autores citados na nota supra.

(*•••) *Dir. Civ. Recopil., art. 85.*

(i>º) *I. i. D. de ferits.*

(UM) 2>i>. *Civ. Recopil., art. St e 52.*

("••) *Dir. Civ. Recopil., arts. 48 * 50.*

(«>>^s) *Dir. Civ. Recopil., art. 49.*

(«*•) *Dir, Civ. Recopil., art. 49 § único.*

Não se deve confundir *termo* e *prazo*. Termo é o dia *a quo* e o *ad quem* ; prazo é o tempo intercalado entre ambos,

Todavia na linguagem forense empregam-se esses vocábulos com synonymia.

28 R4.—Ja vimos que o credor não pode exigir a divida antes do termo com excepção para o devedor de a poder pagar, si o termo for estabelecido em seu favor Outras excepções, porém, existem fundadas no interesse exclusivo dos direitos do credor.

Assim, pode o credor exigir a obrigação antes do vencimento :—*a*) quando executado o devedor, abrir-se o concurso de preferencia (^{134B}); *b*) quando cessarem as garantias reaes ou fidejussorias da divida, ou quando, tornadas insufficientes, o devedor intimado a reforçal-as recusa-se a fazel-o (^{IM}); *c*) quando os bens do devedor dados em hypotheca, ou em antichrésé para garantia real da divida, forem penhorados em execução por outro credor que não o hypothecario ou antichresista (^{WM}).

Cumpre, ainda, notar que si a divida for solidaria, não se reputará vencida em relação aos outros devedores solvaveis



Este principio tem seu fundamento na doutrina em outro lugar exposta sobre as consequências da insolvabilidade de um dos devedores nas obrigações solidarias.

SECÇÃO VIL—*Mora*.

i255.—*Mora* no sentido technico tem uma significação equipollente da vulgar : —é a demora em pagar ou em receber o devido.

Os romanos empregavam diversas expressões synonymas nesse instituto :—*frustratio*, *cessatio*, *dilatatio* e *mora*. Só esta ultima fixou-se na linguagem jurídica.

Como retardação em solver o *vinculum júris*, a *mora* é para o devedor um caso especial do inadimplemento completo

(isw) Proj, Bevil., art. 957 § 1.<>, arts. 1560 a 1577; MORAES VELHO,] *Exec. de Sent.*, art. 473.

(13*6) QocI. Civ. Port., art. 741; Proj. Bevil. art. 957 § 3.".; LAFATKTTK, *Cous.-S* 222.

(ta") Proj. Bevil., art. 957 §2.o. ("*•)
Proj. Bevil., art. 957 § 4.«.

no sentido que é mais restricto do que este. Ambos, porém, inadimplemento e mora, são formas da injuria contractual ^(1.w).

Ella differe do verdadeiro inadimplemento em que este define de vez a posição do devedor diante do credor, acarretando para aquelle as extremas consequências; emquanto que a mora se caracteriza por não tirar ao devedor a possibilidade de cumprir mais tarde a obrigação. E' o que em breve veremos com o nome de purgação da mora. I

E' por isso que não se pode conceber uma mora nas obrigações de não fazer, pois que, praticado o acto a cuja abstenção alguém se obrigou, já o inadimplemento é completo. Eis porque nas obrigações negativas, em geral, o devedor fica constituido em mora desde o dia em que executar o acto de que se devia abster ^(.810).

E' também pelos mesmos fundamentos que não se pode comprehender a mora nas obrigações condicionaes e nas dividas illiquidas antes que se realise a condição, ou a liquidação ^(m1).

Consideram-se em mora o devedor que não effectuar o pagamento e o credor que não o quizer receber no tempo, lugar e pelo modo convencionados ^(18M).

Ha, pois, a mora do devedor—*mora solvendi*—e a do credor—*mora accipiendi* também impropriamente chamada *cre-dendi*.

Quando, pois, o devedor não satisfaz no tempo e lugar convencionados, ou o credor recusa as offertas de pagamento feitas pelo devedor, ou não é encontrado no lugar da prestação ao tempo delia, sem deixar mandatário, se diz que estão em mora.

O Código Francêz e seus semelhantes nada dispõem acerca da mora do credor. Ahi o devedor só tem o recurso da consignação, que é uma forma do pagamento forçado.

O systema allemão, que é o romano e por isso mais compatível com o direito pátrio, ao contrario, a regula em especial e faz da consignação um recurso extremo e extraordinário, pois

(U*⁹) CHIRONI, *Colpa Cont. n. j25*.

(«só) cod. Civ. Port., art. 714; GIOHGI, *ob. cit. 77, 46*; Proj. Bevil., art. 964.

(»35i) Non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat, diz ai. 99 D. ddreg. jur.

(M5S) RAMOS, *ob. cit. n. 234*; Proj. Bevil., art. 958; Cods. Civis: Fr., arts. 1138, 1139, 1146 e 1302; Ital., art. 1228; do Chile. art. 1551; do Peru, art. 1264; do Canadá, art. 1068; F. Suisso, art. 106; allemão, art. 284e 293, Proj. FeL, art. 402. |

que realmente ella é uma aggravação da obrigação a cargo do devedor. Não se pode, pois, deixar de ligar á recusa do credor, á sua mora, effeitos favoráveis ao devedor adimplente (^{im}).

256.—A mora do devedor implica: a) um direito de credito valido, exercitável por via do acção e não paralysavel por uma excepção ; ò) que haja decorrido o tempo em que o devedor era obrigado á prestação sem a realisar ; c) que o devedor conheça o que, o quanto e quando deve prestar; d) que não existam factos que justifiquem a falta da prestação em tempo (^{im}).

Assim, *o devedor que tem excepções a deduzir contra o credor não é constituído em mora durante a discussão e antes da decisão do que houver deduzido (^{8M}). E' o caso único em que a demanda judicial não constitue só por si e immediatamen-te o devedor em mora, uma vez proposta por divida exigível e em lugar competente (^{M6}).

257.—Divide-se em geral a mora do devedor em *mora exreemora ex persona*. Aquella é a que é fixada por lei, como ; na tomada de posse illicita de uma cousa, desde essa tomada de posse; ou por convenção ou titulo da própria obrigação,

A ultima é a que se verifica pela retardação no cumprimento da obrigação no tempo próprio (¹⁸⁵¹). Os nossos civilis tas portuguezes, concebendo a mesma cousa sob denominação diversa, chamavam *regular* a mora constituída pela interpe-llação, e *irregular* quando nella incorre o devedor por dispo sição de lei (^{13M}).

.A*i

(^{3M}) SALEILLES, *ob. cit.* M. 38.

(^{im}) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 277 ; GIOBQL, *ob. cit.* II, 47.

(^{18M}) l. 21 D. de usuris ; VOET, *ad Pand.* XXII, i, 29; MOLITOR, *ob. cit.* n. j19.

(^{iM}) CHIROKI, *ob. cit.* n. Jj2; LAROMBIERE, *ob. cit.* 1139, 16• AUBRY ST RAU, *ob. cit.* § 308 nota 11; LAURENT, *ob. cit.* XVf, 234 ; TOOLUER, *ob. cit.* VI, 263; DURANTON, *ob. cit.* Xj, 441.

(•sai) MOLITOR, *ob. cit.* ns. ;4l a 346 nega essa distincção em direito romano.

(^{18M}) LOBÃO, *Avaliações t Danos* § 182 nota ; C. DA ROCHA, *ob. cit.* nota G. pr.

■; LACERDA, *ob. cit.* % 41 *iota 3.

258.—Ha casos característicos de mora presumida pela lei. Taes são: *a*) na retenção de cousas havidas por meios criminosos (^{13M}); *b*) na obrigação deresarcir o danno causado, desde que se perpetrou o delicto (^{138o}); *c*) na falta da entrega do dote ao tempo promettido (^{mi}); *d*) nas dividas a menores ("*"); *e*) nos alcances liquidos dos tutores (^{13M}); *f*) na falta do pagamento do preço depois da entrega da coisa vendida ("•*"); *g*) no não pagamento do foro durante três annos (¹³⁸⁵); *h*) na recusa da restituição da coisa alugada apoz a notificação para deixal-a (^{me}); *i*) na recusa de entregar a coisa emprestada por parte do commodatario (^{mi}); no pagamento do premio atraza-do pelo segurado ("•") etc.

259.—Os casos da mora presumida pela lei repouzam na presumpção geral da culpa que a mora implica.

Ha quem defina a mora incluindo essa presupposição de culpa :—*Mora ett dilalio culpa non carens, debili solvendi vel crediti accipiendi* (""). Essa affirmação não é unanime ; as escolas dividem-se.

Ha autores que professam que para ser alguém constituído em mora não é necessária a culpa, ou antes, que aquella não suppõe esta (^{wf}). Outros, porém, com melhores fundamen-

("»») 1. 14 § 11 D. quod metus causa : GIOHGI, *ob.cit.* VIII, u. 135.

(isso) *Dir.Civ. Recopil., art. 1008*; Proj. Bevil., arts. 965 e 1550.

(^{1M1}) LAFAYETTE, *Famílias* § 80 nota § ; BEVILÁQUA, *Famílias* § 48, e Proj. deC. Civ., art. 294.

("••> LAFAYETTE, *ob. cit.* §§ 155 e 156; Proj. Bevil., art. 439.

(^{36s}) *Cottsol. das Leis nota 3 ao art. 305*; LAFAYETTE, *ob. cu.* § 160 ; Proj. Bevil., art. 443 § un. e 448.

("«*) <*Dir Civ. Recopil., art. 1045 ; Consol. das Leis, art. 518 e 538* § 8; RAMOS, *ob. cit. n. 845*; Proj. Bevil., arts 1126 e 1131 § 2.

(^{188B}) *Dir. Civ. Recopil.,art. 662*; LAFAYETTE, *Cousas*, § 756; Proj. Bevil., art. 699 n.

II.

(1M6) *consol. das Leis, art. 662*; RAMOS, *n. 12j7*; *Dir. Civ. Recopil., art. 1117* ; Proj. Bevil., 1254.

(1361) *Consol. dos leis art. 502 § 2.º* ; *Dir. Civ. Recopil., art. 1164* ; Proj. Bevil., art. 1254.

(^{M8}) LACERDA, *lug. dt.*; LOBÃO, *lug. cit.*; MOUTOR, *ob.cit. n. 312*; CHI-RONI, *ob. cit. n. j28*.

(¹⁸⁶⁹) SAPORTA, *De Mora Cap. I, n. tapud* GIORGI, *ob. cit. II. 43*.

(1810) MACKELDEY, *ob. cit. § 381 n. y* : SCHÖMANN, *Manuale didir. civ.* (trad. ital.) JJ, *n. 11*; SINTENIS, *ob. cit. § 93 nota 50*; ROSSEL, *ob. cit. «. 132*, com fundamento na lei 18 D. de pecul. constit.

tos, exigem a culpa como elemento da mora (^{mi}). Isto está de acordo com o direito e jurisprudência pátrias, que sempre consagraram que, não havendo facto ou omissão imputável ao devedor, este não incorre em mora. (^{mf}). E' a applicação geral do principio *easus a nemine prmlanlur*. E' pois, preciso que o facto não seja imputável ao devedor ; como, por exemplo, si não encontrou o credor (^{""}), ou, em geral, quando seja tolhido por impossibilidade absoluta de cumprir a obrigação para que deixe de existir mora (^{m4}). A impossibilidade relativa, como a de não encontrar dinheiro, não liberta o devedor dos efeitos da mora (^{im}).

E' por isso que ha quem com boas razões distinga o obstáculo ájpr estação, já existente na época em que se constituiu o direito de credito do que sobreveiu depois. No primeiro caso pôde o devedor invocal-o como facto que lhe não deve ser imputável si se tratar de um obstáculo objectivo, chamado pelos glosadores *impedimentum naturale, impedimentum slipula-toris*. Si, porém, o obstáculo é subjectivo, relativo ao próprio devedor, *ad incommodum promissória, perlinens*, então o devedor jamais poderá invocal-o.

Si o obstáculo sobreveiu mais tarde, é então o caso de se examinar si o devedor é ou não responsável pelo dolo ou pela culpa (^{,816}).

Consequentemente, para evitar a verdadeira *mora debetoi* è essencial que o pagamento seja retardado sem causa, pois ha retardação sem os característicos da mora.

Um desses casos é quando o devedor que paga exige a quitação em devida forma e o credor demora ou recusa pa-ssar-lh'a ; ou nas dividas cuja quitação se deva operar medi-

(«"») DONEXXUS, *De jure civile XVI, Cap. II, §§ 1 e2*; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 276 e nota 4 ; § 277 nata 9 ; WANGEROW-PAMJ., *III, § 588 obs. 7.*», MADAI—*Die Lehre von der Mora* — ed. de 1837—§ 2.º ; MUHLENBRUCH, *ob. cit.* § 37i nota 17 ' ; BRINZ, *Pand.* § 271 ; DERNBUHG, *oh. cit. n. II, P* 1, § 71 M. III*; CHIRONI, *ob. cit. n. 325* ; GIOKGI, *ob. ctt. II, n. 44*; GUNTURCO, *ob. cit.* §69; MAYN.Z, *ob. ctt. § 179 nota 4* ; MOUTOR, *ob. cit.* § 347 ; LA-ROMBIERK, *ob. ctt. 1139,*' AUBRY ET RAU, *óí>. cit. § 308—1.º* ; SAUEIUS, *ob. cit. ns. 29 e 40* ; HUDBLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 326*.

(*3«) *D ir. Civ. Recopil. art. 877* ; Proj. Be vil., art.966; Cods. Civs. : Allemão, art. 285; da Áustria, art 1295 ; do Chile, art. 1558 ; Prússia I, 11 § 97, 98,102216 el077.

(•">) *l. 23 D. de receptis*.

(¹⁵¹*) *l. 2'D. si quis cautiombus*.

(1375) *l. J37 § 4 D. de verb. oblig.*

(MW) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 277 n. 4.o ; MOUTOR, *ob. cit. n. 319*.

ante restituição do título e o credor recusa-se a fazer a declaração da inutilização do mesmo ⁽¹⁸¹¹⁾.

Assim também desde que o devedor retarda o pagamento para obter certas garantias não se pode dizer que fica desde logo em mora. Tal é o caso do depositário da coisa que deva ser prestada divididamente a diversos herdeiros de um depositante único.

Pôde nessa hypothese o depositário, sem ser constituído em mora, retardar a entrega a um dos herdeiros que exigisse todo o depósito até que elle lhe dê caução de ratificação dos outros herdeiros ⁽¹⁸¹²⁾.

StSO.—Desde quando começa a mora do devedor, ou antes, qual a época em que se pôde dizer que elle fica constituído em mora ?

Já compendiamos os casos da mora presumida.

Trata-se agora de pôr a regra jurídica para os casos geraes não previstos em lei. É a magna questão deste instituto.

A grande controvérsia versou sempre sobre saber si, nas dividas a prazo, a expiração deste era o sufficiente para constituir o devedor em mora ; em uma palavra, si o *dies interpellat pro homine*, ou si era ainda necessária a interpellação do credor.

Dizem todos os glosadores e romanistas mais antigos que a máxima citada firma-se na lei 12 *C de contrahenda el committenda stipulatione* e delia se encontram vestígios em fragmentos dos jurisconsultos clássicos ⁽¹⁸¹³⁾.

Do direito romano e do canónico passou ella ao direito moderno por intermédio do direito germânico. A França sempre a repelliu e a Allemanha aceitou-a sempre ⁽¹⁸¹⁴⁾.

Essa discussão é puramente académica.

A regra invocada não contém a importância que se lhe quer attribuir e veremos em breve que, sem a menor incohe-

(1811) Proj., Bevil., arts. 942 e 945.

⁽¹⁸¹²⁾ MOUTON, *Wg. ctt.* ; Proj. Bevil., art. 895 n. II.

(1813) ex : Is. 1, 11, 15 e 16 D. de action. emti; li 114 D. de verb. oblig.

⁽¹⁸¹⁴⁾ Aceitam a máxima: MACKELDEY, WINDSCHEID, MADAI, WANOKROW, THIBAUT, MDHLENBRUCH. Combatem-na: SAVIGNY, PUCHTA, WARNKOENIG, SINTE-MIS, MAYNZ, VAN-WBTTER, MOLITOR. Este ultimo dá um bello resumo do debate na ob. cit. ns. 348-357 e 361.

rencia, Códigos de um mesmo systema dispõem differentemen-te sobre a matéria.

O Código Francêz repelle a máxima (^{MM}) e só admitte que o devedor seja constituído em mora pela transição do prazo, si assim foi convencionado (^{18M}). A única excepção ali é a do artigo 1146 (^{,SM}).

No nosso direito a interpellação é essencial no vencimento das obrigações a prazo (^m), posto que a jurisprudência seja varia (^{18M}).

Ha nisso completo contrasenso jurídico. O não cumprimento da obrigação positiva e liquida no seu vencimento deve importar de pleno direito a mora do devedor. A estipulação de um prazo tem, na intenção das partes, o effeito de evitar a surprêza do devedor e tirarlhe o direito de não poder invocar que se não acha preparado para o pagamento (^{18M}).

E' a *mora ex re*, em que o termo é concedido precisamente para a execução.

Não havendo, porém, prazo designado, é muito justo e natural que a mora comece da interpellação (^{M1}). E' a *mora ex persona*, em que o termo é concedido à pessoa do devedor.

Si a interpellação tem por fim converter uma obrigação pura e simples em obrigação a termo, é claro que ella é dispensável onde o termo exista por convenção. Ha nas obrigações a termo uma culpa positiva do devedor que o exceda sem dar cumprimento áquillo a que sabia estar obrigado e, portanto, nada mais deve restar ao credor praticar para constituir o devedor em mora (¹³⁸⁸). Os Códigos mais adiantados e salientes

C^{18M}) Cod. Civ. Fr., art. 1139.

O»»*) Como elle os Códigos : da Hesp., art. 1100; do Canadá, art. 1067; Arg., art. 509; do Congo, art. 38 ; do Hayti, art. 930; de Guatemala, art. 1433 ; do Uruguay, art. 1297.

(UM* HODELQT ET METMAN, n. 226 ; BAUDRY L. ET BARDE, ob. cit. ^27.

^{188*}) Ord. liv.4 tit. 50 § 1 ; Cod. Comm. art. 138; RAMOS, H. 233; Dig. Port. I, 202 ; C. DA ROCHA, § 128 e neta G final ; P. BORGES, ob. cit. v. mora ; LACERDA, OC. cit. § 41 nota 14.

(UM) Vide casos no *Direito*, ■ (1386) p_{roj.} Bevil.,art. 963 ai. 1 acomp. com o cit. art. 1139 do C. Civ. Fr. ; Cod. Civ. All.,arts. 284, 296; Cod. Civ. Port., art. 711; Cod. Fed. Suisso, art. 117 ; Cod. da Prússia. I, 16, §§ 20, 21 e 67 ; Cod de Sare,art. 736; Cod. Civ. da Áustria, art. 1374 ; Cod. Civ. da Ital., art. 1223 ; C. Civ. do México, art. 1423,1; Cod. Civ. do Chile, art. 1551 e outros cits. na nota anterior.

(is»7) p_{roj.} Bevil.,cit. art. 963 ai. 2*.

(^m) MADAI, ob. cit. § 141; WINDSCHBID, o&. cit. § 278 n. 1 e nota 4.

seguem o mesmo principio (^{im}). Apenas a maneira de regular a matéria no Código Allemão é mais restricta.

Definindo a mora pela não prestação ao tempo fixado, demanda a fixação em dia certo e determinado no calendário (^{1M0}).

Ha, porém, um caso singular em que, apesar de não haver applicação da máxima *dies inlerpellat pro homine*, não se pôde também dizer que se possa fazer a interpeção.

E'quando, não se determinando época para o pagamento, pôde o credor exigil-o immediatamente. Nesse caso, ou con-ta-se a mora da exigência, embora immediata, desde que não seja satisfeita, ou depois de findo o prazo fixado pelo juiz ou concedido pela parte. E' só então que a máxima tem inteira applicação (^{1M1}).

—01.—Nos casos de obrigação sem prazo fixado, vimos, a interpeção é essencial para que o devedor fique constituído em mora. Em primeiro lugar deve a interpeção ser feita pelo credor ou por seu representante com poderes para receber e ao devedor ou seu representante (^{139t}).

Assim, pôde fazer a interpeção o mandatário geral do credor e o especial para receber, bem como o *adjrxtus solutio-nis causa*.

O gestor de negócios do credor, porém, não pode fazel-a, salvo em relação ás dividas constituídas ao tempo de sua gestão e em virtude desta (^{89s}).

Por outro lado, discute-se si a interpeção feita ao mandatário do devedor é operante para constituir este em mora.

Domina a solução negativa no caso geral. Entretanto a citação produz esse effeito quando o procurador é encarregado da representação em juizo: só então fica o devedor em mora

/1394V

Pensam outros e com razão que é isso uma questão de facto, de vontade, a ser apreciado pelo juiz e que este deve ad-

(¹⁸⁸⁹) Cod. Fed. Suisso, cit.; ROSSEL, *ob. cit. n. 133*; Cod. Civ. AU., art. 284 cit. ; DERNBURG, *ob. cit. v. II, P*. 1.* § 71, II, 2 e 3*.

(«Mj Cod. Civ. AU., art. 284 _____ istfür die Leistung eine Zeit nach dem Kalendar bestimmt.

(»M) Cod. Civ. AU., art 326 ; DERNBURG, *ob. cit. § 7; n. I*.

(MMj WINDSCHBID, *ob. cit. § 279 notas 5 a 9* ; MOLITOR, *ns. 313 e segs.*

(UM) GIORGI, *ob.cit. 11,49*; DERNBURG, *ob. cit. § 71 ti. li, 2 e*).

(^{im}) 1. 23 D. de usuris et fructibus ; 1. 8 § 3 D. de procurat. et defens.; VOET—*ad Pandectas XXII, 1, 2\$ fim* ; MATNZ—*Oblig. % 10*.

mittir a mora no caso da interpellação ao mandatário, uma vez que o devedor tenha faculdade e meios para pagar (^{1sM}). I Ao gestor dos negócios do devedor nos parece fora de duvida não se poder fazer interpellação válida para constituir o devedor em mora (¹³⁹⁶).

A interpellação é nulla si consiste em reclamar cousa diversa da devida, ou em lugar e tempo diverso do convencionado ; deve, pois, ser feita *opportuno loco et tempore* (^{im}). ^

Nos termos legais, a interpellação é sempre essencial e sem excepção alguma (^{18M}).

§562.- -Quanto á forma, nosso direito não exige, como o francêz e o italiano, que a interpellação seja feita por citação ou acto equivalente, dando lugar sempre e uniformemente a acto escripto (^{8M}). Entre nós os meios são mais amplos e nada inibe que se comprehendam cartas, telegrammas, telephone mas, como meios de interpellação, uma vez que fique provado terem sido recebidos (^{M0o}).

Pôde, pois, ser judicial ou extrajudicial e, portanto, pôde se effectuar a mora antes da proposição da acção em juizo (^{uo1}).

Nenhum texto romano nos diz si a interpellação deva ser feita por acto escripto, ou si é valida verbalmente.

A interpellação judicial é necessária no commercio para se constituir o devedor em mora (^{UM}) e, portanto, ella deve ser ahi sempre por escripto. No eivei, porém, nenhuma disposição positiva existe a respeito e nada autorisa a que se exija a citação para fazel-a effectiva.

(1395) GIORGI, *ob. cit.* II, 50 ; MASSÉ ET VERGÉ á ZACHARIA:, *ob. cit.* § 547 nota 8.

(tm) Mahnung durch eine unbeauftragten Geschäftsführer ist unwirksam, auch wenn der Schuldner Vorlegung der Vollmacht nicht fordert—DERNBDRGI / «g. cit. § 71 n. 2, II e).

(^{<8>7}) 1. 32 D. de usuris; WINDSCHBID, § 279 notas 2 e 3; MOUTOR, *ob. cit.* ns. 316-318. O mesmo dizemos allemães: «am gehörigen Orte und zu gehörigen Zeit zu erforgen»;—vid. DKRNBURG, § 71, II, 2h.

(1\$M) WINDSCHBID, *ob. cit.* § 218 n. 1 fine.

(1899) TOULLIER, *ob. cit.* r/7. VI, 253 / DURANTON, *ob. cit.* X, 441; LAURENT, *ob. cit.* XVI, 234 ; LAROMBIKKK *ob. cit.* 1139,12 ; DEMOLOMBE, 06. *ctt.* 1,530; HUDELLOT ET MKTMAN, *ob. cit.* ii. 225•

(i>oo. CHIRONI, *oô. cit.* ti. 334.

{^UW) MOUTOR, *ob. cit.* ». 118.

(iMi) Cod. Comm. arts. 138 • 205. *Consol. das Leis art. 482 nota 6.*

O fim da interpelação é só fazer certa ao devedor a vontade do credor de não mais dilatar a época do pagamento. Demais, nosso paiz, vasto e deshabitado como é, reclama a solução mais consentânea com o fim capital de se não tolherem os meios do desenvolvimento económico (^{im}).

Entretanto o vocábulo interpelação abrange em sua generalidade a citação judicial e todos os demais meios escriptos. Qualquer, porém, que seja o meio empregado, ella não é sujeita á uma formula predeterminada (^{1Wk}). Todavia é preciso não tomar em absoluto tal affirmação. Ha um fundo essencial na interpelação como bem indica seu fim e é que por ella o credor deve fazer sciente ao devedor que deve effectuar o pagamento, o objecto e o tempo d'elle.

Na citação judicial está incluída a interpelação, mesmo quando nulla por vicio de forma ou para um tribunal incompetente (¹⁴⁰⁵), pois que para o fim de ser o devedor constituído em mora, basta a manifestação inequivoca da vontade de ser pago manifestada pelo creder (^{140B}).

Essa nossa doutrina soffre uma vasta controvérsia em França, onde nenhum accôrdo existe entre os mestres theori-cos e entre os tribunaes (^{M1}).

A nullidade, porém, não tem influencia para destruir o meio probante, virtualmente contido no facto da citação, da vontade manifestada pelo credor. Si aquella é invalida como acto judicial para os effeitos communs do processo, vale ao menos como interpelação extrajudicial. *Oritur ex aclu nullo probatio facti*. Nem é este um caso isolado no direito. Múltiplos são os casos em que figuras jurídicas nullas por vicio intrínseco, produzem effeitos positivos como principio de prova (^{w8}).

Ha, porém, uma circumstancia em que a interpelação para pagar, mesmo judicial, não produz effeito completo sem certos preliminares. Tal é—a titulo de exemplo—o caso das dividas illiquidas, porque então o credor, si não for possível proceder

(1408) Em contrario pensa GIOKGI, *H*, 62 com o direito italiano. (1404) Sie kann formlos erklart werden und ist an bestimmte Worte nicht gebunden, aber unzweutig tnusssein; cit. DERNBURG, § 71, n. 11,2.

(1406) WINDSCHKID, *ob. cit.* § 279 *HOtt* 1.

(1406) CHIRONI, *ob. cit.* n. 333 pag. 726.

(1407) Vide LAROMBIERE, *ob. cu.* 1139, 16; DEMOLOMBE, *ob. cit.* I, 630, 611 ; AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § 308 nota 16 ; DALLOZ, *Recueille ães Arrits v. interpellation*.

(1408) GIOBQL, *ob. cit.* 11,55.

á liquidação sem o concurso do devedor, deve fazel-o citar para tal fim ⁽¹⁴⁰⁹⁾.

Outro meio de constituir o devedor em mora é o *protesto*, comprehendendo nelle, não só o de letra como aquelles que se fazem por garantia de direitos ^(1"o). Nem se diga que estes últimos não tiram nem dão direitos, porque realmente, na hypo-theze, não se criam direitos e somente faz-se com que o direito de credito prexistente produza suas consequências extremas.

Diz-se também geralmente que a *notificação* é outro meio de realizar a interpellação.

Si com esse vocábulo querem comprehender a simples noticia levada ao devedor, sob qualquer forma, ha uma redundância a evitar, pois que essa forma *inclue-se em interpellavão*, geralmente falando. Si ao vocábulo dermos o sentido que tem no processo, nada mais faremos do que transportar ao direito substantivo o que de mais ambíguo existe na pratica forense.

Com effeito, temos em processo a *citação* que é um chamado a juizo para alguém exercer direitos; temos *intimação*, que é o acto que publica ás partes decisões anteriores que lhes interessam. Ali ha uma comminação, porque seu effeito é crear obrigações ; aqui nenhuma comminação existe ; seus effeitos residem na vontade das partes. Mas que é *notificação* ? No sentido da lei ^(1"m) pode-se dizer que é somente a *narração* ás partes da existência de qualquer daquelles dous outros actos: é um meio equivoco de fazer chegar ao seu conhecimento uma citação ou uma intimação anterior ^(1 M 2).

Em regra, e salvo convenção em contrario, as despêzas feitas com qualquer forma de interpellação ao devedor são a a cargo do credor ^(1"m).

263.—Passando a considerar a mora do credor, *mora aceipitndi*, a primeira questão a aventar é si, como na do devedor, lhe é essencial o elemento da culpa.

Ha a esse respeito diversos systemas propostos.

(1409) GIORGI, *ob. cit.* II, 57.

(Mio) Art. 390 do Regai. 737 de 1850 ; P. E SOUZA, nota 1026 ; T. DE FREITAS a P. E SOUSA, nota 957.

(mi) DaOrd. liv. 3, °tit. 1. °§§9 e 13.

(MU) *Direito XIII*, 2j3 ; *XIV*, 2j2.

(1418) proj. Bevil., arg. do art. 949 ; DERNBURG, § 72 «. 11,9 ;

Um delles assemelha a mora do credor á do devedor, tori n ndo sempre essencial a culpa e, portanto, exonerando-o de seus efeitos si esta faltar ("**").

Outro não admite a menor excepção de defêza e dá effei^ tos da mora ao facto único da recusado credor f*⁵).

O ultimo faz decorrer a mora da offerta válida e rejeição do credor sem prestar attenção á existência ou não da culpa (^m). •

Nenhum desses modos de ver é aceitável.

A mora do credor tem seu fundamento racional no direito que tem o devedor de não ver sua obrigação aggravada por um acto não seu (^{1*17}). Nada, portanto, influe a consideração da imputabilidade, bastando a consideração do facto da recusa do credor. A grande differença entre a mora do devedor e a do credor é exactamente que naquella é essencial a culpa e nesta não ("").

A mór parte das legislações pensa em sentido contrario: que tanto a mora do credor como a do devedor repousa na culpa (^{UM}). O principio moderno do Código Allemão, porém, é mais racional.

A mora do credor, posto que não deixe de prejudicar o devedor, é todavia mais nociva ao próprio credor.

O devedor, como veremos, se exonera dos juros moratórios ; a perda fortuita da cousa não lhe é nociva e tem até direito de resarcir as despêzas com a conservação da cousa. desde que o credor esteja em mora (^{UM}). E\ pois, sem fundamento outra deducção que não a allemã.

264.—A mora do credor caracteriza-se pela offerta real do adimplemento daquillo que lhe é devido e de sua recusa.

(1414) WINDSCHSID, *ob. Cit.* % 345 H. J.

(1415) MOMMSBN, *Die Lehre der Mora*, §§ 17 e 18.

(1410) WINDSCHEID, *ob. cit. lug. cit. notas 8 a 11.* (M17)

BHINZ, *ob. cit.* §275.

(1418) Sine erhebliche sachliche Verschiedenheit liegt nach B. Gesetzbuch darin, dass zwar Verzug des Schuldners grundsätzlich Verschulden desselben fordert, Verzug des Gläubigers aber ohne Rücksicht auf Verschulden denselben eintritt. DBRNBURG, *ob. cit* § 74 n. IV; SALEIXES, *ob. cit. n. 43*; CHIHONI, *ob. cit. n. 341 fine* ; ROSSEL, *cilando*— HABERSTICH, HAFNER SCHEIDER e FICK :| *ob. cit. H. 119.*

CM») Cod Civ. Fr., art. 1257 ; Cod. da Prússia I. 11, §§ 98,102,103, 939, 940; Cod. Civ. da Áustria, art. 1419 ; Cod. deSaxe arts.746 a 749.

(1490) ROSSEL, *ob. cit. n. 120.*

A offerta do devedor é então nos seus efeitos o mesmo que a interpellação para a mora do devedor : uma e outra indicam que é chegado o momento preciso da solução do *vinculum júris*.

A mora do credor resulta então da negação do recebimento. Nem é essencial que a recusa seja injusta, como pensam alguns civilistas ^(1W1). O que é fundamental é a offerta do devedor, mas offerta de cumprir immediatamente e não simplesmente de estar prompto a cumprir ^(1W*).

Não trepidamos em affirmar que a offerta, mesmo verbal do devedor, pôde constituir em mora o credor, si aquelle provar que a fez e lhe foi recusada ^(WM).

Outros são os requisitos de que ella se deve revestir quanto ao fundo. E* assim que só é válida quando feita por quem tenha capacidade para effectuar pagamento.

De modo que um terceiro pôde constituir o credor em mora, todas as vezes que possa realizar o pagamento válido

cn

i

Discutível é si a offerta ao mandatário pôde constituir em mora o credor. Quanto ao mandatário especial a negativa é indiscutível, pois que os termos limitados de seu mandato são para o fim de receber e não para rejeitar o pagamento. O mandatário geral, porém, tem direito de fazer a rejeição, e, portanto, si a fizer, constitue o credor representado em mora

r«).

O tempo em que a offerta do devedor deve ser feita é qualquer, quando a obrigação é pura. Quando é a termo, o devedor só pode fazel-a válida para o effeito da *mora accipiendi* si o termo for estipulado em seu favor. Em regra, porém, pre-sume-se o termo estipulado em favor do devedor ; logo, pôde este em regra, constituir o credor em mora por offerta valida antes do termo, comtanto que offereça ao credor tudo quanto a este caberia receber si o termo expirasse como estava previsto na convenção ^(UH)

O contrario só se pode admitir quando o termo é estipu-

(***) WINDSCHEII, *ob. cit.* § 345 *tt.* 3 e notas 8 e 9. («») DERNBURG, *ob. ai.* § 75 *n.* I, 2 e u. II. (***) Cod. Civ. Ali., art. 295; DERNBURG, *cit.* § 75 *n.* *ti— /..?*. (***) MoUTort, *ob. cit.* n. 921 ; ROSSEL, *ob. cit.* n. 119. (>>*) 1. 34 § 3 D. de solut. ; I. 12 D. de in jus vocando. *Dir. Civ. Recopil.*, art. 874.

(••) Arg. das Is. 38 § 16; 137 § 2 D. de verb. oblig.

lado em favor do credor ou de ambos, como é regra no commercio (^{m7}).

Desde, portanto, que a offerta é feita em tempo, modo e lugar convenientes, o credor está em mora de receber.

Apesar de tudo, a doutrina e mesmo a lei admittem casos de *mora occipiendi* independentes da offerta.

Taes os casos : a) quando a offerta não pode ser feita por facto imputável ao credor; b) quando o credor se ausenta sem deixar procurador no lugar do pagamento ; c) quando o credor de antemão declara não querer receber o pagamento; d) quando o credor exige mais ou cousa diversa da que lhe é devida ; e) quando o credor recusa-se a dar quitação pedida pelo devedor solvente ou que quer solver ; f) quando o credor não quer restituir ao devedor que se propõe a pagar, o titulo da obrigação (^{uw}).

A offerta de pagamento parcial não constitue o credor em mora, salvo nos casos especiaes de obrigações divisíveis. Outrosim, não se dá o mesmo resultado, si sem culpa sua o credor fica impossibilitado de receber (^{1M9}).

265.—A mora produz efeitos em relação ao devedor, ao credor, e outros communs a ambos.

A—O primeiro efeito da mora do devedor é obrigar-o a responder pelos prejuízos que sua mora causar (¹⁴³⁰). E' o principio romano: *ubi moram quis fecit, omnem causam debet constitutare* (^{iM1}).

Na palavra *prejuízos* comprehende-se tudo quanto o credor deixou de tirar da prestação, si esta tivesse sido feita a tempo preciso (^{1Mf}). Assim, o devedor é obrigado : a) aos fructos perceptos e percipiendos; b) aos juros legaes desde a mora ; c) a satisfazer a clausula penal adjecta na qual incorre

(^{1WT}) VOET—*ad. Pana. XII, l.n. 20* ; MOLITOR, *ob. cit.n. y2j.*

(1*28) ROSSEL, *ob. cff. ti. 119 cit.* ; MOLITOR, *ob. cit. n. 328.* Proj. Bevil., arts. 942 e 945. Convém notar que os dous últimos casos contêm offerta implícita do devedor.

(^{uw}) Proj. Bevil., art. 893 ; GIORGI, *ob. cit. 11,85*; MOUTOK, *ob. cit. MS. 325 e327.*

(íwo) Proj. Bevil., art. 959 ; Cods. Civis : Ali., art. 286: ai. 1; da Prússia I, 16 §§ 1618; 11, § 97; de Saxe, arts 740,744 ; do Chile, art. 1557.

(**8i) 1. 8§ 6 D. de precário ; 1. 17 § 1.º D. de rei vindicat.

(^{1Wf}) WINDSCHEID, *Ob. Cit. § 280 ii. 1.*

de pleno direito logo que o pagamento deixou de ser effectu-ado^(U85).

B.—O segundo effeito da mora é sujeitar o devedor a satisfazer as perdas e danos que possa exigir o credor no caso em que por motivo de retardação a prestação se lhe tornar inútil^(U8t). Isso verifica-se ás mais das vezes nos contractos bila-teraes. Não nos parece, porém, ser este o caso único em que o credor possa rejeitar a prestação. Um outro é quando do inadimplemento lhe resultarem direitos taes que a prestação lhe seria inútil. Tal é o caso do pacto commissario em que as partes estipulassem a resolução do contracto de pleno direito.

Dada a mora em tal caso, o contracto deixou de existir e, portanto, a execução posterior nada adianta ao credor.

C.—Outro effeito da mora do devedor é que elle responde pela impossibilidade da prestação ainda resultante de caso fortuito ou força maior durante ella, não provando isenção de culpa, ou que o danno sobreviria ainda que a obrigação tivesse sido cumprida opportunamente^(1MS).

A perda fortuita da cousa depois da mora do devedor, já não é para elle um caso fortuito, pois que a mora induz culpa.

A idéa de isentar o moroso da prestação do caso fortuito pela prova de que o danno sobreviria em mão do credor, já dominava confusa e pouco accentuada no direito romano^(ttM).

Com effeito, ali o devedor em mora era responsável pelo danno fortuito, desde o momento da mora, nas hypcthezes da *mora ex re* e quando não pudesse provar que a cousa teria igualmente perecido em mão do credor nos casos da *mora ex per-sona*^(Wí1).

A questão, porém, não foi isenta de controvérsia.

Modernamente resolve-se do modo equitativo exposto.

Ha quem pense que a impossibilidade da prestação não libera o devedor, mesmo sem culpa sua, e que nada lhe valerá provar que o danno sobreviria em mão do credor, porque este poderia transformar o objecto da prestação, a menos que o de-

^(M3) *Dir. Civ. Recopil., art. 876 § un. ; Consol. das Leis nota 22 ao art. 369 ; MOLITOR, ob. cit. n. 330 / GIORGI, ob. cit. II. 71 e segs.*

C***) Proj. Bevil., art. 959 §un. ; Cod. Civ. AU., art. 286 ai. 2 ; Cod. Fed. Suisso, aru 125; ROSSBL, *ob. cit.* «. 135 c.

^(M5) Proj. Bevil., art.960 tirado do F. Suisso, art. 118 ; Cod. Civ. AU., art 287; Cod. Civ. da Áustria, art. 965; Cod. Civ. da Hesp., art. 1096 ai. 3; Cod. Civ. Fr., arts. 1138, 1245, 1302.

^(148fl) MATTNZ, *Droit. Rom.* § 180 nota 6.

^(im) MACKKLDKY, *ob. cit.* S382 notas 13 a 15.

vedor prove que o credor não poderia ter completado a transformação, ou deixado de conservar a coisa (^{UM}).

A prestação do fortuito pelo devedor em mora é o que se diz a *perpetuação* da obrigação ("").

Quando se diz que um dos efeitos da mora é perpetuar a obrigação, quer-se exprimir que esta subsistirá, mesmo quando a coisa pereça.

Em regra, a perda da coisa não imputável ao devedor, libera-o da obrigação ; ao contrario, si foi sua culpa que occasionou tal perda, supõe-se a coisa ainda subsistindo, si não em espécie, em seu valor. Ora, os termos «perpetuar a obrigação» querem dizer que ella continua, a despeito da perda da coisa, facto este sempre presumido no devedor em mora (^{1MO}).

De sorte que a obrigação do devedor se perpetua, ou por outra, é elle obrigado pela prestação impossível depois da mora, mesmo pelo caso fortuito, salvo si provar que o danno sobreviria ainda quando tivesse feito em tempo a prestação.

Isso repousa, afinal, no principio que o credor não devendo perder com a mora do devedor, também com ella não deve ganhar.

Inútil é acrescentar que a prova deve ser feita pelo devedor. No caso normal, nada provando, pode o credor exigir o preço da coisa pela mais alta estimação que pudesse alcançar ao tempo do contracto (^{mt}).

Os casos de impossibilidade absoluta do adimplemento em que portanto não se pôde dar mais a simples mora, como na compra de bilhetes de theatro em espectáculo que não se realisou, ou de estrada de ferro, que não fez a viagem, é o que os allemães denominam *Fixgeschäfte* (^{i44f}).

26<8.—Tratando-se do credor, claro é que sua mora não libera o devedor da obrigação. Entretanto tem este o incon-

(^{1M*}) WINDSCHEID, *ob. cit.* §280n. 2 e nota 14 ; SALLEILES, *ob. cit.* ns. 34 e 35; CHIRONI, *ob. cit.* n. 338 ; LACERDA, *ob. cit.* § 41 nota 10.

(^{im}) C. DA ROCHA, *ob. cit.* §727/ WINDSCHEID, *lug. cit.*; DERNBORQ, *ob. cit.* § 72 n. li

(14*0; MOLITOR, *ob. cit.* n. 331. E' pois, um erro dizer que a mora do devedor torna perpetua a acção do credor; 1.º porque não temos no processo moderno differença entre acções temporárias e perpetuas do direito romano; 2.º porque, apesar da mora do devedor, a acção do credor prescreve pelo lapso do tempo.

(***«) DEHNBORO, *ob. cit.* § 72 n. II, 3.

(«***) Cod. Civ. AU., art. 357 ; DERNBURG, *ob. cit.* § 56.

testavel direito de se premunir contra os danos que d'ali lhe possam provir.

Assim, a *mora dcciendi* produz para o devedor os seguintes efeitos: a) isental-o de responder pela conservação da cousa e por consequência dos efeitos do caso fortuito ou da falta de diligencia (^{UM}); b) sujeitar o devedor a receber a cousa pela mais baixa estimação, si houver alteração de valor durante o tempo decorrido entre o contracto e o pagamento (^{uu}); c) sujeitar o credor a indennisar o devedor das despêzas feitas com a conservação da cousa (^{uw}); d) fazer cessar desde logo o curso dos juros moratórios (^{14W}). Os juros convencionaes, porém, continuam a correr contra o devedor e a favor do credor em mora, pois que aquelle continua no gôso do capital (**").

E' entretanto de notar que nos efeitos referidos da mora do credor a situação do devedor influe e os modifica.

Assim, occorrendo a mora do credor, quando o devedor já estava em mora, a obrigação do devedor deixa de se perpetuar e reduz-se á prestação do dolo. Si o devedor ainda não está em mora, passam os riscos da cousa a cargo do credor. Somente o que não varia é a obrigação de satisfazer os danos causados (^{uw}).

De tudo quanto deixámos dito pode-se deduzir que os efeitos da mora, communs ao credor e ao devedor, são : i) obrigar-os a satisfazer as perdas e danos; 2) fazel-os soffrer a diminuição do preço ou depreciação sobrevinda ao objecto da prestação desde a época do contracto; 3) fazel-os passíveis das perdas e danos fortuitos (^{UM}).

267.—O moderno Código Civil Allemão nenhuma regra estabeleceu para a purgação da mora do devedor; deixou isso

(1448) Mas responde pelo dolo. WIHDSCHIED § 346 n. 1 ; Proj. Bevil.J
art 961. d

(li**) Proj. Be vil., cit. art. 961. (1445) cit. WINDSCHBID, *t. 3.º cit. Proj. Bevil.

(1448) MOUTOR, ob. cit. n. 326; MACKELDKY, ob. cit. § 382 n. 2.

(1447) cit. WINDSCHRID. M. 4 e nota 71 MOUTOR, «. 338 ,» ROSSKL, M.

120; GIAWTUFCO, § 69; DKRMBURQ. § 76 n. 11, 1 e 4.

(1448) MOUTOR, ob. cit. tu. 334-335.

(M49) MOJTOB, ob. cit. n. 329.

á doutrina (^{14.º}). Entre nós domina a respeito o direito romano (^{1W1}).

A purgação da mora só faz cessar seus efeitos para o futuro. Quanto ás consequências que anteriormente surgiram a cargo do culpado, nenhuma alteração soffrem, salvo convenção das partes em contrario (^{1m}). H

Assim, purga-se a mora:

I—Por parte do devedor, offerecendo este a prestação com a importância dos prejuízos decorrentes até o dia do offerecimento (^{1WS}).

Convém notar que essa purgação pelo devedor pôde ser feita por terceiro (**•*). E', porém, essencial que a offerta abran^ ja toda a prestação realmente devida com seus prejuízos e, mais ainda, que o credor tenha interesse em acceital-a, pois que a prestação fora da época convencionada bem pôde ter perdido todo seu valor. Demais, a offerta não deve ser de tal natureza que o credor fique por sua vez em mora de receber

^{1W1}

II—Por parte do credor, offerecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data (^{1W8}).

O credor em mora pôde ocasionar danno ao devedor em conservar a cousa. Não pôde então o credor purgar a mora sem lhe satisfazer esses dannos. E', porém, essencial que a obrigação não esteja extincta para o devedor pelo fortuito, nem depositada em pagamento, porque em ambos os casos o devedor se libera.

Os efeitos para o credor moroso reduzem-se a resarcir ao devedor o danno por este já soffrido (^{1W1}).

III—Por parte de ambos, renunciando aquelle que se julgar por ella prejudicado os direitos que da mesma lhe provieram.

A mora do devedor pôde também ser purgada pela renuncia do credor aos efeitos já produzidos contra aquelle.

(^{1M0}) DERNBURG, §71 n. I.

(^{14M}) 1. 73 § 2.º D. de verb. oblig.; 1. 8 pr. D. de novat. et deleg. ;| 1. 7 fine D. de usuris et fructibus.

(^{4SS}) MATSZ, *ob. cit.* § 180 fine.

M

(^{1W3}) Proj. Bevil., art. 962 n. I; LACERDA, *ob. cit.* § 41 fine.

(^{1m}) Es macht keinen Unterschied, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter anbietet—DERNBURG, *ob. cit.* § 73 n. li.

(^{1m1}) MOLITOH, *ob. cit.* n. 337.

(^{1«M}) Proj. Bevil., art. 962 n. II, LACERDA, *cit.*

(^{1MM}) WINDSGHBI, *ob. cit.* § 345 fine e nota» 1] e 14.

Que o credor possa renunciar seus direitos expressamente não se discute. Pôde também fazel-o tacitamente praticando actos que revelem a vontade de não apioveitar, no todo ou em parte, dos effeitos da mora. Apenas isso deve ser inequívoco, como toda renuncia, que deve ser restrictamente interpretada. Tal, por exemplo, um prazo concedido ao devedor moroso, a novação com elle operada, etc. ^(IW⁸).

Outro caso de renuncia tacita do credor é si recebe a prestação sem reclamar prejuízos; si deixa prescrever seus direitos ^(MW). Inútil é dizer que a mora cessa em todos os seus effeitos, com a cessação do direito de credito.

Ao concluir lembremo-nos da compensação da mora.

Esta se opera quando simultânea no credor e no devedor ; caso difficilimo e talvez impossivel na prática. Nesse caso fí-1 cam as cousas no mesmo estado como si amora não tivesse existido em nenhum dos sujeitos de credito. E' a compensação da mora.

Si, porém, a mora é successiva, só a ultima produz todos os effeitos ^(IM⁰).

SECÇÃO VIU.—*Do pagamento indébito.*

268.—Si as questões fundadas no pagamento indébito vão se tornando cada vez mais raras na pratica, no ponto de vista theorico continuam a ser as mais interessantes e cheias de controvérsias.

O principio que domina a matéria do indébito éque todo o enriquecimento desprovido de causa jurídica produz em beneficio daquelle a cuja custa se operou, uma obrigação de restituir. Enriquecimento e ausência de causa—eis os elementos do indébito. O enriquecimento comprehende não só o aug-mento originário do património, como tudo quanto d'ali decorreu depois.

Mas não é todo o enriquecimento que fundamenta o indébito e sim somente o que não tem uma causa jurídica ^(UM),

(i*Mj VON SALPIUS, *Novation und Deleg*, p. 152 e segs. ; WINDSCHBID, *ob. cit.* § 281 n. 4; GIOROI, *ob. cit.* II, 73 e segs.

^(UM) MOUTOH, *ob. cit.* n. j40; CHIRONI, *ob. cit.* n. 340.

^(IM⁰) Is. 5 e 17 D. de periculo et comm. rei vend. ; MACKBLDKY, *ob. cit.* § 382 n. 3 ; BRINZ—*ob. cit.* § 275 ; MOUTOR, *ob. cit.* n. 339 ; MAYNZ, *cit.* § 180 fln*.

^(IM^t) WINDSCHBID, *ob. cit.* § 421, completo sobre o assumpto.

o enriquecimento injusto. Elle existe não só quando recebemos sem causa legitima, como também quando nos libertamos sem causa legitima de uma obrigação com dinheiro alheio.

E' preciso não fazer entrar neste conceito a idéa de lesão ; esta não constitue uma falta de causa. O aluguel de uma cousa por um preço minimo não cria o direito de restituição contra o alugador. Igualmente não o tem o devedor que podia compensar e se deixou executar sem lançar mão de seu direito.

O direito de repetição, em summa, funda-se no que ganhou o *accipiens* e não no que recebeu o *solvem* (^m).

2269.—E' forçoso renunciar ao ideal de abranger em uma formula única e synthetica todos os casos de enriquecimento indébito.

O melhor expediente foi o do Código Suisso e do Código Allemão (^{1W3}): pôr o principio do enriquecimento como regra fundamental do indébito afim de evitar as deficiências de uma classificação á moda romana, como fez o Código Civil Francêz

270.—Apezar de tudo, essencial é abranger toda a sorte de indébito, quer o *sitie causa*, quer o *ob lurtum causam*, sendo que este ultimo deva ser mais caracterizado como uma obrigação nascida da lei.

Em geral o pagamento indébito constitue um quasi contracto no sentido rigoroso da palavra (""). Muitos Códigos collocam este instituto entre as obrigações que se contraem sem convenção. Outros ha que tratam delle como um accessorio do pagamento (^{1MI}). Em virtude da obrigação unilateral

(^{14M}) ROSSKL, *ob. cit.* n. 96.

(^{1MI}) Cod. Fed. das Oblig., art.70 ; Cod. Civ. Ali., art. 812.

(^{148*}) DERNBURG, *ob. cit.* §374 V ; SALEILLES, *ob. cit. notai*—ao n. 341 e 2.» ao n. 346.

(^{14o}) GIORGI, *ob. cit.* V, n. 73.

(^{14M}) RAOULDB LA GfiAssERia—*Code Mexicain* pag. 124: Cod. dos Bens de Montenegro arts. 595 a 602.

que se estabelecia pelo recebimento da coisa, *re* e da *condilio* que d'ahi decorria, o direito romano comparava a relação que resultava da *indebili solutio* ao *mutuum* ^(u67).

Segundo a marcha normal da evolução romana, a acção para reaver o pagamento indébito compreendia somente, a principio, o caso da dação de coisa, passando mais tarde a abranger toda a prestação qualquer que augmentasse o património do *recipiens* ^(UM).

âT 1. —A concepção romana era, porém, no fundo, a mesma dos modernos acerca desse instituto.

Sua idéa capital era que a ninguém era licito assumir uma obrigação a não ser á vista de uma prestação recebida ou prometida ; não reputava a lei presumível que alguém abrisse mão do que era seu, sem causa ^(1W9). A excepção da doação, *liberalitas nullo jure cogente*, aquella era a regra.

Si a causa não existia, antes ou depois da dação da coisa, esta, enriquecendo o *recipiens*, produzia um prejuízo ao *tra-dens*, ou *solvem*, que devia ser reparado ^(1M0). O principio da restituição era fundado, dizem os textos, na equidade em favor do que deu sem causa de obrigação. Realmente, havia inteira lógica no recurso á equidade.

A tradição da coisa transmittia irrevogavelmente o domínio ao *accipiens*, impossibilitando ao *Iradens* o recurso á *rei vindicatio*.

A acção era então exercida sob a forma de *condilio* e era reunida á classe das que se originavam *quasi ex contractu*.

Não repousava em uma convenção e sim apenas assemelhava-se ás que tinham por fundamento as convenções cujo alvo era a restituição de uma coisa ^(WI).

No conceito romano, porém, havia distincções a fazer.

Si a prestação era de coisa, a relação jurídica era uma obrigação *quasi ex contractu* e gerava a *condilio indebili* ; si,

^(1W) MAREZOLL, *ob. cit.* § 144 «. 4: Por isso é que alguns autores, como POTHIER e MÜHLENBRUCH, tratam da matéria depois do *mutuum*.

^(1*88) Vide múltiplos exemplos em MAYNZ § 275 nota 8 e § 276 nota J.*; MOLITOR, *ob. cit.* n. 859.

(•*•») 1. 52 D. de cond. indebiti.

(•"«) 1. 206D. dereg.jur. ; 1. 14 e66 D. de cond. indeb.; 1. 17 §4 D. deinst. actione ; 1. 6 § 2 D. de jure dotium.

^(1V>1) §§ 6 e 7 Inst. de oblig. quasi excont.; 1. 5.» § 3 D. de oblig. et action. : MOLITOR, *ob. ctt.* n. 841.

porém, era de dinheiro, ella se relacionava com o *muiuum* e denominava-se *promutim*, dando lugar á *condilio cerli* (""•).

27,2.—Os códigos modernos, apesar de não repetirem *verbtim* a classificação romana, comprehendem todas as *conditiones* ali incluídas. As *condiiones ob injusta*, a *lurpem causam* e a *furtiva* ahí estão, bastando que a causa presupposta tenha por conteúdo uma cousa passada, presente ou futura (^{UM}).

O critério actual estabelece como elementos do indébito : a) o pagamento; b) a falta de causa; c) o erro e a ausência de uma obrigação moral que autorise *isoluti relenlio* (*^m).

Todos esses requisitos podem se resumir na falta de causa, porque esta implica o erro.

A obrigação de restituir o indébito, fundada no principio que ninguém deve se enriquecer a custa de outrem, independe da boa ou má fé do *acctpiens*; funda-se menos na má fé de quem recebe, do que no erro de quem paga ("").

A má fé pôde apenas influir sobre a gravidade da obrigação (^{1VW}). Só o estado de animo do *solvtns* basta para decidir da existência do indébito (^{vn}).

A questão, porém, não é livre de controvérsia»

Autores ha que, além do erro do *solvem*, exigem a bôa fé do *accipiens* para que tenha lugar a restituição do indébito.

Si a bôa fé não tiver existido, si alguém receber, sciente de que nada lhe é devido, só tem lugar a *condilio furtiva*,

Tratando-se de cousas corpóreas, essa opinião pôde ter seu fundamento (^m). Não assim tratando-se de uma somma ou de qualquer outra prestação *in [adendo]*, ia quaes não se applicam as idéas de furto. De modo que, ú em taes casos o ar* *cipient* estiver de boa fé, resulta o absurdo de aquelle que pagou por erro não ter contra si nem a *condilio indebiti* nem a *furtiva*.

(**'•) DEMAMOEAT—*Droti. Hom. II, p. éú **«%* <'•) ROML. té. «'/. m. H; Cymou té.tti. r. n. Ti; DWIUM, oè.\ lai. ff 975 m 979 / WBWM», té. €*. % 43\$ b, (*«* > P Om-IM ét fntnptfm. m. êi». iⁱⁱⁱ I. 206 O. ét M«. /uri*.*

<*■) HCMUK nr Mvnuu, té. ai. ♦ Jff; Atnwr wt K*o. | 442t mtêl. (***) GIMKM. té. cU. K, 7H fim. Ô*") I. ff D. deetnd./mrt.

A boa fé de quem recebe não é, pois, elemento do indébito (^{M9}). A regra com relação ao *accipiens* é que a cessação do indébito enriquecimento exclue toda a obrigação de restituição, si elle obrou sem culpa, e lhe acarreta, ao contrario, consequências mais graves si tal culpa existe (^{wo}).

273.—Todo aquelle que recebeu o que lhe não era devido fica obripado a restituil-o (^{1W1}). A mesma obrigação incumbe ao que recebe a divida condicional antes de cumprida a condição (^{14M}). E' *oindebiium ex re*.

A obrigação de restituir existe, em resumo, quando o pagamento é sem causa, ou todas as vezes que nas relações do *solvem* com o *accipiens*, nenhuma obrigação exista, ou, o que é o mesmo, quando a obrigação é nulla, rescindivel, resolúvel, extincta, ou que deva ser satisfeita por outro modo.

No caso, porém, da condição não cumprida, o cumprimento ulterior da condição obsta a repetição, porque seu effeito retroactivo legitima o pagamento dando-lhe causa (^{1*M}).

A restituição abrange todas as prestações—de dinheiro, de immoveis, assim como um *facere*, a restituição ou renuncia de um direito, ou sua constituição ; emfim tudo quanto sem justa causa augmentou o património do *accipiens* O**⁴). I

De modo que si no património deste entrou menos do que saiu do do *solvens*, a repetição não pôde ter por fim uma indennisação do prejuizo soffrido por este ultimo, mas tão somente um regresso ao seu património da quantidade em que o do *accipiens* augmentou. E' que o pagamento suppõe

■ (^{M9}) MOUTOR, *ob.cit.* M. 851.

(^{1W0}) WINDSCHEID, *Ob. dt.* § 424.

(^{1M1}) § 6 Inst. de oblig. quce quasi excont. ; 1. 14 D. de cond. ind. ; Códigos Civis : daHesp.,art. 1895 ; Fr., arts. 1235, 1376 ; Ital.. art. 1145; Allemão, art. 812 ; Fed. Suisso, arts. 70 71 ; do Chile, art. 2295 ; do Uru-guay, art. 1286 a 1290 ; de Nápoles, art. 1331; da Bélgica, art. 1376 ; da Au&tria, art. 1431 ; Proj. Fel., art. 510;Proj. C. Rod.,art. 1190 ; Proj. Bevil., art. 967 ; AUBRTBTRAU, /Kg. *ctt.* ; WINDSCHEID, § 421; PAC. MAZZOMI, *ob. cit.* XV,74.

O*⁸¹) Cod Civ. Arg.,art. 790 n. 1 ;Proj. Fel., art. 511; cit. Proj. Bevil.

(¹⁴⁸³) 1 16 D, de cond. indeb. ; POTHIER *Prét, n. 150; Obligation n.\ 218; ZACHARIÉ, III, pag. 185; DORANTON, ob. cit. XIII, 688; DBLVKCOOBT ob. cit. II, p. 698.*

(^{1tat}) 1. 26§12: 1. 40 §2; Is. 31 e 39, 22§ 1.º D. de cond. indeb.; 1. 3.C. de cond.indeb. ; MACKELDEY, *ob. cit.* § 506.

essencialmente dívida e onde esta não existe, aquelle vae augmentar sem causa o património de quem o recebe.

D'ahi a outra consequência relativa á dívida condicional. Na existência de um termo, a obrigação existe desde logo; quem paga, portanto, antes do termo, nenhum direito tem á restituição. Antes da condição, porém, ha indébito; a prestação pôde deixar de existir si a condição não se realizar. A restituição é, pois, de lógica em tal caso (^{W85}).

Nesse caso, porém, a restituição não se opera propriamente pelo *conditio indebiti*, mas com fundamento na causa não cumprida, *ob causam datorum*, ou *tine causa* dos romanos (^{UM}). Com effeito, esta ultima implica um *dare*, uma causa futura, licita e obrigatória, a não execução dessa causa.

Si no direito romano havia simples promessa em virtude de uma prestação, não tinha lugar a *conditio*; bastava a *ex-ceptio doli*, ou a *exceptio non adimplcti contractus* para retractar a promessa. A causa futura devia ser licita (^{um}); do contrario, haveria acção para uma só das partes ou para nenhuma (^{U88}). Outrossim, devia ser futura; a pretérita, inda que natural, nenhuma acção produzia.

Os princípios modernos não destoam de tudo isso (^{uw}).

274.—Em todos os casos do pagamento indébito cabe ao que voluntariamente pagou o que não devia provar que o fez por erro (^{uw}). E' o *mdebitum ex personis*.

Feita a prova de que se pagou o que não se devia resulta

(***) MOLITOR, *ob. cu. n. 843, l. 0.*

("••) GIOBOI. *oh. d/.* V, 83.

(^{40T}) 1. 1 § 1 D. de cond. ob turp.; Is. 52, 65 § 4 D. de cond. indeb.

(^{W8}) HODELOT ET MBTMAN, *ob. cit. n. 393.*

H

(**••) Eram muitas e variadas as applicações dessa acção entre os romanos, por ex: *no jus pœnitendi*, na revogação de **doações**, legados e fideicommissos *sub modo* para repetir o que se pagou ao mandatário ou gestor quando o dono do negocio não o aprovou; para repetir o dote para um casamento que não se effectuou; para repetir a doação *causa mortis* si o donatário morreu antes do doador, ou o legado que se executou por um testamento em que **era** alguém herdeiro e que veio a ser annullado, etc. MAYNZ — § 276; GIORGI, *ob.*

Cit. V, ly2.

(^{ml}) I. 25 D. de probationibus; Cod. Civ. Hesp., art. 1900; Cod. Civ. Argent., art. 784; Cod. Fed. Suisso, art. 72; Cod. Civ. do Chile, art. 2295; Cod. Civ. da **Bélgica**, art. 1377; Cod. Civ. da Itália, art. 1146; Cod. Civ. Port., art. 758; Proj. Felício, art. 514; Proj. Bevil., art. 968.

como consequência lógica e presumível que se pagou por erro Ninguém pode ser reputado tão descuidado do que é seu que voluntariamente dissipou seus bens. Todo o pagamento implica uma obrigação que tende a solver: conseguintemente, quem provar ter pago sem obrigação preexistente, tem por isso mesmo provado que o fez por erro e então incumbe a quem recebeu demonstrar que existia causa para o pagamento, ou excluir a prova da ausência de causa. A primeira prova a fazer-se, pois, é a do pagamento e depois que elle não teve causa.

Como quer que seja, o erro é a condição essencial da repetição ; sem elle reputa-se ter o *solvens* effectuado uma doação C¹) e esse erro consiste em supôr existente uma divida que de facto não existia. Em geral, technicamente, diz-se existir erro, quando não se conhece um facto que poderíamos conhecer. Quem ignora o futuro não se pode dizer que esteja em erro ("*"). Todavia ao erro equiparase a duvida para os effectos da repetição do indébito (""), bem como a ignorância de uma excepção ou a crença de não poder proval-a (^m).

Não basta, pois, o pagamento como puro facto para justificar o indébito.

O pagamento tem dois elementos na espécie em questão : a) deve constituir uma prestação effectiva, seja o *dfire*, ou o (*acere*, ou o *prvesiare* ; b) deve ter o cunho psychologico do *solvendi animus*, *solvendo} obligalioni* animus*.

Pela primeira condição é essencial, que quem effectuar o pagamento esteja na supposição de executar uma obrigação de facto insubsistente, Só assim é obrigado o *accipiens* a restituir ("*"). Em uma palavra, deve ser um pagamento valido em si, embora a obrigação não exista ou seja nulla *ipsojure* ou *ope excclionis*, ou que o *recipiens* não fosse credor, ou o *solvens* devedor, ou porque pagou cousa diversa, ou mais do que devia.

Estes característicos do pagamento indébito do direito romano são idênticos no direito actual.

Segundo a analyse moderna, apenas se os reduz a três: /) um pagamento sem causa, porque a obrigação que procu-

("•■; 1 53 D. dereg. jur. , -ls. 24, 26, §§ 3 e 8; 37, 50 § 62 D. de cond. ind.; 1. 47 D. d« oper. libert.; 1. 29 D. de donat. : 1. 7 § 2 D. pro emptore.

⁽¹⁴⁹¹⁾ MACHRLARD—*Oblig. Naturelles*, p. 281 e segs.

^(1Ma) WINDSCHEID. *ob. cit.* § 426 n. 3.

^(U9*) cit. WINDSCHEID, *nota IS*.

^(uw) § 1 Inst. quib. mod. re cont. oblig. ; § 6 Inst. de cblig. quasi exj cont. ;ls. 2, 14, 15,33 e 65 D. de cond. indeb. ; 1. 5 § 5 D. de obl. etact ; MOLITOR, n. 842.

ravamos solver não existe, ou se funda em titulo nullo ou annullavel. ou já se acha extincta por pagamento anterior; 2) porque o devedor pagou mais do que devia, ou entregou cousa diversa da que constituía objecto da obrigação; 3) porque o *solvem* não era devedor nem o *accipiens* credor ou mandatário deste (""),

Muito se discute si o erro elementar da restituição é o erro de facto ou de direito. E' questão insolúvel em direito romano.

I

Leis ha que negam a repetição a quem pagou por erro de direito (^{1*.T}), tornando outras o erro de facto fundamento da *conditio indcoiti* (^{IM}).

A vista disto pretendem alguns romanistas distinguir entre o erro excusavel e o inexcusavel para só admittirem a repetição no primeiro caso (^{im}). O que é certo é que alei admitte ás vezes a repetição em caso de erro inexcusavel (^{150o}), e a admitte de um modo absoluto, quando o pagamento é feito com conhecimento de causa (¹⁵⁰¹).

Ha quem apresente distincções casuísticas interessantes quaes as seguintes (""): i* quando o erro é de facto, não pôde ser nocivo a quem foi victima delle, a menos que seja completamente grosseiro ; 2? si o erro é de direito, não ha lugar para a *conditio indebili*, quando só tratamos da omissão de um ganho de vantagem ; mas tratando-se de uma perda positiva e de pessoas privilegiadas (mulheres, camponios, soldados,) tem lugar a *conditio*.

Outros autores (¹⁵⁰³) pensam que o erro de direito, arrastando embora uma perda positiva, dá lugar á repetição, si a ninguém é nocivo, pois que a *conditio* é creada exactamente para evitar perdas, quer de privilegiados, quer não.

Para não deixar a questão de todo duvidosa no meio de tão intensa controvérsia, muitos romanistas procuraram tirar a

(^{UM}) AUBRY ET RAU, oft. *ctt.* § 44 *Inotai*; GIORGI, *ob. cit.* V, 77.

(^{W1}) 1. 9 § 5 D. de jure et fact. ignor.; 1. 9 C. adleg. Fale.; 1. 10 C. de jure et fact. ignor.

(W8) is. 6 e 7 C. de jur. et fact. ignor.

(»*«») Pundam-se na cit. 1. 9 § 5 D. de jur. et fact. ignor ; 1. 25 pr. D. de probat. : SAVIGNT, *Dir. Rom. III* § 625; WINDSCHIED, *ob. cit.* § 426 n. 3 *enota* 14.

(^{1M0}) 1. un. C. de errore calculi; is. 2 pr. 26 §§ 4, 5, 6; 32 §§ 2 e 3; 40 §§ 1, 2; 45. 46. 48 D. de cond. ind. ; 1. 5 § 2 D. de imp. in res dot. ; 1. 3 § 1 D. si in cui plus.

W (^{1BM}) Is. 1. 24. 26 §§ 2, 3, 8 ; 1. 62 D. de cond. ind. ; I. 1 pr. D. ut m poss. leg. ; 1. 20 § 2 de donat.

(iw») GLUCK *ob. cit. XIII, P-1?5.*

(1603) MÜHLBRUCH, *ob. cit.* § 380 / MOLITOR, *ob. Ctt. n.* 849.

regra da combinação de algumas leis de character mais abstracto (^{im}) com outras (¹¹⁰⁵) para chegarem á conclusão de que, em matéria de usucapião, o erro de direito não produz effeito, e, ao contrario, o produz no caso que nos occupa. Dão então generalidade á regra posta pela lei: *Jures ignoranlia nonprodest adquirere volentibus, suwn vero petentibus non nocel* (^{1,M}).

275.—Ha ainda em direito moderno autores reputados (¹⁰⁷) que, fundados nas fontes romanas, sustentam que quem paga por erro de direito não tem a seu favor a repetição.

Não é essa, porém, a opinião dominante, quer entre os autores, quer nas legislações.

Pouco importa que o erro do *wlvens* seja de facto ou de direito. Em caso duvidoso acerca dos elementos do indébito, o juiz deve favorecer a repetição. Já era a regra de Ulpiano: *-m re obscura melius est favere repetitione quam adventitio lucrif* ("").

Nossas leis são omissas sobre o caso. Todavia deduzem alguns da Ordenação livro i? titulo 99 /Çne. que a lei só admitte a invocação do erro de direito pelas pessoas privilegiadas e isso mesmo nos casos *de danno vitando* e não nos *de lucro captando* (¹⁵⁰h

Modernamente nossos escriptores nenhuma distincção fazem e admittem o erro de facto e de direito (¹⁶¹⁰).

E' este o modo de ver geral fora de nosso meio (^{ml}). Com esta lição conferem os modernos Códigos (^{..M}).

(^{180v}) 1. 1 pr. D. ut in poss. leg.; Is. 7 e 8 D. de júris et fact ignor.

(is*») 1. Q. § 3 D. de júris et facti ignorantia.

(UP6) Voltaremos á questão do erro de facto e de direito no capitulo *Dos Contractos*. Aqui este exame é só relativo ao indébito.

(1507) TOULLIER, *ob. cit.* XI, h. 60 e 61; ZACHARIE, *Dir. Civ. vol; III, p. 183 e 185*.

(1508) C. TELLES, *DO*», *das Acções nota* §4.2 ; T. DE FREITAS a C. TELLES. *nota* 531 ; HUDBLLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 391*.

(1509) Rep. das Ordenações, v. *ignorância se não pode*.

(1610) M. FREIRE, *ob. cit. liv. 4, ut. 4, £ 10 ; Dig. Port. art. 38 n. í; LOBÃO, Seg. Linhas, nota 435 ; C. DA ROCHA, Dir, Ctv. § 158; 'Dir. Civ. Recop. art. 911*.

(1311) DOMAT; *Lois civiles Iv. l. iit. 18 secc. 1^a-, art. 14 ; VINIUS, Quaestiones Selectas liv. 1 Cap. 47 ; GiORQI, ob. cit. V, lOl / ROSSEL, ob. cit. n. 96 e 98.*

(^{is}) Cod. Civ. Port., art. 758 ; Cod. Civ. Argent.. art. 784 e Cod. Comm. Argent., art. 941; Cod. Civ. Fr., art. 1377 ; Proj. Fel., art. 1377 e outros Códigos citados na nota 1490.

2T45.—Casos ha em que a ausência do erro não impede a repetição do indébito, porque a lei presume o pagamento sem causa ("").

I Taes são:

I

I—Os pagamentos feitos pelos menores, interdictos, as doações *ultra vires hereditalis*, as não insinuadas, as feitas pelo homem casado á concubina, as feitas pela mulher casada como fiadora (^{im})

II.—nos casos em que o direito romano concedia a *conditio sine causa*.

Sempre que se effectua uma prestação que não seja um pagamento e naquelles pagamentos em que, em geral, não se possa intentar a *conditio indebiti* por não ter existido erro, não ha como negar a repetição. Quando a causa da prestação nunca existiu, ou ao menos não podia legalmente existir, ou quando existente ao momento da prestação desapareceu depois, não se pode dizer que tivesse havido uma libeeralidade de do *tradens*, como na regra da *conditio indebiti*.

E' impossível então recusar a repetição (^{i,w}).

Pôde ainda ser intentada a restituição quando nada tenhamos dado, mas para obtermos aquillo que outrem obteve ou com que se enriqueceu á nossa custa, ou á custa de consa nossa por actodelle.

Como esse acto é illicito, os romanos classificavam nesse caso a acção de *conditio ob injustam causam*.

Além desses casos, a *sine causa* abrange as hypothezes em que a cousa é dada em execução de um acto ou contracto que, não sendo prohibido nem punido por lei, é nullo e de nenhum effeito, como:—quando falta causa legitima de acquisição, quando damos ou pagamos, em virtude de uma disposição de lei nulla, por inconstitucional, etc.

(1513) i, 25 § 1 D. de probat. ■

(^w) MACHELARD, *ob. cit.* p. 78 e 80 ; FRANCKE, *Civil Abhandlung uber die lex Cinda*, p. 45 e segs.; SAVIGNY, *Droit Rom. IV*, p. 202. O pagamento feito ou recebido indebitamente por incapaz, dá lugar á restituição ? Si é feito pelo incapaz, o pagamento é nullo. Si é recebido de boa fé, é obrigado á restituição até a concurrente quantia que redundou em proveito seu. A questão é controvertida. Autores ha que partindo do direito romano—que negava ao *solvens* e ao *accipiens* incapaz a *conditio indebiti*—sustentam que o indébito obriga o incapaz á reparação do danno, se agiu de má fé e á restituição do quanto com que elle se locupletou, si recebeu de boa fé (Vide AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § 442 nota 8 ; DEMOLOMBE, *ob. cit.* VIII, 839 e 2^o Cod. Civ. Francêz, artigos 1312 e 1241; Cod. Civ. lai., art. 1307.

(1515) 1, 1 §§ 2.3, 4 D. de cond sine causa; MOUTON, *ob. cit. n.* 874 • 875.

Em nenhum desses casos ha a necessidade do erro para a repetição; apenas o *accipiens* é tratado como de bôa fé e somente sujeito ao que alei dispõe para quem se acha nessa situação,

2T7.—Outros casos, ao contrario, existem em que a lei não concede a repetição do indébito, mesmo existindo erro no *solvem* (""). São elles :

I.—Quando o êrrorecáe na *causa donandi* e não na *causa debendi* Assim, si alguém doa remuneratoriamente por causa que não existia, não pode repetir.

II.—Quando houver engano sobre a extensão de direitos, ao realizar se uma transacção, porque esta já é de si causa de obrigação.

III.—Quando se pagou para solver divida prescripta ou cumprir obrigações das chamadas naturaes (¹⁸ⁿ), ou melhor, um dever moral.

O direito romano fazia distincção para os efeitos jurídicos entre *obrigações naiuraes* e *deveres moraes* (^{WM}). Excepções havia então, as *exceplioncs perpetua;*, que destruíam a acção, deixando subsistirem as obrigações naturaes. Isto se dava quando ellas agiam *penas causa* ou *in odium ejus cui debetur* oppondo-se ás que eram dadas em favor do devedor, *ejus causa cum quo aijitur* (^{llw}).

Quer, porém, se tratasse dessa espécie de obrigações naturaes peculiares ao direito romano, quer dos deveres moraes,

(1510) MACHELARD, *ob. cit.* p. 281.

(»*«) LACERDA, *ob. cit.* § 72 nota 12; C. F. Suisso. art. 72 ; Cod. Civ. Ali., art. 814; Cod. Civ. do Chile, art. 2296; do Uruguay, art. 1287 ;da Itália, art. 1237 ; Fr., art. 1235 ; da Columbia, art. 1527 ; Proj. Fel., art. 512 ; ROSSEL, *ob. cit.n. 98fim* ; DERNBURG, *ob. cit.* § 375 II, »• 4 ; MAZZONI, *ob. cit.* IV, 75; Hoc, 06. *cit. VIII.n. 5*. A redacção-dever moral» foi com maia critério empregada no art. li 10 do primitivo Proj. Bevil., nisso amai alterado pelas revisões que soffreu.

(1M8) (ontra os que afiírmam tal distincção em direito romano colloca-se MAC.HKLAHD, *ob. cit.* p. 284. Ha erro evidente em MACHELARD. Os textos nos falam em *pielatis respectu*, em *materna pietate*, em *pietatts ratione*, como Se vê na 1.27 § I D. neg. gestis; 1. 11 C do mesmo titulo; 1.17 C. do postlim. revers. ; 1. 2 C. de fidejus. para o effeito de negar a repetição. Ora, nada (disso é a *imaturalis obligatio*, opposta a *civills*.

(1*M) MATNZ, *ob. cit.* § 287 nota 8.

de consciência, desde que uma prestação era realizada para satisfazer-as, mesmo por erro, a repetição não se dava (^{M0}).

Modernamente, porém, as obrigações naturaes no sentido romano histórico e genuino, não são as consideradas para os efeitos referidos.

Nessa denominação incluem-se hoje somente os deveres moraes de pura consciência para autorisar a *soluti retentio*.

Seria immoral que a lei autorisasse a repetição do que foi pago para cumprir tal ordem de deveres, a desfazer o que a moral impoz como necessário. Ahi o solvente deu a divida como existente e, portanto, applica-se-lhe a regra que a só existência da divida impossibilita a repetição, comquanto a intenção do solvente não fosse pagar (^{1MI}).

Pode surgir a duvida si pôde repetir quem pagou divida prescripta por ignorar o decurso da prescrição. Não trepidamos em resolver pela negativa, pois que a prescrição só extingue a divida depois de deduzida como excepção e não *ipsojunc*.

O erro do *solvens* não invalida só por si a existência do debito, além da immoralidade da repetição de um pagamento que teria todos os caracteres de um pagamento válido.

Si o pagamento effectuou-se depois de deduzida a prescrição, o caso é liquido : não pode ser repetido.

Mas si o herdeiro pagou a divida do *decurjus*, ignorando a prescrição, não se lhe pode negar o direito de repetição. O debito não era seu, nenhum dever moral o obrigava á solução

Cabe aqui indagar si o devedor pagando a divida a prazo, por erro, quando o prazo não foi estabelecido em seu favor, tem o direito á repetição. O Código Francêz resolve pela negativa e a controvérsia lá surgiu por ser elle omisso quanto ao erro do *solvens* (^{15,s}). O direito italiano cortou as duvidas excluindo a repetição, mesmo no caso de erro do solvente (^m). Esta é a solução mais consentânea com o direito pátrio. O credor

(1880) *Para as primeiras* : 1. 3 § 7 D. quodquis. jur; 1. 13 pr. 19 pr. ; 26 §12; 38 § 1,2; 40 pr. ; 51, 59,64 D. decond. ind. ;1. 5 §2 D. de solut. ;Molitor. 843. *Para as segundas*:— Is. 11, 32 § 2; 26 D. decond. indeb. ; 1.5 § 14de agnosc. lib. ; Is. 11 e 15 C. negot. gestft; 1. 2 C. de fidej.;l. 18 C. deusuris; § 7Inst. de legat. I

(1621) MOURLON—*Repet. Ecrttes 11,1 ? OS, 3.*«. ■ (U98) Sobre a importante questão dos fundamentos da prescrição extinc-tiva vide a *Gazeta Jurídica, vol. XVI, paga. 385 e segs.*

(1528; Coa. Civ. Fr., art. 1186.

(1524; Cod. Civ., da Itália, art. 1174.

tinha direito a receber o que se lhe deu; injusto seria, pois, obrigá-lo a restituir o que não vinha aumentar seu patrimônio.

Si qualquer terceiro mesmo não interessado, pagando em nome do devedor, effectua um pagamento válido sem direito á repetição, muito maior razão existe para assumir esse character o que é feito pelo próprio devedor. Si, porém, o devedor pagou de mais, claro é que pode repetir o excesso e isso também se entende quando deixa de realizar uma retenção a que tivesse direito ("").

IV.—Não pode também repetir aquelle que deu alguma coisa para obter fim iliicito, immoral, ou prohibido por lei (^{im}).

A solução romana tem sido geralmente repellida pelos códigos modernos. Ali havia distincções na repetição da prestação feita por cousa futura, mas illicita, *06 lurpem causam*.

Com effeito, si a *turpitude* só existia em quem recebeu—*turpiter rrc.cptum*, a repetição tinha lugar (^{M1}). Si existisse no *Ir adens* também alguma deshonestidade—*turpiter dalum*—a repetição não se dava, mesmo quando o *recipiens* também a tivesse ("").

Na existência da torpeza *commum* tinha lugar o confisco O.

As legislações modernas não distinguem. A repetição é negada a quem quer que tenha dado cousa para obter fim iliicito e o *accipiens* que por elle recebeu é equiparado a quem recebe de má fé e como tal tratado.

A esse caso é em tudo equiparado o da divida de jogo, que não poderá ser repetida. Ha, entretanto, quem distinga o caso de ter havido dolo em quem recebeu (^{M0}).

(1525) GIOKGI, V, 86 ; LAROMBIEKE, 1186, 34 ; ERXLRBEN, *La conditio indebiti* § 7».

|

(is») Cod. Fed. Suisso, art. 75; Cod. Civ. AU., art. 817 pe. 2 ; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 805; Cod. Civ. da Columbia. art. 1525 ; ROSSKL, *ob. cit. n. 99* ; SOFON—*Theorie sur la nullité vol, li, n 78* ; AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 442, e nota 8* ; DALLOZ, *Supplement. v. obligation n. 2313* ; MACKELDEV — *ob. cit. § 506*, • Proj. Bevil., art. 974.

O⁸²⁷) 1.2 §1 D. de ci-nd. ob. turp. velinj. caus. ; 1. 4 § 2 idem ; 1. 9: I. 4 § 4 D. idem. ; 1. 15 pr. D. de proescrip. verb.

(^{si8}) 1.4 § 3 D. de cond. obturp. ; MAYNZ, *ob. cit. 276 nota 22*.

(^{im}>) 1. 8 D. de cond. ob turp. ; 1. 5 D. de calumniat. ; MOUTOR, *ofe. cit. n.848*.

(^{M0}) C. DA ROCHA, *ob. cit. § 875* ; LOBÃO, a *Mello I vol. p. 412 n. 4* ; T. DE FRKITAS *Esboço do C. Civ. art. 2274* ; Cod.Xiv. Fr., art. 1947 ; Cod. Civ. Hesp., art. 1798 ; Cod. Civ. Port., art. 1542 ; Cod. Civ. Arg., art. 2063; C. F. Suisso, art. 514 ; Proj. Bevil., arts. 1482 e 1483.

Ao contrario, é repeti vel o pagamento feito para que alguém se abstenha de um delicto, ou para que cumpra um dever moral ^(1M1).

A torpeza do mandatário não é nociva ao committente e, portanto, não impede que este repita o queaquelle tiver dado para obter fim illicito, não contido expressa ou virtualmente no mandato ^(18M).

278.—Fica igualmente isento de restituir o pagamento indevido aquelle que, recebendo-o por conta de divida verdadeira, inutilizou o titulo, deixou prescrever a acção ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito ; mas o que pagou tem acção regressiva contra o verdadeiro devedor e contra seu fiador ^(1BM).

Eisahi uma das importantes excepções ao direito de repetição que cabe a quem paga sem ser devedor. Não se deve comprehender nella somente o caso da suppressão do titulo em consequência do pagamento, como faz o Código Francêz ^(1m) e sim estendel-aa de deixar prescrever a acção e ao da renuncia das garantias, como leccionam os próprios commenta-dores daquella legislação ^(1B3S).

A solução que adoptamos se avisinha da do direito italiano.

O credor recebeu o que era seu ; não éra de justiça então expol- o ás consequências ruinosas de um acto não seu.

O direito regressivo do *solvens* contra o verdadeiro devedor em cujo nome pagou a divida, não é exercitável por uma acção de gestão de negócios, pois que o *solvem* não executou como para solver negocio de outrem e sim por erro. A acção é a *in vem verso* fundada no principio de equidade, em virtu-

^(1M1) AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § 442 nota 15 ; GIORGI, *ob. cit.* V. 1j5.

^(15M) l. 5D.de cond. ob. turb.

^(15M) Proj.C Rod., art. 1194;Proj. Bevil., art. 972;Cod. Civ. Hesp., art. 1899; Argent., art. 785 ; do Chile, art. 2295 p.« 2 ; do Uruguay, art. 1286 p.« 2 ; da Itália, art. 1146 ; Francêz, art. 1377 ; da Bélgica, art. 1377 ai. 2.«e 1379 ; de Costa Rica, art. 803 ; froj. Fel., art. 513; DERNBURG, *ob.cit.* § 375, III, 3 , ROSSEL, *ob. cit.* «. 98, 3º.

^(1m) cit. art. 1377 doCod. Civ. Fr. I ^(1m) LAROMBIERE, *ob. cit.* 1377 H. 10 ; AUBRY ET RAU, § *cit. nota 21*; DE-MOLOMBE, *ob. cit.* VIII, «. j20 e s<?gs ; LAURENT, *ob. cit.* XX, 363.

de do qual a ninguém é licito enriquecer-se com o danno de outrem^(15M).

A isenção da restituição abrange o caso do credor receber a divida sabendo que o *solvem* paga em seu nome, ou só comprehende aquelle em que recebe suppondo que solve em nome do verdadeiro devedor ?

Nosso direito não fornece solução. O Código italiano com pouca razão exige a boa fé do credor ao privar-se do titulo. O credor que recebeu sabendo que o *solvem* não era seu devedor, nem pagava em nome deste, inutilizando o titulo, não fica sujeito á repetição ; apenas quem pagou fica com o direito regressivo salvo contra o verdadeiro devedor⁽¹⁵⁸⁷⁾.

279.—Do exposto deduz-se que quem paga, em seu nome, por erro, debito de outrem, paga indebitamente e pôde repetir.

Do mesmo modo quem paga erroneamente a outrem que não seu verdadeiro credor entra naquella regra.

280.—O direito romano negava a repetição do indébito ao adquirente evicto, quer a aquisição fosse voluntária a titulo oneroso, quer decorrente de *causa judiciali*, porque em casos taes o adquirente pagou debito verdadeiro e não por erro.

A opinião francêza desviou-se inteiramente disso; mas a controvérsia persiste. Voltaremos em outro lugar ao assumpto.

Por emquanto é sufficiente dizer que nos contractos onerosos pelos quaes se transfere o domínio, posse ou uso, deve o alienante garantir o adquirente contra os riscos da evicção

^(15M) Que a acção *de in rem verso* com seu character romano tem fundamento do processo moderno não ha para nós a mínima duvida.

Vide. C. TELLES—*Acções % 436*; T. DE FREITAS a C. TELLES *notas 855*; — LOBWENFBLD—**Di* selbststilndige adio de in rem verso* ; ROBERTO DE o, artigo *Auione de In rem verso* no *Distou. Prat. di Diritto Privato* de SCIALOIA vol. I ■' GIORGI, *ob. cit.* V. 99 ; DERNBURQ, *ob. cit.* § 380 n. V ; HODELOT ET METMAN, *ob. cit.* n. 387.

(•W) Em contrario GIORGI, *ob. cit.* V, 98.

sempre que essa responsabilidade não tenha sido expressamente excluída ("").

Não obstante a clausula exclusiva da garantia, verifican-do-se a evicção, o evicto tem direito a repetir o preço que pagou pela coisa evicta si não foi informado do risco da evicção, ou si, informado, o assume (⁵³⁹). A melhor opinião é, pois, que o adquirente evicto tem a *conditio indebili* para pedir a restituição (^{1M0}).

281.—No caso de compensação, si o devedor pagou a divida a credor de quem era credor por titulo de divida liquida, certa e exigivel, ignorando que pudesse compensar, tem direito a repetir o que houver pago, porque as duas obrigações estão extinctas até a concorrente quantia.

282.—No caso de um credito pago duas vezes, o segundo pagamento só pode ser repetido si o primeiro foi valido, pois do contrario a obrigação não se extinguiu (^{1M}).

283.—Não tem repetição do indébito aquelle que pagou em execução de sentença condemnatoria o que anteriormente já havia pago, porque falta a condição do erro. Em tal caso só cabe a acção de dolo (^{5M}).

284) Tem, em regra, direito á repetição aquelle em cujo nome se effectuou o pagamento indébito. Como, porém, não se possa comprehender que o mandatário tenha poderes

(^{1B3B}) *Consol. das Leis. art. 575 ; Dig. Porl. Ill, 293 ; C. DA ROCHA, § 811 citando aOrd. liv. 3. til. 45 § 3.»*; RAMOS, *ob. cit.n. 860 ; Proj. Bevil., art. 1111.*

(«39) *Dig. Port. Til. 101*; RAMOS, *ob. cit. «. 868*; Proj. Bevil., art. 1112.

(^{5*o}) MARGADÉ, *Explic. theorique et prat. du Ç. Civ. ns. 1626 e segs. ; DALLOZ, Repertoire v. vente, n. 8*)5. E' também a opinião tradicional entre nós. M. FREIRE, *lv. jV, tit. 4 § 12.*

(^{18M}) DEMOLOMBE, *ob. ett. VIII, 265.*

(*•*) C. TELLES, *Dout. das Acções § 444.*

para pagar o que o mandante não deve, segue-se que é essencial que este ratifique o pagamento effectuado para deixar de ter lugar a restituição^(m\$). I

Não se effectuando a ratificação, só o representante, mandatário, ou tutor, tem a repetição, não pela *conditio indebiti*, mas pela *sine causa*, pois pagou por causa que não existia, por quem não era obrigado.

A *conditio indebiti* intenta-se contra o representante do credor no caso de haver este recebido mais do que ao representado era devido⁽ⁿ⁴⁴⁾. Em resumo : intenta-se a *conditio indebiti* quando se paga o que não é devido, ou a quem não é credor, nem tem poderes do credor para receber^(15W), ou quando se paga o que outro deve sem agir em seu nome, mas julgan-do-se dever^(18M).

Entretanto no caso do indébito por ter sido o pagamento feito a quem não era credor não se comprehende o que é feito ao mandatário, cujo mandato tivesse sido revogado sem sciencia do devedor.

Neste caso o pagamento é válido ; não ha indébito nem a consequente repetição. O mesmo terá lugar si a solução fôr feita ao portador do título^(1M1).

285 — Si o fiador paga indebitamente para obter sua liberação pessoal, cabe-lhe a restituição. Si pagar em nome do devedor, a este cabe a acção, ficando ao fiador salva contra este a *adio mandati contraria* ("*").

286.— Si dous devedores solidários pagam indebitamente, as distineções dos romanistas são perfeitamente justificáveis no direito actual.

(•••) WINDSCHEID; *ob. ctt.* § 424 n. 2.

(1M*) MOLITOR, *ob. ctt.* n. 855.

(") 1. 65 §9, 1. 14 D. de cond. indeb. ■

(1546) 1. 19 § J D. d<* cond. indeb. ; MOLITOR, *ob. cu. n.* 856. («") Proj. Bevil., arts. 1320 e 1321 ; 1323,1311 ; Em contrario GIORGIJ V,9l.

(15*8) MOLITOR, *ob. ctt.* n. 857.

Primeiro. Si os solidários eram obrigados alternativamente por duas cousas differentes, das quaes só uma era a devida, e os dous pagaram por êrrc simultaneamente as duas cousas, o credor tem o direito de escolha para restituir, á sua vontade, uma das cousas a um dos solventes ^(15W). Si, porém, foram pagas, não simultaneamente, mas em tempos differentes, só o segundo terá a repetição, porque com a tradição da primeira a obrigação extinguiu—se.

Segundo. Si os solidários se obrigaram por uma só cousa e ambos a pagaram ao mesmo tempo, cada qual pode repetir a metade; si successivãmente, só ao ultimo compete a restituição^(1H0).

Jí8T. — A reclamação do indébito é uma acção pessoal rei persecutória decorrente do quasi contracto ^(UM) e como tal passa a herdeiros ^(15M).

Podem exercer esta acção: *a)* aquelle que fez o pagamento como devedor, solidário ou não, fiador, ou seus herdeiros; *b)* o dono do negocio para reaver o pagamento realizado pelo representante, mandatário, tutor, ou gestor; *c)* o herdeiro verdadeiro para repetir aquillo que o putativo pagou por conta da herança.

A regra é que a acção deve ser exercida por aquelle em cujo nome a prestação foi feita.

De maneira que si o mandatário, ou tutor, fizer uma prestação indébita pelo mandante, ou pelo menor, estes e não aquelles a exercem.

O fim da acção é sempre a restituição : *a)* da cousa ou de seu valor ou do equivalente das cousas fungíveis com que se enriqueceu o *accipiens* até a acção ; *b)* de um direito indebitamente renunciado, ou de uma divida indebitamente remida ; *c)* de um titulo de divida a que estamos indebitamente obrigados; *d)* de um *facere* indebitamente prestado para serindennizado ou livre de o continuar ; *e)* para se liberar de uma fiança a que estejamos indebitamente obrigados ^(B53).

^(18M) l. 21 D. de cond. ináeb.

^{C13B0}; Is. 19 § 4 ; 20, 25e67 § 2 D de cond. indeb.; MOLITOR, n. 858 ; CIOKGI, ob. r.it.IV,432, 433; V,79.

^(M1) LAUBÉNT, ob. ctt. XX, n. 365 ; C. TBLLES a classifica entre as acções decorrentes de obrigações naturaes.

^(**•*) MOLITOR, ctt. n. 857.

⁽¹⁵ⁿ⁾ J MACKELDEY, ob. ctt. § 867.

288.—O autor deve provar : a) o pagamento e que o fez por erro ^(15H), si este não resultar da prova do indébito. Si o réu negar falsamente o pagamento, o autor fica dispensado da prova do indébito ^(15M). A acção é sempre intentada contra quem recebeu, inda que de boa fé, porque é fundada *Te*, isto é, no facto do recebimento ^(18B8) ; ou contra o dono do negocio a cujo representante o pagamento foi feito.

O réu que não nega o pagamento e affirma ser-lhe devido, deve ser acreditado até prova em contrario, porque a seu favor tem a presumpção da divida, decorrente do pagamento

Todavia deve o réu provar *bene eas accepisse et debitas ei fuisse solulus*, si o autor é um menor ou incapaz.

Nos casos da *conditio causa non secula*, de nenhum modo excluída do direito moderno e antes muito frequente na pratica, a acção tem um duplo resultado. Nesta tem-se por fim pedir a cousa com seus fructos, em sua falta as perdas e dannos e, como no caso ordinário, o réo é obrigado até a concorrente quantia que o enriqueceu no momento da acção.

Donde o duplo effeito: primeiro, a causa consistia em uma prestação que devia ser feita por quem recebeu; segundo, a dação se fez por outra causa que não in plica essa prestação.

No primeiro caso ha um laço bilateral, e portanto, o *ac-cipiens* pôde combater a repetição provando que fez o que pôde para realizar a prestação ("") e muito mais quando a falta foi occasionada pelo autor ^(5M).

No segundo caso, o réu é obrigado a restituir por falta da realização da causa, pois que a essência da acção é essa não realização ^(1M0).

â89.—O effeito da boa fé do *accipiens* varia. Si elle recebeu desde o principio, de má fé, commetteu um *furtum*, não

^(1M*) 1. 25 D. de probat.; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 426 n. 3.

^(15BB) Cit. WINDSCHEID, n.5.

^(15M) §6 Inst. deoblig. quasi ex contr. ;1. 19 § 1; 1. 33; 1. 49 D. de cond. indeb. ; 1. 5 § 3 0. de oblig. et actionibus ; MOUTON, *ob. cit.* n. 860.

^(1BB7) I. 25 D. de evictionib. Os romanistas fazem a respeito muitas distincções que se podem ver em MOLITOR, *ob. cit.* «. 860. I

^(1BB8) Ir. 3 pr. e § 3 ; 5 § 1; 19 D. de reb. cred.; 1. 5 § 1 D de precsc. verbis.

^(18Be) 1. 15 C. dedonat antenupc.

^(1UQ) Is. 1,2,3 §2: 5 a8; 10a13e65 §3 D de cond. indeb.; GIORGI, *ob. cit.* y: 130.

se tornou proprietário (^{M1}); sua obrigação é fundada em facto ilícito e por isso as disposições dos códigos visam uma separação completa.

Assim responde por todos os fructos colhidos e percebidos e pelos que por culpa sua deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má fé (⁵⁶¹). Responde pelas deteriorações ou perdas da coisa, mesmo accidentaes, excepto si provar que se teriam dado do mesmo modo estando a coisa na posse do *solvem* (^{bM}).

O possuidor de má fé, porém, tem direito ás despêzas de produção e custeio da coisa ("""). Quanto as bemfeitorias o possuidor de má fé deve ser indennizado somente das necessárias (^{8M}), mas não gosa do direito de retenção pelo valor delias, nem do de levantar as voluptuarias (^{15M}).

Si aquelle que recebeu indevidamente um immovel o tiver alienado por titulo oneroso e de má fé, responderá tanto pelo valor do immovel como por perdas e danos (⁵⁶⁷).

Ta es effeitos ligados á má fé do *accipiens* não lhe são só pessoalmente gravosos, como se transmitem a seus herdeiros

/18«8\

O possuidor que a principio era de boa fé e passou a ser de má fé, soffre todas as consequências referidas ?

O que é corrente em direito é que o possuidor de boa fé perde esse character no caso e desde o momento em que as circumstancias façam presumir que o possuidor não ignora possuir

O⁵⁶¹) 1. 18 D. decond. furt.

(««») Cods. Civis: Hesp., art. 1896 ; Arg., art. 768; Ted. Suisso, art. 73; ItaL art. 1147; do Chile, art. 2300; do Uruguay, art. 1290; Fr., art. 1378; Port., art. 758 § 1.º; Proj. C. Rod., art. 1192; Proj. Bevil., art. 520 ; AUBRY ET RAU, § 442 bis notas 8 e 16; HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 95*.

(1863) Cods. Civis: Argent., art. 789; ItaL, art. 1149; da Bélgica, art. 1379 ; Fed. Suisso, art. 73, ai. 1 fine; Proj. Bevil., art. 522; ROSSEL, *ob. cit. n. 101*; HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit. 39§ cit.*

(1664) Proj. Bevil., art. 520 ; WINDSCHEID, *ob. cit. § 422* e SAVIGNY, *Dir. Rom. V, p. 523* combatem esse principio.

(1585) c. F. Suisso, art. 74; Proj. Bevil., art. 524.

|

(1566) o C. Fed. Suisso art. 74 p. «2.ª dá direito ao possuidor de má fé levantar as bemfeitorias voluptuarias, si o puder fazer sem danno da coisa e si o autor não preferir indennisa-la. ROSSEL, *cit. n. 101*.

(1567) Proj. Bevil., art. 971; Cod. Civ. do Chile, art. 2302; do Uruguay, art. 1291 ; de Nápoles, art. 1334 ; da Itália, art. 1149 ; Francêz, arts. 1378-1380; da Bélgica, art. 1380; de Portugal, art. 758 § 1.º. Esle distingue também a boa ou má fé do *accipiens*. HUDELLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 96* ; DEMOLOMBE, *ob. cit. VIII. 4QO e segs.*

^1568) DEMOLOMBE, *ob. cit. VIII, 95*, AUBRY ET RAU, *cit. § 442, nota 33*.

indevidamente (^m). Logo, a má fé superveniente não affecta o *reepiens* sinão quanto aos fructos pendentes que elle deve restituir ao tempo em que cessar a bôa fé e isso mesmo deduzidas as despêzas de producção e custeio, assim como os colhidos com antecipação (^m). Si, pois, o pagamento indébito foi recebido de bôa fé, o *uccipiens* deve ser sempre como tal encarado.

2190.— No caso de divida de cousa certa, já vimos que o credor não é obrigado a receber cousa diversa. Si o faz scien-temenie ha uma dação *in solutum* e a divida extingue-se ; mas si o devedor lh'a deu por erro e o credor a recebeu de bôa fé, a repetição é admissível desde que o devedor se proponha a solver a obrigação com a cousa certa devida.

Por isso que o credor de cousa certa não é obrigado a receber cousa diversa inda que mais valiosa, segue-se que si a cousa deve ser restituída por quem a recebeu indebitamente, não lhe será permittido allegar sua valorisação.

Quem pagou igualmente não pode invocar sua desvalorisação para ter em troca seu valor primitivo. Este só fica subrogado ao objecto si elle já tiver sido consumido, ou não mais existir em poder do *accipiens* (^m). 8

Aquelle que tiver de restituir cousa certa indebitamente recebida, estando de bôa fé, terá direito aos fructos percebidos emquanto durar a bôa fé (^w). O possuidor de bôa fé não responde pelas deteriorações ou perdas da cousa, uma vez que não lhes tenha dado causa (^m) ; tem direito a ser indennisado das bemfeitorias necessárias e úteis e, quanto ás voluptuarias, si lhe não fôr pago o valor, tem direito de levantar-as quando o puder fazer sem detrimento da cousa. Pelo valor das bemfeitorias necessárias e úteis poderá exercer o direito de retenção

D-

(1569) Proj. Bevil., art. 498.

(1670) proj. Bevil., art. 518; Códigos : Arg., art. 786; Allemão, art. 818; Ittal., art. 1150; Fr., art. 1381; DEMOLOMBB. *ob. cit.* VIII. 344; SAIXEI-LES, *ob. cit.* n. 345.

(1671) GIORGI, *ob. cit.* V, 117.

■ (1572) proj. Bevil., art. 517 ; Cod. Civ. do Chile. art. 2301; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1290; Cod. Civ. de Nápoles, arts. 1330-1333

(1573) proj. Bevil., art. 521; Cod. Civ. Hesp., 1897.

(»7*) Proj. Bevil., art. 523; Cod. Civ. Hesp., art. 1898; Cod. Fed. Suisso, art. 74p*. 2; HUDELLOTET MKTMAN, *ob. cit.* 397.

Si o que indevidamente recebeu o immovel o tiver alienado em boa, fé, por titulo oneroso, responderá somente pelo . preço recebido (^{mi}).

Deverá, porém, assistir o proprietário na rectificação do registro.

Pelo direito romano a bôa fé do *accipiens* não o libertava da restituição dos fructos percebidos e accessões ("""). Foi a jurisprudência francêza anterior ao Código Civil que destruiu a regra iniqua (^{UTI}).

No preço do immovel alienado de bôa fé a titulo oneroso pelo *recipiens* e pelo qual elle responde, entendemos dever se incluir o lucro resultante da alienação para o effeito de ser restituído ao *solvens*.

Era esta a solução romana e muito justa (^{5TO}).

Realmente, si o preço recebido pelo alienante de bôa fé é inferior ao valor da cousa, o *solvem* supporta a perda decorrente ; porque não auferirá a vantagem si ella sobrevier ?

Quanto as bemf eitorias, a regra estabelecida é que o *solvem*, obrigado a indennisal-as, tem o direito de optar entre o valor actual delias e o seu custo (^{im}). Essas bemf eitorias com-pensam-se com as deteriorações e só dão lugar á indennisação, si ainda existirem no momento da acção, como no caso de evicção (¹⁸⁸⁰).

Quanto aos fructos, quer naturaes, quer industriaes, repu-tam-se colhidos e percebidos logo qua são separados. Os civis reputam-se percebidos dia por dia (^{1MI}).

291.—Nas demais espécies de restituição varia a solução.

Assim, na de somma de dinheiro, deve ser restituída igual quantidade. Em caso algum se pôde tão completamente applicar o principio romano—*quodindebilam pererrorem wlvitur, aul ipsum, aut tantundem repelitur* (¹⁸⁸ⁱ).

(«71) Proj. Bevil., art. 971.

(1676; i. 15 pr. ; i. 26 § 12/1. 65 § 5 D. de cond. ind. ; 1. 88 § 2 D. de usuris.

(^{15TM}) **DOM AT—Lo is Cioiles, liv. II, secc. III.**

(!«•) i. 26 § 12 e 65 § 8 D. de Condi indeb.

(«79) Proj. Bevil., art. 525.

(⁸⁸⁰) Proj. **Bevil., art. cit.**

(^{MI}) **Proj. Bevil., art. 519.**

(SM) 1. 7 D. de cond. **indeb.**

Nos casos mui frequentes de reclamações de impostos pagos ao governo por inconstitucionaes, ha um caso perfeito da *sinc causa*.

Apenas o reclamante não tem direito aos juros ; é uma acção *stricti júris* como no *mutuum* em que tal condemnação não comprehende os juros. E' como uma hypothese da *condi' tio certi* ^(1MS).

Todavia pensam alguns autores que taes juros devem ser contados desde a propositura da acção ^(im).

Na restituição de serviços opera-se pelo equivalente pecuniário tomando-se em conta o que com elles lucrou o *accipi-ens*, ou aquillo que gastaria para os obter ^(im).

292.—Pode-se renunciar a acção de reclamação do indébito ?

O direito romano comportava distincções ^(8M).

Assim não acontece actualmente, pois que a todos é licito renunciar um direito seu.

^(MM) 1. 15 pr. ; 1. 65, § 5 D. de cond. indeb. ; 1. 1 C. de cond. indeb. («»*)

GIORGI, *ob. «l.* V, 118.*

(is»») 1, 65 § 7 D. de cond. indeb. ; Hoo, *ob. ctt. VIII, 3 fine.* (^m)

MOLITOR, *ob. ctt. n. 862.*

CAPITULO III

DA CONSIGNAÇÃO

Summario.—293— A consignação não é um instituto exclusivo do direito processual. 294—Relação entre a consignação e a *mora accipiendi*. 295 Definição, caracteres e efeitos da consignação. 296—Consignação nas obrigações de dinheiro enas de genero. 297—A consignação deve preceder a offerta. 298—Que condições pôde o devedor appôr á offerta. 299—Casos em que pode o credor rejeitar a offerta. 300— Efeitos da rejeição do credor. 301 — Condições de validade da consignação. 302—Lugar em que deve ser requerida a consignação. 303—Quando pôde o credor levantar o deposito em consignação. 304—Embargos do credor ao deposito. 305 Efeitos da aceitação do credor. 306 —Nas obrigações de corpo certo. 307—Consignação nas obrigações» de cousa indeterminada. 308—Consignação de immoveis. 309—Consignação do cousa letigiosa. 310—Consignação nas obrigações negativas e nas de fazer. 311—O levantamento do deposito só compete ao devedor.

293.—Ao discutir-senosso malogrado Código Civil, houve quem se lembrasse de reclamar contra a inclusão da consignação entre seus dispositivos, allegardo tratar-se de matéria processual (^{IM1}). E ff ectl vãmente, assim foi ella sempre entre nós considerada, e os jurisconsultos que a incluem entre as normas do direito substantivo, resumem-se a pôr seus princípios mais elementares (^{5M}), deixando tudo mais ao direito ad-

(^m) Parecer daFac. de Direito do Rio de Janeiro. *Trabalhos II*, 45, 64.

(^{M8}); A *Consolidação das Leis Civis* não trata do assumpto sinão incidentalmente na compra e venda e o *Direito Civil Recopilado* mui rapidamente no art. 935.

jectivo ¹⁸⁸⁹). Ha nisso, sem duvida, um exagero que uma legislação nova deve corrigir. Não ha como poder deixar de encarar a consignação como uma forma do pagamento, o typo mesmo do pagamento forçado—*volente debitorè contra cre-ditorem nolentem*.

Que perigo, que grave perigo, não correria esse importante instituto civil si prevalecesse a opinião que o tem como um capitulo do processo ! A solução que teve em nossa Constituição Federal a competência dos Estados foi a esse respeito to desastrada.

A verdadeira posição do problema só aconselhava uma das soluções extremas: ou concentrar toda a legislação nas mãos do poder federal, seguindo assim nossos antecedentes históricos, ou descentralisal-a inteiramente em vista de um desenvolvimento futuro bem determinável.

O julgamento, porém, de questões regidas por uma norma única de direito por vinte e um tribunaes diversos e em ultima instancia, seguindo normas processuaes diferentes, sem um tribunal supremo que as reveja, constituiu-se, na pratica do regimen que adoptámos, uma verdadeira monstruosidade.

Já fizemos lembrar que casos existem tão delicados de direito, que sua separação do processo é realmente impossivel. São pontos de transicção que se collocam nos limites das duas grandes divisões, participando indissolovelmente de uma e de outra.

Entre elles acha-se a consignação. O único meio de salvar esse instituto das garras do poder estadual é precisamente o de que lançou mão o Projecto de Código: estabelecer princípios fundamentaes inalteráveis, de maneira a deixar ao processo somente seus detalhes de applicação,

O Código Civil da Allemanha comprehendeu, no regular a consignação, a impossibilidade de restringil-a ás suas disposições e determinou na lei de Introducção que as leis dos Estados podiam tratar de regras secundarias a seu respeito (¹⁵⁹⁰).

Eis porque ali se considera a consignação simultaneamente um instituto de direito civil e de processo ("").

(1589) R_{AMA}LHO *Praxe Brás*. §§ 78 *esegs.*; Regul. n. 737 de 1850; arts. 393 a 402; Dec. n. 3084 de 5 deNov. de 1898, P. III arts. 145 a 153.

(^{1M0}) Cod. Civ. AU., arts. 372-386. *BinfUhruugsgeseta* art. 145 :—Die Landesgesetee können über die Hinterlegung náhere Bestimmungen treffen.. . etc.

(UM) Die Hinterlegung gehort teils dem öffentlichen, teils dera Búrgerliohen Rechte za.— DERNBUHG, Das *BURg. Recht*, li P. t. § 121 ». 1.

O direito Suisso não indica o processo a seguir na consignação; mas uma tal omissão não suppõe uma reserva em favor do direito cantonal ^(im).

O direito francêz completa o instituto com disposições processuaes ^(Mf). Do mesmo modo procedem as legislações congêneres.

294.—A differença dos systemas notados tem um fundamento digno de uma consideração especial.

Ha uma relação muito estreita na regulamentação da mora do credor e da consignação. Em os Códigos em que a mora do credor é especialmente tratada, o recurso da consignação é regulado com parcimonia e, portanto, é natural que comporte disposições complementares mais amplas, deferidas ao processo.

Em outros Códigos, em que a mora do credor não mereceu disposições especiaes, tornou-se de necessidade estender as regras relativas á consignação ^(im).

Nosso direito foi sempre muito restricto em regular esse instituto, pois que não admitte, nos casos de impossibilidade de seu exercício em virtude da natureza da prestação, que se recorra á venda da cousa para consignar-se o preço, como em outras legislações.

O direito allemão anterior ao Código tinha a consignação como um instituto mais vasto, abrangendo todas as cousas. O Código restringiu esses casos, postoque, como acabamos de ver, admitta que os Estados os multipliquem.

2595.—O vocábulo consignação vem de *cum signare*, recordando o uso primitivo de se exhibir o dinheiro em um sacco fechado e lacrado com o sinete.

^(*58f) VIRGILE ROSSEL, *Manuel au droit federal des obligations*, 121.

^(1W8) Code de Procedure Français, arte. 812 e 813.

^(-SM) SALEILLES, *Etudesurla theorie generale de t obligation, etc.n.* 50.

O depósito judicial da coisa devida, nos casos e pela forma que a lei determina, considera-se pagamento e extingue a obrigação (^{1m}). O depósito ou consignação tem um fundamento eminentemente racional e é que o devedor não deve ser obrigado a acarretar com as consequências da mora do credor

^{/1596\}

Dahi a conclusão que ella tem precisamente os mesmos efeitos extinctivos do pagamento (^{1M7}).

O direito romano exigia, para que tivesse lugar a liberação do devedor, o concurso da offerta com a consignação — *oblatio et depositio*—admittindo, entretanto, certas excepções hoje em desuso (^{1.M}).

296.—Nas obrigações de dinheiro e de género tem lugar a consignação:

I —si o credor, sem justa causa, recusar-se a receber o pagamento ou a dar quitação na devida forma ("");

II — si o credor não se apresentar para receber ou não providenciar para o recebimento da coisa no lugar, tempo e condições devidas (¹⁸⁰⁰);

(«95) p_{roj.} Fel., art. 527; Proj. C. Rod. art. 540/ Proj Bevil., art. 975 a comparar como Cod. Civ. Fr., art. 1257 ; Cod. Civ. Arg., arts. 756, 759; Cod. da Sardenha, art. 1347; da Hell., art. 1440; de Nápoles, art. 1211 ; do Congo, art. 155 ; do Hayti, art. 1043 ; do Canadá, art. 1162 ; de Urugauy, art. 1455; da Colômbia, art. 1656.

(^{1M6}) WINDSCHBID, *Lehrbuch ães Pandektenrechts*, § 347.

(^{1m}) 1. 9 C. de solut. et liberat. ; 1. 72 pr. D. de solut. ; 1. 19 C. de usuris ; MATNZ, *Droit Romain* § 290 nota 3.

(1598) MACKRLDBY, *Manuel de droit rom.* § 525. Nosso ultimo Projecto de Código Civil regula somente a consignação quanto ás prestações pecuniárias e de género. A respeito das de corpo certo firma princípios especiaes derogato-rios das regras acima postas.

Quanto ás de immoveis, tratou no capitulo das hypothecas e nas de fazer e não fazer deixou inteiramente á doutrina.

Como se vê, seguiu as pegadas do Código Civil Francèz.

O⁹) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 935 a) e b); *Dig. Port. I, 1100* ; C. DA ROCHA, *DirCiv. % 150*; Códigos Civis :—Fr., art. 1257; Arg., art. 757 n. 1; Hesp., art. 117 ai. 1; Port. 759 n. 1 e 3 ; do Chile, art. 1559; Ital., art. 1259 ;Fed. Suisso, art. 107; AU., art. 372 ; da Áustria, art. 1425; de Saxe, art. 756 ; Proj. Fel., art. 527 ns. 1 e 3 ; Proj. C. Rod. art. 540 § 2.º ; Proj. Bevil., art. 976 n. 1. Na Inglaterra o pagamento offerecido e recusado equivale a pagamento feito, sem necessidade de consignação—vid. A. DE SAINT-JOSBPH—*Concordance des Codes Civils etc, Introãuction pag. LXVÍll.*

(Moo) [*i*], *ctv. Recopil. art. cit g*); Cod. Civ. Port., art. 759 n. 2 ; Proj. Fel., art. 527n. 5 ; Proj. Bevil., art. 976 n. II.

III—si o credor for desconhecido, declarado ausente, ou residente em lugar incerto, de accésso difficil ou perigoso (^{8M});

IV—si ocorrerem duvidas sobre quem deva legitimamente receber o pagamento (^{18M});

V —si pender litigio sobre o objecto do pagamento (^{18M});

VI—si houver concurso de preferencia aberta contra o credor, ou si este for incapaz de receber o pagamento (^{160t}) í

VII—si a divida é embargada em poder do devedor (^{iM});

VIII—si a cousa comprada está sujeita a algum ónus ou obrigação (¹⁶⁰⁶).

Outros Códigos admittem mais casos; nosso direito de ha muito fixou-se nos que ficam expostos.

297.—Está claro que á consignação deve preceder a offerta do pagamento e só depois desta e da recusa do credor, quando este se achar presente e for capaz de receber, é que aquella tem lugar (^{160T}). Si essa precedência não se dér, a consignação não é liberatória.

Em regra é nullo o deposito não precedido de offerta (¹⁶⁰⁸).

Entretanto pode esta ser *impossível* a um credor ausente, incerto ou desconhecido, nos créditos á ordem ou ao portador ; ou pode ser *inútil*, como quando o credor é um incapaz.

(1601) *Di. Qiv. Recopil., art. cit. d*; C. DA ROCHA *lug. cit.*; Cod. Civ. Arg., art. 757 n. 3; Hesp., art. 1176 ai. 2 ; AU., art. 372 p.« 2 ; Proj. Fel., art. 527 n. 4; Proj. C. Rod., art. 540 § 4 ; Proj. Bevil., art. 976 n. III. 1

(16M) RAMALHO, *oê. cit. §78 nota a*; VOET *ad Pandectas XLVI, III, 6*; Cod. Civ. Port., art. 759 n. 5 ; art. 760 ; Proj. Fel., art. cit. n. 2/ Proj. C. Rod., art.cit. § 3.º ; Proj. Bevil., art. cit. n. IV.

(teos) *iv Civ Recop dH^ avr. cit.c* ;Cod. Civ. Arg , art. cit. n. 4; Cod. Civ. Hesp., art. cit. ai. 2 ; Proj. Bevil., art. cit. n. V. Bem se vê que se trata de litigio entre terceiros litigantes ou contendores e não entre o credor e o devedor. Ord. liv.4, tit. 10§ 2º fim. *Dtg. Port. I, 1120.*

(^{Mo*}; Proj. Bevil., art. cit. n. VI ; Proj. C. Rod., art. cit. § 1 ; Proj.Fel., art. cit. n. 6 ; C. DA ROCHA *cit.*; Cods. Civis : C. Rica, art. 797; Columbia, art. 1658 ; Argent., art. cit. n. 2 ; Hesp., art. 1176 ai. 2; Port., art. 759 n. 4.

(teos) Dec. 3084cit. P.« III, art. 145 d) ; Cod. Civ. Arg., art. 757 n. 5.

(1606) Dec. cit. art. cit. e).

(i«07) LACERDA, *Obrigações, § 74 nota 8.*

(1008) DEMOLOHBB, *Tr. des Contrnts et des oblig. V, 136 e segs. ; LAU-HENT, Principes de droit civ. XV 11, 179 e segs. ; LAHOMBIKRRK, Theorte ti Pratique des Obligations, 1259, 3 ; DUBANTON, Cours de droit fr, suivant le Coëe Civil, XII, 285.*

Quando, porém, não é impossível nem inefficaz, deve a proposta ser como dizem os francêzes, « *deniars decouverts*, ou, como se exprimiam nossos praxistas, «uma offerta não verbal, mas com dinheiro á vista mostrado, contado e offerecido ao credor. extrahido da bolsa ; não bastando offerecer uma bolsa com dinheiro incluso nella e não visto» (¹⁶⁰⁹).

Ainda mais; essa offerta real deve comprehender a prestação devida com a totalidade dos juros, fructos e accessorios da cousa, não bastando a promessa de satisfazel-os, salvo tra-tando-se de juros não liquidados (¹⁶⁰). A razão é que para ser válida a consignação, é essencial não ter havido culpa no devedor e ter-se dado a mora no credor. Ora, essas duas circum-stancias só se podem provar com a offerta real ("").

298. — Si pôde o devedor oppôr condições á offerta de pagamento, é questão muito discutida. A melhor opinião é a negativa, sempre que as condições tendam a diminuir o direito do credor.

Este tem direito de receber o pagamento sem reservas e, portanto, não deve também supportar offertas que tenham por fim outra cousa que não o pagamento sem accrescimo de ónus.

Apesar disso, a regra não é inflexível.

O devedor pôde impor condições intrínsecas, a saber, aquellas que sejam inherentes ao fim liberatório visado, a extinguir inteiramente o direito de credito. Pôde impor a condição da restituição do titulo, a obtenção da quitação em uma forma dada, a restituição do penhor constituído em garantia, etc. (¹⁶¹ⁱ).

(1609) LOBÃO *Fascículos, Diss. V, art. XIII § 96* invocando Barbosa;— *Dig. Port. I, 1118* ; RAMALHO, *ob. cit. § 78 nota c.* E mais— Gioaioi, *Teoria ãelle obbligazioni Vil, 271*; CHIRONI, *Colpa Contrattuale n. 341* ; MOUTOK, *Obligations n. 983*.

(isto) HUDKLOT ET MBTMAN, *Obligation, n. 542*; BAODRY L. ET BARDE—*Obligation, n. 1599*; Hvc—*Droit Civil, Vi li, n. 87*.

(^{16U}) POTHIER, *Obligations, n. 574*.

(^{mi}) DRMOLOMBE, *ob. cit. V, 8j*; GiOR<ii, *ob. cit. Vil, 270*.

299.— O erro de calculo na divida pode ser ratificado por offertas suppletivas ou pela reserva de completar o que faltar.

Si a divida offerecida pelo devedor é superior á real, pôde o credor regeitar a offerta, ou para se esquivar a uma repetição, ou por não querer receber uma doação do devedor (^{1M8}).

Si, porém, o devedor tendo duvidas sobre o montante da divida faz offerta excessiva com reserva de repetir qualquer excesso que se verificar, o credor não o pode regeitar (^{1,u}).

Claro está que, em regra, o credor pôde regeitar a offerta de um pagamento parcial ou não comprehensivo de todo o objecto devido.

A lei liga á simples offerta uns quantos effeitos irrecusáveis.

Assim, pôde-se evitar a clausula penal offerecendo-se o pagamento antes da expiração do prazo (^m) ; pôde-se conjurar os effeitos da mora, pois que a offerta é um meio de purgal-a quando já existente (^{im}).

O devedor pôde fazer sua offerta antes de expirado o termo, si este foi estipulado em seu favor.

Nas dividas condicionaes a offerta feita antes de realisada a condição é pagamento por antecipação e ao credor é livre regeital-a, pois que a condição pôde não vir a se realisar e ser adstricto á restituição, salvo tratando-se de condição resolutiva pois que esta não tem effeito suspensivo.

E' evidente que a offerta deve ser feita no domicilio do credor ou onde quer que elle se ache (¹⁶¹⁷). E' a regra, sujeita a excepções que breve exporemos.

Pelo que temos dito, bem patente parece termos deixado a differença entre a offerta feita para evitar os effeitos da mora e aquella que tende à liberação do devedor como preparatória da consignação.

Esta ultima deve ser *real* e aquella, como ficou dito, pôde ser puramente *verbal*.

(^{16,s}) TOULLIER, *Le droit civ. français suivant Vordre du Code Vil*, n. 194; MARCADÉ, *Explication du C. Civ.*, IV,n. 733 fim; AUBRY ET RAU, *Cours de droit Civ. Français* § j22 nota 10.

(^{6U}) GIORGI, *ob. cit.* Vil, 269.

(^{61B}) AUBRY ET RAU, *ob. cit.* IV, p. 196 fine.

(^{MW}) Proj. Bevil., art. 962 n. 1 ; Cap. II retro.

(««"; LAURENT, *ob. cit.* XVM, 172.

300.—Desde que o credor recuse a offerta, é admittido o devedor a consignar e é só então que elle se libera, exoneran-do-se dos riscos da cousa com seus accessorios. A consignação não é uma simples offerta de pagamento ; já é pagamento ("").

Si o credor apenas faz reservas á offerta, não se pôde dizer que a recusou para o effeito de poder o devedor depositar a divida, salvo se essas reservas diminuem a efficacia do pagamento, ou restringem a liberação do devedor (^{1*11}).

Como na offerta, é essencial que no deposito o devedor entre com a divida por inteiro com todos os seus accessorios e juros C"°).

Casos, porém, existem em que a consignação de uma divida não inteira é válida. Taes são: a) quando ella compre-hendea quantia constante de uma ordem do credor; b) quando o devedor está na impossibilidade de conhecer o *quantum* por facto imputável ao credor (***)).

Offerecido o pagamento sem ser seguido do deposito, pôde ainda o devedor ser constituído em mora, pois que ainda se não deu a liberação, que só se faz com a consignação real. Por outro lado, porém, com a simples offerta não é licito ao devedor constituir o credor em mora de receber, porque este não teve ainda diante de si um pagamento verdadeiro (<⁰ⁿ).

Feita a consignação, é preciso ser julgada por sentença e intimado o credor para vir ou mandar receber o pagamento, nos casos I, II e III do numero 296 ; para fazer certo seu direito no caso IV, ou para tomar as providencias legais que couberem nos outros casos expostos (¹⁸ⁿ).

Assim como é inútil na offerta a promessa de satisfazer as custas, também na consignação não se exige que o devedor faça acrescer o debito depositado com uma quantia destinada

(»««») Glosai, *ob. cit. Vil, 215 e 28' b.*

(^{161b}) HODKLOTKT METMAN, *ob. Cit. ti. 541'*; DIJRANTON, *Ob. Cit. XII, 210/*

BAUDRT L. BT BARDE, *ob. cit. n. 1600.*

(«») POTHIRR, *ob. cit. n. 675.*

(^w«) LAURENT, *ob. cit. XVIII, 154*; LAROMBIKRB, *ob. cit. 1258, 6*; BAUDRT L. KT BARDE *ob. cit. it. 1599.*

(««) LAROHBIZR, *ob. cit. 1257, 7*, CIORGI, *ob. cit. Vil, 279.*

(***) Decreto 3084 de 1898 lug. cit., arl. 146 ; f-roj. Fel., art. 527; Proj. C. Rod., art. 541; Proj. Bevil., art. 978.

a ellas, pois que ás custas é sempre obrigado o credor si o deposito é procedente, ou o devedor em caso contrario ^{ⁱⁱⁱⁱ}.

Correm ainda por conta do credor as despêzas, si deixar correr á revelia o processo da consignação sem se manifestar.

301.—Para que a consignação tenha força de pagamento é preciso que concorram, em relação ás pessoas, objecto, modo e tempo, todos os requisitos sem os quaes o pagamento não é válido ^{{^{***}}}.

Alguns Códigos dentre os que invocámos na nota acima tratam detalhadamente dos requisitos da consignação ; outros synthetizam, como fazemos, e com mais fundamento. Com effeito, os requisitos do pagamento são conhecidos e, como devam prevalecer para a consignação válida, inútil é a reprodução das mesmas idéas.

A consignação, pois, só deve ser feita por quem possa pagar, a quem possa receber, no tempo e lugar do pagamento, comprehensiva de toda a prestação devida e com as modalidades que a modifiquem. Como se possa fazer consignação de divida de dinheiro ou de qualquer outra cousa, as regras a ella relativas devem abraçar essas differentes maneiras de ser das prestações (^{1MS}).

302.—O deposito deve ser requerido no lugar do pagamento e, apenas effectuado, ficam desonerados e remidas as obrigações pessôaes e os ónus reaes; cessam para o devedor ou depositante os juros da divida e os riscos, salvo si for julgado improcedente (¹⁶ⁿ).

(»»*) Dec. 3084 de 1898lug. cit. arts. 151 e 152; Proj. Fel., art. 533 ; Proj. C. Rod., art. 547; Proj. Bevil., art. 985 a comp. com os Códigos Civis : Fr., art. 1260; Arg., art. 760; da Sardonha, art. 1350; de Nápoles, art. 1214; daHesp., art. 1179 ; deport., art. 764 : do Chile, art. 1604 ;da Itália, art. 1262 ; AUemfio, arts. 381 e 386.

(•") C. DA ROCHA, *cit.* § 150; Proj. Fel., art. 628; Cods. Civis: Fr., art. 1258 ; Ital., art. 1260; do Chile, art. 1600; de C. Rica, art. 798; Arg., art. 758 ; da Hesp., art. 1177.

(MM) *D/g. Port. £ 1123*; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit.* 1625.

(⁶«) Dec. 3084 de 1898, art. 147 da P.e III; Proj.Fel.,art. 529; Proj. C. Rod. art. 542; Proj. Bevil., art. 979; *©ig. Port. I, 1121, 1122*; Cod. Civ. do Chile: art. 1605; do Japão, art. 495; Allemão, art. 379p.«2.

E' também matéria intuitiva e uniforme entre os juristas o accôrdo sobre a competência do foro do pagamento para nelle ser effectuada a consignação, pois que esta equivale áquelle

/1628\

Por outro lado a simples offerta não é que põe a cargo do credor os riscos da cousa e sim o deposito real. por isso mesmo que elle é um pagamento (^{16M}).

303.—Em quanto o credor não declarar que aceita o deposito, ou não impugnal-o, pôde o devedor requerer seu levantamento, pagando as respectivas despêzase subsistindo a obrigação para todas as consequências de direito (^{1M0}). O direito romano já admittia que o devedor repuzesse a obrigação no primitivo estado, retomando o deposito (^{1M}). Qdevedor não é vinculado pela consignação : ninguém pode vincular a si próprio; apenas em a exercendo elle paralysa a obrigação até a declaração da vontade de receber do credor. Emquanto esta não é manifestada, o devedor pôde se arrepende e reviver o direito de credito com todos os seus consecrarios (^{18M}). Antes da aceitação do credor nenhum domínio se lhe transfere ; ninguém é proprietário sem a manifesta vontade de adquirir : *dominium non acquirilur nisi corpore et animo*.

A transferencia do dominio só se operando por essa aceitação, aceito o deposito pelo credor, não mais é licito ao devedor seu levantamento (^{18M}). Ainda mesmo que o credor dê seu assentimento, a retirada da consignação já aceita não mais reviverá a obrigação com ella extincta. Ter-se-ia então uma obrigação nova, independente das garantias e accessões da que anteriormente se extinguiira.

Todos os procedimentos judiciários retiram ao menos a posse do devedor, como a penhora, o sequestro etc. Só o de-

(16») WINDSCHEID, *ob. cit.* § 347 nota 2 ; BAUD&Y L. ET BABDB, *Ob. cit. n. 1605*. Em contrario o nosso RAMALHO, *ob. cit. % 79 nota a*).

(*«) Cod. Civ. Fr., art. 1257; Cod. Civ. Italiano, art. 1259.

(¹⁶³⁰) LACERDA, *ob. cit. % 74 nota 19* ; Proj. Fel., art. 530 e 531 ; Proj. C. Rod., art. 543 ; Proj. Bevil., art. 980 ; Cods. Civis : de C. Rica, art. 800 ; Fr., art. 1261 ; Arg., art. 761 ; da Sardenha, art. 1351 ; de Nápoles, art. 1215 ; da Hesp., art. 1180, ai. 2.» ; de Port., art. 762 ; do Chile, art. 1606 ; da Itália, art. 1263 ; Fed. Suisso, art. 109 ; AUemão, art. 376 n. 2 ; de Saxe, arts. 758 e 759.

(«si» *l. 7 D. ; l. 19 fine C. de usuris*).

(i6si) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 347 nota 2 b. : BAHDRY L. ET BARDE «, *1631*. \ (MM) HODELOT ET METMANN, *ob. Cit.* «. 541 ; POTHIEB *ob. cit. H. 573*.

posito em pagamento não transmite ao credor nem propriedade nem posse (^{1M*}): é um acto puramente unilateral antes da aceitação do credor; é esta só que os vincula bilateralmente, tirando ao devedora livre disposição da prestação depositada.

O devedor pôde ter duvidas acerca da legitimidade da consignação e seria iniquo recusar-lhe o direito de se arrepender e de levantar-a. Esse direito não é derogatorio da liberação operada pela consignação. A liberação opera-se desde logo pelo facto do deposito: apenas fica dependente de uma condição resolutoria, que consiste precisamente no exercício do direito de o levantar. Exercido esse direito nas condições referidas, isto é, antes que o credor se manifeste, a obrigação convalesce no estado primitivo.

I Demais, o devedor pode retirar a consignação, porque esta não constituía uma obrigação para elle e sim a forma especial do direito que alei lhe confere de pagar por tal meio (^{16M}).

Todavia entre a consignação e a retirada pelo devedor, que a fez, surgem efeitos permanentes. Um delles é que o devedor não é obrigado aos lucros da cousa, ou aos juros, tratam-do-se de dinheiro, no período intercurrente entre a consignação e o levantamento. E' isso uma consequência lógica da *mora accipietidi* que autorisou a consignação (^{18M}).

Disputa-se si o levantamento do deposito libera os co-devedores e fiadores. Não achamos motivo para duvidar da inteira procedência da solução nepativa que era do direito romano e é dos Códigos (^{16S1j}). Si a obrigação convalesce para todas as consequências de direito, claro está que continuam suas garantias e accessões.

3C4.—O credor pôde aceitar o deposito ou impugnal-o. A impugnação é feita por embargos, para o que se lhe concederá vista por cinco dias depois de citado (^{18M}).

(1634) DURAHTON, *ob. cit.* XII, 229; GiORfli, *ob. cit.* Vil, 282. (1686) «...II pagamento costituisce non tanto un obbligo, quanto un diritto pel debitore»—diz GIOBGI, *ob. cit.* Vil, 263.

(1636) «... Ficam desoneradas e remidas as obrigações pessôaes e os ónus rcaes»; diz oart. 147 do Dec. 3084 cit. ; Proj. Bevil., art. 979; ROSSEL, *ob. cit.* n. 123; GIORGI, *ob. cit.* Vil, 278 a); —em contrario DERNBURG, *ob. cit.* vol. II P. 1 § 123 n. V.

(1637) Cits. 1. 7 do D. e 1. 19 C. de usuris; Cod. Civ. Fr., art. 1261; Cod. Civ. Ital., art. 1263.

(1638) Dec. 3084. lug. cit., art. 148; RAMALHO, *ob. cit.* §79 fine.

Estes somente podem consistir; *a*) em não ter havido recusa de sua parte ; *b*) ter sido feito o depósito fora do tempo e lugar do pagamento; *c*) em não ser o depósito integral ⁽¹⁶⁸⁹⁾.

305. Ao contrario, sendo o depósito julgado procedente, o devedor não mais poderá levantar-o sinão de acordo com os outros devedores e fiadores, ainda que o credor consinta ^(mo).

Uma vez julgado procedente o depósito, elle é considera do pagamento e produz todos os effeitos extinctivos da obrigação, quer em relação ao devedor que o fez, quer em relação aos seus co-obrigados e fiadores ; desapparecem todos os ónus reaes, as hypothecas e preferencias a ella ligadas. A divida, pois, não renasce e, portanto, tudo quanto se operar no senti do de fazer subsistir o credito antigo com suas garantias, equi vale á divida nova, a garantias novas. Ora, o credor não pôde com seu só consentimento obrigar os devedores diversos daquelles com quem contrata e muito menos os fiadores que são garantias do débito.

Eis porque tal renascimento só se pode conceber com a acquiescencia destes. Nem por isso, porém, se dirá que é o mesmo credito que continua e sim um novo ⁽¹⁶⁴¹⁾.

De maneira que si o credor depois de contestar a lide ou aceitar o depósito, acquiescer no levantamento, perderá as pre-ferenciass e garantias que lhe competiam sobre a cousa consignada, ficando desobrigados os outros devedores e fiadores que não prestaram seu acordo ^(1BW). Consentindo no levantamento do depósito, ou restituindo ao devedor as espécies consignadas—que é a mesma cousa ^(1MI)—depois de tel-o aceitado, o credor fez extinguir a divida antiga com todas as suas garan-

(1689) Regul. 737 de 1850, art. 397 ; Dec. 3084 lug. cit. art. 149.

(i<40) *Dig. Pott. I, 1124*; C. DA ROCHA, *ob. cit.* § 151; Proj. C. Rod., art. 544; Proj. Bevt., art. 981; Cod. Civ. Fr., art. 1262 • Cod. Civ. Arg., art. 762 ; Cod. Civ. Port., art. 763 p. « 1.

(1041) GIOHOI, *ob. cit.* VII, 284 ; HUDKLOT ET METMAN, *ob. cit.* n. 546 ; DUKANTON, *ob. cit.* XII, 234 ; AoBRY ET RAO, *ob. cit.* § 322, notas 34 e 36 ; LAROMBIERE, *ob. cit.* 1263,1 * segs. ; POTHIER, *ob. cit.* tt. 580.

(1042) Proj. Fel., art. 532; Proj. C. Rod., art. 545; Proj. Bevil., art 982 ; Coda. Civis : Fr., art. 1262 ; Arg., art. 762 ; de Nápoles, art. 1217; da **Sardenha**, art. 1353 ; **Hesp.**, art. 1181; Port., art. 763 p.« 2 ; do Chile, art. 1607 ; Ital., arts. 1264 e 1265.

(1048) POTHTEK, *ob. Cit. H.* §80.

tias reaes e preferencias que lhe cabiam. Pela extincção, todos os devedores e fiadores ficaram *ipso facto* desonerados.

Elles podem de novo estipular que a hypotheca ou qualquer garantia real continue a reforçar o credito novo que tenham por ventura feito surgir com o levantamento do deposito, si não houver outros opposentes. Isso parece evidente.

Entretanto a nova hypotheca não mantém mais a mesma ordem e depende de nova inscripção (""). Desde o dia do deposito válido ficam livres o devedor e seus fiadores, terminam as garantias reaes do credito e o devedor é livre de dar baixa a todas a inscripções (¹⁸⁴⁵).

306.—Si a cousa devida fôr corpo certo que deva ser entregue no mesmo lugar onde está, pôde o devedor citar o credor para vir ou mandar recebê-la, sob pena de ser depositada ("*•).

Como vemos, trata-se de uma excepção ; a lei substitue, no caso de corpo certo, a offerta real pela citação do credor. Feita esta, o deposito torna-se facultativo para o devedor.

Só temos regra positiva para o caso em que a cousa certa deva ser entregue onde se acha. E' pois, essencial fixar o modo de proceder no caso de entrega no domicilio do credor, ou em qualquer outro lugar. A solução é simples e já indicada no direito romano. O devedor deve começar de transportar á sua custa a cousa ao lugar da entrega e depois realisar a citação, o que importa em reduzir todas as hypotheses á prevista pela lei (¹⁶)-

Essa citação, dicémos, substitue a offerta; ella é essencial na divida de dinheiro, porque a simples citação não poderia revelar a intenção positiva de pagar que só a offerta real pôde conter.

Na divida de corpo certo, porém, a citação é sufficiente, pois que por ella se verifica logo a existência do objecto e é

(1644) HUDBLLOT ET MKTMAN, *ob. cit.*n. 546; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit. n.* 1633.

(1648) AOBRY ET RAU, *ob. cit.* § 322 nota 28; LABOMBIERE, *ob. cit.* 1257.
12 : GIORGI, *ob. cit. Vil, n.* 281.

(1646) Proj. C. Rod., art. 546 ; Proj. Bevil., art. 983; Cod. Civ. Fr., art. 1264; Cod. Civ. Ital., art. 1266.

(1647) l, 1 § 3 D. de per. et comm. ; GIORGI, *vil*, 268 ; AOBKY ET RAU, § 322, n. 3 ; LABOMBIERE, *ob. cit.* 1264, n. 1.

tão essencial que só depois de effectuada é permittido o deposito.

307.—Tratando-se de coisa indeterminada, ha quem queira equiparal-a com o debito de corpo certo para os effeitos da consignaço. Outros, com melhores razões, equiparam-na ás dividas de dinheiro (^{18W}). O lugar do pagamento de taes débitos é no da execução, si outra coisa não tiver sido convencionada (^{18W}). Ahi, pois, devem ser feitas a citação e o deposito.

Si a escolha da coisa indeterminada competir ao credor, o devedor deverá fazel-o citar para realisal-a, sob comminação de perder o direito, passando este ao devedor, que poderá fa-zel-a e depositar a que escolher. Feita a escolha pelo devedor a coisa indeterminada transforma-se em corpo certo e entra nas disposições analysadas (^{mo}).

Inútil é examinar o caso em que a escolha caiba ao devedor, pois que por acto seu transforma desde logo a coisa indeterminada em corpo certo. No Código Francêz, a escolha não é feita pelo devedor ; este deve citar o credor para escolher, sob pena de ser a escolha feita pelo juiz ou por quem este designar (^{8M}).

308.—A consignação de immoveis é o caso da remissão de hypothecas previsto e regulado em lei (^{8M}).

309.—O devedor de obrigação litigiosa exonera-se me diante consignação; mas si pagar a qualquer dos pretendi dos credores, tendo conhecimento do litigio, assumirá o risco do pagamento (^{im}).

Com effeito, o devedor que consigna tendo conhecimento do litigio sobre a obrigação, por exemplo, sobre a validade de uma cessão, não está de boa fé e, portanto, ficam a seu

(1648) MOUBLON, *R*pet. Ectit. II, p. 729* /GIOEOi, *ob. cit. Vil, 291*.

(«40) Proj. Bevil., art. 952.

(1050) Proj. Bevil., art. 984; DKMOLOMBE, *V, 17 í* ; GIOUGI, *ob. cit. Vil, n. 289*.

(M51) LAEOMBIERE, *ob. cit. 1264, n. 8* ; BAUDET L. ET BARDE, «. 7623.

(1652) *Oir. civ. Recapil., art. 804 e segs.* ; LAFAYETTE, *Cousas, % 262 e segs.*

(1858) C.Fed. Suisso, art. 188; Proj. Bevil., art. 986.

cargo os riscos do pagamento e pôde ser constrangido a pagar segunda vez (*••*).

A obrigação, porém, só se pode considerar litigiosa para o effeito invocado no caso de contestação em juizo e nunca somente de pretensões contraditórias de character extrajudicial

1 O credito só se torna litigioso desde a citação valida para a acção em que sobre elle se disputar.

Si a divida se vencer pendendo o litigio entre credores que pretendam se excluir, poderá qualquer delles requerer a consignação (^{Me}).

3 IO.—Nas obrigações de não fazer, não podemos comprehender consignação, apesar do que a respeito leccionam notáveis civilistas.

Para nós são puras subtilizas que se não justificam (¹⁶⁵⁷).

O mesmo não diremos nas obrigações de fazer. Nada diz a lei a respeito. Só o raciocinio analógico nos pôde conduzir a uma solução. O devedor deve citar o credor para vel-o cumprir a obrigação. Posto que tal acto não seja realmente uma execução, produz o effeitude neutralisar as consequências da mora para o devedor. Caso não obedeça o credor á citação, sendo seu concurso essencial á prestação, poderá o devedor pedir em juizo que elle seja condemnado a prestar-se á execução sob pena de se resolver o contracto ("**).

311.—O levantamento do deposito válido em todas as espécies de prestações é exclusivo do devedor, que exerce esse direito pessoalmente, nunca seus credores, salvo por seu consentimento expresso.

(1654) RoSSEL, 06. *CU. H. 239.*

(1658) RoSSBL, *l.ºg. Ctt.*

(^{MM}) Proj. Bevil., art. 987.

(*••) DEMOLOMBB, *ob. ctt. V, 181*; PAC. MAZZOXI, *ob.cit. IV, 127*; GIORGI, *ob.cit. VII, 296*; LACERDA, *ob. ctt. §74 nota 14 fine.*

(^{8M}) LACERDA, *lug. cit.*; GXORGI, *ob. ctt. VII, 295*; BAUDBY L. KTBABDE, *ob. cit. n. 1626*; Huc, *ob. ctt. VIII, n. 100.*

CAPITULO IV

DA SUBROGAÇÃO

Sutnario.— 312—Evolução do instituto. 313—Natureza e caracteres do instituto. 314—Divisão da subrogação. 315—Em que a subrogação differe da cessão. 316—Subrogação legal ao credor que paga ao concredor o débito do devedor commum. 317 — Subrogação legal em favor do adquirente do immovel que paga a divida hypothecaria. 318—Subrogação legal do terceiro interessado que paga o débito. 319—Outros casos. 320—Subrogação convencional. 321—Subrogação ao terceiro solvente que expressamente recebe os direitos do credor. 322—Subrogação do terceiro que empresta a importância da divida. 323 e 324—Effeitos da subrogação. 325—O credor originário prefere o subrogado quando este só tem parte no credito.

312. —A subrogação não chegou a ser um instituto bem delineado no direito romano. A própria palavra era desconhecida em sua technica. A importância mais acentuada que ali se dava ás formulas processuaes introduziu as expressões *cessio adio num a lege*, *beneficium cedendarum actionum*, *successio in locum*, *substitutio nominis*, etc, com as quaes se esboçava a subrogação,

Alguns glossadores dentre os mais antigos falavam na *subingresso* para exprimirem os seus effeitos.

O vocábulo actual vem da combinação iniciada nos fins da idade média pelo direito canónico e completa no século XVI pelos jurisconsultos francezes das regras relativas á *successio in locum* com as do *beneficium cedendarum actionum* (⁸).

(^{M89}) TROPLONG—*Privileges et Hypothèques I*, ». 3§1; BAUDRY L. ET BARDE, *Obligations ti. 1516*; DEMOLOMBE, *Contrata et Oblig. V, tu jOl fine*.

O instituto, pois, é novo nos seus detalhes e vamos estudá-lo principalmente nos modernos Códigos.

Antes disso, porém, necessário é restringir a amplitude da afirmação acima feita quanto á sua existência em Roma.

A subrogação ali existia mal definida nas duas instituições que recordámos. Faltava-lhe o character synthetico que affectou nos tempos hodiernos (^{M0}).

Os romanos introduziram primeiro o *beneficium cedendarum actionum* em favor do fiador que pagasse a divida ; depois do terceiro detentor que desinteressava o credor hypo-tbecario e, finalmente, do co-devedor principal nos casos de solidariedade e correalidade. Taes eram, a principio, os únicos casos em que elle tinha lugar.

O laço commum que, ao ver dos romanos, unia essas três classes, é que ellas tinham interesse em solver a divida, porque podiam a isso ser obrigadas. Ora, a essência da subrogação é ser um beneficio concedido a certas pessoas por occasião de um pagamento que tenham eff ectuado com o fim de lhes auxiliar o recurso contra o devedor por ellas liberado.

A primeira condição que devia prehencher quem reclamasse esse beneficio, em direito romano, era a de haver desinteressado completamente o credor (^{1M1}). Note-se, porém, que, em tempo algum, a cessão das acções se effectuou *ipso jure* / era sempre essencial que a requeressem no caso de terem satisfeito a divida (^{18M}).

A segunda condição era exercel-a a tempo, isto é, antes da extincção das acções, ou, o que é o mesmo, antes que produzissem seus effeitos as causas de extincção effectuada pelo pagamento e pela litiscontestação (¹⁶⁶³). Na origem, affirmámos, esse beneficio não operava de pleno direito; o meio ordinário de o fazer valer era a inserção na formula de uma *exceptio*

doli O.

O único que podia então reclamar-o por acção *manda ti contraria* era o *mandatar pecunics credendw*. A forma da cessão das acções era constituir o cessionário um *procurator in rem suam*, ou mandado *ad agendum*, com dispensa de prestar contas.

(1660) BKAUREGARD, *Du Paiement avec subrogation, ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans les droit français* \ Introd.

(1661) i. 17 D. defidej. ; Is. 2e 11 C. mesmo titulo.

/166»\ MANOLESCO, *Du benefice de cession d'actions en droit romain et de la subrogation legale*, Cap. III, pr. (^{18M}) MANOLESCO, *lug. cit.* (^{188*}; 1. 65 D. de evictión.; 1. 18 § 5 D. de fam. erc.

Como *procurator*, porém, a lógica romana entendia que era revogável, intransmissível aos herdeiros e se extinguia com a morte do cedente.

Vieram depois duas reformas modificar o rigor dessas consequências. A primeira foi a *exceptio doli*, uma espécie de constrangimento imposto á vontade do credor para excluir o cedente que pretendesse revogar o mandato e a excepção *in factum* contra seus herdeiros. A segunda foi a transmissibilidade dos direitos do cessionário, introduzida no direito justiniano.

Todos esses inconvenientes que manifestou a cessão das acções pela ficção do *mandator in rem suam* suscitaram aos romanos a idéa de uma theoria, segundo a qual a cessão das acções se podia legalmente operar por via de uma acção útil, em que o cessionário era autorizado a exercer, *suo nomine*, independente de cessão anterior e sob a forma de acção útil, a acção do credito cedido (^{166B}).

Si isso surgiu de reformas graduas (¹⁸⁸⁶), ou si se estabeleceu de chofre ante os inconvenientes práticos do processo anterior (^{18B1}), é controvérsia que ainda perdura no difficil histórico do instituto que nos occupa. Como quer que seja, o primeiro exemplo conhecido data do tempo de Antonino o Pio no caso de venda de uma herança (¹⁶⁶⁸). Vemol-o depois, ao tempo de Alexandre Severo, no caso em que um credito era dado em penhor (¹⁸⁸⁹). Mais tarde Valério e Galliano, confirmados por Diocleciano, o estenderam ao caso da cessão a titulo oneroso (¹⁶⁷⁰); e, finalmente, Justiniano levou a reforma até á cessão a titulo gratuito.

Essa cessão útil, porém, não era estendida geralmente a todas as hypotheses da cessão forçada e sim somente aos tutores contra os co-tutores e aos magistrados solidariamente obrigados por seus actos para com a Republica (¹⁶⁷¹).

E' de crer que ulteriormente se fizesse a extensão a todos os casos da cessão forçada, posto que não haja, em apoio de semelhante affirmativa, o menor traço nas fontes (¹⁸¹ⁱ).

A *procuratio in rem suam* não liberava o cedido diante

(^{18M}) 1. 33 C. de donat. ; 1. 1 C. de oblig. et act.

(^{16M}) Como pensa RENUSSON— *Subrogation*, *Cap. II, ns. 17 e 18*.

(i«f) Como pensa BBAOHBQARD, *ob. cit. P.I, Cap. IV, % 2.o*.

(«68) l. 16 D. pactis.

(¹⁶⁹) 1. 4 C. quoe res pignor. oblig.

(^{im}) Is. 1 e 2 C. de oblig. et act.

(*^{OT1}) 1. 30 D. negot. gest.

(>«'»») MANOLKSCO, *ob. cit. pag. 90*.

do cedente; o cessionário é que devia intentar a acção e fazer seu o processo, ou denunciar a cessão ao cedido, para dar effi-cacia ao pagamento deste ao cedente.

No fundo, porém, não existia sensível differença entre a cessão das acções por acção útil e pela *procuratio in rem suam*.

Em um e cutro caso suppõe-se já realisada uma cessão de acção, que, na realidade, não foi consumada (^m).

Quanto ás relações entre o cedente e o cessionário, aque-lle só era obrigado a ceder suas acções taes como as tinha, sem o dever de as conservar no interesse do cessionário (^{m*}). Esse principio só tinha as excepções: *a*) da obrigação caucionada por um *mandatar pecunice credendce*; *b*) si a caução era um *fidejussor indermnitatis* ; *c*) si o cedente concedeu ao devedor principal um pacto *de non petendo in personam* (^v).

Apóz realisada a cessão, o credor era obrigado para com o cessionário da acção por todas as obrigações de um cedente qualquer, excepto a de garantia (¹⁶¹⁶).

Quanto ao cessionário da acção, elle exercia todas as que competiam ao cedente, *nomine creditoris*, e usava de todas as replicas que este podia oppôr ao cedido (¹⁶¹¹), uma vez que ellas tivessem por fim atacar o credito e não as simplesmente pessôaes, pela regra de que a cessão não deve agravar a posição do cedido.

Por sua vez, o cedido podia oppôr ao cessionário tudo quanto podia oppôr ao cedente, por isso mesmo que aquelle obrava em nome deste (¹⁸¹⁸).

A subrogação, affirmámos acima, veiu da combinação do beneficio da cessão das acções com a *successio in locum* ■

As regras peculiares desta, porém, foram tão completamente sacrificadas, que uma analyse aprofundada mal pôde distinguir seus traços em algumas causas actuaes da subrogaçãoO.

Em três casos característicos, ella muito se aproxima do beneficio da cessão das acções. São elles *a*) quando um tercei-

(^{67s}) MANOLESCO. *ob. cit.* Cap. y.

(^{m*}) l. 15 § 1 D. de fidej. et mand. ;ls. 2le22 D. depactis.

(«•») BKAURKGARD, *ob. cit.* Pfi I Cap. V § 2.

(^{8TO}) MANOLESCO, *ob. cit.* P.*I, Cap. V, § 2.

(^m); BEAUREGARD, *ob. cit.* P.*I, Cap. V, §§ 2 e 3 n. 1.

(«•») BEAUREGARD, *lug. cit.* §§ / e 3 n. 2; MOHOLESKO, /«g. *cit.* § 3.º

(^m) MANOLESCO, *ob. cit.* pag. 51.

ro empresta dinheiro a um devedor para auxiliá-lo a desinteressar o credor hypothecario (¹⁶⁸⁰) ; 5) quando o adquirente do immovel hypothecado paga seu preço ao vendedor e estipula que este o empregará em desinteressar os credores hypothecarios (^{M1}); c) quando um credor hypothecario desinteressa outro credor que tenha hypotheca no mesmo immovel (*^{6M}).

Muito nos alongaríamos, aliás sem utilidade, si quizesse-mos penetrar no intimo da natureza deste instituto; contenta-mo-nos em remetter o leitor ás fontes que mais invocamos em notas.

Si a *successio in locum* se dava de pleno direito ou precisava ser requerida, questão é das mais importantes.

De pleno direito ella se effectuava no caso do comprador que paga seu preço aos primeiros credores e no caso de *jus offerendi* (¹⁶⁸⁸).

E\ porém, preciso ser requerida quando tratamos de um terceiro que empresta o dinheiro para pagar o credor ? Igualmente não.

Em regra geral, o credor para *succedere in locum* deve estar investido de um direito que possa ser melhorado por esse beneficio ou seja um credito hypothecario, ou seja um credito puro e simples, conforme deva obter a ordem da hypotheca ex-tincta, ou o privilegio do credito pago. Uma vez preenchida tal condição, sendo caso em que a lei admitta a *successio in locum*, esta se dá *ipso jure*.

Realmente, a *successio in locum* era mantida como instituto de equidade, em virtude da qual o credor que pagava a divida hypothecaria a outro credor, o substituía *no lugar*, isto é, no grau de preferencia que áquelle cabia. Era essa a concepção originaria.

Os casos da *successio* que deram origem á subrogação foram concedidos para assegurar o reembolso a quem fez o adiantamento para desinteressar o credor. Tal adiantamento pode ser feito : a) por terceiro para desinteressar o credor hypothecario ou privilegiado ; b) pelo comprador de um immovel para pagar aos credores que têm sobre elle hypothecas ; c) por um credor para desinteressar um outro, *jus offerendi et succedendi*.

Essas differentes hypothezes of f erem particularidades que não entram em nosso plano estudar.

(«W) i. 12 § 8 de pignor. et hypoth.

(^{16B1}) l. 3 C. de his quin prior. cred.

(••si) i. 22 C. de pignor.; l. 16 D. qui potior in pignore.

("88) l. 3 e 12 § 6 D. qui potior.

Não podemos mesmo, nos limites que nos traçamos, aprofundar os detalhes da evolução que fizeram as duas instituições romanas até chegarem á actual subrogação.

Resumidamente, porém, podemos affirmar que, após uma longa modificação dos costumes, começou o direito, no século XVI, sobretudo em França, a encarar como casos da subrogação, não só todos aquelles em que tinha lugar o beneficio da cessão das acções, como todos os da *successio in locum* (¹⁶⁴) e a elles acrescentou o caso novo da subrogação consentida pelo credor.

Quanto á sua natureza intima, a subrogação no primeiro período era inteiramente equiparada á cessão: o credito transmittia-se ao subrogado nos precisos e idênticos termos em que existia em mãos do credor ; elle não se extinguia, nem em relação ao subrogante, nem a respeito do devedor e do subrogado.

Este foi, porém, um modo de ver mais tarde abandonado, voltando-se aos princípios romanos que tinham a subrogação como um acto mixto—pagamento em attinencia ao credor e cessão de acções quanto ao devedor e subrogado.

O que ha de notável é que, nesse período, todos os casos da *successio in locum* desapareceram, fundiram-se de vez nos da subrogação (¹⁶⁵).

Essa confusão veio a principio da disputa metaphysica dos civilistas acerca das expressões *succedere in jus* e *succedere in locum*, entre as quaes nenhuma distincção real podiam encontrar (¹⁶⁶). R

Do domínio puramente ontológico essa confusão entrou francamente no terreno legal com a celebre e mui invocada *Ordenança* de Henrique IV, de Maio de 1609, que a transmittiu ao Código Civil e com elle a todo o direito moderno (¹⁶⁷). ■

Nossas leis se referem á subrogação sem entrarem nas

(^{198*}) Essa evolução é bem estudada na obra citada de RENUSSON.

(^{168S}) POTHIER, *Coutume d'Orleans n. 66 e segs.* BEAUREGARD, *ob. cit.* pag. 155 e segs.; MANOLESCO, *ob. cit.* pag. 121 e segs. ■ (1686) FABBR, *Deflnxiones*, III.

(168i) Eis a passagem da *Ordenança* : «Ceux qui fourniraient leurs deniers aux debiteurs... avec stipulation expresse de pouvoir succéder aux hypothéques descreanciers qui seraient acquittés de leurs deniers, seraient et Aemew reraint subrogas de droit aux di oits, hypothéques, noms, raison et actions des ancietts creanciers, sans autre cession et transport d'iceux.»

innumeras especialidades que a doutrina e a jurisprudencia ahí descobriram e consagraram (^{6M}).

31JÉ.—Em theoria havemos de disputar sempre sobre o singular instituto.que, sendo uma combinação das regras do pagamento com as da cessão, pois garante ao terceiro solvente o credito de outrem (¹⁶⁸⁹), não é todavia cessão nem pagamento, porque lhe faltam todos os caracteres daquella e o essencial deste, que é a extinctão absoluta da obrigação para todos os effeitos possíveis e imagináveis (^{M0}).

Já sabemos que o terceiro que paga a dívida a extingue e tem direitos exercitáveis contra o devedor, que elle liberou por diversas acções. Além destas, porém, a subrogação exerce um papel mais importante para o terceiro solvente, pois que elle pode, desde logo, investir-se nos direitos do credor, va-lendo-se das mesmas garantias que competiam ao seu credito O⁶⁹¹).

A subrogação é, pois, a substituição nos direitos creditórios, operada em favor de quem pagou a dívida ou para isso forneceu recursos.

O direito do subrogado origina-se no pagamento; a dívida paga é reputada extincta e uma nova obrigação surge por ficção, para a qual se transmittem todas as qualidades da extincta. Todos os civilistas affirmam ser a subrogação uma verdadeira *ficção* : é esta sua natureza intima.

Com effeito, ella consiste em imaginar-se existente em favor do subrogado um debito que devia ter ficado extincto pelo pagamento (^{18w}).

Em relação ao credor primitivo a realidade é que o credito se extinguiu ; em attinencia ao subrogado, a ficção—o credito existe (^{16M}).

A' medida que na evolução do instituto todos os casos da *successio in locum* se fundiram nos do beneficio da cessão das

(1688) Qrd. Iiv. 3.o til. 92; Cod Comra., arts. 260. 397 e 728; Decreto n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 ; art. 13 ; *Direito Civil Recopilado*, art. 933.

(^{6W}) ROSSEL, *Manuel de droitfed. des oblig.*, «. 138.

(^{1M0}) GiOBQI, *Teoria d elle oblig. Vil*, 15b.

(^M) HDELOT ET METMAN, *Obligation*, n. 523; BAUDRYL. ET BARDE. *ob. aí. H.* 1516.

g (1691) pQTHIEB, *Obligatmtt*, M. 559.

{ «•» } BATJDKY L. ET BARDE, *M.* 1518.

acções, transformando-se uns e outros em subrogação forçada, ia a subrogação consentida pelo credor se desprendendo paralelamente das regras da cessão.

D'ahi em diante firmou-se a regra de conceber-se a subrogação como um pagamento a respeito do credor e uma cessão em relação ao devedor e ao subrogado. A obrigação extingue-se pelo pagamento quanto ao credor ; não, porém, quanto ao devedor (^m).

Tal cessão em relação ao devedor, porém, não participa inteiramente das regras da verdadeira cessão, pois que ella se funda na equidade e tem per fim unicamente proteger a acção que cabe ao subrogado, da qual é mero auxiliar.

E', portanto, uma ficção introduzida em favor do subrogado.

Do facto de ser a subrogação um pagamento em relação ao credor, podemos desde já adiantar as consequências seguintes, a respeito das quaes voltaremos ainda a tratar : 4) recebendo o credor tal pagamento, pôde consentir na subrogação, mesmo quando não tenha capacidade para ceder ; 2) o subro-gante não é garante do credito para com o subrogado, restando a este somente a *conditio indebiti*; 3) o credor originário prefere sempre o subrogado. Eis a verdadeira natureza da subrogação.

Ha um outro systema que considera o credito como realmente extinto, subsistindo somente em seus accessorios em favor do subrogado. Quer isto dizer que, sempre que tiver lugar a subrogação, o subrogado tem, em virtude do pagamento que effectuou, uma acção contra o devedor. Então—dizem — ca essa acção nova do subrogado que vão se prenderas garantias accessorias que validavam o credito primitivo, aliás extinto pelo pagamento (^{18M}).

E' um systema erróneo e muito combatido (⁸⁸⁶). Nenhum esforço se faz necessário para demonstrar a invalidade e quiçá o illogismo desse systema, que deixa subsistir o accessorio de pois do desaparecimento do principal. ■

E', portanto, um erro querer ver na subrogação uma sim-

(^{16M}) Palavras de BLOTT PREAMENEU em LOGRE, *Legtstatton Civile*, XH, p. 369.

(^m) MERLIN, *Repertoire de Junsprud. v. subrogation de pevsonne*, sect. 2.* § 1.º ; MARCADE, *Explic. dn C. Civ. IV*, p 549, ao art. 1236.

(1W6) BEAUREGARD, *ob. cit.pags. 1?5 a 186 ; 200 a 210*; MANOLESCO, 06. *eit. pag. 126.*

pies novação que se opera pela mudança do credor, sem que a dívida se extinga (''j).

Ella é, em snmma, a successão a titulo singular no credito, mas sem operar a transmissão do próprio credito como a cessão.

Este fica extincto pelo pagamento e uma dívida nova surge sem solução de continuidade, deslocando-se de um para outro credor.

314.—Como essa transferencia de direitos pôde ser operada por disposição de lei ou por convenção de partes, divide-se a subrogação em *legal e convencional* (^{WN}). Outros a dividem também em *pessoal e real* (^m)'

315. — Muitos civilistas, prescrutando a natureza Íntima deste instituto, confundem a subrogação convencional com a cessão e chegam a denominar-a *cessão fida* (^{no}). Convém notar que esse modo de ver chega mesmo a assimilar de um modo absoluto a subrogação e a cessão quando tratamos da que é consentida pelo credor. Tratando-se, ao contrario, da consentida pelo devedor, ou da legal, admittem que ella tenha, mas só então, um caracter próprio. I

Na verdade, em ambos os institutos é dispensável o accôrdo do devedor; em ambos o credor não é obrigado a realisal-os, inda que seja, em geral, obrigado por lei a receber o pagamento de terceiro.

(**) Gionot, *oð. tii. VI f, 136 fine*. Nesse erro laborou FM. BORQKS, *DICC. Jurid. Commercial v. §»Otrohmcdo*. O Cod. Civ. da Hespanha trata da subrogação de envolta com a novação, em seus arta. 1203 a 1213.

(^m) BKVILAUUA. *Dtr. das Obri%*. § 39; LACERDA, *ob. C</i>. § 14; Coda. Civis : Fr., art. 1251 ; da Áustria, ar*. 1358; daHesp.. art. 1209; Argent.. art. 769; do Uruguay, art. 1446; deC. Rica. art. 790; da Columbia, art. 1669; dos B. de Montenegro, art 609; do Congo, art. 147 ; do Hayti, art. 1035 ; do Canadá, art. 1154, ate. I (^m) E. PAOLMIRK, *D* la *mbrogatio* renite*. A pessoal é a de credito, que*

comporta a divisão da *legal e convencional* do texto. A real é a da cousa e seu preço — noção esta que nio nos interessa agora.

9 (1700) GIANTUKCO, *Imst. di dtr. civ. iM. p. tf3* ; Datviscoo *Court de draít civ. II, n. 559*; TOOUJBB, *Droit Civ. Fr» stivmmt Sordredu Code, VII, «. li9*.

A distincção, porém, é profunda, porisso que na subrogação é sempre essencial o pagamento ao credor para a extincção da divida e nascimento de divida nova, emquanto que na cessão pôde sereffectuada pela transferencia a credito ou a prazo.

O direito do cessionário decorre de um contracto equiparável á venda; o do subrogado de uma ficção que se originou no pagamento. Na subrogação o devedor só é obrigado a embolsar o subrogado daquillo que este deu effectivamente pela divida, emquanto que o cessionário tem direito de exigir a totalidade do credito, embora tenha despendido menos do que seu valor.

Quem se subroga nos direitos de outrem não especula jantes vem em auxilio do devedor,

A prescripção ordinária applica-se ao credito subrogado começando a correr do dia da subrogação, emquanto que na cessão ella prosegue no cessionário o curso já começado contra o cedente.

O credor pago não é obrigado a garantir cousa alguma ao subrogado, ao passo que o é ao cedente, pois que a cessão é venda.

Por isso que não se podem vender cousas litigiosas, também não as podemos ceder ; entretanto é possível a subrogação a respeito delias.

Relativamente á capacidade para os actos, quem não a tem para alienar não a tem para ceder ; entretanto pôde subrogar e, mais ainda, a quem não possa ser cessionário e também pôde ser subrogado.

A cessão somente pôde partir do credor, ao passo que a subrogação, tanto pode ser effectuada por elle, como pelo devedor, independente do acordo de um com outro.

Na cessão o cessionário só exerce as acções do cedente; na subrogação, além das do credor, tem o subrogado as acções pessôaes do mandato, da gestão, ou do empréstimo (¹⁷⁰¹).

316.—O primeiro caso de *subrogação legal* que reclama nosso exame é o da que se dá em favor do credor que paga

(1701) LACERDA, *ob. cit.* § 14; LAFAYBTTE, *Cousas*, % 252; MERLIN, *ob. cit.* e *QuestioHs de eroit.v. subrogai ton*, e a critica de TOULLIKR, *ob. cit.* Vil n. 119; THOPLONQ, *ob- cit.* I, J49; Granai, *Vil*, 173; BAUDRY L. ET BARDE, n. 1520; BEAUREOARD, *ob. cit.* p. '86 a 200.

a dívida do devedor commum ao credor a quem competia o direito de preferencia (^{WM}).

Assim já se dava no direito romano (^{170S}). Naquella legislação, entretanto, tudo era rudimentar a respeito. A principio só o credor da primeira hypotheca—po/ior *creditor*—tinha o direito de fazer vender ou subhastar o objecto hypothecado. Então os credores posteriores tinham o *jwt offcrendi* e, em o exercendo, podiam assumir a posição do primeiro, pagando áquelle se subrogando de pleno direito em as garantias do credito.

<T

Indaga-se si o credor chirographario tem direito de offe-recer.

No antigo direito francêz elle era considerado um credor estranho e não se subrogava no credito hypothecario si pagasse ao credor da hypotheca (^{no4}).

Ultimamente pensa-se o contrario, que tanto o credor chirographario, como qualquer outro hypothecario que paga a outro credor hypothecario anteriormente inscripto, subroga-se de pleno direito nas prelações e privilégios do credor pago

/no5\

A hypothese pôde, pois, se dar, quer entre credores hypothecarios, quer entre um destes e outro chirographario, havendo um devedor commum. E' por isso que se chama este o caso da *subrogação de credores*.

A condição única exigida no caso é que o pagamento seja feito a um credor cujo credito goze de preferencia por privilegio ou hypotheca. E' indifferente que o credor que paga tenha ou não interesse em arredar o que recebe, pois que pôde ser movido por esse interesse, ou pelo honroso desejo de aliviar o devedor commum de um credor brutal. A lei não cogita dos moveis da acção do credor que paga seu concredor de um devedor commum para se subrogar nos direitos contra este.

Si, porém, um credor paga a outro, cujo credito seja igual em ordem de concurso e garantias ao seu próprio, a subrogação legal não se opera, pois que a lei exige que o credor que recebe tenha direito de preferencia e, em matéria de subroga-

(1702) BEVILÁQUA, *ob. cit.* §j9; Proj. Fel., art. 518 n. 1; Proj. C.Rod., art. 530 n. 1; Proj. Bevil., art. 988 n. 1; Gods. Civis: Fr., art. 1251 n. 1; da Ital. art. 1253 n. 1; daHesp., art. 1210 n. 1; Arg., art. 768 n. 1; do Chile, art. 1610 n. 1.

(1703) i. 4 c. de his qui in prior. cred. loc. succ.

(1704) DUMOULIN, *De Usuris*, n. 176.

(1706) TOUIUEB, *Vil. H. 140*; TBOPI.ONG. *ob. Cit. I, JS6 J DOBANTON, ob. cit. XI, 149 e 153*, GIOBQI, *06. cit. VII, 190*; BAUDRY L. ET BARDE, *n. 1542*; LAUBRNT, *Príncipes de droitctv. XVIII, n. 69* / PLANIOL, *Droit Civ. II, 521*.

ção, a interpretação é sempre restricta. Assim têm entendido os Códigos e a doutrina (¹⁷⁰⁶).

Entre nós gósam de certas preferencias e garantias espe-
ciaes, além do direito de retenção, o credor antichretico (¹⁷⁰⁷) e
mesmo o pignoraticio (¹⁷⁰⁸). Elles podem, pois, receber o valor de
seus créditos de um concredor e subrogai-os em seus direitos
(¹⁷⁰⁹).

Parece absurdo á primeira vista que o credor que não vê seu
próprio credito garantido pelo devedor, vá ainda adquirir um
outro de outro credor do mesmo devedor. O facto, porém, é
vulgar e se explica, ora pelo desejo de deter a execução do
credor a quem cabe a preferencia e conceder ao devedor a al-
ternativa de poder solver com mais calma, ora pelo plano de
garantir o próprio credito, que facilmente poderia ser satisfeito
em uma execução única, emquanto que poderia ser prejudicado
si devesse ser pago com o excesso da primeira execução.

Claro é que esse pagamento deve ser integral e revestir
todos os requisitos do pagamento válido, e, caso o recuse o
credor, cabe ao credor que offerece o recurso da consignação
(¹⁷¹⁰).

317.—O segundo caso da *subrogação legal* dá-se em favor
do adquirente do immovel hy pothecado que paga ao credor
hypothecario (¹⁷¹¹). E' o que na pratica se denomina a *sub-
rogação do adquirente do immovel*,

O beneficio dessa subrogação é a garantia do subrogado
contra outros credores do devedor hypothecario.

Nosso direito não admite, como outros (""), a subrogação
por evicção que se effectua em favor do credor posterior evic-

(¹⁷⁰⁶) Cods. cit. na nota 1702 ; THOPLONG I, ?57 ; Huc.oé. cit.VUj, 67;
PLANIOL, ob. cit. II, 522 ; DURANTON, ob. cit. XII, 152 ; BAUDRY L. ET BARDE,
ob. cit. n. 1544.

(1707) <Di, ctv. Recopil. arts. 710, 714 e §§ ; Proj. Bevil., art. 815 e §§;
LAFATBTB, Cousas § 170.

(1708) Dir. civ. Recopil. art. 700 ; Proj. Bevil., arts. 778 e 780; LA-FAYETTB, ob. cit.
§§ 103 e 166.

(1708) Em contrario GIORGI, Vil, 191.

(1710) DEMOLOMBE, ob. cit. IV475-, GIORGI, ob. ot. VII, 195-197.

(¹⁷¹¹) 1. 16 D. quipotior; Dec. 169 A de 1890, art. 13; LAFATETTE. ob.
cit.% 252; LACERDA, § 14, nota24; Proj. Fel., art. 518n. 2/ Proj. C. Rod.,
art. 530 n. 2; Proj. Bevil., art. 988 n. II; Cod. Civ. Fr., art. 1251 n.
2/Ital.. art. 1253 n. 2 ; Arg. art. 768 n. 4; do Chile, art. I610n. 2.

(mi) Porex. o C. Civ. Ital.,art. 2011; GIOPOI, ob.cit. VII. 199a 209.

to ,por um anterior que tenha hypothecas recahindo sobre outros immoveis. Nosso direito admite, sim, que o credor posterior que remir a hypotheca anterior, fique pelo mesmo facto subrogado nos direitos do credor que lhe anteceder, sem pre-juizo dos que lhe competirem contra o devedor commum (""),

Já o direito romano dava o *jus offereitdi* ao possuidor de immovel em relação aos credores anteriores com a subfogação em seus direitos ("*"). Por aquella legislação o adquirente do immovel hypothecado não tinha direito á cessão forçada das acções, mas á *succesxio in locum*, isto é, não tinha direito á hypotheca do credor pago, mas á ordem de prelação ligada a essa hypotheca. Elle não podia, portanto, prevalecer-se da *sue-cessio in locum* contra o vendedor para exercer contra outros credores que tivessem sobre outros immoveis hypothecas inferiores ás que podia possuir o credor interessado sobre os mesmos immoveis.

Assim não é. hoje, em absoluto. O adquirente pode se valer da subrogação contra o vendedor, ou usando contra elle da acção pessoal do primitivo credor pago, no caso em que soffra a eviçãõ do immovel, ou fazendo valer sua preferencia no caso de execuçãõ sobre o immovel ("").

Nosso direito, além da subrogação concedida ao credor posterior que faz a remissão da hypotheca, concede-a também a qualquer adquirente do immovel hypothecado (^{1W}).

Parece, á primeira vista, que, assim procedendo, o adquirente paga debito próprio, devendo, portanto, ser excluída a subrogação.

Assim, porém, não é. A subrogação tem ahi a utilidade de resguardal-o das acções de outros credores inscriptos e não satisfeitos e de manter para todos os effeitos o grau da inscripção que lhe competir como suuccessor nos direitos do credor primitivo (ⁿ).

Por nosso direito, como para o francêz, tal aquisição pode ser a qualquer titulo, seja por compra, seja por dote, por qualquer modo de adquirir, emfim, inda que resulte de um pagamento coacto para o adquirente ("").

(^{MW}) *Dtr. Civ. Recopil., urt. 800 a* ; LAFAYETTE, § *cit. nota 10*; Proj. Bevil. ast. 821 §2. S
(^{""}) 1. 4 C. cit.; I. 19 D. qui potior etc. ; 1. 12 § 1 D. quibus mod pign. etc.
I^{111s}) BEAUKKGARD, *ob. ai. pag. 268*.
(«««) Dec. 169 A cit. ; LAFAYKTTE, *lug. cit.*; Proj. Bevil., art. 988 n. II cit.
(⁷¹¹) GioRQi, *ob. cit. Vil, 210. ■ (li»)*
DEMOLOMBE, *ob. cit. IV, 531*.

Nenhum interesse doutrinário ou pratico, porém, nos move a discutir si a disposição de nossa lei se aplica aos im-moveis não hypothecados, mas gravados com outros ónus reaes.

Em primeiro lugar, a interpretação restricta que domina o instituto nos impõe restringir também a subrogação ao caso da aquisição somente do immovel hypothecado.

Em segundo lugar, nenhuma duvida existe que todos os ónus reaes—sem excluir a própria hypotheca—são absorvidos ou consolidados pela aquisição da propriedade plena.

De modo que nenhum proveito adviria ao adquirente de um immovel gravado com a antichrese ou servidão, o ser subrogado nos direitos do credor antichretico ou no gozo da servidão, pois é claro que o domínio pleno os absorveu.

A utilidade da subrogação nos direitos hypothecarios, ao contrario, tem uma utilidade mais pratica e é que, adquirindo o immovel, o adquirente é um terceiro obrigado a pagar os credores inscriptos e tem necessidade de o fazer para conservar a prelação que lhe couber. O adquirente pôde effectuar esse pagamento por si ou por intermédio de um mandatário (^{m.9}).

318.—O terceiro caso é o da subrogação legal em favor do interessado que paga a divida pela qual era ou podia ser obrigado no todo ou em parte (^{m.0}). E' a *subrogação dos co-obrigados*, comprehendendo o devedor solidário, ou o co-devedor de obrigação indivisível que paga o total da divida (^{i7fl}), assim como os fiadores, co-fiadores e sócios, o detentor do immovel hypothecado, o *mandator pccunicB credendee*.

Não se comprehende entre os co-obrigados para os effeitos da subrogação o co-herdeiro que paga a divida da succe-ssão além de sua quota hereditária, antes ou depois da partilha (^{16fl}).

(^{17w}) LAROMBWRB, *Theorie et Prat. des Oblig.* 125', '7; LAURENT, *ob. ctt.* XVIII, 9).

(«"»•) Consol. das Leis, art. 796 ; Ord. liv. 3." tit. 92 fim ; LACERDA, § 14nota 23; Proj. Fel., art. 518. 3.<>; Proj. C. Rod., art. 530, 3»; Proj. Bevil., art. 988 n. III; Cods. Civis; Fr., art. 1251 n. 3; Ital., art. 1253 n. 3 ; Hesp., art. 1210, 3º; Arg., art. 768 n. 2 ; do Chile, art. 1610 n. 3; do Japão, art 500; Suisso, art. 79 ai. 2 e 3 e 168 ai. 3 ; AU., art. 426 ai. 2.<.

(«») POTHIER, *ob. cit.n.* 555 / LAURENT, *ob. ctt.* XVII 1,97; Huc, VIU, 74; BAODRY L. ET BARDE. *ob. ctt. n.* 1557.

("*) DEMOLOMBE, *ob. ctt.* IV, e. 582; Proj. Bevil., art. 1812.

Ha, todavia, excepções ao principio e o co-herdeiro pôde subrogar nos direitos do credor :—*a*) quando o herdeiro, aceitando a herança a beneficio de inventario, pagou divida da herança com dinheiro proprio; *b*) quando seus co herdeiros con vencionam- que uma certa divida seja paga por inteiro por um delles ; *c*) quando a divida é indivisível e um dos herdeiros a paga: *d*) quando a divida é de corpo certo e este se acha no quinhão do herdeiro que realisa a prestação; *c*) quando só um dos herdeiros é encarregado da prestação pelo titulo da divida ; *f*) nos casos de prestações alternativas com escolha do credor, recaindo esta no objecto em posse de um dos herdeiros ("»•).

I

E' uma disposição de direito novo, porque, no direito romano, o fiador, por exemplo, que pagava pelo devedor, só se subrogava no credito, si expressamente lhe fosse cedido o *de-nefieium cedendarum actionum*.

Assim devia ser, porque o co-obrigado pagava o debito próprio.

Foi com o correr dos tempos que se tolerou que o fiador e o terceiro possuidor uzassem das acções úteis sem dependência de expressa cessão, a simile da lei que concedia as mesmas acções ao comprador da herança contra os devedores delia.

A equidade estendeu e revigoreou o principio nos códigos modernos ("**).

Com effeito, elles provêm ao caso muito justo de um pagamento a que não raro somos obrigados a realizar por outrem.

Seria duro que aquelle que desembolsou o que é seu não gozasse de um regresso protegido pela lei.

Para que se verifique este caso é essencial que haja um pagamento e que este tenha sido effectuado por um co-obrigado pelo total, ou por parte da divida, isto é, que possa ser constringido ao pagamento.

Outrosim, esse pagamento pôde ser indirecto, comtanto que delle resulte a liberação dos co-obrigados. Entram nesta regra a compensação, a novação e a remissão a titulo oneroso (^{ms}).

Bem se comprehende que as diferentes classes de co-obrigados exercem o regresso contra seus co-obrigados, no todo ou em parte, até a concurrente quantia de sua obrigação. Voltaremos ao assumpto.

I

(¹¹⁸³) MOURLON, *Subrogation des Personnes* p. 472; MANOLKSCO, p. 157 * stgs. ; BEAUREOARD, p. 297 e segs.

(1734) GIORGI, *ob. cit.* Vil, 229.

(ii*¹) DEMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 605; MANOLESCO, *ob. cit.* p. 188 ; GIORGI, *ob. cit.* Vil, 2ji; Proj. Bevil., arta. 1008, 1023 e 1058,

Entrenós o mandatário que paga a dívida do mandante não se subroga nos direitos do credor, primeiro porque não é um co-obrigado e depois porque o pagamento é uma alienação para a qual são necessários poderes especiaes (^{17M}) e, portanto, não obraria em seu nome e sim no do mandante.

Si executa um pagamento destes sem poderes para isso, é um gestor de negócios e como tal seu acto depende da ratificação do dono. Só lhe restará pelas despesas realizadas com o mandato o direito de retenção sem poder, em caso algum, sub-rogar-se nos direitos do credor contra o mandante.

Quanto ao terceiro possuidor do immovel hypothecado, já vimos que fica legalmente subrogado pela remissão que fizer do immovel gravado (^{17N}).

319.—São ainda casos de subrogação legal : a) a que se dá em favor de quem paga a dívida fiscal em nome do devedor ; b) a favor de quem, por intervenção paga a letra de cambio; c) e em geral a favor de quem é executado por dívida alheia (^{7M}).

Autores e Códigos existem que compendiam outros casos de subrogação legal (¹⁷¹⁹). Isso, porém, destoadada Índole do direito pátrio e romano (^{mo}).

O Código Francêz inclue em taes casos um por nós já referido—do herdeiro beneficiário que paga com dinheiro seu a dívida da herança (¹⁷³¹).

I Outros comprehendem o terceiro não interessado que paga com a aprovação expressa ou tacita do devedor (^{173f}). O do Chile dá o character de legal á subrogação que se opera em favor do terceiro que emprestou o dinheiro com que o devedor saldou a dívida (^{118s}). Outros, como o Português, a restringem

(^M) RAMOS, *Contractos*, ns. 121, 122. 675 e 688 ; Proj. Bevil., art. 1297.

(¹⁷²⁷) LAFAYETTE, *ob. cit.* § 258 ; GIORGI, *ob. cit.* Vil, 234 ; Proj. Bevil., art. 821 § 2 cit.

(^{11W}) LACERDA, *ob. cit.* § 14 notas 22, 25 e 26.

(">> C. DAROOHA. *ob. cu.* § 153; *Tig. Port. I, 1097 e segs.* ; FER. BORGES, *ob. cit. v. subrogação.*

(liso) BEVILÁQUA, *ob. cit.* § 39.

(⁸¹) Cod. Civ. Fr., art. 1251 n. 4 e, como elle : Cod. Civ. Ital., art. 1253 n. 4; Cod. Civ. Arg., art. 768 n. 5; C. Civ. do Chile. art. 1610n. 4; Proj. Fel., art. 518 n. 4 ; Proj. C. Rod., art. 630 n. 4.

(^{7M}) Cod. Civ. Hes., art. 1210; Cod. Civ. Arg., art. 768,3.º; Cod. Civ. do Chile, art. 1610 n. 5 ; Cod. Civ. Port., art. 778.

("-) Cod. Civ. do Chile, art. 1610 n. 6.

a um caso único ("""). Uns, como o Federal Suisso, detalham casos especialíssimos (¹⁷³⁵); outros, como o Aliemão, não possuem um titulo especial consagrado ao assumpto e tratam da subrogação nos casos particulares em que ella se effectua nos diversos contractos (⁷³⁶).

Em mais de uma disposição de nossas leis encontram-se também casos especiaes previstos de subrogação. Elles entram, porém, nos princípios geraes acima estudados. Nem pôde deixar de ser assim. Embora a subrogação legal possa, em todos os casos previstos, ser modificada e até mesmo netralisada pela declaração da vontade contraria das partes, jamais poderá ser dilatada por semelhança dos casos considerados. Como ficção legal que é, a subrogação é, *stricli júris*, não supporta a interpretação extensiva e só se dá nos restrictos casos enumerados.

Entre os casos por nós contemplados, vimos, está o do fiador, que paga integralmente a divida. Que o fiador tem em tal caso recurso contra o afiançado, estendido até á satisfação das perdas e danos que soffreu com a fiança (¹⁷³⁷), nenhuma discussão pôde haver. Si a fiança foi solidaria, a mesma facilidade de solução existe.

Surge, porém, a difficuldade si o fiador de um dos devedores solidários paga a totalidade da divida, para fixar quaes seus direitos a respeito dos demais co-obrigados que não afiançou.

Existem dous systemas sobre sua theze.

Um é o clássico que nega ao fiador em tal caso qualquer direito a ser subrogado nos direitos creditórios contra os demais devedores. Nenhum laço existe entre esse fiador e os devedores não afiançados: não podem ser considerados co-obrigados O-

O outro systema é diametralmente opposto e acha que o fiador de um dos co-devedores solidários, tendo pago integralmente a divida, é também integralmente subrogado nos direitos do credor contra os devedores não afiançados, podendo contra estes exercer o recurso pelo todo (""").

(«») Cod. Civ. Port., art. 779 ns. 1 e 2. f^{178B}) Cod. Fed. das Obrigações, art. 126 e números. («3») por ex.: arts. 268, 426, 774, 1143, 1223, etc. do C Civ. AllemSo. (""") *Consol. das Leis, cit. art. 796*; *Dir. Civ. Recopil., art. 1j77*; RAMOS. *b. cit. n. 1595*.

(1788) PoTHIER, *Ob. Ct. ff. 44i*.

(")>9) DEMOLOMBE, *ob. cit V, ff. 614* ' LAROMBIKKE, *ob. cit. i25t n. 50*; M ÁRCADE, *Ob. Ct. IV, 11. 717*.

Ambos esses systemas péccam pelo vicio de extremos e absolutos ("*•).

Nosso modo de ver, coherente com o que doutrinámos sobre a solidariedade, é que si o afiançado é o único interessado na divida, seu fiador nada pôde exigir dos outros devedores solidários não afiançados. Caso, porém, tenham todos o mesmo interesse, pôde o fiador exigir de cada um dos outros a totalidade da divida, deduzida a parte do afiançado (¹⁷⁴¹).

320.—*Subrogação convencional* é a que pôde ser consentida pelo credor sem intervenção do devedor, ou por este sem o concurso daquelle, presuppondo, porém, sempre a intervenção eo concurso de um terceiro ("*').

Ahi, portanto, os poderes do subrogado podem ser limitados e restringidos pelo credor ou pelo devedor, conforme o caso. Tal é, por exemplo, o pagamento parcial cujo effeito é uma subrogação também parcial.

Nessa espécie de subrogação existe discordância nos Códigos. Vemos entre elles o Federal Suisso, que é incontestavelmente um modelo, silenciar sobre a subrogação convencional, dando somente a cessão como meio exclusivo dese substituir no credito ("*').

Por outro lado, também é certa a apparencia de absurdo resultante de preceitos impostos a um instituto que se declara convencional. Si ha uma espécie de subrogação convencional, parece mais lógico que a entreguemos exclusivamente á vontade das partes, que a deixemos affectar na pratica todas as variantes, todos os ancenubios que a vontade humana possa determinar. Não parece escoimadode absurdo o desígnio legal de reduzir toda essa infinita variedade que a pratica da vida pôde apresentar a dous casos únicos.

Assim, porém, não é. Os dous casos de subrogação convencional constituem, na verdade, uma regra lata e comprehensiva de todas as hypothezes que se possam imaginar na pratica, como veremos.

(^m) MANOLESCO, *ob. cit.* pag. 2'3 a 225.

(^{m,j}) BEAUREGARD, *ob. Ctt.* pag. 28 í.

("*•) Cod. Civ. Arg., art. 767; ROSSBL, *ob. ctt. n.* 138.

(^{11M}) ROSSBL, /KR. *ctt.*

321.—A subrogação é convencional quando o credor recebe o pagamento de terceiro e lhe transmite expressamente todos os seus direitos (^{mt}).

E' o que se chama *subrogação do credor*, que se passa sem intervenção do devedor, entre aquelle e o terceiro. A intervenção do devedor seria inútil; a subrogação se dará quer elle aquiesça, quer se opponha (ⁿ⁴³).

E' o modo mais approximado da cessão e os romanos a introduziram, como já vimos, sob a denominação de *benefid-um cedendarum actionum*, equiparando-a á venda.

Logicamente parece indiscutível que, recebendo o pagamento, o credor tenha seu direito extinto. Os romanos, porém, admittiam que elle não recebia um pagamento, mas somente o preço da cedência de suas acções contra o devedor ("""). Por outro lado, já deixámos dito em outro lugar que o terceiro que paga a divida de outrem não fica subrogado nos direitos creditórios só pelo facto do pagamento: é essencial que o credor consinta.

A subrogação, portanto, só se effectua quando figura como condição do pagamento, pois do contrario quando é puro e simples extingue a obrigação sem mais consequências (^{11W}). E', pois, essencial que a subrogação seja feita expressamente ; o credor não é jamais obrigado a aceitar a condição da subrogação, que é sempre voluntária.

O direito romano exigia que a subrogação expressa das acções fosse feita no acto do credor receber o dinheiro do terceiro e nunca depois (^{17W}). Esse requisito é também exigido em muitos códigos e na doutrina moderna (^{17W}). Nosso direito não tem disposição alguma a respeito: ha mesmo quem doutrine coisa diversa (^{mo}). Era entretanto, de desejar uma disposição terminante. O bom senso e a lógica indicam que, sendo a subrogação um pacto decorrente do pagamento, deve seguir-se immediatamente, em acto continuo, a este.

(«**») Cods. Civis : Fr., art. 1250 n. 1; da Ital., art. 1252 n. 1; Arg., art. 769; do Chile, art. 1611; da Columbia, art. 1669; P#oj. C. Rod., art. 531 § 1.º; Proj. Bevil., art. 989 n. 1; LACERDA, /«g. cit.; BEVILÁQUA, /«g. cit.

(^{nw}) PAC. MAZZONI, *ob. cit.* IV, 120; DEMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 365.

(⁴⁶) l. 36 D. de fidej., l. 76 D. de solut.

(^{mi}) l. 5 C. de solut.; HUDBLLOT ET METMAN, *ob. cit.* n. 524.

(^{m8}) l. 76 D. de solut. e l. 5 C. do mesmo titulo.

(»»») Cod. Civ. Fr., art. 1251; AUBRY ET RAU, § 32/ nota 11; TOULLIER, *ob. cit.* IV, 120; GIORGI, *ob. cit.* VII ^{17o}.

(^{7M}) Dig. Port. I, 1097 cit.

Si não se segue, o pagamento extinguiu os direitos do credor e, conseqüentemente, não pode ficar livre a este vir fazer mais tarde reviverem, á vontade, relações de direito inteiramente mortas (^{7M}).

Para nosso direito o essencial é que o pagamento ao credor seja effectuado com recurso do terceiro não obrigado e, como no caso geral, que o credor tenha capacidade de receber e consinta em fazel-o.

Pouco importa, bem entendido, que o terceiro tenha pago com dinheiro seu ou de outrem, uma vez que não tenha sido com o do próprio devedor.

Não é essencial, outrosim, que o terceiro realise pessoalmente o pagamento, podendo fazel-o por mandatário com a condição de obterá subrogação. O essencial é que o terceiro que paga não seja obrigado pela divida, em todo ou em parte, ou seja devedor do devedor, porque então, ou se daria a subrogação legal do primeiro caso, ou faltaria razão para ella mesmo convencional no segundo (^{nM}). Por seu lado o credor por si ou por seu mandatário geral—convencional ou legal—pôde effectuar a subrogação.

Não o pôde o mandatário especial. Todos em summa, que vimos poder receber um pagamento validamente, podem exercer um acto consequente d'elle (^{m3}).

Si o credor recusa-se a dar a subrogação, não pôde ser a isso obrigado. Em tal caso não restará ao terceiro e ao devedor o recurso da liberação ficando subrogados nos mesmos direitos.

Si a subrogação precisa ser expressa, porque sempre se presume o pagamento liberatório, por outro lado ella não tem formula especial. E' porém, de necessidade que seja feita por expressões inequívocas da intenção de subrogar, pois que qualquer duvida a respeito é resolvida no sentido de a excluir

iv.

O credor que subrega não e obrigado a garantia— *suum receipt*.

Si o debito não existia, si já se acha saldo, o subrogado tem somente a repetição tjara rehavere o que deu sem causa ("").

C") Autores cits. na nota 1749 e mais LAOMBIERE, 1250, 6 ; DEMOLOMBE, ob. cit. IV, 372 ; LAURENT. ob. cit. XVIII, 26.

(^{7W}) GIORGI, ob. cit. VII, 166.

(^{nM}) AUBRTKT RAU, ob. cit. %o ?2Í notn 5 ; LAROMBIBRE ob, cit. 1250, 8 e 30; DEMOLOMBE, ob. cit. IV, 3^8.

("54) GIORGI, ob. cit. Vil, 168.

(1766) TROPLONG, O*, cit. I, 353 bis; BAUDRY L. ET BARDE, ob. cit. n. 1521. 2°.

E' um dos pontos de contacto da subrogação convencional do credor com a cessão (""). De resto, é um principio muito justo, pois que quando o credor subroga seus direitos em outrem, é por ter sido pago. Ora, sendo pago, elle recebeu o que é seu, tinha direito de exigir e não devia para isso gravar-se com uma obrigação.

■

E' uma regra universalmente aceita na subrogação legal e na consentida pelo devedor. No caso, porém, da subrogação consentida pelo credor, opiniões respeitáveis existem que a refutam (^{nw}).

Não ha entre nós distincção nos dous casos ; o principio é geral—o subrogante jamais garante o credito.

Entretanto podem d'ahi originarem-se situações immo-raes, ou quando a divida não exista de facto, ou exista não a cargo do supposto devedor e sim de outro. Em ambas as hy-pothezes, só resta ao subrogado a repetição. Vê-se quanto é o subrogante favorecido, pois que, si fosse garante do credito, sua responsabilidade seria mais lata, abrangeria a prestação do capital com seus juros e os danos decorrentes do prejuízo soffrido pelo subrogado.

Essa analogia da subrogação do credor com a cessão produz certas consequências que alguns Códigos expressamente declaram e que no direito pátrio constitue pura doutrina.

Assim é que ella deve ser feita por escripto publico ou particular para poder ser opposta a terceiros (^m).

E' necessário também que a subrogação effectuada seja notificada ao devedor, salvo si este, por escripto publico ou particular, declarar ter tido conhecimento delia. Antes dessa notificação pôde-se liberar em mão do credor primitivo (^{m9}).

A necessidade da significação é controvertida em direito francêz O-

Essa necessidade decorre do facto de existir realmente uma linha divisória muito ténue entre a subrogação e a cessão.

Quando o terceiro faz o pagamento por interesse próprio, preponderam os caracteres da cessão ; si o faz no interesse

(H56) Cod. Civ. Arg.. art. 769 ; da Sardenha, art. 1340; de Nápoles, art. 1203; do Chile, art. 1611 fine ; Proj. Bevil., art. 990 comb. com os 1076 e 1078.

(1757) TOUULIEH, *ob. cit.* XII, 164; DOVBHGIER, *Vente, n. 287* ; DKLVIN-COUBT, *ll, p. 139* ; DOBANTON, *ob. cit.* XII, 188.

(1768) Proj. Bevil., art. 1070.

(1750) Proj. Bevil., arts. 990, 1072 e 1074 combinados.

(1760) HUDKLOT ET METMAN, *ob. cit.* 11. 52<f dt.

do devedor, é então que se pode dizer que dominam os caracteres da verdadeira subrogação (⁸¹).

O subrogado não deve deixar de exercer o direito de fazer inscrever a subrogação á margem da inscripção principal, tratando-se de credito hypothecario. Não é isso, sem duvida, um acto indispensável á validade da subrogação ; é uma faculdade que garante os direitos do subrogado, não somente em relação a terceiros e ás prelações ligadas á hypotheca, como também em relação ao proprio devedor que poderia por má fé dar baixa á hypotheca.

322.—Dá-se também a subrogação convencional quando um terceiro empresta ao devedora importância necessária para pagar a divida com a declaração de ficar subrogado em todos os direitos do credor originário (").

Este caso teve seus germens também no direito romano (^{11M}); era, porém, restricto ao grau hypothecario para o effeito de transmittil-o a quem emprestasse dinheiro para solver um outro debito garantido com hypotheca. No antigo direito francêz foi essa forma vivamente combatida e só entrou nos costumes jurídicos pela utilidade pratica que encerra (").

E' um caso que se passa sem intervenção do credor e que é por isso conhecido como *subrogação do devedor*.

Tratando directamente com o terceiro, o devedor cede-lhe positivamente os direitos de seu credor.

Parece, á primeira vista, ser isto contrario ás regras co-mesinhas do direito e do bom senso. Não ha tal. O credito só é do credor antes do pagamento ; seus direitos com este se extinguem e, portanto, nada repugna que o devedor conserve e *vinculum júris* para com outrem de quem houve a liberação talvez com menor ónus.

Vê-se, pois, que si o devedor e o terceiro podem se combinar—*invito creditore*, por outro lado o acordo que fizeram

(«») GIOHGI, *ob.cit.* Vil, 173.

(1762) LACERDA, *loc. cit.* ; Coda. Civis: Fr., art. 1250n. 2 ; Ital., art. 1252 n. 2; Hesp., art. 1211 ; Arg., art. 770 ; Port., art. 780; Proj. Fel., art. 517 ; P. C. Rod., art. 531 §2.º; Proj. Bevil., art. 989 n. H.

(1763) 1. 3 D. quce respignor; 1. 1 e 4 C. de his qui in prior. cred. loc succ.

(1764) Et mérito est jure introductum, et moribus confirmatum, quia creditoribus damnum non infert, debitoribus autem prodest quó facilius viam inveuiant ámittendi acerbiorum creditorem, vel commodus mutuandi; DUMOULIN, *De Usuris*, n. 276.

da subrogação não surte effeito sinão após o pagamento que representa então a indirecta intervenção do credor no contrato, a condição indeclinável para seus effeitos práticos. fl

E' verdade que o credor não pôde recusar o pagamento, pôde ser compellido a aceitai-o pela consignação, porque quem faz a offerta não é o terceiro e sim o próprio devedor. Em todo caso. enquanto o credor por qualquer forma não fôr pago, os effeitos da subrogação não se manifestam.

Demais, si os princípios não podem justificar a subrogação do devedor, a utilidade pratica a consolida.

Essa utilidade consiste para o devedor em facilitar-lhe a obtenção de recursos ; para o credor em receber de prompto o pagamento, e, para os demais credores do devedor, por lhes ser indifferente que este seja obrigado para com qualquer dos dois (^m).

Os requisitos dessa espécie de subrogação resumem-se em : a) que o terceiro empreste o dinheiro ao devedor; b) que o empréstimo seja realisado com o fim de satisfazer ao credor; c) que seja expressamente declarada a subrogação ao mutuante nos direitos do credor originário.

O empréstimo é de tal modo essencial que não se admite que o terceiro dê o dinheiro ao devedor a qualquer outro titulo, como dote, por exemplo (^{me}).

Ha para essa exigência razões inilludiveis. A primeira é que a lei fala somente em empréstimo e não é de mais lembrarmos que domina a matéria a interpretação restricta.

Em segundo lugar, é evidente que, si os recursos não fossem obtidos a titulo oneroso e sim a titulo gratuito pelo devedor, elle faria a solução com o que era seu e então não haveria mais motivo justificativo da subrogação.

O que não é indispensável é que o empréstimo seja exclusivamente de dinheiro, podendo sel-o de qualquer outra coisa fungivel, uma vez que o credora aceite como prestação capaz de exonerar o devedor (^{w1}).

O empréstimo deve ser feito com a condição de ser empregado no pagamento da divida. Essa condição; aceita por ambas as partes, implica desde logo a existência do terceiro requisito.

Si ella não existir, nada impede desuppôr-se ter sido pago o credor com o dinheiro do próprio devedor (^w).

(1765) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1530*; LAURENT, *XVIIH, n. 38.* \ (1760)

LAURENT, *lug. cit. n. 39.* (^m) LAROMBIERE, *ob. cit. 1258, 82.*

(1768) PAC. MAZZONI, *ob. cit. IV, 122* ; LAROMBIERE, *1250, 71*; DEMOLOMBE, *IV,*

Códigos existem que exigem um acto publico, *devant no-taire*, para o empréstimo e quitação (^{17M}) Outros não levam tão longe a exigência, mas demandam que o acto de empréstimo e quitação tenham *data certa* (¹⁷⁰). O Código Civil Fran-cêz teve suas razões especiaes, próprias ao meio que procurou regular.

Antes d'elle e até os fins do século XV, era prohibido o empréstimo a juros, a não ser pela constituição de renda. Como tivesse sido diminuída por um Edito a taxa de juros, a subrogação tornou-se um meio lucrativo para o devedor, que podia tomar empréstimo a juro menor e subrogar no novo credor os direitos anteriores constituídos em favor do credor primitivo. Ora, tendo aquelle contracto formas solennes, *deoant nolaire*, ellas se perpetuaram nos costumes e foram mantidas no Código Civil (^{1W}).

Entenderam seus redactores que essa exigência tinha por fim evitar que o devedor de má fé tendo já pago a divida, pudesse obter fundos fazendo reviver dividas extinctas em favor dos prestamistas e em prejuízo de outros credores.

Que entre nós, porém, seja essencial acto escripto e da mesma data é uma solução da doutrina sobre a qual já expendemos razões.

A declaração de ficar o mutuante subrogado nos direitos do credor é acto exclusivo do devedor e do mesmo mutuante.

Mas de que documento deve constar essa declaração ?

O documento do empréstimo deve referir que elle foi effectuado para o pagamento do credor e a quitação deste ao devedor deve conter a declaração de ter sido pago com o dinheiro do empréstimo. A deve a B. C empresta a A o dinheiro para saldar o debito. A no documento que passar a C deve declarar que o empréstimo que tomou tem por fim pagar a B da divida tal. Por sua vez, B, dando quitação a A, deve declarar que foi pago com o dinheiro paja isso emprestado por Ca A.

323.—A subrogação produz dous effectos essenciaes. O primeiro é que ella transfere para o novo credor todos

("•»; Cod. Civ. Fr., art. 1250; Hesp., art. 1211 ; Chile 1610. n. 6; Port. art. 780.

(«To) Cod. Civ. Ital., art. 1252 n. 2, fundado nos ensinos de CUJACIUS, *Observ. liv. XVIII, Cap. 40.*

(¹⁷ⁱ) BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit. n. 1531.*

os direitos, acções, privilégios e garantias do antigo credor em relação á divida, tanto contra os fiadores ^(mi), como contra os devedores principaes.

A matéria é clara e não depende de longas explanações.

A subrogação não transfere, como a cessão, o próprio credito, mas somente os direitos, acções, privilégios e garantias do credor em relação unicamente á divida subrogada e não a outras que por ventura possa ter o credor contra o devedor.

O que resta, porém, a elucidar é si taes acções, direitos etc, são exercidos só contra o devedor principal e fiadores, ou si se estendem a terceiros possuidores; em uma palavra, si estes são excluidos de entre as garantias de que goza o subrogado.

Entendemos o contrario, seguindo a melhor opinião:—o terceiro possuidor é passível das acções do subrogado quando estas decorrem da divida, taes como as indennisaçõesaque poderiam ser os terceiros obrigados para com o credor em re* lação á divida, a acção resolutoria na venda, o exercicio da Pauliana etc ^(77s).

324.—Um outro effeito da subrogação éque, na *legal*, o subrogado não poderá exercer os direitos e acções do credor, sinão até a somma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor ^(m).

Entendemos que o principio é applicavel á subrogação convencional.

Esta não pódc conferir direitos mais amplos do que aque-11a ^(1TW). A convenção das partes, podendo modificar a subro-

^(m) Cods. Civis : Fr., art. 1252; Ital., art. 1254 ; de Uruguay, art. 1447; de C. Rica, art. 791; da Columbia, art. 1670; Hesp., art. 1212; Argent., art. 771 ; do Chile, art. 1612 ai. 1 ; Port., art. 781 ; Proj. Fel., art. 519; Proj. C. Rod., art. 532; Proj. Bevil., art. 991.

^(mm) A. ET RAU, *ob. cit.* § 321, *notas 74 e 75* ; LAROMBIERE, *Ob. cit.* 1251, ». 13; MASSÉ ET VERGÉ á ZACHARJÉ, § 563, *nota 21*; PLANIOL, *ob. cit.* II, 536; LAURENT, *ob. cit.* XVUL, 111; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 1567 ; PAC. MAZZONI, *ob. cit.* IV. /24/HUDELLOT, «. 5. I ^(m) Cod. Civ. AU., art. 268, ai. 3 : C. Fed. Suisso. art. 126; Cod. Civ. Ital., art. 1253 n. 2; Cod. Civ. Argent., art. 771 ns. 1 e 3; Proj. Bevil., art. 992.

^(m5) DORANTON, *ob. cit.* XI, 243 e 844, XII, 168; A. ET RAU, *ob. cit.* i§ 321, *nota 82*; P. MAZZONI, *lug. cit.* ; POTHIEB, *ob. cit.* n. 281; DEMOLOMBB, *ob. cit.* IV, 610.

gação convencional, não lhe pôde dar efeitos mais estensos do que a que se faz por determinação da lei (⁷⁷ⁱ).

Relativamente aos co-obrigados elles só têm regresso contra os co-devedores, deduzida sua parte na obrigação.

A esse respeito parece não haver divergência de opiniões.

Assim, na divida solidaria, o devedor que pagou exerce o regresso exigindo de cada uma quota parte na divida em que tiver sido subrogado, repartindo-se entre todos a parte do insolvel.

Do mesmo modo o fiador que houver pago a divida (^{Tii}).

No recurso, porém, do devedor solidário contra seus co-devedores não é de mais repetir que ha necessidade de tomar em consideração situações diversas em que elles podem se achar entre si.

Assim, imaginemos que de três devedores solidários só um tenha interesse na divida. Si é este o solvente, nenhum recurso lhe caberá contra os outros dois ; si, ao contrario, foi um destes quem solveu a obrigação cabe-lhe o recurso pelo total contra o interessado único.

Imaginemos agora que o interesse na obrigação seja igual para os três e um delles a execute.

Pelos princípios da subrogação, em virtude dos quaes o credito se transmite com todos os direitos do credor originário, parece que o solvente podia exigir o total do credito de qualquer dos outros seus co-obrigados, pois é isso que caracteriza a solidariedade.

Assim, porem, não é; elle só tem o regresso que compete ao solidário co-obrigado que solve a obrigação e que é matéria já estudada em outro lugar deste trabalho.

Essa derogação dos princípios da subrogação é tradicional e tem por fim evitar o circuito inútil das acções (ⁱⁱⁱ).

Outro principio já de nós conhecido na solidariedade é o rateio da parte do co-devedor insolvel.

Supponhamos, porém, que um co-devedor, tendo solvido a obrigação solidaria, verifica, ao exercer seu recurso, a insolvelidade de um de seus co-devedores que tinha sua parte na divida garantida por um fiador. Claro é que, não podendo o

(*ⁱⁱⁱⁱ) DHMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 646.

O^{77j}) BEAUREGABD, *ob. cit.* pag. 255.

V¹¹¹⁸) POTHIER, *lwg. cil.*, BEAUREGABD, *ob. cit.* p. 275 :MANOLS3CO, *ob. cit.* *pag. 190 e segs.* Em contrario TOULUER, *ob. cif.* IV, n. 163.

fiador, em tal hypothese, invocar o beneficio de excussão (^{177*}), soffrerá o regresso do credor solvente.

Admittamos, porém, que o insolvel tivesse sua parte na divida garantida, não por um fiador, mas por uma hypotheca sobre um immovel que vendeu. Soffre o terceiro detentor o regresso de um dos devedores que pagou a totalidade, ou rateia-se a parte de tal insolvel? Entendemos que si o terceiro detentor não remiu a hypotheca, usando das providencias que a lei offerece (^{178o}), não se poderá furtar ao recurso do solvente, pois que a hypotheca foi constituída precisamente para garantir a solvabilidade do devedor alienante e a este não pôde de modo algum ficar livre prejudicar seus co-devedores (⁷⁸ⁱ),

Relativamente ás dividas indivisíveis, ousamos expender a doutrina mais de acordo com o direito pátrio, comquanto contraria á de abalisados mestres (¹¹⁸ⁱ).

O devedor de divida indivisível, que pagou ao credor com subrogação legal, tem direito de exigir década um de seus co-devedores o total, deduzida sua parte. Com effeito, a subrogação não transfere o credito e sim os direitos do credor. Ora, o direito do credor nessa espécie de obrigações é poder exigir de cada devedor a prestação por inteiro.

Dir-nos-ão que taes co-devedores são entre si considerados devedores *pro-parte* e que nosso pensar tem o inconveniente de multiplicar as acções indefinidamente até que o ultimo subrogado só ficasse credor de sua parte e da de um dos co-devedores. Não duvidamos em confessal-o; mas não podemos ver como conciliar o principio da subrogação que sempre se dá ao co-devedor da obrigação indivisível que paga a divida, com o outro que dá ao subrogado o direito de exercer as acções do credor só até a somma que tiver desembolsado, a não ser pela forma exposta. É uma deducção lógica, irrecusável.

325.—Quando o subrogado pagar somente parte da divida, o credor originário preferir-lhe-á no pagamento do res-

(^{171P}) *Dir. Civil Recopil., art. 1372, § 1, II, a* ; RAMOS, *ob. cit. n. 1090, n. 4*; Proj. Bevil., art. 1497 ns. II e III. ■
(iiv) *J. civil Recopil., art. 804* ; Proj. Bevil., art. 822. (ita)
BBAURBGARD, *ob. at. p. 280* ; MANOLKSCO, *ob. cit. ps. 245 a 248.* («W)
Por exemplo : GIORGI, *ob. cit. vil, 2§5.*

tante, si os bens do devedor forem insufficientes para saldar por inteiro o que for devido a um e outro (^{1m}j).

Figuremos a hypothese. A deve a B 10:000\$. C paga a B a metade da divida—5:000\$—e subroga-se em seus direitos por essa metade. Os bens de A, porém, só montam em 4:000\$. Como resolver ? B é pago destes 4:000\$ e C fica no desembolso do que deu pela metade da divida. Este é o systema francêz e da generalidade dos Códigos, com raizes no direito romano.

O systema italiano, que também tem seus partidários, diz — não; C e B rateiam entre si os 4:000\$ de A, de modo tal que B tenha 7 por seus 10 e A 2 pelos seus 5 (^{1m}).

Este ultimo é um systema mais justo, mais humano, mais de acordo com a razão ; mas confunde a subrogação com a cessão (^{17M}). A subrogação não pôde ser proseguida em prejuízo do credor, diz a phrase incisiva da lei allemã (^{178e}).

Ha uma lógica rigorosa no principio posto. A subrogação não muda a natureza da operação para o credor. Ora, para elle é sempre o pagamento que quiz receber e recebeu e, portanto, deve sempre ser considerado como se tivesse recebido o que lhe competia sem subrogação (¹⁷⁸⁷).

E', pois, a regra: a subrogação não deve ser prejudicial ao credor originário. Si este recebe do terceiro um pagamento parcial sem subrogação, tem o direito de ir haver o restante do devedor. A situação não deve mudar e deve ser identicamente a mesma quando recebe o pagamento com subrogação (^{178S}).

E' a differença fundamental da cessão de credito parcial, porque nesta o cessionário de um debito parcial exerce os direitos ligados ao credito concurrentemente com o cedente para receber a parte cedida e foi isso que o systema italiano confundiu (¹⁷⁸⁹).

("«») 1. 24 D. qui potior in pignor. ; *Dig. Port. I, 1105* : Proj. Bevil., art. 993 ; Cod. Civ. Fr., art. 1252 ; C. Civ. de Uruguay. art. 1448 ; C. Civ. daHesp., art. 1213 ; C. Civ. da Sardenha, art. 1442 ; Cod. Civ. de Nápoles, art. 1205 ; Cod. Civ. do Chile. art. 1612 ai. 2.» ; Cod. Civ. Port., art. 782 : C. Civ. de C. Rica, art. 796 ; Cod. Civ. Alemão, art. 268 ult. período e art. 774 pr.

("«*) Cod. Civ. Ital., art. 1254 p.e 2« ; C. Argent., art. 772 ; C. Civ. do Japão, art. 502 ; Proj. Fel., arts. 520 v 521 ; Proj. C. Rod., arts. 533 e 534 e o direito suiso, conforme ROSSEL, *ob. cit. u. 139*.

(^{1M}) GIOHGI, *ob. cit. VII, 262*

(HM) £)er Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden. diz o art. 268 do Cod. Civ. AH. E'o velho principio : *creditar non videtur çessisse contra se* de DUMOUMN, *'De Usuris, quest. 89*.

(^{m7}) BBAUREGARD, *ob. eit. pag. 227*.

(^{11U}) TROP LONG, *ob. cit. I, 378* ; HUDELLOT ST METMAN, *ob. cit. n. 533*.

(^{im}) BAODBT L. ET BARDE *n. 1521, n. 6*.

O que resulta de tudo, em ultima analyse, é que para salvar uma subtilidade de direito, que vem desde o direito romano, a maioria dos Códigos modernos consagram a revoltante injustiça, infelizmente adoptada entre nós e digna da severa critica que tem provocado (⁷⁹⁰).

Inútil se nos afigura lembrar que a disposição de que falamos só é relativa ao credito que foi subrogado e não a outro a que o devedor possa ser obrigado para com o credor ou seu subrogado.

Resta, porém, uma solução a dar a uma questão importante.

Está claro que a preferencia que a lei aqui firma não é relativa ao credito immovel e sim somente ao pagamento parcial feito ao credor que subroga. Supponhamos, porém, que o subrogado accione o devedor, não como subrogado e sim pela acção de mandato, ou outra qualquer que lhe seja própria.

Poderá illidir a preferencia de que a lei investe o credor primitivo ? Parece indubitável (⁷⁹¹).

Outrosim, si na concurrencia do credor que recebeu o pagamento parcial com o subrogado, este se apresenta com a quitação do restante por elle pago com o fim de exonerar o fiador do credito, pode excluir o credor, porque então não representa somente seus direitos de subrogado e sim também os do fiador (⁷⁹²).

Si o credor subroga um segundo individuo no restante do credito, continua neste segundo subrogado a preferencia do credor?

Opinamos pela negativa. Tal direito é intransmissível e apenas funda-se em não ter o credor recebido parte do credito.

Desde que existam subrogados successivos em partes de um só credito, se estabelece o concurso para serem pagos proporcionalmente (⁷⁹³).

A preferencia, entretanto, pôde ser objecto de cessão por parte do credor, tanto como o podem todos os direitos do subrogado mesmo legal (⁷⁹⁴).

(⁷⁹⁰) LAROMBIERE, *ob. cit.* 1252, n. 25 *fine*

(⁷⁹¹) Huc, *ob. cit.* VIH, n. 19 ; PLANIOL, *ob. cit.* II. 545 n. 2; BAUDRY ET BARDE, «. 1571.

(⁷⁹²) PLANIOL, *loc. cit.*; BAUDRY L. BARDE, *lug. cu.* n. 1572.

(1798) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* n. 173 ; DURANTON, *ob. cit.* li, 188-189; MARCADE, *ob. cit.* IV, n. 714 ; Huc, *ob. cit.* VIU, n. 80 ; TROPLOUQ, *ob. cit.* I, j79 e 381.

(1704) *cits.* DURANTON, HUC, TROPLOUQ; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit.* «. 1574 ; MARCADÉ, *ob. cit.* IV, 715 ; GIORGI, *ob. cit.* VII, 247 ; DEMOLOMBE, *ob. cit.* IV, 643.

Todavia a disposição que analysamos pode ser alterada por convenção que invista o subrogado de iguaes ou de melhores direitos do que o credor subrogante.

Por isso que nas relações entre o devedor e o subrogado existem, como dissemos, os caracteres da cessão, deduz-se que áquelle é licito oppôr a este os meios de defêza que lhe cabiam contra o creder primitivo. Isso, porém, só se entende das excepções e defêzas anteriores á subrogação e não ás que apparecerem mais tarde

CAPITULO V

DA IMPUTAÇÃO

I

Summario.—326—Importância e caracteres da imputação.
327—Divisão da imputação. 328—Imputação do devedor.
329—Imputação do credor. 330—Imputação havendo capital
e juros, 331—Imputação legal.

326. —A matéria que vamos estudar não é tão destituída de importância como pensam muitos autores; ella encerra pontos de doutrina mui interessantes e produz efeitos práticos que não são de desprezar.

Chama-se imputação de pagamento a operação pela qual o devedor de muitas dividas de coisa fungível da mesma espécie e qualidade e a um mesmo credor, ou o próprio credor em seu lugar, destina uma prestação á extincção de uma ou mais de uma das dividas, por ser ella insufficiente para saldar todas (^{179S}).

E' pois, antes de tudo, essencial a multiplicidade da divida. Apesar de tudo, ha quem sustente a possibilidade da imputação em uma só divida e, o que é mais, ha Códigos modernos que parece suffragarem tão heterodoxa solução ("•").

Os princípios de lógica repellem tão singular doutrina, que redundante, afinal de contas, em sancionar como regra o pagamento parcial.

O efeito da imputação validamente realisada é precisamente o do pagamento :—extingue a obrigação e libera o devedor e por isso o credor não a pôde recusar (^{17, T}).

(«06) DERNBOBG— *Das TBürgerliche Recht, V. U, I»••I, § 117 H. '.* ("96)
HUDELOT ET METMAN, *Obligation, H. 535* ; GIOROI, *Teoria delle obblt-gaione VII, ly6* ; Cod. Fed. Suisso, art. 100. («⁹⁷) GIORGI, *ob. cit. VII.n. 153.*

327.—A imputação divide-se em *imputação do devedor, do credor* e em *legal*. Vamos expor essas diversas maneiras de ser do instituto.

328.—A pessoa obrigada por varias dividas da mesma espécie a um mesmo credor tem direito de declarar á qual delias offerece pagamento, unia vez que sejam liquidas e vencidas.

Sem o consentimento do credor não se fará imputação do pagamento na divida illiquida, ou não vencida (¹⁷⁹¹).

O direito de fazer imputação que cabe ao devedor, é commum ao terceiro que paga, nos casos em que o credor não pôde se excusar de receber (¹⁷⁹⁹). E', porém, um direito eminentemente unilateral para cada caso, tratando-se do devedor (^{1...o}), quasi absoluto e estabelecido precipuamente em seu favor (^{uh}).

Já o direito romano dizia :... *est in arbitrio solvntne dicere quod potius debilum voluerit solulum : et quod dixerit, id erit solulum. Possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus* (^{***}).

A condição única imposta ao exercício desse direito do devedor é que as dividas sejam certas, liquidas e vencidas.

A lei presume que o devedor queira de preferencia se exonerar da divida pela qual possa ser accionado e que o credor tem maior interesse em receber aquella que já podia exigir.

O devedor pôde fazer imputação do pagamento na divida illiquida, ou não vencida, si o credor tolerar; é então uma questão de vontade da parte interessada (¹⁸⁰³),

(1798) Cod. Comm., art 433 n. 1 ; *Direito Civ. Recopilado, art. 934 a*); *Dig. Port. I, 1108*; BEVILÁQUA, *Obrigações*, § 37 ; LACERDA, *Obrigações* § 76; *Proi. Fel.*, art. 522; *Proj. C. Rod.*, art. 535; *Proj. Bevil.*, art. 994; *Cod. Civ. Fr.*, art. 1253; *C. Civ. Hesp.*, art. 1173; *C. Civ. Ital.*, art. 1255; *C. Civ. Arg.*, arts. 773 e 774 ; *C. Civ. de C. Rica*, art. 779; *Cod. Civ. de Sardenha*, art. 1343 ; *C. Civ. de Nápoles*, art. 1707 ; *C. Civ. de Port.*, art. 728; *C. Civ. do Congo*, art. 151 ; *C. Civ. do Hayti*, art. 1039; *C. Civ. do Canadá*, art. 1159 ; *C. Civ. do Uruguay*, art. 1449; *Cod. Civ. da Columbia*, art. 1653 ; *C. F. Suisso*, art. 101, ai. l. <; *Cod. Civ. AH.*, art. 366 ai. l.a; *Cod. de Saxe*, art. 977, ai. l. > etc.

(1709) MOLITOK, *ObUgation*, n. 986.

(1800) Die Bestimmung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtgeschäft; DERNBURO. *lug cit.*

(1801) SALBILLES, *Obligations*, n. 49.

(1802) *l. l.a D. desolut. et liberai.*

(1803; D0"ANTOX, *Cours de drott fr. suivant le Code Civ. XII, 195*; Ao-BRYET RAU, *Cours de droit civ. fr.* § 320 nota 11; LAROMBIERE *Theor. et. Prat. des Oblig. 1256. U.*

Entretanto os princípios estabelecidos compadecem-se com a imputação em dividas ainda não vencidas, quando o termo é estipulado em favor do devedor (""). Quando o termo é em favor do credor, claro é que o devedor não pode renunciar a um beneficio que não é seu (^{ms}).

Não pôde igualmente o devedor imputar em divida condicional antes de verificada a condição (⁸⁰⁸).

Fora desses casos restrictos, a imputação do devedor é absoluta e não pôde ser impugnada pelo credor.

A esse respeito dividem-se os Códigos por nós citados na nota 1798. Alguns dentre elles favorecem as condições do devedor, como o Francêz e todos os que o seguem, o Argentino e o Allemão; outros, ao contrario, favorecem o credor, sendo o typo desta classe o Federal das Obrigações. Não só os primeiros são os mais numerosos, como apoiam sua solução os mestres mais notáveis do direito em todas as nações modernas.

Ao credor não é licito em caso algum oppôr-se á imputação do devedor, si as dividas são liquidas e vencidas.

Uma outra theoria (¹⁸⁰⁷) prega a annuencia do credor como essencial á validade da imputação do devedor, argumentando com a impossibilidade da vontade unilateral deste para obrigar aquelle. De modo que si faltar esse assentimento, ou si o credor designar outra divida para ser nella imputado o pagamento, nenhuma extincção se operará a respeito de qualquer delias e o pagamento, tornando-se sem causa, autorisa o devedor a repetil-o (¹⁸⁰⁸).

Os princípios dominantes em nosso direito repeli em essa theoria para accitarem a solução contraria exposta (⁸⁰⁹).

De modo que, offerecido o pagamento pelo devedor para ser imputado em uma de suas dividas liquidas, certas e vencidas, e o credor recusar-se arecebel-o, o devedor tem o recurso da consignação, ou de fazer recair sobre o credor todos os effeitos da *mora accipiendi* (^{18.º}). Si, ao contrario, ocre-

(1804; l. 70 *D. de solut.*

(1805) l. 1 § 45 e 46 O. depôs, vel contra ; l. 15 D. de annuis legat. et fideicom. GIANTURCO, *isf, de diritto civ. Uai.* § 68 pag. 172.

(1806) DEMOLOMBB, *Trailé des Contrais et des obhg.* V. 30; PACIFICI MAZZO-NI, *Jst. di dir. civ. italiano IV*, 119; GIORGI, *ob. cit.* VIj, 140.

(1807) De WIMDSCHBID, *Lehrbuch des Pandsktenrechts* § 343 nota 3 b, acceita e propagada por LACERDA, *ob. cit.* § 76 nota 9.

(1808) WINDSCHEID, *ob. e lug. cits.*

(1809) Que é de HENRICI e de STROKMANN no *IHERING Jahrbuch ftr Dog-motic Recht*, v. XIV p. 428 e XVp. 251; que é de DERNBURQ, *Pandekten*

II, § 55 nota 19 e *Burgerl. Recht* § 117 cit. que é de MOLITOR n. 986.

(1810) cit. DERNBURQ; cit. MOLITOR.

dor receber o pagamento e recusar-se a levar-o em conta da divida indicada pelo devedor, a este não cabe a repetição, pois o pagamento não se fez sem causa mas extinguiu divida anterior existente.

Apenas caberá ao credor, por isso que se trata de dividas liquidas e vencidas, e, portanto, exigíveis, constituir o devedor em mora relativamente áquella em que queria imputar o pagamento.

Objectar-nos-ão que a doutrina adoptada chega ao extremo limite de poder o devedor coagir o credor a receber um pagamento parcial. Não ba tal e bem esclareceremos nosso modo de ver com um exemplo. A deve a B 2:000\$ e mais 200\$ —dividas da mesma espécie, liquidas e vencidas. Pela theoria exposta pôde A vir a B com 300\$ e offerecer-lhe o pagamento na divida maior, de 2:000\$? Não : responde a maioria dos civilistas (""). Pensamos, porém, que A pôde offerecer a quantia para ser imputada na divida maior. B é que não pôde ser constrangido, na hypotheze. a receber o pagamento parcial, mas também não pôde, *próprio Marte*, imputal-o na divida menor, pois que seria uma violência contraria ao principio que ninguém pôde se pagar pelas próprias mãos ; não poderia reter o pagamento em caso tal. Será razão para recorrer á imputação legal.

329.—Taes são os princípios com que a lei protege o devedor no instituto da imputação. Como tudo, porém, essa protecção não é absoluta.

No caso de multiplicidade de dividas, o pagamento feito pelo devedor de quantia que não as cubra todas e sem fszer a imputação, abre ao próprio credor a oportunidade de exercer mui legitimamente esse direito.

Então não tendo o devedor declarado á qual das dividas liquidas e vencidas quer imputar o pagamento, aceitando a quitação de uma delias, não terá o direito de reclamar contra a im-

^(1M1) BAUDRY LACANTINERIE ET BARDE, *Obligations*, n. 1579 ; RossEr., *Man. de droit fed. des o W/g. U.* 116; LAURENT, *Príncipe» de droit civ.* XVII, 602 ; GIOROI. (*ob. ct. Vil, 137*) diz "—«Si comprende la necessita, che il pagamento basti a extir.guere *Vuno o Valtro debito*, in cui vuole dal debitore imputam, *eccelto qui pochi cttsi, dove é licito il pagamento par ai ale*. Altrintnti potendo il creditori respingere il pagamento parziale, non avrebbe il debitore facoltà d'imputarlo a malgrado dei creditore nel debito, che non resta coperto.»

putação, salvo provando que houve dolo ou violência da parte do credor (⁸¹).

Códigos ha que nem admittem a imputação do credor (^{ms}).

Si o devedor não faz imputação do pagamento que realisa, cabe ao credor fazel-a, procedendo como se fora elle o devedor *in quo ipse debet esset solutus* (^{8U}). Deve, pois, ser feita immediatamente ao acto do recebimento *dummodo tu re pressenti*, e no acto mesmo da quitação, guardando o mais possível as regras da equidade (^{ms}).

Si o credor não fizer a imputação no acto da quitação, vem a lei substituí-lo (").

Quando o devedor aceitar a imputação do credor ao receber a quitação em que ella é feita, não mais pôde, em regra, impugna-la ("). E' que, em tal caso, a imputação do credor vem supprir a que o devedor deveria ter feito e é irreatável (⁸¹⁸). Um caso único existe em que, por excepção, a lei admittê a opposição do devedor e é quando o credor haja procedido com dolo, ou empregado violência. O simples prejuízo, qualquer que seja sua extensão, não basta para justificar a reclamação do devedor—. *vigilantibus, sed non dormientibus, succurrit jus*

/1819\

A maioria dos Códigos, seguindo as pegadas do Francêz, exigem o dolo ou surpresa da imputação feita pelo credor para justificar a impugnação do devedor.

^{f1811}) Proj. C. Rod., art. 535p. « 2 ; Proj. Bevil., art. 995 ; Cod. Civ. Fr., art. 1255 ; C. Civ. Ital., art. 1257 ; C. Civ. Hesp., art. 1172, ai. 2 ; C. Civ. Arg., art. 775 ; C. Civ. do Hayti, art. 1040 ; C. Civ. do Canadá, art. 1160.

¹⁸¹³) Como o moderno Cod. Civil Allemão. Todavia a admittê o Código de Saxe, art. 978 e a doutrina a tolera, como se vêem DERNBORG, «*g. cit. n. 2.*

⁸¹⁴) Is. 1, 2 e 3 C. de solut. MOLITOR, *ob. cit. n. 896* ; HUDKLOT ET MET-JIAN, *ob. cit. n. 536.*

⁸¹⁶) POTHIBR, *Obiigations*, m. 566 e todos os Códigos citados. Diz GIOHGI, *Vil, 142* que essa ultima exigência não é feita nos Códigos modernos. Sim : não é explicita, mas o é implicitamente, porque *todos* elles procuram abrigar o devedor da surpresa e da violência do credor. A civilização moderna não se pode collocar em posição moral inferior aos nossos antepassados romanos. H

(«") LAROMBIERE, *ob. cit. 1255, 2* ; Huc, *Droit Civ. VIII, n. 8?* ; BAV-URY L. ET BARDE, *n. 1594* ; LAURENT, *ob. cit. XVII, 6li.*

⁸ⁿ) DEMOLOMBE, *ob. cit. V, 36* ; LAROMBIERE, *ob. cit. 1255, 2 e 3.*

(1818) Hat der Glaubiger und zwar längstens bei der Quittungslegung die Anrechnung auf eine bestimmte Schuld erklärt und hat der Schuldner nicht unverzüglich widersprochen, so wird dies in der Regei zugleich als Bestimmung des Schuldners anzusehen sein DERBURG, *ob. cit. v. II P. IA § 117 «. II.*

^{8*9}) ADBRY ET RAU, *ob. cit. § 320* ; HUDELLOT ES METMAN, *ob. cit. n. 536* ; ROSSEL, *ob. cit. ti. 116.*

Nosso direito não é tão rigoroso para com o credor.

Regulando um acto que só interessa ao devedor, presu-ppõe-se neste toda a atenção e, conseguintemente, deve-se excluir a hypothese da surpresa para tomar-se em consideração somente os extremos do dolo e da violência.

Segue-se d'ahi que por mais dannosa que ao devedor possa ser a imputação feita pelo credor, aquelle deve submeter-se quando aceita a quitação sem reclamar. Elle deixou de exercer um direito seu, sabendo que a lei o fazia immediatamente substituir por um interessado em exercel-o por sua vez, qual o sujeito activo do direito de credito. Nem isso se nos afigura contraditório com a doutrina romana que aconselha ao credor uma imputação equitativa, pois que, si elle não a fizer, si proceder com dolo ou com violência, subsiste sempre para o devedor o direito de a impugnar. Si o devedor não o faz é porque se conformou e, em tal caso, não pôde, por sua vez, expor o credor á alternativa de um direito exercitável em qualquer tempo (^{IM0}).

330.—Quer a imputação do devedor, quer a do credor, não é arbitraria e soffre limitações impostas pela lei.

Já vimos que as dividas devem ser liquidas e vencidas.

Resta-nos agora expor os principios relativos aos casos de existência de dividas de capital e juros.

Havendo capital e juros, o pagamento imputa-se primeiro nos juros vencidos e depois no capital, salvo estipulação contraria, ou si, dando seu recibo, o credor passar quitação por conta do capital (^{IM1}). E' o principio romano : *primo in usuris, id quod soluntur, deinde in sortem accepto ferelur* (¹⁸¹).

Esses juros tanto são os compensatórios como os moratórios.

(1820) TOULLTER. *Le droit civil français suivant l'oráre du Code*, IV, 176.
(^m) Cod.Comtn., art. 433 n. 5; *Dir. Civ. Recopil. art. 934 e*; *Dig. Port. I, 1109*, Proj. Fel., art. 523 a 525; Proj. C. Rod., art. 536 e 537; Proj. Bevil., art. 996; Cod. Civ. Fr., art. 1254; C. Civ. **Uai.**, art. 1256; Cod. Civ. Arg., arts. 776 e 777; Fed. Suisso, art. 99; C. Civ. Hesp., art. 1173; C. Civ. do Japão, art. 491; C. Civ. de C. Rica, art. 780; C. Civ. da Columbia, art. 1654; C. Civ. da Sardenha, art. 1344; Cod. de Nápoles, art. 1108; Cod. Civ. do Chile, art. 1595; Cod. Civ. Port., art. 730; Cod. Civ. Allemão, art. 367 ai. 1.^a Cod. de **Saxe**, art. 977 ai. 2.^o; **Cod. Civ. da Áustria**, art. 1416; C. dos **Bens de Montenegro**, art. 612 pr.

(^m) l. 1 C. desolut.

Por isso mesmo que quando está em mora está o devedor em culpa, não se pôde admittir que, em taes circumstanciasj elle goze de mais direitos do que quando nellas não se ache

/18f3\

Si, porém, o devedor imputar no capital o pagamento feito em vez de fazel-o nosjurose o credor não invocar a regra da lei conformando-seem dar quitação nesse sentido, a quitação equivale á declaração de seu consentimento ("").

Mas si o devedor imputa uma quantia sufficiente para extinguir uma das dividas com todos os seus juros, nem o credor nem a lei podem applical-a aos juros de outra divida depois de salda a primeira, havendo sobras, ou pagar ambas as dividas, deixando de pagar os juros. Isso prejudicaria a solução que o devedor tinha em mente realizar (^{im}).

331.—A imputação *legal* só tem lugar na ausência de declarações expressas do devedor e do credor (^{WM}).

Si o devedor não fizer a declaração da divida em que quer imputar o pagamento e si a quitação for omissa quanto á imputação, esta se fará:

- i.º nas dividas liquidas e vencidas;
- 2.º na mais onerosa, si forem todas liquidas e vencidas ao mesmo tempo;
- 3.º em igualdade de condições, na mais antiga ;
- 4.º sendo da mesma data e de igual natureza, em todas, proporcionalmente ;
- 5.º nos juros quanto baste para a solução dos vencidos e o resto no capital;
- 6.º na divida que o devedor deve em seu próprio nome

D-

(^{IMS}) MASSÉ ET VERGÉ A ZACRARUE, *Le droit civ. fr.*, III, % 562 nota 2 e 3 ; LAROMBKRE, *ob. cit.* 1254, 4;BAUDBYL. ET BARDE. 06. *cit. n.* 1580.

(1824) POTHIER, *Ob. Cit. H.* 565.

(1825) GIORQI, *ob. cit. Vil.* 752.

■ (18*6) WINDSCHBID, *ob. Cit. § 343 fim.*

(18^o) Cod. Comra., art. 433; *Dtr. Civ. Recopn.*, art. 9j4; LACERDA, *ob. cit.* § 76 *fim*; *Dig. Por. I*, 1110; C. DA ROCHA, *D ir. Civ.* § 149; Is. 5 pr. e 103 D. desolut. et liberat. ; Códigos Civis : Fr., art. 1256 ; Ital., art. 1258; Hesp., art. 1174; Argent., art. 778; Fed. Suisso, art. 101, al.3.^a; de C. Rica. art. 783 ; da Colômbia, art. 1655 : de Nápoles, art. 1110 ; da Sardenha, art. 1346; dos B. de Montenegro, art. 612; do Chile. art. 1597; Port.,art. 729; AUemão, art. 366, ai. 2. »; Proj. Fel., art. 526; Proj. C. Rod.,arts. 533 e534 ; MAYNZ—/—><. *Rom. § 289; notas 5 e6; POTHIER,ob. Cit. S67 e segs.*

Quando não se puder resolver a hy potheze com a applicação de qualquer dessas regras, a imputação deve ser ratêiadamente feita em todas as dividas (^{18M}). Era este um principio do direito romano (^{18W}). Muitos o combatem por julgal-o um pagamento parcial, imposto ao credor. Que seja um pagamento parcial, impossível é negar. Mas o credor podia ter feito em tempo opportuno a sua imputação. Não a tendo feito, a lei o substituiu, deu a regra a applicar a casos que naturalmente não poderiam ficar fora da regulamentação legal (^{1M0}),

Dividas mais onerosas a que nos referimos devem-se reputar as que produzem juros, ou os produzem mais elevados do que as que os não produzem, ou vencem mais baixos; a que é garantida por hypotheca ou qualquer outro ónus real antes das chirographarias, a caucionada antes da que o não é, etcr').

Em muitas outras organizações muito se disputa qual seja a divida mais antiga, si a que se constituiu primeiro, ou a que primeiro se venceu (^{188a}). Entre nós sempre considerou-se mais antiga a que primeiro foi contrahida (^{8M}).

Cumprê notar, porém, que os casos de imputação legal são susceptíveis de uma inteira modificação pela vontade dos sujeitos da obrigação. Ella é um meio de supprir a convenção expressa; é uma presumpção estabelecida por lei acerca da vontade das partes; é, portanto, um *crilerum* que o julgador pôde applicar unicamente na ausência de qualquer pacto que o deroque.

(««■) Cod. Comm.art. 433 ns. 3 e 4; *Dtr. Ctv. Reco pil., art. 934 d*); WINDSCHBID, *ob. cit.* § 343 nota 10; HODKLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 537 fim* ; POTHIBR, *ob. cit. n. 569* ; Cods. Civs : Fr., art. 1256 ai. ult.; Ital., art. 1258 fim; Hesp., art. 1174 fim; Argent., art. 778 fim ; Fed. Suisso, art. 101 ai. ult; Port., art. 729 fim ; do Congo, art. 154 fim ; do Hayti, art. 1042 fim ; do Canadá, art. 1161 fim; do Uruguay, art. 1454 ; da Columbia, art. 1655 .

(^{18M}) *is. 1, 2, f. 4, 5, 8, 101 §1D. de solut. et. liberai.*

(⁸⁸⁰) GIOBGI, *ob. cit. Vil, 146.*

(M«») DERNBURQ, *l«g. ctt. § 1173 c*); HODKLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 537* ; BAUDRY L. ET BARDE, *M. 1590.*

(ws») Tal seda na Itália como se vê em GIOBGI, *ob. cit. Vil, 145.*

(⁸³³) C. DA ROCHA, *IUR. cit.*



CAPITULO VI

DAÇÃO EM PAGAMENTO

Summario.— 332-0 que é dação. 333 - Elementos constitutivos da dação. 334 — EstensSo da dação. 335 — Não se confunde com as obrigações alternativas, nem com as facultativas. 336— Não implica novação. 337— Analogia da dação com a venda. 338— Quando equivale a cessão. 339 — Evição soffrida pelo credor que recebe a coisa em dação.

332.— Dação em pagamento—*dalio in solúum* dos romanos, *Angabe an Zahlungsstatl* do direito germânico, ou *Leistung an Erfüllungsstatl* do moderno direito allemão—é um acordo liberatório convencionado entre o credor e o devedor, em virtude do qual aquele acquiesce em receber deste para exonerar-o de uma divida um objecto differente do que constitua a prestação—*aliud pro alio* ("•*"). I

D'ahi deduz-se desde logo que tal acordo deve ser feito em acto posterior á formação do vinculo obrigatório e nas proximidades do pagamento (^{m5}).

Os modernos códigos, em geral, não tratam especialmente da dação e apenas a admittem como excepção á regra geral que o credor deve ser pago precisamente com aquillo que constitue o objecto da prestação. E deste modo a collocam entre as regras relativas ao pagamento.

Outros mais geralmente só a comprehendem como um acordo liberatório, restricto ás prestações de dinheiro. Nosso direito pertence a esta classe. A cessão de bens, que é uma dação de pagamento sem accordo do credor, é um instituto que

(1884) *I., t.—quib, mod. oblig. tollitur, pr.*

(^{ms}) GIORGI, *Teoria delle obbligazione, VH, 299.*

se vae esvanecendo das modernas legislações e que, admitti-do em nossa legislação de fallencias, teve ali uma rápida passagem assignalada por effeitos práticos desastrados.

333.—A dação compõe-se de elementos intrínsecos e extrínsecos.

Entre aquelles o primeiro é a entrega feita pelo devedor ao credor da coisa dada com animo de realizar o pagamento ; o segundo é o acordo do credor.

O elemento extrínseco consiste na diversidade da prestação offerecida em relação á devida.

Está bem claro que para esse acto é essencial a capacidade das partes para alienar. De modo que o mandatário geral com poderes de administração não está habilitado a exercel-o e sim somente quando tiver para isso especiaes poderes. (^{18M}).

334. — O credor pôde consentir em receber coisa que não seja dinheiro em substituição da prestação que lhe era devida (¹⁸³⁷).

Os Códigos geralmente dispõem para os casos da prestação de coisa em vez de dinheiro—*rem pro pecunia* e de um credito do devedor em vez de seu debito para com o credor—*no-men júris pro pecunia*. Isso, porém, não impede que se estenda a dação em pagamento á prestação de uma coisa por outra—*rem pro re*, de uma coisa por facto—*rem pro facto*, de um facto por outro, de um facto por dinheiro, etc. Tudo isso pôde constituir objecto do acordo liberatório, o *aliud pro alio*, que é da essência da dação (⁸³⁸).

Desde o direito romano ella repousava no acordo decorrente da mais ampla liberdade das partes (^{1M9}).

(1836) Cod. Civ. Argent., art. 782.

(^{1M7}) Proj. Bevil-art. 998; Cod. Civ. Arg.,art. 779; Cod. Civ. Ali., art. 364, ai. l.«e 422; Cod.Civ. do Uruguay.art. 1464; Cod. Civ. Fr., arg.do art. 2038.

(»w») DERNBORG, *Das Bttrgerliche Recht*, v. I, P. I.»§ 118 n. '.

(^{8M}) l. 1 § 5 D. de pecunia constiluta ; 1.25 D. de jure dotium; 1.98 § 6 D. de solut. et liberat. ; Is. 16, 17, e24 C. de solut. ; 1. 9 C. de rescind. vend. etc.

335.—Não é, pois, possível confundir a dação em pagamento nem com as obrigações alternativas nem com as facultativas.

Si bem que em ambas estas possa variar o objecto da prestação, é isso em virtude da essência de taes modalidades e fundado no acordo concomitante ao contrahimento do vinculo obrigatório e não posterior a elle.

O credor de uma obrigação alternativa, si não reservou para si a escolha, sabe que a regra legal a defere ao devedor.

O credor de uma obrigação facultativa sabe de antemão que ao devedor é livre a prestação de qualquer dos objectos.

Nada disso é commum com a mudança da prestação por acordo occasional e expresso com o credor nas proximidades do pagamento.

A dação tem mais contactos reaes com a delegação que muitos autores dizem ser mesmo um de seus modos (^{M0}).

336.—E' doutrina corrente no direito francêz que a dação implica novação. Apesar da quasi unanimidade dos autores em França nesse sentido, o erro é patente. Ha quem ali affirme ser essa uma idéa moderna e inteiramente estranha ao Código Civil (^{mi}).

Assim, porém, não é : o erro é de origem e já existia entre os organisadores daquela legislação (^{i8w}).

Essa doutrina é de todo ponto insustentável. I Na novação substitue-se uma obrigação por outra ; na dação substitue se uma obrigação por uma cousa, nenhuma obrigação nova é contrahida pelo devedor ; elle só adquire do credor a faculdade de poder solver por outro meio (^{8M}).

Veremos adiante as consequências da doutrina francêza.

337.—Determinado o preço de uma cousa dada em pagamento, as relações entre as partes regulam-se pelas normas do contracto de compra e venda ("**).

(«MO) POTBIBR, *Obligations ns*, 564 e 569; SALEILLES, *Obhgat. n. 48*.

(^{mi}) PLANWL—*Tratté Elem. ãedroit. civ. li, 550*.

(^{i8w}) BAUDRY L. ET BARDE, *Obligations, n. 1685*.

(^{iM}) LAURBNT, *Príncipes de droit ctv. XVIII, 279*; GIORGI, O*, *cit. VII, 300bis*; SEGOGNE—*De la áatiott en payement en droit. rom. et en droitfr, pags. 83-100* ; PLANIOL, *lug. Cit.*

(MU) cod. Civ. Arg., art. 781 / Proj. Bevil., art. 999,

Os romanos equiparavam a dação á permuta, quando se tratava de *rcm pro re*, e á venda, quando de *rem pro pecunia*.

E'esse o sentido do texto: *ejusmodi contraciis vicem venditionis obtinet* ("""). E' este ainda o modo dever mais geral (^{t8M}). Nosso direito sempre equiparou a dação á compra e venda para todos os effeitos (""").

Por mais simples que pareça essa affirmacão, é essencial que a tomemos em seus devidos termos. Na substituição da prestação de dinheiro pela de um objecto—que constitue a dação—este não deve ser recebido pelo credor por certo e determinado preço e sim *aliud pro alio*, transmittindo o devedor a propriedade e posse ao credor (^{18W}).

E' o caso mais simples do mundo. A deve a B a quantia de 500\$000.

Por accordo, ao tempo da prestação, convencionam ambos de modo tal que B recebe de A em pagamento daquella quantia o cavallo Abdalah sem se fazer sobre este preço algum.

Eis o caso geral e typico da dação.

Admittamos, porém, que, chegada a época do pagamento, A entregue a B uma pequena propriedade que possui, no valor de 900\$, a fim de que B compense este valor no seu credito.

Tem então lugar, nessa especialidade de dação, o applica-rem-se as regras da compra e venda.

Aquillo, porém, que dos princípios de compra e venda se applica á dação em pagamento é muito pouca cousa e reduz-se unicamente aos princípios geraes.

Assim, a dação effectuada por erro dá lugar á repetição, quer consista o erro em suppôr-se devedor não o sendo, quer recaia sobre o *quantum* da divida.

No primeiro caso, a repetição se fará sem mais consequências para o devedor supposto, pois trata-se de obrigação sem causa, puramente putativa. Ne segundo, havendo erro somente no *quantum*, o devedor só poderá repetir a cousa offe-recendo-se apagar aquillo que realmente deve (^{18W}).

(^{184B}) *J. 4 C. de eviettonibus.*

(^{18M}) POTHIEB, *Vente—ns. 601-605*; DKMOLOMBE, *Cont. et Oblig. IV, 230, e V, 279*; THOPLONG, *Pnvtl. et Hypotheques IV, 861*; LAOBENT, *ob. cit. XVIII.323*; Cod. Civ. Fr., art. 1595.

(^{18W}) *Consol. das Leis, arts. 510 nota 1 e 595 § 4*; *Dir. Civ. Recopil. art. 9§6* e leis ali citadas: BEVILÁQUA, *Obrigações § 40.*

(^{18M}) MOLITOR, *Obligations, n. 980.*

(^{WM}) MOLITOK, *ob. cit. n. 982.*

Em um e outro caso, porém, as deteriorações ou as melhoras da coisa dada só são supportadas pelo devedor ou em seu favor revertem.

Ao passo que isto se dá, não mais poderá o devedor repetir a coisa dada com preço fixado, ou melhor, quando a deu para compensar seu preço no debito supposto. Ahi existe o si-mile da venda e esta se acha feita e acabada ; só lhe resta acção para haver o preço total, si a divida era putativa, ou a differença si era menor do que a suppunha⁽¹⁸⁸⁰⁾. Neste caso as deteriorações recaem sobre o credor ou lhe aproveitam.

Si a dação é venda, na hypotheze figurada, implica a obrigação de garantia pela evicção soffrida pelo credor ?

Não devemos adiantar idéas que o methodo nos aconselha a pospor. Basta por enquanto lembrar que a obrigação de garantia não é peculiar ao contracto de compra e venda e é es-tensivel a todo o contracto a titulo oneroso ^(1M1).

338.—Si a dação em pagamento é realisada com um titulo de credito do devedor, equivale á cessão ^(.8M).

Já o direito romano admittia que um direito de credito fosse dado em pagamento ^(18M). É' o que se dizia ali *nomen júris pro pecunia*, ou *Abtretung von Hechten* dos jurisconsultos aliemães modernos.

A cessão não figura então na espécie como um contracto aleatório, cujos riscos corra o cessionário, como se dá em algumas legislações ^(1m). Ella é realisada *natura matérias*, a titulo oneroso, e, portanto, o devedor cedente é responsável para com o credor cessionário pela existência do credito ao tempo da cessão, ainda quando por isso não se responsabilise ^(18BB).

Deve garantir o *quantum* do credito até o montante da divida que com elle pagou, com os respectivos juros, e a indenisar as despêzas da cessão e as que o credor fizer para a cobrança ^(188fl).

^{18*0}) SEGOGNE, *ob. ctt. pags. 91-97* ; PLANIOL, *ob. ctt. II, 555*.

(MH) Vido adiante nosso NUMERO 696 ; Proj. Bevil., art. 1111. I ^(.8M)
Cod. Civ. Arg., art. 780; C. Civ. AU., art. 365; Proj. Bevil., art. 1000.

^(18M) Is. 5, 8 §§ 3 e 5 D adSc. Velleian. ; 1. 37 §4 D. de operislibert.;

1. 8 D. de fidej. et mandat.

(188*) Cod. Ped. Suisso, art. 193; ROSSEL, *ob.ctt. n. 234*.

(«58) proj. Bevil., art. 1076.

(i8»») Proj. Bevil., art. 1078.

339.—Si o credor soffrer a evicção da cousa recebida em pagamento, fica restabelecida a obrigação primitiva e sem effeito a quitação dada. Esta solução é contraria a que tem sido adoptada pela maioria dos Códigos e civilistas (¹⁸⁵⁷); mas nem é sem apoio e, o que é mais, é a que mais se coaduna com os princípios do direito pátrio (^{8M}).

Examinemos a questão no direito romano.

Os proculianos distinguiram o pagamento da dação em pagamento, como distinguiram a permuta da venda.

Os sabinianos assimilavam em absoluto o pagamento e dação em pagamento, como confundiam nos mesmos princípios a venda e a permuta.

Quanto á permuta prevaleceu na codificação de Justiniano a opinião dos proculianos; quanto á dação ali dominou a dos sabinianos (^{1M9}).

Dessa divergência de escolas resultou a incorporação de dois textos antinomicos na legislação romana. Um de Marciano, partidário de Proculus (⁸⁶⁰), affirmava que a dação em pagamento não extingue a obrigação *ipso jure* :—*Si quis aliam rem pro alia rolenti solverit, et evicta fuerit res, manei prestina obligatio. Et si pro parte fuerit evicta, tamenpro solido obligatio durai; nam non ea accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fuerit.*

Consequentemente, sendo evicta a cousa dada em pagamento, em todo ou em parte, a obrigação primitiva continua a subsistir.

O texto de Ulpiano, pertencente á escola adversa (⁸⁶¹), affirma, ao contrario, que, em tal hypotheze, a obrigação se extingue restando ao credor apenas *aulilis adio exemplo* contra o devedor para ser indennisado *ad instar* do comprador por ter-lhe aquelle transmittido objecto de que não era proprietário. *Imo utilis cx emplo accommodata est quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ul in quantitate debili ei sa-tisfidl, vel in quanlum ejus inlersit.*

Innumeras têm sido as explicações tentadas para conciliar os textos antinomicos. Para uns os dous textos eram applica-

(^{M1}) Cod. Civ. Arg., art. 783 ; Allemão, arts. 365,433 c 459; Uai., art. 1929; Fr., art. 2038; MOUTOH, *ob. cit. n. 980*.

(^{int}) cits. SEGOGNB e PLANIOL ; BEVILÁQUA, *ob. e lug. cits.* ; Proj. Bevil., art. 1001.

(¹⁸⁵⁹) GAIOS *III, lb8*; Inst. quib. mod. oblig. toll. pr.; 1. 26 §§ 4, 5 e 6 D. decond. indeb. ; 1. 17 D. cond. furt; 1. 1 § 5 D. de pecun. const.; 1. 25D. juro dot. ;1. 98 § 6 D. de solut. et liberat. ; 1. 17 C. de solut.

(^{M0}) 1. 46pr.,D. de solut. et liberat.

(^{1M1}) 1.-24 prr-ftr depígn. act. *J*

veis ao mesmo tempo, sendo o de Ulpiano á dação de *rem pro pecunia* e o de Marciano a de *rem pro re* (^{M*}).

Para outros o credor podia a vontade escolher entre os dous recursos (^{1MS})

Entendem ainda outros que o texto de Marciano tem applicação todas as vezes que, usando de uma acção pessoal *in rem*, um terceiro reivindicava a cousa por não ter a propriedade delia o devedor que a prestou. Então a obrigação continuava ; a dação não a extingua.

Si, porém, um credor hypothecario realisava a evicção, o credor evicto somente tinha a acção útil que lhe concede o texto de Ulpiano ("").

Os romanistas allemães anteriores ao Código Civil, conciliando as duas opiniões romanas, deferiam ao credor o direito de escolha : ou fazer reviver seu credito, ou exigir do devedor a indennisação como comprador.

Para estes o primeiro direito referido decorre do facto de ter o credor dado força de adimplemento à tradição da propriedade. O segundo decorre do compromisso implícito assumido pelo devedor, ao entregar a cousa, de transferir a plena propriedade (¹⁸⁸⁵).

Sendo corrente em França, como vimos, a doutrina que a dação encerra novação, a lógica conduziu seus partidários a só admittirem para o credor as acções de garantia contra o devedor, si este não lhe transmite a propriedade plena, porque realmente é da essência da novação extinguir os accessorios e garantias da divida.

No moderno Código Civil Allemão a solução é, como na maioria dos Códigos, em favor de Ulpiano. Posto que não considere a operação como uma venda, elle dá ao credor que soffre a evicção todos os direitos que em idênticas circumstan-cias caberiam ao comprador evicto, todas as acções de garantia, mas a divida fica extincta para todos os effeitos (^{18M}).

Apesar de todas essas opiniões, collocamo-nos francamente ao lado do texto de Marciano.

Si a dação é uma forma de pagamento, não se compre-

(«») CtJACius—*Observationes*, XIX, Cap. 38.

(1863) VoKT-ad *Pandectas XLVI*, 3, '3 / POTHIER, *Vente*, n. 605.

(18M) ROMUSSI—*De ãatione in Solntum*, *Disc. XXVJII*, tis. 24 e 25.

(1865) WWDSCHIED, *Pandekten* § 342 nota 14 ; BKINZ, *Pandekten*, § 280 nota 12 ; RÖMKR, *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dent römischen nnd gemeinen Recht*, pag. 54.

(1860) cit. art. 365 do Cod. Civ. AU. ; SALKIOKS, *ob. cit. n. 48*,

hende que este se possa fazer sinão de modo a liberar o devedor e satisfazer plenamente aos interesses do credor, Ora, si o que aquelle prestou não era seu, não se pôde ver de que modo elle possa se exonerar.

Por outro lado, si o credor pôde ser ainda incommodado por terceiro, si aquillo que recebeu como uma prestação que lhe era devida, deixa de o ser de facto, a que ficaria reduzido seu direito creditório ?

Dir-se-á que recebendo em dação um pagamento diverso daquelle que lhe era devido, não recebeu o credor a prestação a que lhe dava direito seu titulo creditório. Sim; mas por isso mesmo, deve elle ter direito a voltar a ella, si aquella que a substituiu veio a ser annullada por facto do devedor.

Demais, a venda de cousa alheia é prohibida e nulla entre nós, ao envez do que se dava na legislação romana (^{M1}), mas de conformidade com as legislações modernas (¹⁸⁶⁸).

Ora, si não se pôde validamente vender cousa alheia, não vemos como se possa dal-a em pagamento. Si a cousa não é propriedade do devedor, a dação não é legitima (^{1W9j}); o pagamento não se realizou e, portanto, a divida subsiste.

Essa noção tão lógica que parece se impor sem deixar duvidas, decorre da própria noção da dação em pagamento.

Qucedam remissio *qu(B a debilore de re própria fit credi-lori, ut ex ea illi satisfiat, dominiumque ab illo in hunc trans-eat, traditione accedente, nin aliter actum sit* (^{mo}).

Dada a evicção e restabelecida a obrigação primitiva, não revigora a fiança da divida (^{1OT1}). Isso não é uma disposição que consagre uma consequência da dação e só se funda n'um principio de equidade em favor do fiador.

Este não deve soffrer prejuízo com o arranjo que o credor fizer com o devedor principal acerca do debito affiançado (^{181s}).

Si essa disposição é extensiva ás hypothecas ou a quaes-quer outras garantias accessorias do credito, é questão diversa-

(1867) 1. 28 D. de contrah. emptione.

(1868) BEVELAGOJA, *Obrigações*, § 132; Cod. Civ. Fr., art. 1599; Cod.j Civ. Ital., art. 1459; Cod. Civ. Arg., art. 1239; Cod. Civ. Port., art. 1555.

(1869) MOUTOR, *ob. cit. n. 980*.

(1870) ROSIUSI, *ob. cit. I>isc. I principio*.

(1871) Cod. Civ. Fr., art. 2038; Cod. Civ. Ital., art. 1929; Proj. Bevilart. 1508 n. III. O direito allemão decide era sentido contrario. War die Leistung an Brfullungsstatt nichtig... so bleibt selbstverständlich die For-derung ais nur scheinbar getilgt bestehen und die Befreiung der Btrrgen mie anderer Accesionen ist nicht erfolgt. DERNBUBO, *ob. cit. §118 n. II*.

(1872) POTHIEB, *Obligations, n. 40?*.

mente decidida. Já vimos a solução negativa em absoluto do moderno direito allemão (^{Mw}).

I A maioria dos autores francêzes decide que a hypothe-ca, como a fiança, cessa com a evicção e ainda nisso são lógicos com os princípios professados e acima expostos (^{im}). ■ Em nosso direito a solução é outra : restabelecida a divida principal, subsistem as hypothecas que a garantiam. (^{im}).

Si a dação é annullada de facto pela evicção, nullo e nenhum é o pagamento a que ella visava e ahypotheca subsiste.

Quem dá em pagamento bens gravados de hypothe-ca não se presume ter tido *animut solvendi* ("•").

De resto, é este um principio antigo em direito pátrio (**").

(1878) Vide nota 1871 supra.

(1874) DEMOLOMBR, *ofr cit. V, 290e 292*; LAROMBIERK, *oè. cit. 1278, 6*;

DORANTON, *O0 Cít. XII, 82*.

(1875) *Dir. Civ. Recopil., arl. 801 n. 1*; Proj. Bevil., atts. 853 n. I, 936 e 1001 combinados. *.|

(1876) TBOPLONO, *ob. cit. Ill, n. 726 bis*.

H (1877) LAFAYBTTE, *Dir. da* Cousas, § 276 e mats DOMAI, Lois CtvilesP* I.» liv. HI, tu. 1." \$0cc. Vil, n. 6*; TROPLONG, *06. e lug. cit»*.

CAPITULO VII

DÁ NOVAÇÃO

Summatio.—340—Decréscimo da importância deste instituto e suas relações com a cessão. 341 — Definição e caracteres. 342 —Divisão e nomenclatura. 343—A novação não se presume. 344—E' essencial uma obrigação anterior. 345 —Requisito da capacidade. 346—Novação real ou objectiva e questões que a ella se prendem. 347 e 348 - -Novação subjectiva. 349—Novação entre o credor e um dos devedores solidários. 350—Novação com o devedor principal sem o concurso do fiador. 351 — Efeitos da novação.

340.—Exercia a novação no direito romano um papel importantíssimo no conjuncto dos direitos de credito, pois que, uma vez contrahida uma relação obrigatória, não mais podia ser alterada entre as partes a não ser por uma nova que viesse se collocar no lugar da antiga ("*).

Ncs Códigos modernos, ao contrario, vae esse instituto perdendo a primitiva importância e vimos ainda ultimamente um dos mais bem elaborados deixar de lhe consagrar um titulo especial para deslocar todas as operações que elle regia para o transporte de créditos e de dividas (^{W9}).

A intransmissibilidade primitiva desapareceu e a novação—seu natural correctivo no direito antigo—foi parallela-mente perdendo sua importância inicial (^{M0}).

Não se pense com isso que haja uma perfeita identidade • nos dous institutos—novação e cessão. Elles mantêm caracte»

(1878; DERNBURQ, *Da» Bilrgerliche Rechíe*, v, I, P. J, § 119. (¹⁸⁷⁹)
Uebertragung der Forderung e SchuldUbernahme do Cod. Civ, Allemão. Vide as razões em SALEILLES, *Obligations*, tis. 37 e 38. (^{1M0}) SALEILLES, *ob. cit. n.* 75.

res irreductíveis e próprios e é isso que leva o moderno legislador a manter embora modificados os princípios do direito romano. Na cessão, ao inverso do que ocorre na novação, como veremos dentro em pouco, o cedido não se exonera diante do cedente e perduram para o novo credor todas as garantias do credito cedido. O cedido só se libera de pagar ao cedente quando intimado da cessão.

Para que, pois, se possa da cessão induzir novação, é essencial que o cedente declare a exoneração do cedido para com elle.

34t 1 .-A novação é um meio liberatório, uma forma de extincção do direito de credito. A definição de Ulpiano exprime ainda seu conceito actual: «Novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio et translatio ; hoc est, cum ex-prcedenti causa, *ita nova consliluat. ut prior perimalur**

C«).

O *crilerium* fundamental ahi está contido. A novação cria uma nova obrigação para extinguir uma outra anterior, mas extinguir substituindo-a (^{8M}). Não é, pois, uma transfor-ção da obrigação anterior, como pensam muitos (^{ms}), pois que isso excluiria o character extinctivo da novação.

Tão pouco pôde-se affirmar ser a novação a extincção da obrigação anterior para dar lugar á segunda, como querem outros. Não; a segunda obrigação é sempre differente da primeira, quanto ao fundo e quanto á forma. Ella se distingue ou pelo conteúdo da obrigação, ou pela diversidade de um de seus sujeitos, ou pelas garantias accessorias. Surge uma, não para transformar a outra e sim para extingui-la—*ita nova consliluat, ul prior perimalur* (^m).

A nova obrigação é que extingue a precedente, não como

(1881) ;_ f93. *de novationibus et delegationibus*.

I*⁸⁸⁸) POTHIBR, *Obligations*, n. 5811 WiNOSGHBio, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 3§3 nota J.

(¹⁸⁸³) MARKZOIX, *Lehrbuch der Institutionen des rOmischeu Rechtes* § 155; MACKELDEY—*Manuel de droit rom.* § 529 ; ROSSBL, *Manuel de droit federal des obligations* n. 166—e muitos outros autores.

(^{188*}) WINDSCHID, *Ob. Clt.* § 393 r1Ota 3 b).

equivalente da *solutio*, mas por substituição. Não é a *solutio*, pois que esta implica a inteira extinção do *vinculum juris*,\ emquanto que na novação este perdura embora sob forma diferente; é uma extinção relativa, porque a essência da novação é ser liberatória e obrigatória.

A força extintiva da novação tem seu quê de análogo com a que decorre da dação. Ambos esses meios liberatórios emanam da vontade do credor em acqniescer na mudança da prestação. Na novação, porém, pouco importa que a nova dívida seja ou não paga. O essencial é que o acto mesmo da novação tenha validade jurídica (⁸⁸⁵). A nova dívida é obrigação nova para todos os efeitos. Da antiga solhe ficou o traço apagado, a ligação ás mais das vezes equivoca do effeito com a causa, pois que seu objecto pôde ser diverso, a protecção das clausulas e garantias pode ser mais ou menos efficaz, diversas obrigações reunidas podem fundir-se para formarem o objecto ou causa única da novação (⁸⁸⁶).

342.—Não consideraremos a novação como dividida em *voluntária* e *necessária*, sendo esta a que resulta de contestação daliue; nem como *privativa* e *cumulativa*, como querem muitos civilistas (⁸⁸⁷). E' uma nomenclatura insustentável no direito moderno e mesmo diante de uma analyse racional dos próprios textos romanos (⁸⁸⁸).

A unicá divisão que a novação comporta é em *real* ou *objectiva* pela mudança do objecto da prestação entre as mesmas partes, e *pessoal* ou *subjectiva*, quando a mudança se opera em um ou em ambos os sujeitos da obrigação—seja o activo, ou o passivo (⁸⁸⁹).

Notemos de passagem que as duas espécies de novação podem se achar reunidas sem que deixem por isso de ser re-

(1885) GIORGI, *Teoria àelle obbligazione Vil*, 417.

(1886) i is § 1 D. de acceptil. ; MAYNZ, *Cours de Droit Romain* § 293.

(1887) MOUTOR, *Obligationsns. 1028 e 1029'*, MACHELARD, *Des Obhg. Naturelles en droit romain* pags. 346-356 ; e ainda outras muitas apontadas por WINDSCHEID, *Ob. Clt. § 124*, ^{MOu} **

(«««») LACERDA *Obrigações % 87 nota 8*. «Oggidi queste nomenc alure devono bandissi, tenendo per fermo, che una sola é vera novazione : quella volontaria.. per cui volontariamente le parte sostituiscono il debito nuovo ai debito vecchio che vogliono estinguere. GIORGI, *ob. cit. Vil*. ³⁴J.*

(ws») *Dir. Ctv. Recopilado, art. 949; Proj. Bevil., art. 1002 e numero**. Vid. justificação theorica era SALPIUS *Novation und Delegation* § 1.

gidas pelos preceitos destinados a cada uma delias quando se paradas.

343.—As duas espécies de novação têm requisitos co-muns e modificações secundarias que as differenciam. Notaremos uns e outros no correr da exposição.

A primeira regra que abrange todas as espécies é que a novação não se presume, deve haver animo de novar, pois que, do contrario, a segunda obrigação confirmaria simplesmente a primeira (¹⁸⁹⁰). O direito romano manteve sempre o principio que a novação, contendo renuncia de direito, jamais se deve presumir (¹⁸⁹¹). Tendo, porém, suas applicações soffri-do grandes oscilações na pratica, decidiu Justiniano que só por vontade expressa se julgaria a segunda obrigação uma substituição da primeira (^{18M}). Desde então, quando qualquer duvida pudesse existir a respeito, a segunda obrigação subsistiria juntamente com a primeira (^{18M}).

Si o animo de novar não existe claramente manifestado, só ha confirmação (^{18S4}).

Apesar de tudo, não exige a lei uma declaração em termos expressos; basta que o *animus novandi* resulte dos termos do acto ou contracto, dos quaes se possa deduzir a inequívoca intenção de substituir a velha obrigação pela nova (^{189b}).

(«90) *Dtg.Port. 1,1211* ; Proj. Fel.,arts. 539, 540; Proj. C. Rod., art.; 550; Proj. Bevil.,art. 1003; Cods. Civs. Fr., art. 1273; Ital., art. 1269 ; Hesp., art 1204 ; Port., art. 803 ; Arg., art. 812 ; da Sardenha, art. 1364 ; do Chile art. 1634 ; do Uruguay, art. 1501 ; da Columbia, art. 1693; Suisso, 143.

(¹⁸⁹¹) 1. 71 pr. D. pro sócio; 1.58D. deverb. oblig. ; 1. 3 pr. D. duob. reis ; Is. 2 fim, 6 pr., 7, 8 §§ 1 e 3 ; 26 e 28 D. de novat. e delegat.

(WM) *l, SC. de novat.*

(1893) MOLITOR.OÒ. *Cít. MS. 10370 1039.*

(1894) i. 2 fim el. 8§ 5 D. de novat. ; G. DA ROCHA, *Direito Ctvil*, § 160.

(189») POTHIBR, *Ob.Ctt.* «. 594 / MoUTOH, *Ob. Cít. ti. 1037 cit.* : WINDSCHBID, *ub. cit.* § 35 4 nota 15 ; HUDBLOT ET METMAN, *Obligations n. 558*; POCHTAJ *Vorles. % 291, 2 fim*; ROSSEL, *ob. clt. n. 168* ; AUBRY ETRAU, *Dvoit Civil § 324 nota 27*; DEMOLOMBG, *ob. cit. V, 267* ; LAURENT, *ob. cit. X VIU, 259*; GIOHGI, *ob. cit. VII, 363.*

34:4.—O segundo character commum a todas as espécies de novação é a existência de uma obrigação anterior válida que a segunda venha extinguir substituindo. Si se provar, portanto, que uma obrigação foi contrahida com animo de novar e que a obrigação que tinha em vista substituir era nulla, a nova sel-o-á igualmente por ser uma obrigação sem causa ^(1.M).

Obrigações nullas ou extinctas não podem ser confirmadas por novação, declaram-no terminantemente muitos códigos modernos ^(mi).

Note-se, porém, que não dizemos que as obrigações nullas não possam ser objecto de novação esim somente que não podem ser confirmadas. Com effeito, a obrigação efficaz pode ser objecto de novação e esta é válida em direito. O que pôde succeder é que o devedor opponha á segunda todas as excepções que tinha contra a primeira. como lhe faculta a lei ^(m8).

Nesse caso si a segunda obrigação tiver objecto próprio e a nullidade da primeira não fôr desconhecida dos sujeitos, ella poderá vigorar como obrigação independente e não como confirmação desta ⁽¹⁸⁹⁹⁾. A segunda fica valendo á ratificação da primeira em tal caso, si contiver renuncia, expressa ou tacita, do devedor, de se prevalecer da causa de nullidade que atacava a existência da primeira obrigação ^(.900). Não existindo tal renuncia expressa, a novação presuppõe divida válida anterior e requisitos intrínsecos que a façam exigível, porque si ella é annullada, não vemos como possa o credor resuscitar o primeiro credito extincto.

Ha, porém, um traço distinctivo digno de nota.

Na novação objectiva é essencial que a segunda obrigação diffira da primeira, ou na qualidade, ou nos accessorios, como : o tempo, ou lugar do pagamento; si a primeira foi garantida, real ou fideijussoriamente, e a segunda não, ou vice-versa ; é essencial, em summa, *quid novi*.

Si as partes mudam, diminuem ou acrescentam a obrigação sem desnaturar a primeira ; si constituem privilegio, hy-potheca, penhor, prazo ou condição somente, nenhuma nova-

^(.895) 1. 7pr. D. de dolo except.; GAIUS, III, 179. ^(xm) Cods. Civis Port., art. 810 ; do Chile. art. 1630; Arg., art 802 ; Proj. Fel., arls. 536 e 537 ; Proj. Bevil., art. 1010.

^{1mM)} 1.2 D. de Sc. Maced. jl. 14 D. de exoept.; 1. 17 § D. doli mali; MAYMZ, ob. cit. §293

^(im) Is. 21 e 25 C. de verb. oblilg.; MAYNZ, *lug. cit.* ^(im)
PLANIOL, *Droit Civ. II*, 550.

ção existe (^{M01}); são meros acréscimos que modificam a obrigação sem mudar seu objecto (^{B01}).

I Ora, isso não se dá na novação subjectiva. Aqui a mudança de um dos sujeitos já implica a novação (^{1M}).

A existência anterior de uma obrigação não demanda um intercurso de tempo fixado prestabelecidamente. A novação pôde ser realizada logo que a primeira tenha sido contra-hida e tenha existência perfeita e completa ; pôde ser acto continuo (⁹⁰⁴). Si, porém, a obrigação anterior é simplesmente annullavel, pôde ser confirmada por novação C⁹⁰ⁿ).

Já vimos que a dívida anterior nulla não pôde ser por tal modo confirmada. A simplesmente annullavel não ircede em tal prohibição. De resto, voltaremos a esses principios ao tratarmos das espécies particulares da novação.

34o.—O requisito capital da novação é a capacidade jurídica em quem a realisa (⁹⁰⁸). Em regra pôde effectuar a novação aquelle que pôde validamente aceitar o pagamento, ou pagar:— *cuirectosolvitur, is etiam novare potest* (¹⁹⁰¹).

Nesta capacidade é que repousa o assentimento das partes, a intenção de realizar o contracto.

Com essas noções, passemos ao estudo das espécies da novação em o qual ellas serão ainda invocadas em seus detalhes». t

340.—A novação real, ou objectiva, tem lugar quando o devedor contráe com o credor uma nova dívida para extin-

(¹⁹⁰¹) POTHIBB, *ob. cit. ns.* 594 e 596 ; WINDSCHEID § 35j nata 7; Hoc, *VUL.* '08.

(^{19M}) > i. ult. C. de novat.; VOET *-ad Pandectas XLVI*, 2, 3.

(1909) poTHIBB, *ob. Cit. H.* 597.

1^m) 1. 8 § 2 D. de novat; POTHIKR, *ob. cit. u.* 588. Pensa o contrario GIORGI, *ob. cit. Vil.* 4'4.

(^{1M}) Cod. Civ. Hesp., art. 1208; Cod. Civ. de G. Rica, art. 817; Proj. Bevil., art. 1011.

(^{19M}) *Dig. Port. I*, 1208; Cod. Civ. Fr., art. 1262 ; Ital. art. 1268; Argent. art. 805.

(^{im}) 1. 10 de D. novat.; POTHIKR, *ob. cit.n.* §91. ■

guir a anterior substituindo-a (¹⁹⁰⁸). Esta espécie encerra questões mais importantes do que a subjectiva.

A primeira que surge é a do *animus novandi*, que, como vimos, não depende de palavras expressas e pôde ser deduzido dos termos do contracto. Consequentemente, ha lugar a admittir-se a novação objectiva *expressa* e a *tacita* (""*).

O essencial é sempre a mudança da obrigação primitiva, o *quid novi*. A novação tacita, portanto, dá-se todas as vezes que, sem declarar por termos precisos que a effectua, o devedor é exonerado da primeira obrigação e assume outra diversa, na substancia ou na forma, da primeira, de modo a não ser uma simples modificação delia. E' preciso, em summa, que a primeira e a segunda sejam incompatíveis.

Assim, não induz novação por não ser incompatível uma com outra :—a mudança do documento da obrigação de particular para publico, ou vice-versa; a diminuição do prazo, o acréscimo das garantias, a mudança do lugar do pagamento, a clausula nova de juro estipulados para uma dívida que os não vencia, a transferencia da natureza individual para a solidaria, a apposição de uma clausula penal, etc. (<M*).

Ao contrario, si se converte uma alternativa em simples, ou vice-versa, si se oppõe ou se retira uma condição; si se altera, emfim, o *modus* da obrigação, a novação é inquestionável {""}).

Produce igualmente a novação a mudança de um objecto da prestação em outro, quando não seja immediatamente transferido como na dação (^M); a mudança de um credito de dinheiro por contracto de constituição de renda (^H); a annfttação de uma dívida de credito em outra de conta corrente por importar pagamento parcial consentido pelo credor (^m) ; a transformação de uma dívida de empréstimo em outra de aluguel (^{19W}). Pôde também ser objecto da novação uma obrigação futura e portanto, também a condicional. I

(1M8) *Dim. Civ. Recopil.*, art. 949 a); *Dig. Port. I*, 1205 ; *Project.Fel.*, art. 534 n. 1 ; *Proj. C. Rod.*, art. 548 § 1.o ; *Proj. Bevil.*, art. 1002 n. I; *Cods. Civis.—Ital.*, art. 1267 n. 1 ; *Hesp.*, art. 1203, n. 1; *Port.*, art. 802 n. 1; *Arg.*, art. 817 ; do Chile, art. 1631 n. 1; *AU.*, art. 364 ai. 2 ; *Fed. Suisso*, art. 142 n. 1; *Cod. do B. de Montenegro*, art. 622.

(1809) DOHANTON, *ob. cit.* XII, 283 e 284; PAC. MAZZONI, *ob. cit.* IV, 134 ; DEMOLOMBE, *ob. cit.* V, 267 ; AUBRY ET RAO, *ob. cit.* § 324 nota 28.

(IMO) PAC. MAZZONI, *ob. cit.* IV, 133; MOUTOR, *ob. cit.* n. 1034 ; GIORGI, *ob. cit.* Vil, j92.

(IMI) GIOHGI, *ob. cit.* Vil, 393.

(1912) LAURENT, *ob. cit.* XVIII, 267.

(1013) POTHIKR, *oô. <I. H. 595 !* LAUBENT, *ob. cit.* XVII, 268.

(^{19U}) GIOKGI, *Ob. Cit.* Vil, 40;.

(^{mt}) C. DA ROCHA, *ob. cit.* § 161 ; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 354 nota 2.

A hypothese neste ultimo caso, aliás muito frequente, seria esta : A promette a B 1.000\$, si, de um negocio em que este cooperou, lhe resultar o lucro de 10,000\$. Ulteriormente A convenciona com B que, em vez de 1.000\$, lhe daria um certo terreno de valor equivalente. Eis a novação que é também condicional.

Neste caso, perecendo o objecto da obrigação condicional sem culpa do devedor, pendente a condição, a obrigação deixa de existir, não poderá se dar a novação e o devedor libera-se. Si, ao contrario, perece por culpa do devedor, o preço da coisa e a indemnização dos danos subrogam-se nella e a condição reputa-se cumprida, a novação é tida por completa ao effectuar-se a condição (ms).

Si as partes substituem uma obrigação condicional por outra pura e simples, a novação é valida, mas o contracto é aleatório e o credor supporta os riscos da obrigação.

Ao contrario do direito romano, não pensamos que as chamadas obrigações naturaes possam ser objecto de novação, pois que não são exigíveis, e portanto, como si não existissem.

Não pôde igualmente ser objecto de novação a obrigação reprovada por lei, as nullas e extinctas (19n).

Relativamente á capacidade para effectuar a novação objectiva, não nos parece ser um criterium seguro a capacidade para receber o pagamento. Assim, o tutor pôde receber o pagamento do que é devido ao tutelado ; não pode, porém, effectuar a novação sem autoridade do juiz. No mesmo caso, sem excepção, acham-se o *adjectus solutiouis causa*, o representante judicial e outros. Pode, porém, o mandatário geral (19ia), bem como o representante com poderes especiaes (m9).

347.—Dá-se a novação subjectiva por mudança do devedor quando um novo devedor é substituído ao antigo, ficando este quite com o credor (1.M).

(»«») Cod. Civ. Port., art. 811; Cod. Civ. do Chile, art. 1633 ; WINDSCHEID, *oh. ct.* § *Jsd uota 10 e 355 n. 3*; WARNBENIG— *Inst. de dir. rom.*, % 1023 ; POTHIEB, *ob. ct.* MS. 585-586 / ROSSEL, *ob. cit.* «. 166.

(•) Cod. Civ. Port., art. 812; Cod. Civ. Hesp., art. 1208; Cod. Civ. Arg., art. 802; Proj. Bevilh. art. 1010.

H (1918) MOLITOB, *ob. cit.* n. 1031; POTHIKR. *ob. cit.* «. 592. I

(>»i9; *D. sm. jport. j. J209*; Cod. Civ. Arg., art. 806; do Chile, art. 1629.

(190) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 949; *D/g. Port. J.*, 12061 Proj. Fel., art. 534 n. 2 ; Proj. C. Rod., art. 548 § 2; Proj. Bevil., art. 1002 n. H; Cods. Civis: Uai., art. 1267 n. 2 ; Hesp., art. 1203 n. 2; Port., art. 1802, n. 2 : do Chile, art. 1631, n. 3; AU., art. 414 ; Fed. Suisso, art. H2, n. 2 ; da Cclumbia, art. 1694.

A novação subjectiva subdivide-se em duas formas, sendo a primeira a substituição do devedor, e' uma convenção entre o credor e o novo devedor, declarando aquelle que o antigo devedor fica exonerado. E' a *expromisso* do direito romano (¹⁹¹J) e pôde ser effectuada independentemente do consentimento do primeiro devedor (^{9M}), porque, em relação a este, a novação só produza quitação da divida *e ignorantis enim et invili conditio melior ficti potest* (^{ims}).

Aqui é ainda mais necessária a capacidade do credor para exonerar o devedor primitivo eo consento do mesmo com o devedor primitivo—que constitue, na espécie, o *animus novandi*.

A *expromissio* é rara na pratica.

Ordinariamente a substituição do devedor opera-se pela delegação, que é a segunda forma a que nos referimos acima.

Como diziam os romanos, *delegare est vice sua alium rem dare creditori, vel cui jusserit* (^{1M*}). E' a mesma transmissão da divida antiga ao novo devedor com aceitação do credor.

Por ahí se vê que não é a simples delegação sem acordo do credor, porque esta não produz novação (^{191S}). Tratamos do verdadeiro contracto.

A essa forma, isto é, ao encargo dado pelo devedor a um terceiro para exonerar-o com o credor, evidentemente não se applica o principio acima invocado da independência da novação a respeito do consentimento do devedor. Aqui o concurso das três partes é essencial, pois que é do próprio devedor que parte a iniciativa. Apenas não é indispensável que esse acordo seja simultâneo, podendo ser successivo (¹⁹²⁶).

Não é um mandato, não tem forma especial, não presuppõe nenhuma relação anterior entre o devedor e aquelle a quem este delega o pagamento, posto que ordinariamente seja aquelle credor deste. Bastante é que o delegado acceite o encargo de pagar.

(1921) i. 8 §5 D. de novat. ; MACKELDBT, *ob. cit.* § 530 ; WINDSCHEID, § 353 *notas 8 e 9* ; C DA ROCHA, *ob. cit.* § 161 ; GIANTORCO, *ob. cit.* § 70 ; HODELOT ET METMAN, *ob. cit.* n. 555 ; ROSSKL, *ob. cit.* H. 169 ; POTHIBH, *ob. cit.* n. 583 ; DERNBORG, v. II, P. I. *%119n. I.

(1922) Cod. Civ. Fr., art. 1274; Uai., art. 1270; Hesp., art. 1205 ; Port. art. 804 ; Argent., art. 815; da Sardenha, art. 1366; da Holl., art. 1452 ; de Nápoles, art. 1228 ; do Chile, art. 1631, ai. ult. ; Proj. C. Rod., art. 552; Proj. Bevil., art. 1004.

(ims) l. 5, <£. de solui. ; POTHIBR, w. 598; WINDSCHEID § 354 *nota 20.* (^{im}) Is. li e 17 D. de noval. e autores citados na nota 1921 supra. ("«) Cod. Civ. Fr., art. 1275; Cod. Civ. Uai., art. 127^1; Ar*, art. 814; Sardenha, art. 1367 ; do Chile, art. 1632; Proj. C. Rod., art. 553. (^{im}) LAURBNT, *ob. cit.* XVXII, 314.

A simples indicação que faz o credor de quem em seu lugar deva pagar não opera novação. Este principio é geral e dá-se também na mudança de credor quando este indica quem em seu lugar deva receber (^{1M7}).

Acresce que essa aceitação tanto pôde ser expressa como tacita (^{m8}). De modo que os terceiros prejudicados somente podem fazer valer seus direitos contra a substituição pela prova da simulação ou do dolo (¹⁹ⁱ⁹).

O consentimento do credor delegatario, porém, é imprescindível, pois que, devendo elle declarar que fica quite o primeiro devedor, o acto implica para elle renuncia de direitos. Nisso ha acordo entre todos os civilistas (^{1M0}).

Todavia pôde o delegatario credor liberar o primeiro devedor por qualquer outro meio que faça presumir o pagamento, como : entrega do documento da dívida sem nenhuma declaração expressa. De tal modo faz elle seu consentimento tácito.

Si o consentimento do credor manifestado de qualquer forma deixa de existir, não existe também novação e sim cessão de debito, que, em o conceito moderno, não demanda o concurso do credor, que continua a manter todos os seus direitos creditórios, angariando até mais um obrigado.

Eis porque, apesar do exemplo do Código Civil Allemão, nem nosso direito vigente nem os nossos Projectos consagram a cessão de dividas. Praticamente temol-a nos effeitos da delegação sem acordo do credor. A. lei allemã regulou tal instituto precisamente para supprir suas deficiências quanto á novação, ou por outra, partiu da transmissibilidade do vinculo obrigacional activo e passivo e, portanto, subtrahiu da novação a importância e prestigio que ella gozava anteriormente. Nosso systema, ao contrario, bem regulando esta ultima, não privou por isso a existência pratica das vantagens que porventura possam decorrer da cessão de débitos.

A delegação, em regra, opera-se por uma ordem do devedor ao seu devedor para que este pague ao seu credor, em-quanto que, na cessão, a operação se effectua entre o cedido e o cessionário.

("«) Proj. Fel., art. 543; P. C. Rod., art. 554 ;Cods. Civis:Fr., art. 1277 ;,Ital., art. 1273; Port., art. 806.

(1928) DKMOLOMBE, *ob. cit.* V, y12 ; LAROMBIERE, 1275, 2 e _? ; GIORQI, *ob. cit.* VII, 377.

(1929) DEMOLOMBE, *ob. cit.* V,329; LAURBNT, *ob. cit.* VIU, 316.

(WW) TOUMJKR, *ob. cit.* IV, 290 ; DUSANTON, XII, 309; DEMOLOMBE, *ob. cit.* V, 313; AOBRY ET RAU, *ob. ctt.* § 324 nota 42, etc.

Quanto á capacidade, as regras são idênticas : o segundo devedor deve tel-a para se obrigar, tanto como o credor para dar quitação ao primeiro devedor.

Aqui ainda não pensamos, que as chamadas obrigações naturaes possam ser objecto de novação, por substituição do devedor.

Si alguém se substitue a outro devedor em um desses deveres de consciência, únicos que hoje podemos comprehender sob aquella denominação, póde contrahir uma obrigação valida sem duvida, mas certamente não effectuou novação, pois que a divida substituída não tinha existência jurídica.

Uma obrigação simplesmente annullavel .pelo primeiro devedor pode ser objecto de novação, por delegação. Como vimos, a ratificação do devedor primitivo deve ser expressa para equivaler á renuncia das causas de nullidade existentes.

Supponhamos, porém, que tal ratificação não se dê e que o primeiro devedor queira mais tarde fazer valer a nullidade. Qual a posição do segundo devedor que subentrou no debito? Elle tem a repetição contra o credor para reaver o que houver pago por erro, na ignorância do vicio da obrigação. A novação em tal caso é como si não tivesse existido ("").

Uma das consequências mais geralmente admittidas da novação por substituição do devedor é que si este for insolve-vel não tem o credor que o aceitou acção regressiva contra o devedor anterior, salvo má fé da parte deste (^{19M}).

Nada mais simples e lógico. A novação extinguiu o debito anterior, libertou o devedor de todo o vinculo com elle existente. Si o novo devedor foi aceito pelo credor é porque este entendeu que a nova obrigação equivalia á primeira (^{1m}).

Parece que essa doutrina collide com outra antecedentemente exposta e por nós recebida. Assim a delegação do devedor que se substitue a outro devedor tem uma estreita analogia com a dação em pagamento. Ora, si restabelecemos a obrigação extincta pela dação em pagamento quando esta se invalida pela evicção soffrida pelo credor, parece que devíamos também reviver a obrigação pela insolvência do devedor substituído. Assim, porém, não é.

(») DURANTON, *ob. ctt.* XII, 294 ; AUBRY ET RAU *ob. ctt.* § 124 nota 15 ; DEMOLOMBE, *ob. ctt.* V, 245; GXOKGI, *ob. ctt.* VI í, 350 ; *Gaaeta Jurídica* XI, 376.

(i»)M; *DF et Port.* X, 1216; Proj. Fel., art. 543; Proj. C. Rod., art. 555; Proj. Bevilart. 1005; Cods. Civis: Fr., art. 1276; ItaL, art. 1272; Hesp., art. 1206; Port., art. 805; Argent., art. 816; Holl., art. 1454 da Sardenha, art. 1368 ; do Chile, art. 1687.

■ (1933) POTHIER, *Ob. Ctt. H.* 604; DEMOLOMBE, *Ob. Cil.* V, j1Ô.

Na dação a propriedade da coisa é da essência do acto e si o devedor não a tinha não podia transferil-a e, portanto, a dação não se realisou. Ahi é a coisa dada que determina a solução. No caso considerado da novação, ao contrario, a di vivida antiga extinguiu-se, deixou completamente de existir logc que a outra surgiu e não ha como revigoral-a (^{98V}).

Ha, entretanto, a excepção da má fé do primeiro devedor. I Uma vez que esta se verifique, o credor tem contra elle o regresso. E' a consequência de que ninguém pôde lucrar com o próprio dolo nem delle fazer decorrer consequências dannosas a terceiros.

Tal seria o caso de ter-se feito o devedor substituir por outro cujos bens todos estivessem penhorados.

348.—Dá-se novação subjectiva por mudança do credor todas as vezes que, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído pelo antigo, ficando o devedor quite com este ("•»).

No direito romano primitivo era esta à forma sob a qual se operava mais frequentemente a cessão de créditos, posto que seja para isso um meio defeituoso (⁹³⁶). No ultimo período daquella legislação, porém, o instituto já se achava absorvido na cessão e excluiu a identidade da antiga obrigação (^{m7}).

Muitos civilistas denominam esta espécie de novação *delegação novativa*, ou *própria*, ou *perfeita*, e ella dá-se ordinariamente quando o credor que delega é devedor do que recebe a delegação.

Com effeito, um dos seus essenciaes requisitos é a divida anterior; mas pouco importa que a segunda seja diversa ou idêntica. A existência de uma divida anterior não se discute si quer.

Si ella não existisse, nem se poderia imaginar a possibilidade de novação. Si, porém, o primeiro credor não é devedor

(MM) Cod. Civ. Port., art. **813**. ■ (iro) Dir. Civ. RecopU., art. 949 c) ; Proj. Fel., art. 534 n. 3; Proj. C. Rod.. art. **648** §3.»; Proj. BeviK, art. 1002; Coda. Civis :—da Ital., art. 1267 n. 3 : de Uruguay, art. 1500; do Japão, arts. 513-515 ; de C. Rica, art. **814** ; da Colutnbia. art. 1690; de Hesp., art. 1203 n. 3; de Port, art. 802 n. 3; do Chile, art. **1631** n.2;Fed. Suisso art. 142 n. 3.

(1030) MAYNZ, ob. cit. § 393 *motus* 6 * 7.

[.. (1887) SALPIUS, *oò. cit.* § 329 *nota 10fim*.

do segundo, o transporte do credito opera-se por cessão onerosa. Si, ao contrario, é devedor, a cessão *in, solulum* ou *pro solvendo* resolvem melhor a transferencia.

Quanto á capacidade parece que ella não constitue aqui uma questão capital. Postoque se trate de uma convenção que nenhum incapaz, portanto, pôde effectuar, indubitável é que na espécie tanto faz pagar a A como a B, uma vez que a obrigação seja a mesma. A matéria de capacidade aqui, quanto ao devedor, não tem grande importância.

Não assim a respeito do credor. Aqui é ella essencial, pois que elle faz um contracto em que renuncia direitos, eff ec-tua alienação^(.9M)

Apesar de tudo, é necessário o consentimento das partes, a manifestação do *animus novandi* no antigo e no novo credor e no devedor.

E' nisso que a substituição do credor se distingue da do devedor, sendo este sempre estranho ao contracto de novação que o substitue.

Nisto distingue-se ainda da cessão. É só excepcionalmente que na mudança de devedor elle não é ouvido^(.M9).

Si o devedor não é realmente obrigado para com o antigo credor e por erro aceita a novação effectuada por elle com o segundo credor, parece-nos discutível si elle tem repetição contra este.

A solução já existia em direito romano (^{194o}) e consistia em dar a repetição, si o segundo credor não fosse credor do primeiro que lhe delegou o credito e negar-lhe tal direito, si o segundo era realmente credor do primeiro (^{1,M}).

349.—Entre os casos de novação objectiva um dos mais importantes theoreticamente, comquanto raro na pratica, é o da que se effectua entre o credor e um dos devedores solidários. Neste caso, somente sobre os bens do que contrahir a nova obrigação subsistirão as preferencias e garantias do credito.

⁽¹⁹⁸⁸⁾ GIORGI, *ofi. cu. Vil, 359. ^1939)*

GIORGI, *Ob. Ctt. VII, 36/.*

(19*0) i, 12 D. de novat. ; e 1. 7 § 1 D. dolimali. (^{1,M}) POTHIER, *ob. cit. n. 602*; DEMOLOMBE, *ob. cit. V, 324, e segs.* ; AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 324 nota 8* ; GIORGI, *ob. cit. VU, j54.*

Os outros devedores solidários ficam desonerados pelo mesmo facto^(ma).

E' essa uma consequência da doutrina da reserva das hypothecas ^(ms). As hypothecas do credito anterior e as consequentes preferencias somente podem ser reservadas sobre os bens do devedor solidário que operou a novação. Todavia os demais devedores exonerados pela novação podem consentir que a hypotheca que recaía sobre seus bens passe a garantir o novo credito. E' assumpto só dependente da vontade ; apenas a lei estabelece a regra em contrario para a falta da declaração da vontade ^(*).

3oO.—A novação feita com o devedor principal sem consentimento do fiador também importa exoneração deste (**).

Isto se entende em toda a espécie de novação, quer o devedor principal mude o objecto da obrigação por convenção com o credor, quer lhe dê um novo devedor.

A razão é que o fiador só contráe a obrigação tendo em vista uma determinada prestação, entre certas e determinadas partes.

Seu interesse é assim fixado por circumstancias cuja alteração pode augmentar sua responsabilidade.

Em sentido inverso, a novação operada entre o credor e o fiador não exonera o devedor principal, salvo si isso foi directamente estipulado, pois que a novação podia ter em vista tão somente diminuir a responsabilidade do fiador (**).

f^{19**}) *Dir. Civ. Recopil., art. 949 § 2.º*; *Cod. Comm., art. 438*; *Proj. Fel., arts. 545e 546*; *Proj. C. Rod., arts. 558 e 559*; *Proj. Bevil., art. 1008*; *Cods. Civis : Fr., art. 1280*; *Ital., arts. 1276 e 1277* ; da Columbia, art. 1576; dePort., arts. 808 e 809; Argent., arts. 809 e 810 ; do Chile, arts. 1643 e 1645 ; de C. Rica, art. 820.

(f*8) poTHIBR, *Ob. tíl. H. 599*.

(s**) DEMOLOMBE, *ob. cit. V, 360* ; LAROMBIERE, *ob. cit. 1279, 2* ; AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 324 nota §6*; DURANTON, *ob. cit. Iy, 313*.

("«) *Proj. Bevil., art. 1009*; *Cod. Civ. Fr., art. 1281* ; *Ital., art. 1277 ai. 2.º* ; do Chile, art. 1649 ; de Costa Rica, art. 820.

(1046) DEMOLOMBB, *ob. cit. V, 339* ; LABOMBIERE, *ob. cit. 1281, 4*.

351.—A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrario (^{1MT}).

E' bem de ver que os acessórios de que se trata são as garantias do credor e as excepções do devedor, que só subsistem, em regra, quando dizem respeito á segunda obrigação ('').

A estipulação que dêr vigor ás antigas garantias deve ser expressa e contemporânea com o acto da novação (^{1*'}).

Nesse caso perde a hypotheca sua inscripção anterior, si a dívida nova for maior do que a antiga e somente na parte relativa ao excesso (^{mo}). Bem se vê que, si taes garantias dependerem de fiadores, só podem ser prorogadas com sua a-nnuencia.

O principio é de uma lógica irrefutável.

A novação extingue um vinculo obrigacional e crea outro ; é liberatória e obrigatória—vimol-o. Como extinctiva, exonera os devedores e todos os co-obrigados, quer solidários, quer em obrigação indivisível; aniquilla, portanto, todas as garantias accessorias. A nova obrigação nada conserva da antiga. As excepções do devedor terminaram-se com a obrigação a que eram opponiveis. Assim, o devedor substituído não pôde oppôr ao credor as excepções que poderia oppôr ao primeiro devedor ; mas pôde oppor-lhe as que pessoalmente tenha contrao mesmo credor (^{1BS1}).

Não só, porém, cessam as garantias e acessórios, como os juros e os demais efeitos da mora (^{1IS1}).

Si, porém, a novação é condicional, parecia mais lógico que a cessação dos efeitos da mora devesse ficar suspensa até que se realizasse a condição, a menos que se oppuzesse uma estipulação em contrario. Assim parecem doutrinar certos textos do direito romano (^{19M}). Isso, porém, não acontece, mesmo

(^{19M}) Proj. Fel., art.544 ;Proj. C. Rod., arts. 556 e 557; Proj. Bevil., art. 1006; LACBRDA, o&. cit. %87; Cods. Civis: Fr., art. 1278 ; Ital., arts. 1274 e 1275 ;do Japão, art. 518, ai. 1.»; da Columbia, art. 1699; Hesp., art. 1207 ; Port. art. 807 ; Arg., art. 803 ; do Chile, arts. 1640 a 1642 ; de C. Rica, art. 820.

(*••) 1.18 D. de novat. ; 1. 4 C. de fidèj. /1. 31 § 1 D. de novat. ; 1. 3 C. de novat.

r"*) I. 4 C. de fid. cit.

(isso) is. 3 e 12 § 5 D. qui potior ; PQTHIER, ob. cit. n. 599; GIORQL, 06. cit. Vil, 423; LACERDA, § 87 cit.fim.

(«si) Dtg.Port. 1,1215; Proj. C. Rod.,art. 560; Cod. Civ. Port., art. 814 ; Cod. Civ. Ital., art. 1278 ai. 2.» ; MAYNZ, ob. cit. § 294 nota 4.

(«») 1.8 pr. D. de novat; 1. 29 § 1 D. de verbor. oblig.

(i»53) 1. 31 pr. D de novat; 1. 56 § 8 D. de verb. oblig.

em direito romano; sempre se presume a intenção das partes em fazer cessar os efeitos da mora (^{M*}).

Em geral, porém, a estipulação expressada pelas partes pôde fazer trasladar para o novo crédito qualquer direito dependente do primeiro, por mais contrario que seja á natureza íntima do instituto, uma vez que não contrarie interesses de terceiro ou expressa disposição de lei.

De modo que os efeitos extintivos das garantias, produzidos pela novação, podem soffrer todas as modificações e mes* mo serem em absoluto derogados pela vontade das partes (^{WM}),

A restricção desse principio pelo interesse de terceiro é consagrada em todas as legislações cultas. Assim, não aproveitará ao credor resalvar a hypotheca, antichrese, ou penhor, si os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação (^M).

^{0^m}) 1.72§ 1 D. de solut. ; 1. i4 pr. D. de novat. ; MAYKZ, *ob. cit.* § 294 ^{nbta} 3; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 281 n. 4 e nota 7; Mouros, *ob. cit.* n. 1036 fim ; GIORGI, *ob. cit.* Vil, 418.

(!«*) Is. 14 pr. e 29 D. de novat.; 1. 11 § 1 D. de pignorat. act.jl.72 §§1, 2e3 D. de solut. ■

(1856) proj. Bevil. art. 1907 ; Cod. Civ. Fr., art. 1279 ; Cod. Civ. do Japão, art. 518 ai. 2/ Cod. Civ. do Chile, art. 1642 ai. 2 ; Cod. Civ. Arg. art. 804.

CAPITULO VIII DA

COMPENSAÇÃO

Summario.—352-Evolução do instituto. 353-Natureza e caracter da compensação. 354—Compensação legal; em que sentido opera *tpsojure*. 355—Extensão da compensação. 356—Caso do pagamento feito por erro por quem podia compensar. 357—Pessoas que podem compensar. 358—Dividas que podem ser compensadas. 359—Liquidez das dividas. 360—Exigibilidade dos créditos. 361—Caracter fungível das cousas. 362--Dividas reciprocas de cousas indeterminadas. 363 — Limitações á compensação. 364—Limitação decorrente da natureza da obrigação : dividas de esbulho, furto ou roubo, as de deposito e ci-mmodato, as de cousas impenhoráveis, as fiscaes. 365—Renuncia prévia á compensação. 366—Prejuízo do direito de terceiros. 367—Dividas pagáveis em lugares diversos. 368—Pessoa obrigada por varias dividas compensáveis. 369—Compensação voluntária. 370—Compensação re-convencional.

352!. —Si prescrutarmos a origem histórica do instituto das compensações, chegaremos á certeza de que elle só pôde surgir em uma época muito desenvolvida do direito romano, em que uma certa generalisação ligava os factos jurídicos constitutivos do direito de credito.

A principio o direito romano não considerava a compensação uma causa extinctiva de taes direitos; ella era só admittida quando os créditos reciprocos tinham origem *ex' eadein causa* do contracto ou acto obrigatório e somente nas obrigações *bonce fidei* ("").

Esse modo de ver repousava, de resto, como todos os conceitos jurídicos, na preponderância primitiva das regras do processo.

{^{twl}) GAIUS, IV, §§ 61 e 62\ % 39 *Inst. de actionibus*.

A *formula* do processo formulário só podia comprehender o negocio nella expressamente contido, sem nenhuma estensão analógica: era a *inlento curta*. Só um negocio podia ser examinado e decidido; o réu devia ser absolvido ou con-dennado ; o juiz nao tinha nenhuma jurisdicção permanente —era um cidadão a quem se commettia a decisão de um pleito.

As regras que mais tarde se fixaram tiveram seus germens nas acções *boncB fidei* e em certos casos concretos muito limitados.

Estes foram : i.º o do *argentarius* que pretendesse cobrar judicialmente seus devedores. Em tal caso, devia elle mesmo proceder à rigorosa compensação de seu credito com as quantias que o devedor lhe houvesse prestado, sob pena de decair da acção (⁹⁵⁸).

O 2.º era o caso da compra do património de um devedor oberado, a *deductio do bonorum emplor* (^{ttM}).

Só nos últimos tempos é que se vê a noticia de um Rescri-pto de Marco Aurélio admittindo a compensação nas *stricli júris obligaliones* (^{198o}). E' porém, de crer que uma evolução lenta, anterior a elle, tivesse desenvolvido e estendido as regras do direito formulário a respeito e que elle viesse apenas dar a regulamentação final, pois que existem textos anteriores que justificam essa supposição (^{19M}).

Attingiu-se, sem duvida, a esse resultado pela excepção do dolo estendida ao devedor demandado, quando o credor lhe recusasse o reembolso daquillo que por sua vez lhe devesse : *dolo fácil qui pelit quod redditurus cst*. O direito romano re-lutou em admittir a compensação, porque era, de algum modo, um pagamento parcial, forçado. Elle cedeu somente á consideração da equidade nesse choque de debito e credito. quando, sendo um exigido, era o outro ameaçado de ficar sem acção im-mediata.

Ao pedido de acção do credor o devedor oppunha o credito que tinha e pedia que, no caso de recusa do credor a ef-fectuar a compensação, se introduzisse na *inlento* a *exceptio doli*. Eis como o próprio direito formulário secundou o desenvolvimento do instituto.

Ninguém ignora que para assentar a formula admittia-se uma longa discussão entre as partes que podiam até, si não

(19») GAIOS, IV, § 64.

(⁹⁵⁸) GAIOS, IV, §65.

(^{m0}) § 30 Inst. de action. ; 1. 10 §3 D. de compensai.

(»«) la. 2, 5, 10 §3; 13,15 D. de comp.

chegassem á uma conclusão, voltar de novo para isso diante do juiz. Os textos não deixam a menor duvida a respeito. *In stritctis judiem... oppaúta doli mali exceptiõne, compensaliò induccbalur* (^{1BM}).

I Assim redigida a formula, a competência do juiz para compensar ficava desde logo firmada, mas para compensar não qualquer credito do devedor contra o credor e sim unicamente *qua de re agitur* na *demonstratio*.

O ultimo estádio dessa evolução foi a Constituição de Justiniano ou lei 14 C. *de compemalionibus*. «Compensationes ex-¹ omnibus actionibus *ipso jure* fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda».

Nenhum traço, porém, ahi se divisa da longa discussão que, iniciada nos glosadores, divide ainda a doutrina e os códigos de hoje. I

Fala-se em *ipso jure* somente para bem fixar que todas as acções, reaes, de bõa fé, de direito stricto, ou quaesquer outras, comportam, no officio do juiz, a compensação, pois que, antes de Justiniano, ainda não a admittiam nas acções reaes (^{19M}).

353.—A compensação é, pois, um instituto creado para evitar que o devedor que pagou tenha depois de exigir do credor o que este lhe devesse. *Intvrest nostra poiuis non solvere, quam solulum repetere* ("•*). E' a applicação ao direito do principio de economia politica que exige que as trocas sejam feitas com a menor circulação possível da moeda. A compensação é» em uma palavra, um meio de excluir pagamentos inversos que se succederiam sem necessidade. E' a extincção total ou parcial de dividas até a concurrente quantia ; um verdadeiro encontro de créditos.

Etymologicamente o vocábulo implica *pesar* juntas as dividas, ou para extinguil-as quando iguaes, ou para deixar liquida sua differença.

(^{19M}) § 30 *Ittsi, de action*.

(^{19M}) DBRNBERG, *Geschichte und Theorie der Comptnsation*, pag. 15 ; \ APÍLETON *Il isto ire de la compensation pr.* ; CAULE, *Le Origine dei dir.l rom. tis. 435 a 442* ; WWSCHBID, *Pandektenrechs*, § 3[^]9 nota 10 ; MOUTOB, *Obligations M. 990* ; MAYNZ, *Droit. Rom. %291* ; MABEZOLL, *Römisch fíecht*, § 154.

("64) i_3 D de compensat. ; POTHIEB, *Obligattous*, n. 623.

De tudo isso deduz-se que a compensação é pagamento; quem compensa paga ^(19M). E na verdade, uma *solutio* reciproca; *debili et credili inter se contributio* ^(im). » |

E' porém, necessário tomar essa affirmação com alguma reserva.

Todos os códigos ligam á compensação os efeitos praticos do pagamento: a doutrina, porém, jamais poderá aproximar tanto os dous institutos.

A compensação tem seus caracteres próprios e especiaes.

O pagamento não pôde ser effectuado pelas mãos do próprio credor, o que constitue o fundo da compensação. Nesta o credor extingue seu debito com seu credito, ao passo que o pagamento exige e presuppõe sempre uma *Iradiio*. O pagamento demanda capacidade, quer em quem paga, quer no que recebe ; a compensação dispensa tal requisito, opera-se independentemente da vontade das partes, *sine nullo facto hominis*. ^(1M1). Aquelle não pode ser parcial sem o assentimento do credor ; esta é indifferentemente parcial ou total aquelle pode ser realisado por terceiro, mesmo não interessado; esta é especial aos sujeitos reciprocamente activos e passivos das obrigações que se encontram. Quem invoca a compensação, em summa, não paga a sua divida; prova apenas que ella já estava paga O-

Outros inda mais erroneamente pretendem identificar a compensação com a confusão ^(1,19).

354.—Grave tem sido o dissentimento da doutrina e das disposições dos Códigos acerca do modo como opera a compensação seus efeitos extinctivos. Nosso direito nada possui de positivo a respeito.

^(19BS) 1. 4 D. qui potior ; 1. 4 do C. de cempensat. ; M. FREIRE, *Inst. In-l ris ctv. lusitani liv. IV, tit. IV, §5.*

^(1Me) 1. 1 D. de compensai. ; MATOZ, *ob. cit.* § 291 *cit.* ; WINDSCHEID, § 349 *nota 15 a.*

^(1M7) AUBRT KPRAO, *Drott Civ.* § 326 *nota 25*; LAURKNT, *Princtp. de droit. civ. XVIII, 382*; PAC. MAZZONI, *Inst. de dir. ctv. Uai. IV, 136* ; GIORGI, *Obbligaaione VIU, 39* ; MOURLON, *Rep. Ecrit. II, 1432 bis* ; ROSSKL, *Manuel des Oblig. n. 158.*

⁽¹⁹⁶⁸⁾ DKRNBURQ, *Campensution, pags. }34 e 358, Das 'Burgerlich Recht, vol- li, P* I^a- § 124.*

(1069) E' a opinião de TREILUARD, *apud* LOCRÉ, *Legislation Civile, XII, HI 13* e seu erro só será bem conhecido no Capitulo, *Da Confns&o.*

Apesar disso, tem-se deduzido de disposições terminantes, que, quando duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se até a concorrente quantia.

Nisso ha acordo entre nossa lei e os códigos estranhos

/1970\

O direito romano proclamava em seu ultimo período : — «placuit id quod invicem debetur, *ipso jure* compensaria ^(mi)».

Essa idéa que a compensação se opera *ipso jure* foi the-ma de uma discussão que vem desde os glozadores. Que é *ipso jure*? Como é que a compensação produz seus effeitos *ipso jure*?

Não menos de cinco systemas têm surgido para explicar o sentido das duas palavras *cabalísticas*. Accursius, Bartolus, Alciatus, depois Cujacius, Voet, Domat e Pothier as entendem em um sentido absoluto. «Lorsqu'on dit que la compensation se fait de plein droit, *ipso jure*, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même opposée par aucune des parties» ^(191t). Para Donelluse Vinnius a compensação é sempre judicial ⁽¹⁹⁷⁸⁾.

A compensação para Donellus dava-se por força de lei. mas ficava dependente da vontade das partes ; era um pagamento *ad libitum*, com effeito retroactivo. E' nesse sentido que se deve, segundo elle, entender o *ipso jure* do direito romano ; só exprime o effeito retroactivo da compensação judicial ^(mi).

Dessas duas fontes derivaram-se duas correntes importantíssimas representadas pelo Código Civil Francêz e seu enorme cortejo de imitadores e pela legislação e doutrina alle-mães.

O primeiro systema, vicioso em theoria, foi triumphante na pratica com modificações secundarias, pois é o que tem por

(1970) *Dir. Civ. Recopil.*, arts. 943, 944 § 2.0/ <*Dig. Por. I*, 1164, H69; Proj. Fel., arts. 557,558; Proj. C. Rod., art. 561 ; Proj. Bevil., art. 1012; A comparar com Cods. Civis : do Uruguay, art. 1474 ; do Jopão, art. 505; de C. Rica, arts. 806 e 809; da Columbia, art. 1714 ; dosB. de Montenegro, art. 615 ; Fr., arts. 1289, 1290; Ital., arts., 1285 e 1286 ; de Nápoles, art. 1244; da Sardenha, art. 1381 ; da Holl., art. 1462; da Luiziana.art. 2204; da Hesp., arts. 1195, 1202 ; Arg., art. 818 ; de Zurich §§ 1052 e 1053 ; de Vaud, art. 961 ; Port, arts. 766, 768; do Chile, arts. 1655 e 1656; Fed. Suisso, arts. 131 e 138 ; Allemão, arts. 387 e 389; do Congo,arts. 181-191; do Haity, arts. 1073 a 1084; do Canadá, arts. 1187 e 1197.

(1071) *l. 2/ j*), *de compensai.*

H

(1972) POTHIER, *ob. ctt. n. 635.*

m .

(1918) [*e Jure clm*], *xVI C. XV, ns. 2e segs.; Ist. § bonce fidei hv. I*

Citp. l.•

^(m) ARNDT SERAFINI, *Pandette*. § 265 e nota.

si melhores razões de equidade. O typo do segundo acha-se hoje nos Códigos — Federal das Obrigações e Allemão.

Para estes nem ha compensação legal no sentido francêzj nem se presuppõe a existência dé uma demanda para que possa a compensação produzir seus effeitos extinctivos; bastante é a declaração unilateral de uma parte à outra de que quer compensar (^{mt}). Antes dessa declaração unilateral a compensação só existe virtualmente (^{m*}) e, uma vez feita, retroage ao dia em que as dividas co-existiam. No fundo, essa theoria é a mesma que vê na compensação uma garantia de pagamento e por isso a approxima da retenção (^{lfn}).

Além desses systemas extremos outros existem de que não trataremos por não convergirem ao nosso fim (^{ir*}).

Nosso intuito é bem distinguir qual a doutrina mais a-córde com o systema do direito pátrio.

Si nossa analyse não nos engana.a doutrina que melhor se enquadra em nossa legislação é a do Código Civil Francêz, isto é. temos previstos apenas os casos da compensação *legal*, devolvendo-se á doutrina a deducção das regras da *facultativa* e da *convncional*, de acordo com os princípios geraes relativos ás obrigações e contractos.

Existe, pois, entre nós uma compensação legal com effeitos práticos extinctivos de um verdadeiro pagamento, todas as vezes que duas pessoas forem simultaneamente credor e devedor recíprocos.

A vontade das partes não influe para que tal effeito se produza; elle surge *sini ullo facto hominis*. Entretanto fica sempre dependendo de ser allegado pela parte a quem aproveita, pois que não se trata de assumpto de interesse publico, deofficiodojuiz C⁸¹¹). Tanto é isto assim, que nada impede o

(«^{o-1}») Cod. Civ. AU., art. 388 o comp. com C. de Saxe, arts. 988 e992 e C. Fed. Suisso, arts. 131 e 138 ; ROSSKL, *ob. cit. ns. 158 * 759* ; SALEIIAES, *OM/g. n. 55* ; DBRNBURO. Das *BUrg. Recht. cit. § 127*. lis hangt lediglich von dem Willen des Schuldners ab, ob er mit seiner Gegenforderung aufrechnen will oder nicht, diz SOFKKRT, *BUrgerlichrs Gesetabuch, ao art. 388, vol. I, pag. 365.*

U

(ttitj Von der Zeit der Aufrechnung—dersog. Kompensabilität an haben die Gegenforderungen nur noch bedingte Kraft, DERNBURG, *ob. cit. § 127*

a. ti.

(«•») BR1N2. *Pandeklen § 287.*

I (1078) VANQKROW — *Pandekltin Hl, §618 nota.*

I

B (W9) Is. 2, 5, 9 § 1 ; 10 §§ 1 e 2 D. de comp. ; Is. 7, 8, 10 C. de compensat. ; *Conaol. 4a» Leis Civis, nota 2.» ao art. 841* ; MOUTOR, *ob. cit. tt. 989* ; DUR&STON, *ob. eu. XII, 382* ; AVMT ET RAU, *ob. CM. § 328* ; LAURKNT, *ob. cit. XVIII, 986* ; HUDIXOT ET METMAN, *O», cit. H. 577.*

devedor de adquirir no pagamento e propor depois sua acção (¹⁹⁸⁰).

Si a compensação é legal, os efeitos da sentença retro trahem ao momento da co-existencia dos débitos compensados para os annullar e extinguir com todos os accessorios das dividas, *ex co lemporeex quo ab utraquepartc debetur* (^{1M1}). I Si é convencional, taes efeitos attingem unicamente a época em que as partes acordaram no encontro, ou na mutua eliminação dos débitos. Em nosso systema processual a compensação não se allega por excepção na acção e sim por via de reconvenção e mais propriamente, por embargos na execu-ção da sentença (^{9M}). Ha, entretanto, quem julgue mais acertado deduzil-a por excepção (^{19M}). Nossa jurisprudência, porém, tem sido uniforme no sentido da opinião que adoptamos (^{im}). Sobre o que não resta duvida é que não se pôde allegar compensação em grau de recurso de appellação (^{19M}).

A expressão *ipso jure* em nosso direito, pois. é entendida, não no sentido que os créditos se annullem e se neutralizem sem outra circumstancia desde sua coexistência ; mas que estão affectados de uma extincção real que produz seu efeito logo que um delles tente subsistir por inteiro (¹⁹⁸⁸).

O devedor que invoca o contra-credito não cria um direito que não tinha, mes faz uso de direito prexistente já adquirido (^{im}) A compensação, em summa, verifica-se *ipso jure* ; não extingue, porém, o direito *ipso jure*. Para isso é sempre

(⁹⁸⁰) 1. 1 §4 D. de contrah. tutelae ; 1. 2 D. de compensat. ; MOLITOR, *ob. cit. n. 1006* ; MAYNZ, *ob. cit. § 292* ; WINDSCHEID, *ob. cit. § 249 nota 11*. O contrario pensa GIORGI, *VJII, 41*. EUe acha que a compensação não precisa ser allegada ; que o juiz, de posse dos elementos de facto, pôde decretal-a *ex officio*. O único motivo que o pôde impedir é a renuncia expressa ou tacita daquelle a quem ella aproveita. Pôde ser theorico, mas não é de nossos costumes jurídicos.

(^{9M}) MAYNZ, *ob. cit. § 292 nota 9*.

(^{9M}) *Consol. dos Leis Civ., nota 10 ao art. 849*; MORAES VELHO, *Execuções de Sentença art. 338 n. 15* ; LACEKDA, *ob. cit. % 81 nota 3* com fundamento nas Ords. liv. 3.º tit. 87 § 1.º; liv. 4 tit. 78 pr. e art. 577 § 5.º do Reg. 737 de 1850. E' regra muito antiga e geral — Lobão *Execuções § 227*; VOET, *ob. cit. XVI, II, 2*; POTHIER, *ob. cit. n. 601* ; LAROMBIEHE, *ob. cit. 1290, 2*; DEMOLOMBB, *ob. cit. V, 647* ; MORAES CARVALHO, *Praxe For. nota 191*; LOBÃO, *Seg. Linhas nota 316 ao § 4. Dec. n. 848 de 1890 art. 302*.

(¹⁹⁸⁵) REBOUÇAS, *Observ. à Consol. das Leis p. 226 Ed. de 1867*; ROSSEL, *ob. cit. n. 158*.

(198») Entre muitos-vide os Acc. da Rei. da Corte de 15 de Outubro de 1878 e de 16 de Janeiro de 1893 no *Direito* vols. XVII, 722 e LXI, 557. ■

(^{ws}) LACERDA, *§ cit. nota 5*.

(^{9M}) WINDSCHEID, *ob. cit. § 349ns. 1 2*.

/mi) WINDSCHEID, *cit. § 349 n. 4*.

essencial uma acção em juízo. Eis ahi o ponto extremo em que é forçoso ceder á doutrina allemã, nesse ponto irrefutável.

Abstracção feita da compensação convencional, todas as outras formas—a legal e a facultativa—são forçosamente judiciais (^{9M})

Tal é, si não nos enganamos, o ponto de vista em que se colloca a nossa legislação. Ella não se compadece com uma com* pensação que se opere anteriormente a qualquer demanda judicial.

1(55.—Pela compensação extinguem-se as duas dividas totalmente si são iguaes — é uma solução reciproca ; ou se abatem até a concurrente quantia si desiguaes—é um desconto (⁹⁸ⁱ).

Esse effeito extinctivo estende-se aos juros, compensatórios e moratórios, ao penhor, aos resultados da mora, fianças, hypothecas, clausula penal pelo retardamento; emfim, cessando a divida principal, cessam seus accessorios e garantias (^{9io}).

356.—Nenhuma disposição expressa temos sobre o caso do pagamento feito por erro por quem tinha o direito de oppôr a compensação. Existem soluções diversas para a questão.

Ha quem defira ao *soltem* neste caso o *conililio inde-bili* para repetir o pagamento effectuado (^{19sl}). Outros dão-lhe a antiga acção ligada ao credito que deixou de oppôr em compensação (^{198f}). Ainda outros, e pensamos que com mais funda-

(1988) Die Kompensation entwicketle sich im Prozesse. Auch im heutigen Leben kommt sie vorzugsweise im Prozesse zur Sprache und findet ihre Aner-kennung im richterlichen Urleile, welches der Auf rechnung Raam giebt, DKRN-BORO, *oh. cit. v. Ir, l».* • / § 124. III. M

(1989) 1, 4C. de compensat.:§§ 30 e39Inst.de actio. ; *Coitsol. das Leis, a>t. 843* ; C. DA ROCHA, *Dir. Ou. § t67*.

(¹⁰⁰) 1. 12 C. decompensat. ; *D/g. Port. I, 1170*; C. DA ROCHA, *Ing. cit. : MoURLON, KepclitionsEcriLil, 1{52 bis* ; GIOROI, *ob. cit. VIII, 38* ', MOUTOR. *ob. cit. n, 1005* ; LAROHBIERS. *ob. cit. 1299,2*; WINDSGHKIC, *ub. cit. §349 notas 6 a 9* ; ROSSRI., *ob. cit. st. 159*.

(^m) MAKCADÉ, *ob. cit. 1299, 1*; MOURLON, *ob. cit. II, 1453,3*; POTHIFR, *ob. cit. », 639*. •••'

■ /toMj AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 328 «o/a 7*; MASSÉ ET VKBQR á ZACHARUR, § 573 nota 4; LAROMBISRK, *ob. cii. 1295,3*.

mento, admittem que o *solcens* tenha a escolha entre as acções de repetição e a que deixou de exercer para exigir seu credito. E' a opinião que tem por si a tradição do direito romano

Um caso mui frequente de erro é ter um devedor pago ignorando ter obtido por sue cessão um credito contra seu credor.

O que, porém, ha de especial é que quem paga e exerce a repetição ou a antiga acção, não mais se pode valer dos direitos annexos ao credito contra terceiros, salvo si tinha justa causa de ignorar a existência do credito que devia compensar sua divida (^{H*}). Essa solução é lógica, uma vez que a compensação, como o pagamento, tem efeitos extinctivos absolutos (*•■)

357.—Para que se dê a compensação são exigidos certos requisitos pela lei civil.

Antes de tudo ella só pôde existir entre as próprias partes, credor e devedor recíprocos (⁹⁹⁶), isto é, cada um dos obrigados deve-o ser por credito principal e compensar por direito próprio (¹⁹⁹¹).

E' uma exigência que se impõe á razão e não precisa ser demonstrada. Os créditos do mandante para com os terceiros não se compensam com os débitos do mandatário para com esses terceiros ou vice-versa (¹⁹⁹⁸) Mas entre as obrigações do terceiro para com o mandante ha sempre compensação, quer sejam ellas contrahidas por elle, quer pelo mandatário auto-risado. E' sempre uma compensação legal ("").

(^{9M}) 1. 10 § 1 D. de compensat.; Is. 26 § 3 ; 30, 32 § 1 ; 4 pr. e § 2 D. de cond. indeb. ; MOUTOR, *ob. cit. n. 1006* ; WINDSCHEID, *ob. ai. §349 ns. 3 e nota 5* ; DERNBUBG, *Compensation p. 586*, GiORGI, *ob. cit. VIII, 52. H*

O^{99*}) Dig. *Port., I, 1186* ; Proj. Fel., art. 575: Proj. C.Rod., art. 572 ; Cod. Civ. Kr., art. 1299 ; C. Civ. Uai., art. 1295 ; C. Civ. Port., art. 769 ; C. Civ. de C. Rica, art. 812. Em contrario C. Civ. do Chile. art. 1660.

O⁹⁹⁸) HUDELLOT ET METMAK, *Oblig. n. 596*.

(«96) U. 16 e 18 § 1 o ; 23 D. de comp. Is. 1 e 9 C. mesmo tit.; Proj. Bevil., art. 1012.

(^{IW1}) BEVILÁQUA, *Obrig. § 47*; C. DA ROCHA, *ob. cit. § 165 n. 4.* ■

(i"8) DERNBORG, *Comp., p. 450*; POTHIER, *ob. cit. ns. 6?Q, 6j2*; GIOHOL, *ob. cit. VIU, 32*; ROSSEL, *ob. cit. 149, 1.º* ; Dig. *Port. I, 1176.* ■

(1999)» o Cod. Civ. do Chile, art. 1658 permite que o mandatário ou *fi* presentante convencional ou legal possa oppôr ao credor do mandante, não só os créditos deste, como seus próprios créditos contra o mesmo credor, prestando

Pelo mesmo principio não se verifica a compensação : — entre dividas do tutor e do devedor do tutelado (^{M0o}); entre as do pae e as do devedor do filho ("") ; entre as do marido para com terceiro e o credito deste contra a mulher, quando tal credito não entra na communhão em virtude do regimen do casamento, pois que o marido só tem usufruto (*⁰⁰*).

Nas sociedades civis que, em regra, não constituem personalidade distincta dos socios.a divida de um destes para com terceiro sem autorisação da sociedade não é divida da sociedade e por isso pôde ser compensada com o credito do sócio devedor para com terceiro ; nunca, porém, com um outro credito que outro sócio tenha em seu nome particular com esse mesmo terceiro. Si, porém, o sócio que contrahiu o debito para com o terceiro estava autorizado a obrigar os consócios, o debito contrahido é commum, em partes iguaes, si se determinaram as partes e, portanto, se compensa até a porção de cada um com o credito que cada sócio possa ter com o terceiro. Inútil é dizer que idêntica seria a solução quando todos os sócios contratam juntos e que a compensação sempre se opera entre o debito e o credito do sócio com a sociedade (^{0M}).

O mesmo principio de reciprocidade determina que aquelle que se obrigou por terceiro não pôde compensar a obrigação assumida com o que lhe deva o credor (^{100*}).

Uma excepção a esta regra proclamam os Códigos em relação ás dividas garantidas com fiança. Então o devedor só pôde compensar como credor o que este lhe dever ; o fiador,

caução de que o mandante terá a compensação por firme. Não pôde, porém, compensar com o que o mesmo mandatário deve a um terceiro o que este deve ao mandante salvo com o assentimento deste Quanto á primeira parte a doutrina não é repugnante ao nosso direito. Posto que a compensação ahí não se dê entre as próprias partes, a ratificação posterior do mandante ressalva o acto do mandatário.

(2000) *l*, 23 *D. de compensai.*; *Dig. Port. I, 1174.*

(2001) *MoUTOR, ob. cit. n. 1004.*

(2003) *BEVILAO.UA, Familu §§ 42 e 50* ; Em contrario : *RODIERE ET PONT, Contrai de Mariage, II, 573* ; *TROPLOSO, Contrat de mariage, II, 324.* §g I (2003) *GIORQI, O.I. cit. VIII, 30*; *MOMTOK, «s. 655-658* ; *BaviiAuuA, Obr* gações % 160-165*; A questão é sujeita à grande controvérsia que se pode ver em *TROPLONO, Société n. 79* e *DURANTON, oh. cit. XII, 432.*

(2P04) proj, *Bevil.*, art. 10/2. Em contrario o *Cod. Civ. do Uruguay, art. 1477.*

porém, pôde compensar sua dívida com o de seu credor ao afiançado (2005).

E' uma excepção, dissemos, ao principio da reciprocidade dos débitos, porque o fiador não é devedor por conta própria, mas de outrem (C⁰⁰⁸).

Não pôde ao contrario o devedor oppôr em compensação o que seu credor deva ao seu fiador, porque é dívida estranha á obrigação pessoal do devedor.

O fiador pôde nos termos ditos oppôr sua dívida, como a do credor, ao afiançado ; mas, nesse caso, a compensação só produz seus efeitos extinctivos da data em que é invocada e não retroage á coexistência dos créditos (C⁰⁰⁷). A razão é que a essência da fiança é não dever o fiador se obrigar a mais do que o devedor principal e que pode uzar de todas as defêzas que a este competirem. Ora, si ao devedor é licito oppôr ao credor seu próprio credito, é lógico que ao fiador assista igual direito (1008).

358.—Além do requisito exposto, por assim dizer subjectivo, da compensação e só attinente ás pessoas dos credores recíprocos, outros existem objectivos em relação á natureza dos créditos a compensar.

Assim é que a compensação só tem lugar entre dívidas que sejam : a) liquidas ; b) exigíveis e c) de cousas fungíveis

^{/*0091}

Examinemos separadamente taes requisitos.

(2005) *Dir. Port.* 1171, 1172; Proj. Fel., art 568; Proj. C Rod., art. 566 ; Proj. Bevil., art. 1016. A comp. com os Cods. Civis: Fr., art. 1294 ; Ital. art. 1290 ; Arg., art. 829; da Sardenha, art. 1385; de Nápoles, art. 1248; da Holl., art. 1466; da Hesp., art. 1197; Port., art. 772; do Chile, art. 1657 ai. 2.*; Fed. Suisso, art. 134 ; dos B. de Montenegro, art. 617.

(2006) MOUTOR, *ob. cit.* H. 1000; AU8RY ET RAU, *ob. cit.* §§ 326 e 328 ; DEMOLOMBE, *ob. cit.* V, 549 ; LAROMBIERE, *ob. cit.* 1294, 1a 4; LAURENT, *ob. cit.* XVIII. 423 e segs.

■ (2007) 1, 4 e 5 D. de compensai.; MOLTOR, *cit. n.* 1000. Como se vê, a disposição já era do direito romano.

(2008) PoTHIBR, *Ob. Ct. if* 631.

(«x») *Dir. Civ. Recopil.*, art. 946; Cod. Comm., art. 439 ; *Dir. Port. J.* 1166 e 1167; Proj. Fel. art. 562 ; Proj. C. Rod., art. 563 ; Proj. Bevil., art. 1013; *Consol. das Leis*, art. 848. Cods. Civis : do Uruguay, art. 1474 ns. 2 e 3 e 1475; de C. Rica, art. 806; da Columbia, art. 1715; Fr., art. 1291 ; da Ital., art. 1287; Arg., art. 819 ; Hesp., art. 1196 ns. 2 e 4; Port., art. 765 ns. 1 a 3; do Chile, art. 1656 ns. 1 a 3 ; da Prússia, § 359 ia 362; da Austria, art. 1438; Allemao, art. 387.

359.—*Liquidez das dicias*. Este requisito, segundo alguns autores, é moderno no direito romano e estranho aos tempos anteriores á codificação de Justiniano (^{20,10}). Outros, ao contrario, pensam que ella já era anterior áquella legislação

r).

Pouco nos importa essa controvérsia.

O que sabemos é que no ultimo perido daquella legislação já se comprehendia e definia como liquida a divida que *non nullis ambagibus innodata, sed possit iudice facilem exitum mi preclare* ("•")•

Então toda a divida sujeita á excepção não é susceptível de compensação (¹⁰¹³); a excepção tornava o credito invalido e por isso incompensavel (***) (B)

A liquidez é, com effeito, uma espécie de exigibilidade e o moderno Código Civil Allemão não exige a liquidez comprehendendo-a no requisito da exigibilidade (*^{o15}). Apesar disso, não é redundante a exigência dos dois requisitos conjuntamente.

Com effeito, a inexigibilidade caracteriza-se pela falta de acção do credor, emquanto que na illiquidez não ha tal falta; apenas ella existe por uma circumstancia qualquer que pôde desaparecer, deixando inteiramente liquido o direito creditório (*").

Assim, por exemplo, a obrigação alternativa antes da escolha é illiquida e por isso incompensavel. A escolha, entretanto, altera completamente semelhante situação. O mesmo na obrigação de espécie si a opção da cousa devida cabe ao credor. Do mesmo modo não se pôde chamar liquido o debito si depende do laudo de peritos.

A liquidação rápida e em curto prazo, nos termos da lei romana (*^{on}), só era comprehensivel naquella organisacão em que o juiz tinha um certo arbitrio.

No direito actual, um igual procedimento não é compatível com a fixidez das regras traçadas pela lei para a compensação.

•-

(MIO) DONELLUS, *ad. § bnice fi Jet Inst. n. 7 e ad legem 6C. de compensai.* (*»«) COJACOIS- *Observationes, VIII C. XVI.* (^{aoia}) *l. 14 C. de Compensai.* (^{10,a}) 1. cit. nota supra.

(**") WIKDSCHRID. *ob. cit. § 350 nota I,*

(^{wf}) DBRNBORQ— **Das BUrg.Recht.v. H P. * l.» § 1S8 n. III.* (*>i«)

GIOROI, *Ob. cit. VIII, «. 20.* (^{o17}) *l. 14 C. de compensai, cit.*

H

■

Entretanto já vimos um Aresto que julgou não ser illiquido o titulo de obrigação provada, só pelo facto de ser preciso na execução verificar-se o saldo (¹⁰¹⁸). I

A mór parte dos escriptores, seguindo o direito romano, entendem que o credito combativel por excepção não é compensável (^{*o19}). O Código Allemão adheriu a essa doutrina (^{*o*o}). Pelo Código Federal das Obrigações o devedor pôde invocar a compensação, mesmo quando seu credito seja contestado (^{<m}).

Apesar dos grandes suffragios da solução opposta, entendemos ser esta ultima a melhor doutrina. Divida contestada não é devida illiquida ; do contrario, poderia o credor sempre, á vontade, evitar a compensação (^m). Liquida é a divida certa em sua existência e que tem valor determinado pela espécie, quantidade e qualidade (^{10M}). Para que possa ser compensada basta que ella seja liquida em taes termos, pouco importando que seja ou não contestada. Ainda aqui a vontade das partes não muda nem altera os termos da compensação (^{0li}),

360.—*Exigibilidade dos créditos.* Esse requisito é essencial.

Sua falta importaria em privar o devedor do beneficio do termo.

Entretanto o direito romano assim não procedia, dispensando-o, em regra, na compensação. Com effeito, aquella legislação fazia compensáveis as dividas naturaes que não eram exigíveis ("*).

No direito moderno tornou-se esse requisito indispensável e imposto á razão. Os próprios Códigos que não fazem

(^{ow}) Acc. da Rei. da Corte de 18 de Dez. de 1874 no *Direito Vi*, 48S, decisão que nos parece de acordo com WINDSCHKD, *ob. r.it.* § 350 »• 5, mas contraria á opinião muito mais valiosa de PLANIOL, *ob. cit.* 11, n. 699 ; AUBRY ET RAU § 326 nota 9 e LAURENT, *ob. cit.* XVI, 403.

(2019) POTHIER, *ob.cit.* n. 628: *Tutnr, Droit. Civ. Ill p.* 106. ■

(^w) Cod. Civ. AU., art. 390.

I (*&<) Cod. Fed. Suisso, art. 131 ai. ult. ■

(^{oi?}) MAYNZ. *ob. cit.* 8 291 n, 4.

■ (Mà) HUDKLOT ES MBTMAN, *ob. cit.* 582. I

(^{os*}) LACERDA, *oh. cit.* § 79 nota 4.

(2026) *I.6 D. de compensai.*

questão da liquidez dos créditos, consagram a exigibilidade como essencial, como elemento da compensação (^{Ku}),

Credito exigívelé aquelle que tem a seu favor uma acção que o faça judicialmente executar. De modo que entre elles devemos comprehender os créditos contestados.

Tal requisito torna incompensaveis :—a divida natural coma civil C⁰ⁿ¹); a dependente de condição suspensiva com a pura e simples (,^{10M}); as despidas de formalidades substanciaes com as que estejam delias revestidas. Uma divida a termo não é exigível, pois que, quem tem termo nada deve antes de vencido o termo, e por isso não pôde compensar (*^{ow}). Convém notar, porém, que entre as obrigações a termo não se compre-hendem as que se acham suspensas por um prazo de favor.

Com effeito, os prazos de favor, em boa hora consagrados pelo uso geral, não obstem a compensação (^{mo}). *Aliud esl di-emoblialionis non veni&sc, aliud humanitalis gratia lempus indulgere solulionis* (^{mi}).

Esses prazos de favor impedem o rigor da execução; não inhihem, porém, a compensação C"). 3

Nas obrigações alternativas em que se achem *in obliga-lione* um objecto compensável e outro não, só após a realisação da escolha é que se poderá decidir a possibilidade ou não da compensação.

Si a opção recai na prestação compensável, pôde desde tal momento dar-se a compensação (^{S03s}). I

No assumpto da exigibilidade cabe a discussão si a divida prescripta é exigível e portanto compensável.

Em direito romano ainda hoje é questão controvertida.

(2026) Cod. Civ All.,art. 387; DKRNBOBG, *Btrrg. Recht.. v. II, P. I.*» § 126.

(^{10M}) WINDSCHEID, *oh. cit.* § 350 w, 2 nota 4; % 289 notas 13, 21 e 22.

(2028) i. 7 pr. D. de compensat.; MOUTOR, *ob. cit. n. 998*; MAYNZ, *ob. cit. §291 H. 3.*

(^{2M9}) 1.7 D. de compensat. cit. JWIMCSCHIED §350 n. 3; ROSSEL, *ob. cit. n. 149, 2.*

(8030) Proj.C. Rod., art. 564; Proj. Bevil., art. 1017; Cod. Civ. Fr., art. 1292 ; Cod. Civ. Ital., art. 1288 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1656 ai. ult.

C⁰⁸¹) / . 16 § 1 D. de compensat.

(M8í) No direito francêz se os denominavam *ter mes* rfeigrare.mas existe uma grande differença em sua concessão do que se dá em direito pátrio. Em França é o juiz quem os concede (POTHIER, *ob. cit. n. 627*). Entre nós o juiz não possui semelhante faculdade, nem mesmo no antiga juizo conciliatório, em que apenas com sua presença e termo de audiência homologava o acordo das partes. Não ha, pois, analogia entre obrigações a termo e os prazos de favor.

jS03S\/. 22 D. de compensat. ; PoTHIBR, *ob. cit. N. 593.*

Para aquelles que entendem que a prescripção extingue até a divida natural, uma divida prescripta não dá lugar á compensação C^{03*}).

Para quem, ao contrario, affirma a subsistência da obrigação natural depois da prescripção, a compensação é possível

O direito moderno não mais se colloca nesse ponto de vista para resolver a questão. A divida prescripta é sempre exigível. A parte a quem aproveita a prescripção compete a legal-a. De modo que a divida prescripta é compensável si a parte a cujo favor se verificou a prescripção não a allegou.

Em regra—affirma-se—não se pode dar a compensação na divida prescripta. Isso, porém, precisa ser entendido.

O devedor pôde invocar em seu favor a prescripção si ella estava perfeita antes de se verificar a existência legal da compensação.

Neste caso a prescripção lhe aproveita para excluir a parte contraria e manter seu credito livre de encontro.

Si, ao contrario, as condições legais da compensação tiveram existência em um tempo qualquer antes que uma das dividas fosse prescripta, a compensação é inevitável e a prescripção se interrompe (²⁰³⁶).

Solução análoga deve se dar á divida rescindível ou annullável.

Ella é susceptível de ser compensada si a nullidade ou rescisão não fôr pedida por aquelle a quem interessar.

361.—*Fungibilidade das cousas.* —E' essencial não mais nos obstinarmos em conservar essa locução barbara, estranha á legislação portugueza e á romana, criticada entre nós de ha muito pelos mais competentes (^{10,T}); na França pelos maiores mestres (⁰³⁸) e evitada cuidadosamente pelos Códigos Civis da

(^{*034}) MOLITOR, *ob. cit. ns. 33 e 1011.*

(^{203s}) MACHKLABD, *ObliR. Naturelles* § 4^o pag. 446 *esegs.*

(^{0M}) LAROMBIERE. *Ob. cit. 1291, 24 e 25*; DORANTON, *ob. cit. XII, 408*; TROPLONG, *Prescription, II, 8^o j.* E' a doutrina do art. 390 do Cod. Civ. AU. que o Cod. Federal não adopta. ROSSEL, *ob. cit. n. 159.*

(«cai) x. DE FREITAS, *notas 3 ao art. 84^o das Consol. das Lets. I* (⁰¹«) LAROMBIERÉ. *ob. cit. 129', 10*; DEMOLOMBE, *ob. cit. V, 489*; AOBRY KT RAO, *ob. cit. § 326 nota 1*; LAURENT, *ob. cit. XyllT, j89.*

Itália (••) e da Allemanha ("*•). Não nos levemos pelo exemplo do *Code des Obligations* C^{oM}, cujos elaboradores por mais competentes que os consideremos não têm a autoridade dos grandes mestres francêzes, italianos e allemães.

Na expressão «cousas fungíveis» como requisito da compensação não assume o papel mais importante o conceito de cousas que se consomem pelo uso, mas tão somente de cousas da mesma espécie, homogêneas, que possam se substituir perfeitamente nos pagamentos. É, em summa, o contraposto de corpo certo e determinado, portanto insubstituível, heterogêneo.

A questão preponderante é, pois, da *qualidade*. É a identidade da cousa que permite a substituição completa (*^{ow}), porque o corpo certo, inda que de *cousa fungível*, não permite essa substituição (^w).

Convém notar, porém, que não é essencial que a cousa a compensar seja da mesma qualidade originariamente: pôde se tornar tal por uma mudança ulterior, como se dá nos casos em que uma prestação de dinheiro é substituída a uma cousa, facto mui frequente nas indenizações de perdas e danos, e, em geral, nas dividas de espécie susceptíveis de serem reduzidas ao valor em dinheiro (^{wv}).

A cousa da mesma espécie, ou para usar a expressão vulgar censurada—a *cousa Jungirei* por essência é o dinheiro, pois que pôde sempre ser compensado quantidade por quantidade (^{so4s}) Em prestações dessa natureza tem sempre lugar a compensação, mesmo quando uma vença juros e outra não.

Isto, porém, em divida de somma em que a regra é sem excepção. Tratando-se de divida de espécie determinada de moeda nacional ou estrangeira, a compensação só se dará no concurso de dividas de moedas iguaes ; do contrario não.

i*^o*⁹) ... Una determinata quantità de cose *delia stessa specie*, le quale possono nei pagamenti tener luogoleune delle altre, diz o art. 1287 do Cod. Civ. Italiano.

(*^o*^o) Schulden zwei Personen einander *Leistungett*, die ihrem Gegenstande nach *gleichirtigsint*... Cod. Civ. Ali., art. 387.

(»•>«) Cod. Fed. des Obligations, art. 131.

(^{ow}) MAREZOLL, *ob. cit.* § 154 ; MACKELDKY, *ob. cit.* § 5[^]5 ; MATNZ, *ob. cit.* § 291 n. 2 ; DERNBURQ, *ob. cit.* § 726 *cit.*

(*^o*^S) *Qonsal. das Leis*, art. 844 ; *D ir. Civ, Recopil.*, art. 945 ; POTHIER, H. 624.

(*>*^o) Es macht keinem Unterschied, ob die Porderungen vnsprijniglich gleichartig waren oder off sie dies erst später, ?.. B. weil sie sich ais Schadensersatzansprüche in Geldforderungen verwandelten, wurden— DKHKBURQ, *ob. cit.* § 126 *cit.*

■ (^{20M}) POTHIBR, *ob. cit.* H. 63611.2.

O requisito da tangibilidade é o mais estudado entre os civilistas francêzes, pois que elle permite tornar bem precisa a prestação com que cada um dos devedores credores deve entrar para eliminar seu debito (^{wa}). Elles admittem, entretanto, com seu Código, como derogação a tal principio, a compensação entre géneros mercantis de preço corrente e quantias correspondentes em dinheiro. Essa disposição imitada pelo Código Italiano (^{0m}), é estranha ao nosso direito.

Uma outra excepção sobre a qual muito se disputa e que não podemos deixar de adoptar é relativa ás *obrigações de fazer*. Uma vez que não esteja convencionado que o devedor execute pessoalmente a obra ; desde que esta não reclame habilidade especial do artista e se trate de obras idênticas de ambas as partes, não ha como negar uma certa identidade com as obrigações de dar coisa da mesma espécie, para admittira compensação. Negal-o seria tornar necessário o inútil circuito de credito e debito que a compensação tem por fim evitar (^{SM8}).

Fora essa excepção, o principio posto é rígido, inflexível.

As dividas de immoveis considerados^em espécie não podem ser compensadas, mesmo quando não se trate de corpo certo, por ser quasi impossível a homogeneidade requerida (^{MW}).

Inda mais: embora sejam do mesmo género as cousas fungiveis, objecto das duas prestações, não haverá compensação si, tendo sido determinada a qualidade, verificar-se que esta é diferente (^{Wso}). E' um reforço ao requisito da fungibilidade e com bons fundamentos. E' que as cousas a compensar devem por sua qualidade ser equivalentes uma a outra — *rei quos vicissem functionem in genere recipiunt* (""). Não seria realmente justo obrigar a compensar um bom trigo com outro estragado.

A differença na qualidade da coisa a prestar em género faria desaparecer a medida commum essencial para se lhes computar o valor real e seria iniquo obrigar as partes a receberem em compensação aquillo que não podiam ser obrigadas a receber como pagamento.

C^{ow}) DUHANTON, *ob. cit.* XII n. 394; TOULLIER, *ob. cit.* VII, n. 364.

<"•***) Cod. Civ. Fr., art. 1291 ; Cod. Civ. Ital., art. 1287.

î^{*04}») LOROMBIERK, *ob. cit.* 1291, 14; DURANTON, *ob. cit.* XII, 296. Em contrario GIORGI, *ob. cit.* VIU, 9.

(^{MW}) POTHIKR, *ob. cit.* n. 624 ; LAUOMBIBRE, 1291, 13; TOULLIER, VII, 366.

(^{M0}) *COHsOL das Leis Civis*, art. 845 ; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 945% *ifi. Dig. Port.* I, 65 ; Proj. Fel., art. 563 ; Proj. ttvil., art. 1014 ; Cod. Civ. Arg., art. 820; Cod. da Sardenha, art. 1382/ Cod. de Nápoles, art. 1245; Cod' Civ. da Holl., art. 1463; Cod. Civ. da Luiziana, art. 2205.

/*>ijj WINDSCHEID, *ob. cit.* § 350 nota 8 a 10.

A fungibilidade que a lei exige não é, pois, uma qualidade absoluta da coisa considerada em si, mas relativa á outra prestação, de maneira a permittir uma perfeita equivalência na substituição^(.0M).

362.—Um outro requisito da compensação é que, si forem as dividas reciprocas de coisas indeterminadas, pertença a escolha aos dois devedores. De modo que não são compensáveis as prestações de coisas incertas, quando a escolha pertencer aos dois credores ou a um delles como devedor de uma das obrigações e como ctedor da outra (***)).

Essas cousas incertas são o *genus* dos" romanos ou a *espécie* dos modernos, isto é, da mesma natureza, não fungíveis e que, embora não fossem compensáveis, os romanistas as admittiram sempre como taes. Para isso, porém, o essencial é que a escolha caiba aos dois devedores e não aos dois credores ou a um delles como devedor de uma das obrigações e como credor da outra.

Si os dois credores tivessem a opção, a compensação não teria o caracter *necessário* que lhe dá a lei; seria somente possível.

Demais isso converteria a obrigação de *genus* em obrigação de espécie, ou, na linguagem actual, a obrigação de espécie, em obrigação ao corpo certo.

Assim A e B são credores com direito á escolha. A acciona a B para obter o cavallo Abdalah que escolheu: B oppõe a compensação e declara que, por sua vez, escolheu o mesmo cavallo. B não é obrigado a soffrer a compensação e pôde accionar a A, mas então o acciona por uma obrigação de corpo certo ; a espécie indeterminada desapareceu. Eis a compensação impossibilitada.

Igual seria o resultado si uma das partes tivesse a escolha como devedor e como credor. A deve a B um cavallo *in genus* e B deve a A o cavallo Abdalah. A pode oppôr a compensação, mas B não o pôde. Não ha então compensação, que é sempre reciproca.

A obrigação de espécie só subsiste quando os devedores mantêm o direito de opção, porque é só nesse caso que ella é

(MM) AtiBBY ET RAU, *ob. «/»*. §§ 166 e 326 nota 2.

(SOM) Proj. Bevil., art. 1015,

verdadeiramente de espécie para ambas as partes, produzindo a reciprocidade compatível com a compensação ("**").

363.—Apesar do concurso de todos os requisitos para a validade da compensação, ella deixa de existir em três categorias de casos:

- a) em virtude da natureza de certas obrigações;
- b) no caso de renuncia previa de um dos devedores ;
- c) no caso de ofensa a direitos de terceiro.

Essas limitações dão-se independentemente da differença de causa das dividas. Realmente a *causa debendi* pôde ser mui diversa sem que com isso se deixe de operar a compensação (^{SOSS}).

Assim é que a pena convencional compensa-se com o que o devedor deva ao credor ("*"); uma indennisação *ex delicto* é compensável com outra divida de origem diversa (*).

Podem ellas ser igualmente fundadas nos documentos os mais differentes ; ser uma garantida com hypotheca e outra não.

O principio, em summa, é geral e é o contraposto ao eodem causa do primitivo direito romano. Apesar disso a lei oppõe-se a que se compensem as dividas comprehendidas nas classes que passamos a estudar.

364.—*Em virtude da natureza da obrigação* não se compensam as dividas: I

I~Si uma provier de esbulho, furto, ou roubo (^{MM}).

Uma tal limitação é tão intuitiva diante dos princípios que dominam a compensação, que ha quem affirme ser ella dispensável por estar implicitamente nelles contida (^{9M}).

^{O⁰⁸*}) MOLITOR, *ob. cit.* «.995; GIORGI. *ob. cit.* Vill.13.

(***) Proj. Bevil., art. 1018; Cod. Civ. Fr., art. 1293; Cod. Civ. Ital., art. 1289 ;

MACKBLDKY, *ob. cit.* % 536; Moimox, *Jtep. Ecrites I, 1445.*

^{f²⁰⁵⁰}) l. 31% 1 D. de hered. petit.

(^{m1}); SOURDAT—*Trai té de la Responsabililé, na. 1?7 e 471.*

(tosa, *consol. das Leis, art. 850% 2; D ir. Civ. Recopil., art. 947 b); D/g. Portl I, 1181; Proj. Fel., art. 565 n. 3; Proj. C. Rottf., art. 565 § 1."* ; Proj. Bevil., art. 1018 n. I. Cods. Civis; Fr., art. 1293 n. 1 ; Uai., art. 1289, n. 1 ;C. Rica.art. 802 n. 2;Port., art. 767 n. 2; Arg., art. 824; do Chile. art. 1662; Fed. Suisso, art. 132 n. 1 ; Allemão, art. 393 ; da Áustria, art. 1440 ; de Saxe, art. 994.

^{O⁰*⁹}; LAUBKNT, *ob. cit.* XVIII, 444 e segs.

Realmente, o esbulhador, como o autor do furto ou do roubo, é sempre um devedor de corpo certo e não de cousa fungível e só por isso é excluído da compensação (^{SOf0}).

A lei, porém, viza uma relação de moral mais elevada e quer inhibir que, fundado em um credito legitimo, o autor de qualquer daquelles actos immoraes os justifique, fugindo á restituição pela opposição de tal credito á sua victima (^{mi}). *Spo-lialus anle omnia reslituendus*. Nosso direito neste ponto fica ainda aquém das exigências moraes, pois que admite a compensação em taes hypothezes quando se achem em confronto créditos da mesma origem (^{foel}). Seria de desejar a eliminação de tal immoralidade.

O principio *posse&uoncm aulem alienam pcrperam occupanlibuscompenmlio non datur* (⁰⁶⁸) deve dominar sem restrição.

I
A opinião dominante entre os francêzes e italianos é que a exclusão da compensação nos casos que nos oocupam só se refere á hypotheze em que o autor do esbulho, do furto ou do roubo, bem como o depositário e o commodatario, deva restituir o próprio objecto. Caso, porém, seja impossível e seja necessário entrar com aindenuisação do valor, então a compensação de taes débitos torna-se possível (^{106*}).

Não podemos nos submitt^r a tal argumentação. Já é muito que admittamos o credor de dividas de semelhante origem operara compensação facultativa, cujos princípios dentro em pouco exporemos. Dentro dos princípios da corr. pensação legal, porém, isso é inadmissível. A lei prohibiu a compensação nos referidos casos tendo somente em vista a causa da divida, pouco importando que a restituição se effectue em espécie ou em dinheiro. O vicio da origem é sempre o mesmo.

Nem se diga que a condemnação do autor de taes actos á reparação do danno produz uma espécie de novação judiciaria, tornando então possível a compensação da nova divida d'ahi decorrente.

I
E' isso precisamente, ao nosso ver, o que a lei quer co-hibir ; é esta pelo menos a exclusiva applicação pratica mais frisante que pode ter a prohibição legal.

Si a doutrina que combatemos fosse a verdadeira, seria, com effeito, o esbulhador, o ladrão, o depositário infiel, quem

(«HM») RosSEL, *Ob. Ctt. M. 151, 1.*

(^{Mel}) HODELOT ET METMAN, *ob. Cít. H. 586.*

■ (⁰⁶²) Ord. Uv. 4 tit. 78 §6. Autores pátrios cits. na nota 2058. ■

(^{0M}) 1. 14 §2 C. decomp.

(*)*) POTHIBR, *ob. cit. n. 625* ; TOUXIER, *ob. at. IV, 383* ; DEHOLOMBE, *ob. cit. V, 592*; GIOBQi., *ob. ctt. VIII, 44.*

teria sua posição mais defendida; bastava ao seu crime accrescentar a culpa civil, fazer perecer a cousa, pondo assim a salvo compensar tudo isso com seu credito contra a victima. Em circumstancia alguma pode o direito fundamentar a immoralidade.

II—Si uma divida proceder de deposito, commodato ou alimentos ("").

Militam aqui as mesmas razões scientificas e de moral acima invocadas, Aquellas exigem que o depositário e o co-mmodatario restituam cousa certa a que estejam obrigados e as ultimas não se compadecem com sua protecção pelo remédio jurídico creado para dividas reciprocas (¹⁰⁶⁶).

Nem a Ordenação nem os nossos consolidadores comprehendem na excepção á compensação o commodatario e sim somente o deposito, admittindo, entretanto, como vimos, a compensação com divida de igual origem C*¹).

Quanto as dividas de alimentos o direito romano não as excluía da compensação. Foi isso obra dos interpretes (^{10M}).

Sua exclusão é, na verdade, uma excepção característica, pois que, no fundo, ellas são sempre dividas de dinheiro.

Sua natureza especial, porém, exige o pagamento effe-tivo nas mãos do credor (⁰⁶⁹); são prestações urgentes C"*), um direito personalíssimo do alimentado (^{W1}).

Demais, os alimentos não são penhoráveis (¹⁰⁷²) e pois não podem com justa razão ser objecto do pagamento forçado.

III—Si uma for de cousa que não possa ser penhorada

Em regra podem ser penhorados todos os bens e direitos que façam parte do património do executado, quer estejam em

(«065) Cod. Comm., art. 440 ; *Consol. das Leis, art. 850 § 1.º*; *Dir. Civ. Recopd., art. 947 a) e c)* ; *Dig. Port. I, 1180* ; Proj. Fel., art. 565 ns. 2 e 4; Proj. C. Rod., art. 562 §§2e 3; Proj. Bevil., art. 1018 n. II. Cods. Civis :Fr., art. 1293 n. 2 ; Ital., art. 1289 n. 2 ; Arg., art. 825 ; Hesp., art. 1200 ai. 1. a; Port., 767 ns. 3 e 4; do Chile, a rt. 1662; Fed. Suisso, art. 132 ir. 2. g

(^{0M}) POTHIER, *ob. cit. n. 625 n. 2.*

(toffi) Qrj e autores pátrios cits. na nota 2065.

(^{10M}) DERNBURG, *Compensation, pag. 5'9* ; WINDSCHIBID, *ob. cit. % 350, nota 28*; ROSSEL, *ob. cit. 151 «• 2* ; POTHIER, *ob. cit. 625, 3.*

(⁰⁶⁹); Cod. Fed. Suisso, art. 132 n. 2.

C*⁰⁷⁰) Já diz ia a Ord. liv. 4.o th. 78 § 3*.

("•") Proj. Bevil., art. 412.

("") T. FREITAS a PEREIRA E SOUZA, *notas 751 e 895.*

(«*") LACERDA, *ob. cit. § 82 a)*; Proj. Fel., art. 565 n. 4 ; Proj. C. Rod., art 565§ 3.o; Proj. Bevil., art. 1018 n. III. Cod. Civ. Fr., art. 1293 ns. 2e3; deC. Rica, art. 808 n. 4; Ital., art. 1298 ns. 2e3 ;Port., art. 767n. 3; A He mão, art. 394.

seu poder effectivo, quer dependam ainda de habilitações ultteriores, comtanto que sejam alienáveis e que elle possa transigir sobre os mesmos; quer sejam de propriedade plena, quer limitada, incluindo fructos e rendimentos eousufructo durante a vida O-

Todavia a lei declara absolutamente impenhoráveis certas cousas e direitos que escapam por isso á compensação com outras dividas quaesquer.

No estado actual de nosso processo são impenhoráveis: *a)* os bens inalienáveis; *b)* os ordenados e vencimentos dos magistrados e empregados públicos ; *c)* os soldos e vencimentos militares; *d)* os soldos da gente de mar e salários dos guarda livros, caixeirose operários ; *e)* os equipamentos dos militares ; *f)* os utensílios e ferramentas dos mestres e officiaes de officios mecânicos que forem indispensáveis ás suas occupa-ções ordinárias; *g)* os materiaes necessários para as obras ; *h)* as pensões, tenças e montepios, inclusive o dos servidores do Estado , *i)* es fundos sociaes pelas dividas particulares dos sócios ;*j)* o que for indispensável para a cama, vestuário do executado e de sua familia não sendo precioso; *k)* as provisões de comida que se acharem em casa do executado; *t)* os immoveis, accessorios, material fixo e rodante das estradas de ferro separadamente (**); *w)* os bens dotaes ; *n)* as embarcações de alto mar ; *o)* os bens da nação, do Estado e do município; *p)* as apólices da divida publica (*"•).

IV—As dividas fiscaes da União, dós Estados e dos municípios não podem ser objecto de compensação, excepto os encontros originários entre o devedor e a administração nos termos dos Regulamentos da Fazenda (*^m). Já assim o era no direito romano que admittia a compensação contra o fisco, uma vez que a divida de que o devedor se quer defender e a outra que elle oppõe dependam da mesma estação fiscal (¹⁰¹⁸). Assim,

(Mi*: MORAES VELHO, *ob. cit.* § 89.

(*<"5) Art. 528 da P.^c III do Dec. n. 3084 de de 5 de Nov. de 1898 ; art. 529 do Regul. 737 de 1850. B

(*"•) T. DE FREITAS a P.E SOUZA § 390; *Direito vol. XCIX, pags. 184-197.* I

(^{4or?}) *Consol. das Leis, arís. 850 § 4 ; 851 e 852 ; Dir. Civ. RecopU., art. 947 d); §§ 1,2 e 3 ; D/g. Pon., I, H78. 1179 ; M. FREIRE, ob. cit. liv. IV, tit. XXIIy § 19; C. DA ROCHA, 06. at. § 766; Proj. T. de Freitas, art. il69; Proj. BeviL.art. 1020; C. Civ. Arg.,art. 823; C. Civ. Port., art. 767 n. 5 ; C. Fed. Suisso, art. 132, n. 3 ; C. Civ. AU., art. 395 5 C. da Prússia, I, 16, §§368 e 369 ; C. de Saxe, art. 994 ;C. Civ. do Uruguay, art. 1485. I (²⁰¹⁸) 1, 1 C. de compensai. ; MOLITOR, *ob. cit. n. 1009.**

foi também sempre em França f⁰⁷⁹) e em todas as legislações modernas (⁴⁰⁸⁰).

I A União, o Estado e o Município impõem tributos, nao como pessoas jurídicas, mas como organizações politicas.

Posto que reguladas pelos princípios geraes das obrigações, seus créditos gozam da protecção de excepções especi-aes, tendentes a não permittir embaraços á administração publica.

Em relação á Fazenda publica, ao envez da compensação, o principio dominante é o *solve et repele*. Não se encontram créditos.

Aquelles de quem a Fazenda publica se julga credora por impostos, contribuições de qualquer espécie, multas, etc, não têm recurso sinão pagar e repetir mais tarde o pagamento, si tiver sido indébito.

Ha algo de iníquo nessa pressão do conjuncto sobre as partes.

Entretanto é força convir que, por excepçionaes injustiças que possam occorrer em applicações individuaes, não se deve invalidar um principio de todo o ponto essencial aos interesses superiores da communhão.

Aos credores originários da Fazenda Federal e aos seus herdeiros, entretanto, quanto ás dividas de heranças, se admittirão administrativamente encontros ou compensações a respeito de todos os seus débitos, uma vez que os créditos não tenham sido havidos por traspassos ou cessões. I

Este preceito não comprehende os credores por titulo de depósitos que tenham entrado no Thesouro, aos quaes é dado o direito de compensar.

Em todo caso ficam excluídos, quer da compensação administrativa, quer da judicial, os recebedores e contratadores fiscaes, quanto as dividas procedentes de seus recebimentos ou de seus contractos (^{10M}).

Quando os executados se julgarem com direito á compensação, devem allegal-a perante o Thesouro e apresentar em juizo as decisões que lhes forem favoráveis com a reforma das contas ajuizadas (^{*oM}). Essa disposição, de resto, é lógica com o principio de inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens pertencentes aos corpos políticos que só podem ser alienados por acto legislativo.

(*«») POTHIER, *ob. cit.* n. 625 Hm.
f^{*080}; Rossio., *ob. cit.* 151, 3.º; GIOBGI, *ob. cit.* VIir. ;;ea extraordinária nota 1 ao n. 46 c); DERNBUHG, *Das BUrg Recht* § 128. (ioñ) £.,>. *Qiv. RecopiJ.*, art. 947 §§ 1 a 3. (2082) Ar> 66 da P.e V do Dec. 3084 de 1898 cit.

365.—iYão *pôde ter lugar a compensação havendo renuncia previa de um dos devedores* (^{10M}). E' a segunda classe de limitações por nós compendiada.

A renuncia á compensação pôde ser tacita ou expressa

Dá-se a tacita todas as vezes que o devedor sabendo que podia compensar sua divida, a paga, entretanto, sem oppôr a compensação a que tinha direito.

E' a essa espécie de renuncia que a maioria dos códigos modernos ligam certos effeitos, sobretudo em relação a terceiros.

Quem pagou em taes condições extinguiu a divida com seus accessorios e não mais poderá se prevalecer em prejuízo de terceiros das preferencias ligadas á divida extincta (^{S08i}).

Essa renuncia tacita é *commum* ; a expressa é raríssima.

Induz-se ordinariamente a renuncia de factos incompatíveis com o direito de compensar ;—funda-se no principio de contradicção estabelecida entre um acto ou facto do devedor que pode compensar e esse mesmo direito de compensar.

Entre os factos que induzem renuncia da compensação se acham a prescripção não allegada, bem como a satisfação de divida annullavel ou rescindivel por silencio da parte que a podia annullar ou rescindir.

Entretanto nunca se deve presumi-la e sim deve ser induzida da não allegação, em tempo devido, do pagamento, da aceitação da cessão. Notemos, porém, que renunciar a compensação não é renunciar o credito; este continua a subsistir, embora não compensado.

Parece em principio que si se pode renunciar a compensação, é porque ella é facultativa, e, portanto, não se compre-hende bem como é que ella produza seus effeitos *ipso jure*.

Nenhuma contradicção existe, pois que é sempre licita a renuncia de um direito firmado.

A limitação única que no caso se dá consiste em distinguir a renuncia *previa e posterior*.

Naquella qualquer dos devedores pode renunciar á compensação e esta deixa de se produzir.

Tratando, porém, da renuncia posterior, é essencial o a-l côrdo com a o«tra parte, pois que as dividas podem ser des-

(»»«») Proj. Fel., art. 565n. 1; Proj. C. Rod., art. 565§ 4 : Proj. Bevil., art. 1019/ Cod. Civ. Port., art. 767 n. 1 ; C. Ped. Suisso, art. 139.

(■**) *Dig Port. 1, 1186*; Cod. Civ. Fr., art. 1299; Cod. Civ. Uai., art. 1296; Cod. Civ. Port., 769; Cod. Civ. do Chile, art. 1660.

iguales quanto ás garantias e accessorios que a renuncia poderia fazer extinguir (⁵⁰⁸⁵).

Ha uma outra limitação muito razoável ao direito de renunciar : é o caso de insolvência de uma das partes, porque se presume que o renunciante exerceu a renuncia suppondo que não poderia ser satisfeito de outro modo de seu próprio credito (¹⁰⁸⁶).

366.—Não pode ter lugar a compensação em prejuízo dos direitos de terceiro (^{10M}).

Terceiros são todos aquelles que têm interesses a fazer valer na extincção do debito por compensação. Ora, sendo esta por sua índole só exercitável entre credores e devedores recíprocos, por credito próprio, claro é que não pôde ferir interesses de partes que nella não intervêm.

Para estes a compensação deve ser *res inter altos acta*.

Desse principio decorrem certas consequências especiaes que é essencial expor. Assim, o devedor que se torna credor de seu credor, depois de penhorado o credito deste, não pôde oppôr ao exequente a compensação que lhe competeria contra o próprio credor (⁰⁸⁸).

A hypothese seria esta : A é credor de B de i .000\$. A sabe que B, por sua vez, é credor de C de 2.000\$ e por isso A penhora o credito de B contra C nas mãos deste, que, para se livrar de pagar a A e depois da notificação da penhora, compra de D um credito de 1.000 contra B e invoca a compensação. Esta não é possível, porque desde o momento da penhora o devedor não pôde pagar validamente ao seu credor e não pôde por isso também compensar.

Quanto, porém, ao credito que adquiriu antes da penhora, pôde, sem duvida, o devedor oppôr ao seu credor, pois que a compensação legal se operou anteriormente desde a coexisten-

(»W) LACERDA, *ob. cit.* § 79 nota 2.

(*⁰⁸⁶) DERNBURG, *Compensai*, p. 807.

(soai) *£)ig. Port. I, 1185*; Proj. Fel., art. 574; Proj. C. Rod., art. 571; Proj. Bevil., art. 1027 ; Cods. Civis: do Uruguuy, art. 1486 ;daCo-lumbia, art. 1720 ;Fr., art. 1298; Ital.. art. 1294; Argent., art. 822; da Sardenha, art. 1389 ; de Nápoles, art. 1252 ; Hesp., art. 1195 n. 5 ; Port., art. 775; do Chile, art. 1661; Allemão, art. 392; de Costa Rica, art. 808 n. 5.

(*>88j c₀j. Fed. Suisso, art. 133 eos Cods. cits. na nota supra.

cia dos créditos e a penhora ulterior não pôde affectar seus efeitos de direito (^{10M}).

■ Um outro caso notável em que deve ser resguardado o interesse de terceiros é nas dividas solidarias.

Sem duvida o devedor solidário, por isso que é obrigado á divida por inteiro, pôde oppôr ao credor seu credito pela totalidade, pois que seu direito de regresso é mantido em toda a sua extensão e elle pôde deste dispor como entender. Sobre isto nenhum dissentimento existe entre os civilistas.

A lição dos Códigos, porém, varia quando se trata de saber até onde o devedor solidário demandado pôde oppôr ao credor o que este deve ao seu co-obrigado na divida.

Alguns ha que, partindo do principio que o devedor solidário demandado é devedor da totalidade, encaram os co-obrigados como terceiros para effeito da compensação e negando, portanto, áquelle as excepções que são próprias e pessôaes la estes, não toleram que elle opponha ao credor um credito de seu co-obrigado (^{*0W}).

O direito ramano ampara essa solução. Ali o devedor solidário não podia oppôr em compensação ao credor o que este devesse ao seu co-devedor sinão quando os *eoTrei debendi* fo-ssem *sodi* (²⁰⁹¹). Essa doutrina não passa incólume de criticas, mesmo em França (¹⁰⁹ⁱ).

No extremo opposto collocam-se outros admittindo que o devedor solidário opponha seu credito ou um credito de um co-devedor ao credor, sem a menor restricção (¹⁰⁹³).

Outros, consagrando embora o principio que o devedor solidário não pôde oppôr ao credor as excepções pessôaes aos outros co-devedores, firmam o principio de que o devedor solidário só pôde compensar com o credor o que este deve ao seu co-obrigado até ao equivalente da parte deste na divida commum (^{*09*}). Ficam por este modo perfeitamente harmoni-sados os princípios da solidariedade com o respeito aos direitos

(¹⁰⁸⁹) ROQBON, *Les CodesfraO. expliques*, aoart. 1298 do Cod. Civ. ; LAUHRNT, *ob. cit.* XVIII, *29.

(^{M9o}) Tal o systema do Cod. Civ. Fr., art. 1294 alt. p.º; Sardenha, art. 1385 ; de Nápoles, art. 1248 ; da Holl., art. 1466 ; ds Port., art. 772 ; do Chile, art. 1657 ai. ult. ; Fed. Suisso, art. 164 ; AU., art. 422 ai. 2 ; Áustria, 1441 ; dô Saxe, art. 1027.

f*^w)l. 10 D. duob. reis; MATNZ, *ob. cit.* § 292 nota 8; MOLITOR, *ob. cit.* 1000 ; WINDSCHEID *ob. cit.* § 350 nota 19. ■ (M92) MARCADÉ, *ob. cit.* u. 837 ; HUDELOTET METMAN, *ob. cit.* n. 59l. 13

(8093) Cod. Civ. Arg., art. 830 ; C. Civ. do Uruguay, art. 1478.

(^{209*}) ?roj. Fel., art. 569; Proj. C. Rod.,art. 567; Proj. Bevil., arts. 974 e 1023 ; Cod. Civ. da Uai. arts. 1193 ai. ult. e 1290 ai. 2.

de terceiro na compensação legal. Com effeito, o devedor solidado só responde pela totalidade da dívida para com o credor. Diante dos co-devedores a dívida se divide *pro parte*. Ora, si uma parte já não existia de facto, porque estava extinta pela compensação, justo é que qualquer dos devedores demandados se prevaleça de tal extiução.

Nesse caso, pagando o total da dívida com o desconto da parte compensada do co-devedor, o solvente soffre deste o regresso que exercita contra os demais pelas outras quotas partes. Tudo isso são consequências do principio que a compensação operada com um dos credores solidários extingue inteiramente a dívida.

Outro ponto em que os interesses de terceiros se acham envolvidos na compensação é o caso da cessão notificada.

O devedor que notificado nada oppõe á cessão que o credor faz a terceiro de seus direitos, não pôde oppôr ao cessionário a compensação que teria podido oppôr ao cedente antes da cessão.

Si, porém, a cessão não lhe tiver sido notificada, poderá oppôr ao cessionário a compensação do credito que antes tinha contra o cedente (*").

Idêntica era a solução romana. Ali o devedor cedido, mesmo notificado da cessão, posto se tornasse então devedor do cessionário, podia a este oppôr o credito que tinha contra o cedente, si era anterior á cessão e á sua notificação. A cessão não podia ali se operar em prejuízo do devedor, nem o cedente podia transferir mais direitos do que os que tinha (").

A solução que adoptamos é tão lógica quanto é natural. O cessionário pela cessão devidamente notificada torna-se proprietário do credito e o cedente desaparece da obrigação como sujeito activo. E' claro, pois, que desde então somente devem subsistir as relações novas entre o cedido e o cessionário. O devedor pôde, sem duvida, julgar extinto seu debito para com o cedente e oppôr-se á cessão no momento de ser notificado delia, pois é bem claro que se não pôde ceder credito que não existe. Si nada oppôz é que renunciou a compensação já effectuada em seu favor. Em sentido opposto, si a cessão lhe não foi notificada, a cessão não é completa, não se

(^{ms}) Dig. *Port. I, i/77*; Proj. Fel, art. 570-571 ; Proj. C. Rod., art. 568; Proj. Bevil., art. 1024; Coda. Civis; Fr. art. 1295; Ital., art. 1291 ; Arg. art. 826 ; da Sardenha, art. 1386; de Nápoles, art. 1249; da Hesp., art. 1198 Port., arts. 773, 774 e 777 ; do Chile, art. 1669; da Austria, art. 1443 ; do Japão, art. 468; C. Rica, art. 813; de Montenegro, art. 618.

(»>W) WINDSCHEID, *ob. ctt.* §350 nota 21; MOLITOB, *ob. ctt. n. 1002.*

pôde presumir a renúncia á compensação e seria então absurdo privar o devedor do direito de se valer contra o cessionário de todos os direitos e, portanto, da compensação que tinha contra o cedente. No primeiro caso a compensação seria lesiva aos interesses do terceiro ; no ultimo não.

367.—Quando as duas dividas não são pagáveis no mesmo lugar, não se pôde compensar sem deducção das despêzas necessárias ao pagamento daquella que havia de ser satisfeita em lugar diverso C^{0*1}).

Admitte-se aqui, por excepção, a compensação do illiquido, sendo este as despêzas do pagamento.

Assim se fez, para ser fácil a liquidação sempre fundada, na hypothese, em usos estabelecidos e em taxas de cambio publicadas e conhecidas. «No mesmo lugar» entendemos em lugar diverso do domicilio do devedor. Em regra é este o domicilio do pagamento.

Si um dos devedores paga fora de seu domicilio, deve para compensar, ter a seu favor as despêzas feitas. Si ambas as dividas são fora do domicilio, ambas devem gozar igual vantagem.

A doutrina acceita porém, é mais restricta e será mais comprehensivel no caso figurado. A deve pagar no Rio de Janeiro 1.000\$ a B. Este exige o pagamento. A pôde oppôr em compensação 1.000\$ que B lhe deve pagar em Coritiba. Entretanto como é forçar B a receber o pagamento em lugar diverso do convencionado, é justo que A tenha conta das despêzas do traspasse do dinheiro. Bem se comprehende que taes despêzas não são somente as de transporte, como todas as relativas aos lucros cessantes (*⁰⁹⁸).

368.—Sendo a mesma pessoa obrigada por varias dividas compensáveis, observar-se-ão as regras estabelecidas para,

(«o") p_{roj}. Fel., art. 572 ; Proj. C. Rod., art. 569 ; Proj. Bevil.. art. 1025 ; Cods. Civis : de Uruguay, art. 1480 ; da Columbia, art. 1723 ; Fr., **art.** 1296 ; Ital., art. 1292 ; Arg., art. 821 ; da Sardenha, art. 1387 ; de Nápoles, art. 1250 ; da Holl., art. 1468 ; Luisiana, art. 2210 ; da Hesp., art. 1199 ; Port., **art.** 776 ; Chile, art. 1664 ; AU., **art.** 391 ; de "Saxe, **art.** 990 ; POTBIBR, *ob. Ctt.* 633.

(1098; GIOHGI, 06. *Cit.* VIII, 23.

a imputação de pagamento ("■"). Nenhum desenvolvimento precisamos dar ao assumpto, bastando-nos remetter ao que dissemos em outro lugar.

Temos assim esgotado o assumpto da compensação legal única de que o direito se occupa (^{10o}).

369.—Occupando-se a lei somente da compensação chamada *legal* deixou á doutrina a discussão ainda viva a respeito da compensação voluntária e da judicial. Si não as regulou, nem por isso as excluiu do quadro do instituto.

A compensação *voluntária* é um caso especial de renuncia de direitos, sempre exercitável por seu sujeito activo. E' mesmo muito provável que, na pratica, ella precedesse a toda a systematisação das regras relativas á compensação legal. O direito romano a isso allude em mais de uma passagem bem frisante (^{810t}). Os escriptores antigos a ella se referiam (^{10*}).

Costuma-se hoje dividil-a em *convencional* e *facultativa*.

A primeira é um contracto entre as partes e como tal toma no acordo das vontades seu modo de ser, extensão e e-ffeitos. E' rara na pratica. Entretanto certas relações a tornam familiar, taes como a conta corrente e os balanços de credito e debito com os bancos, as ordens de pagamentos feitos pelos depositantes de sommas nos institutos de credito, conhecidos por *cheques* (^{im}).

A compensação *facultativa*, segundo uns, é uma espécie de dação *in solutum*. Com melhores razões pensam outros ser ella uma remissão reciproca ou bilateral, com a característica, em relação aos outros contractos do mesmo género, da causa *solvendi*, em vez de uma simples liberalidade (^{210v}).

(soa») D/g. *Port. I, 1184* ; Proj. Fel., art. 573 ; Proj. C. Rod., art. 570; Proj. Bevil., art. 1026 ; Cods. Civis : Uruguay, arte. 1481 e 1454 ; Colômbia, art. 1722 ; Fr., art. 1297 ; Ital., art. 1293 ; Hesp., art. 1201 ; Port., art. 770 ; Chile, art. 1663 ; AU., art. 396 ; DKRNBOBQ, *Das BUrg. Recht ctt. J 126*; GKORGI, *o.b ctt. VIU, 42*.

(«00) Ng₀ especialisamos nosso assumpto ao caso commercial de fallen* cia. Remetemos o leitor a CARVALHO DE MENDONÇA (JOSÉ XAVIER)—*Fallencias* \ PARDESSUS, *Droit. Comm.* e Bensa e outros, *Com TH . ai Códice di Commercio* : GIORGI, *ob. ctt. VIII, 61c*). I

(*ioi) 1. 4 qui potior ; 1. 52 § 1 D. de paótis ; 1. 13 D. de compensai. ; 1.76 D. de verb. signif. ; 1. 11 § 1 C. de rescind-vend.

(²««j VOKT, *ad Pond. XVI, II, I*.

(Mos) vide a respeito GIORGI, *ob. cit, VIH, 82 a 88*.

(««*) DERNBURG, *Compensation p. 594* ; WINDSCHEID, *ob. cit. § 351 n. 2*»\

Eua dá-se quando falta um requisito para a compensação legal e a parte que pôde se prevalecer da falta, aceita, não obstante, a compensação (¹⁰⁵). I

Pode ser invocada per quem tenha a escolha entre muitas cousas, das quaes somente uma seja compensável; pelo devedor condicional ou a termo que renuncie a condição ou ao termo em seu favor e em casos análogos (¹⁰⁶).

A facultativa deve ser tal que os dous débitos se extin-guam *in tolum* e nisso differe da legal, pois é equivalente ao pagamento (¹⁰⁷).

Seus effeitos são absolutamente idênticos aos da compensação legal; somente ella não retroage ao dia da existência dos débitos que se neutralizam e sim ao dia em que a compensação foi deduzida (¹⁰⁸).

Que a compensação voluntária em geral está no espirito de nossas leis é um facto que* não exige demonstração (¹⁰⁹).

As partes podem por acordo excluir a compensação de suas dividas (¹¹⁰).

Si essa exclusão é permittida, segue-se, em sentido inverso, que a divida que é liquida sem ser exigível e mesmo a que legalmente não é compensável, pôde ser compensada por acordo das partes.

Neste caso também a compensação só produz seus effeitos do momento em que este acordo teve lugar e é d'ahí que datam os effeitos extinctivos dos juros e garantias da divida. Isto é ainda a compensação voluntária C¹¹¹)

370. — O que deixámos dito sobre a compensação voluntária contrasta com o que vamos expor acerca da chamada *judicial ourreconvencional*.

Sem duvida é esta uma forma antiga e pôde-se sem exagero affirmar que toda a compensação, nos primitivos tem-

(¹⁰⁵) MORTARA, *Mauuale di Proced. Civ.* 2,^a ed. n. 21. I
I (¹⁰⁶) GIORGI, *ob. cit.* VIU, 67-76. A
M (8107) GIORGI, *ob. cit.* VII, 77. ■
(2108N AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § j28 nota y ; LAROMBIEUE, *ob. cit.* 129y.,\ 13;
DEMOLOMBE, *ob. cit.* V, 671 e segs.
(2109) *Consol. das Leis noU 3 ao ari. 841*; LACERDA, *ot. cit.* § 80; C.j DA ROCHA §
166.
(8110) Proj. Fel., art. 564 ; Proj. Bevil., art. 1021 Cods. Civis: da Itália, art. 1298;
de Port. art. 771 ; deC. Rica. art. 811.
(²¹ⁿ) TOULUBR, *ob. cit.* Vil, 385, y96 ; LAURENT, *ob. cit.* XVJJl, 468 e segs ;
AUBRY ET RAU, § j28 *cit.*

pos, depois de convencional, passou a ser judicial. Nossas leis não tratam delia. Entre nossoscivilistas, um dos mais illustres a estuda sob a denominação de *reconvencional* (*"*) . I

Não poupamos nossos applausos ao silencio da lei a respeito da matéria. A reconvenção, no conceito geral, é a contra demandado réo ao autor, no mesmo juizo. Suppõe direito em discussão ; logo. exclue o character de liquida que deve ter a divida para produzir compensação.

Nossas leis, como todos os Códigos modernos, não mantiveram o principio romano de admittir como liquida a divida que antes não o era mas que pudesse ser liquidada facilmente sem embaraços (*").

Si, ao contrario, a divida é liquida, a sentença final que decide a reconvenção cem a acção, vem apenas declarar a compensação legal ; não, porém, creal-a, pois que uma sentença jamais cria relações jurídicas e só ás declara ; não é attributiva e sim meramente declaratória (^{IIU}).

Conseguintemente, a reconvenção nãoconstitue uma compensação (*¹¹⁵).

Supponhamos a hypotheze: A credor do liquido de 1.000\$ pretende de B o pagamento, emquanto que B por outra causa é credor mais ou menos da mesma quantia. A sentença que decidir o direito illiquido de B cria uma compensação ?

Ha autores que tem o mérito da lógica (ⁱ¹¹⁸) e affirmam que a sentença cria direito novo e não somente declara um persistente. [j

Apesar da vasta erudição do civilista a que nos referimos, não podemos nos submetter ás razões especiaes e a argumentos hauridos exclusivamente em jurisprudência que nos é estranha (^{im}).

Entre nós não achamos como fazer prevalecer taes argumentos.

Nol-o vedam as leis de nosso processo, perante as quaes a reconvenção differe da compensação, precisamente pelo character de liquidação que esta presuppõe nos créditos a encontrar (^{w18}). Jamais entre nós se permittiu a compensação do liquido com o illiquido (^{2U9}).

(«») LACERDA, § 81 e também o *Esboço* de T. DE FREITAS, *art. 1166*.

(2W3) i. 14 C. de comp. Vide nota 10 ao art. 849 da *Consol. das Leis*.

(*^w) MOLITOR, *ob. cit. n. 1005* ; LAROMBIERE, *ob. cit. 1290, I*: DEMOLOMBE, *ob. cit. V, 642*.

(»») LOBÃO, *Seg. Linhas, nota y16 § 3fi*

(*ii8) GIORGI, *ob. cit. VIII, 89*. ■

(2Ui) Cit. GIORGI, *VIII, 91 e 92*.

(2H8) T. DE FRUTAS a P. K SOUZA, *nota 356*.

(2U9) vid. Acc. da Rei. da Corte no *Direito XVIII, 313*.

Não ha mesmo hypotheze em que o juiz possa declarara! compensação, si ella não for invocada. Uma vez invocada e julgada subsistente, o que a sentença fez foi apenas declarar direitos presistentes. I

Si a compensação invocada não satisfaz os requisitos da lei para produzir effeitos extinctivos, o juiz a declara insubsistente. Cria-se então somente para o credor a mera excepção *rejudicialCB* para o effeito de não mais poder o devedor voltar a exigir seu credito C⁰).

(*⁰) WWDSCHIED, *ob. cit.* % 349 nota 13 / POTHIRB, *ò. cit.* n. 640.

CAPITULO IX DA

TRANSACÇÃO

Summario, 371 —Sentido do vocábulo e definição do ins-tituito. 372 — Característicos. 373—A transacção é causa ex-tinctiva de obrigações. 374—Requisitas da transacção quanto á capacidade. 375—Objecto da transacção. 376—A transacção pôde ser reforçada com a pena convencional. 377—Indivisibilidade das clausulas da transacção. 378—Interpretação res-tricta da transacção. 379—Forma exterior da transacção. 380 e 381 — Effeitos da transacção entre as partes e entre terceiros. 382 — Evicção da coisa renunciada na transacção. 383—A transacção não impede o exercício de direito novo adquirido sobre seu objecto. 384 —Transacção sobre litigio decidido e conhecido. 385—Nullidade da transacção quando se verifica que uma das partes não tinha direito sobre seu objecto.

3T1.—Não existe em toda a technica jurídica um vocábulo que seja tão frequentemente usado e tantas vezes radicalmente deturpado em sua significação como o que intitula o presente Capitulo.

« Transacção» na linguagem vulgar é *negocio*, é *contracto*.

« Effectuei uma transacção, «fiz transacção do credito de « F,..», transacções commerciaes», «transacções da Bolsa» :— são locuções que se ouvem e que se empregam a cada passo

72U2IN

Technicamente o vocábulo encerra um sentido lato e outro mais restricto, que é o objecto que nos vae occupar.

("*') A própria pureza do vernáculo nos Estados do Sul do Brazil tem soffrido no uso do vocábulo, hoje ahí substituído por *transar* pela influencia do visinho castelhano. O D». C. BEVILAQUA, nas *Obrigações* usa *transaccionar*, corrompendo assim uns eoutros a verdadeira expressão technica—*transigir*.

No primeiro sentido comprehende o compromisso e o antigo pacto de juramento- *-pacium de jurejurando extrajudiciais*—no sentido do direito romano e abolido dos costumes modernos. E' então toda e qualquer accomnodação entre as partes sobre um direito litigioso ou incerto que ella tende a fixar: é o que bem exprime o termo jurídico allemão *Au\$-einanderselzung*.

No sentido restricto, é essa mesma accommodação, mas revestida de caracteristicos accentuados especiaes. E' um acto jurídico bilateral, pelo qual, fazendo reciprocas concessões, as partes extinguem obrigações também reciprocas (*"*). *Pacium quo res dúbia, data aliquo, vel relendo, vcl yromisso dccititur, transactio vocatur* ("").

Dahi conclue-se que não existe transacção quando se substituem objectos novos e novas obrigações ás antigas ("m).

372.—Os caracteristicos essenciaes da transacção, exigidos por todos os Códigos e pela doutrina uniforme, são :— i.º) a reciprocidade das obrigações e das concessões que a respeito fazem as partes ; 2.º) a existência de um litigio iniciado, ou aimminencia de um que possa surgir da incerteza de direitos recíprocos—*res dúbia* ("m). Em uma palavra, podem as partes, mediante mutuas concessões, pôr termo a um litigio ou prevenil-o. A terminação da duvida existente ou possível é a causa commum do acto. A prevenção do litigio comprehende a incerteza, a extenção e a realidade de um direito [m).

(*") BEVILÁQUA, *Obrigações* §49; Cod. Civ. Argentino, art. 832.

(suis) 1. 1 D. de transact.; 1. 38 C. mesmo tit. ; 1. 3 C de rep. vel abst. hoered. MACKELDEY, *ob- cit.* § 470; MELLO FREIRE, *ob. cit. hv. Afítit. 2.o, % 9.*

(sm) *Vergleiche können nicht minderso geschlossen werden. dass ein neues Geschäft an die Stelle des beanstandeten Rechtes gesetzt...* DERNBURQ, *Das Bilrg. Recht v. II, P.» 2.» § 202 n. 2.*

(iw) Ls. 1.\ 3.* § 1o e 8.« D de transact. ; Is. 2. 11 e 12 e 38 C. mesmo tit. ; ls. 1 e 16 C. de pactis; *Cnnsol. das Leis not. i9 ao art. 359; nota 29 ao art. 470; Dir. Civ. JRecopil, art. 950; Dig. Port. I, 1223; FER. BORGES, DÍC. Jur.v. transacção; Cods. Civis: Fr., art. 2044 ; Ital.J art. 1764 ; Port.. art. 1710; Hesp., art 1809; daLuisiana, art. 3088; Holl.,l art. 1888 ; da Áustria, art. 1318 ; da Prússia, arts. 408 a 411 ; Argent, art. 832 ; do Chile, art. 2446 ; Allemão. art. 779 ; da Sardenha, art. 2083 ; Proj. Fel., art. 2569; Proj. C. Rod., art. 678; Proj Bevil., art. 1028; MAYNZ, *Droit Rom.* § 296 ; MOLITOR, *Obligations, n. 1054 » WINDSGHEID, Pandekten-recht § 41} nota 10 ; BUFNOIR, Prop.et. Contrat p.533; DERNBURQ, lug. ett.; SUKPERT, *Deutsches Bilrg. Gesetzbucli, an §779, v.I, pag. 750. ■ («26) WINDSCHEID, ob. cif. § 413 notas 5 * 6.***

As concessões reciprocas das partes não implicam proporcionalidade no dado, retido, ou promettido (^{w1}). Elias podem! consistir em satisfazer-se em parte a razão do litigio ou da duvida, ou renuncial-a em parte; reconhecel-a em parte e noutra não; em renuncial-a ou satisfazel-a *in lotum*, uma vez que haja reciprocidade (^{IM}).

Ordinariamente, si não sempre, as concessões contêm renuncia, desistência de direitos, cortes em pretenções, como meios de poderem as partes chegar a um acordo, Si tal renuncia não tem o caracter de reciprocidade, ou ha doação (^w), ou ha remissão de divida (^{IM}); nunca, porém, transacção. Renuncia sem recompensa não é transacção; é liberalidade (^{mi}).

373 —Si a transacção é um verdadeiro contracto é assum pto de longa disputa.

Alguns romanistas a collocam entre os *pados* (^{***})—classe esta a que o direito novo nega qualquer valor lógico.

A maioria dos Códigos e dos civilistas a enquadram nos contractos (^w). Assim entende nossa velha legislação philippina que até permite sua rescisão por lesão enorme (^{im}),

Apezar de tão numerosos suffragios, a verdadeira classificação desse instituto no systema geral de direito não é tão simples como á primeira vista parece.

Com effeito, a transacção não produz necessariamente uma obrigação e sim somente algumas vezes apenas uma promessa ou declaração, si a prestação reciproca não é de natureza a ser executada em acto continuo, Os elementos do contracto queella contem relativos á capacidade, objecto, modo, prova etc, são communs a muitos outros actos jurídicos, que

(^{4m}) GIANTUNCO, *Istit. di diritto civ. italiano* % 83.

(HM) WINDSEHBIB, § 413 dt.

(MWj) Wer dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung ein unstreitiges oder zweifelhaftes Recht unentgeltlich erlässt, *macht eine Schenkwtg*, diz o art. 1381 do Cod. Civ. da Áustria.

(^{*lw}) Cod. da Prússia, art. 408.

(^{*i}) i. 3 fine C. de repud. heredit.; 1. 38 C. de transact: WINDSCHBID, *ob. cit.* § 413 nota 10.

(^{1M}) MACKBLDET, *ob. cit.* § 470; VABNKQJNIG, *Inst. de Dir. Rom.* § 940.

(2i33) Xaes os Códigos Cívicos: francèz, italiano, portuguez, chileno, hespanhol, allemão, congolez, haytiano, canadense, uruguayano, japonêz, columbiano, montenegrino, belga, austríaco, os nossos Projectos Felício eC. Rod. ; WINDSCHBID e DBRNBURRO e SOFPBRT citados, etc.

(MM) ord. liv. 4.º, tit. 13, §6.

nem por isso se consideram contractos. Entre elles, por exemplo, está o compromisso.

Ha quem procure vencer a difficuldade propondo uma secção especial que contenha os factos concretos sobre os quaes repousasse o commercio patrimonial, sem considerar si elles geram ou não obrigações ("*").

Tal expediente não tem sido aceito e seu próprio autor considera a transacção um contracto.

A despeito da maioria que a seu favor tem essa solução, não trepidamos em fundamentar a que considera a transacção como um dos meios extinctivos das obrigações.

Aquillo que a transacção tem de commum com o contracto é somente serem ambos um acto jurídico. Os actos jurídicos em geral, porém, tem por fim immediato adquirir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Desses actos o que tem por fim essencial crear obrigações, sendo até a fonte mais fecunda destas, é o contracto.

Ora, a transacção não tem em vista crear nenhuma obrigação, nem substituir uma que surge á outra que seextingue e sim extinguir essas obrigações por uma renuncia da parte do sujeito activo do direito de credito. Os fins são, pois, diametralmente oppostos.

Não se pôde, pois deixar de considerar a transacção um meio de extincção de obrigações. Não estamos isolados nesse modo de ver (²¹⁸⁶).

374.—Como acto jurídico que é, a transacção exige, em geral, as mesmas condições dos contractos bilateraes relativas á capacidade, objecto, modo, prova e nullidadese mais aquillo que lhe é peculiar e próprio (¹⁵¹).

Postoque não tenha forma extrínseca particular, os requisitos intrínsecos da capacidade são essenciaes. Assim é que somente podem transigir aquelles que podem contratar.

Dessa regra resulta que não podem transigir:

(^{913B}) VINDSCHBID, *ob. cit.* § 41 3 nota 13.

(HW) *Q_{irt} civ. Recopil.*, art. 927 n. 6 e art.950; BEVILÁQUA, 06. *cit.* §49; Proj. Bevil., art. 10J8 e segs ; MATNZ, § 296; MOUTOR. *H. 1054* e mais POCHTA, ARNDSTS eSINTENIS nos respectivos tratados; Cod. Civ. Arg. arts. 832 e segs.

(^{s181}) M. FREIRE, *Itv. 4 tit. 2 § 10* ; WWDSCHIED, § 414 nota 11 ; C. Civ.. Arg.. art. 833.

- a) os incapazes e, em geral, quem não pode alienar (^{1IM});
- b) os tutores e curadores sobre direitos dos tutelados e curatellados sem autorização do juiz (^{MM});
- c) o marido ou a mulher sobre bens dotaes (^{M*o});
- d) a mulher do ausente sobre os bens deste, ou dos imóveis comuns (^{*u!});
- e) os mandatários sem poderes especiais e expressos (^{MW});
- f) as corporações com personalidade jurídica senão de acordo com as regras prescriptas para a alienação de seus bens O;
- g) em geral os funcionários públicos federais, estaduais e municipais, sobre assumptos referentes a seus deveres especiais.

375.—Somente podem ser objecto de transacção direitos patrimoniaes de ordem privada. Excluem-se, portanto : o estado de pessoas, o matrimonio, o pátrio poder—todas as relações de familia, enfim, quando consideradas em si e nos direitos e deveres a que dão lugar ("**").

Em regra o domínio da transacção é os direitos reais e os de credito, mesmo condicionaes ou a termo. I D'ahi, não é possível a transacção :

a) sobre objecto subtraído ao domínio particular, como toda a espécie de deveres públicos que investem os funcionários da publica administração;

b) sobre direitos futuros ou eventuaes, como os que possam resultar de uma successão ainda não aberta ("^w");

(HM) O/g. *Port. I, 1225*; Proj. Fel., art. 2570; C. Civ. Fr., art. 2045; C. Civ. do Chile, art. 2447; C. Civ. Ital., art. 1765; C. Civ. Arg. arts. 840 e 841 n 7 ; MOUTOK, n. 1059.

(^{M39}) D/g. *Port. I, 1227*; Proj. Bevil., arts. 434 V e 472; C. Civ. Fr., art. 2045 cit.; C. Civ. Hesp., art. 1810 ; C. Civ. Allemão, art. 1822 n. 12; Cod. Civ. Arg., art. 841.

(2140) oig. *Port. I, 1229*; C. Civ. Hesp. art. 1811. • (^{SU1}) Proj. Bevil., art. 258 ; ROGRON ao art. 2045 do C. Civ. Francêu.

(^{*w}) D/g. *Port. I, 1226* ; MOUTOK, n. 1059 cit. ; Proj. Bevil., art. 1297; C. Civ. do Chile, art. 2448 ; C. Civ. Arg., art. 839; C. Civ. da Holl. J art. 1833. O poder outorgado ou mandatário para transigir não importa o de comprometter.

(2U3) Proj. Bevil., art. :6; Cod. Civ. da Hesp., art. 1812; C. M. Argent. art. 841, 3°.

@ (2i«) D/g- *Port. I, 1249* ; C. Civ. Arg., arts. 842 e 845 ; C. Civ. do Chile. art. 2450; Cod. Civ Hesp. art. 1814.

(2145) Cod. Civ. Arg., art. 848 ; MOLITOB, H. 1058 ; Atroai rt Rao, *Drott Cio. § 429*.

e) sobre delictos em que caiba a acção do ministério publico ;

d) sobre pensão e alimentos ("**).

A regra que subtrah da possibilidade da transacção os direitos de família não é absoluta. Assim, ella pôde ter por objecto consequências pecuniárias do estado de pessoas, uma Ivez que versem exclusivamente sobre ellas e não conjuncta-mente com os direitos de família de onde decorrem, pois que a transacção é indivisivel C^{U1}). O pae, por exemplo, pode transigir sobre o usufructo dos bens do filho sob o pátrio poder.

Uma doutrina mais extrema permite que se estenda a transacção aos direitos de família ("**).

A doutrina nova admite mesmo entre nós a indagação da paternidade e que o filho illegitimo transija sobre seu reconhecimento, independentemente de qualquer consideração dos direitos patrimoniaes d'elle resultantes (*¹⁴⁹).

Entre os direitos patrimoniaes que podem ser objecto da transacção se incluem as obrigações *ex delicto* (^{mo}). Mas a transacção effectuada sobre ellas não perime a acção penal por parte da justiça publica (^{lM}).

Pode-se, sem duvida, transigir, não só com os direitos á indemnisação resultante do delicto, como com o próprio factio criminoso quando este é de acção particular. Naquelles, porém, em que tem lugar a acção publica, não é licito a ninguém transigir. Matéria é esta intuitiva que não demanda explicações.

(8146) A pensão alimentaria é inalienável em absoluto; nem o juiz pôde autorisar transacção sobre os alimentos futuros. Essa doutrina é geral, como se vê em : 1. 8 pr. D. de transact.; 1. 8 C. mesmo tit.; 1. 23 § 2 D. de cond. indebit.; *Dig. Port. I, 1231; Hl. FREIRE, liv. IV, tit. 2 § 12; C. DA ROCHA,] 06. cif. § 746 ; T. DE FREITAS a P. E SOUSA, nota 895 ; T. DE FREITAS ás Acções de C. TELLES. § 99 enota 506; Cod. Civ. Hesp., art. 1814 ; Cod. Civ. do Chile, art. 2451; Cod. Civ. AUemão, art. 1714; VINDSCHEID, ob. cit. %414 nota 11.*

(2147) GIANTURGO, ob. Cit. Mg. Cít. AOBRY ET RAU, § Cif., TROPLONG, *Transaction. n. 64; C Civ. Arg., art. 846; Proj. Be vil., art. 397. 5r*

(3148) VINDSCHEID, nota 3 ao § 413. I

(3140) Proj. Bevil., arts. 370 e 373. Nesse sentido pronuncia-se a jurisprudência francêza. ROGRON, ao art. 2045 tio Cod. Civ. Fr. (2^t-0) SOURDAT, *D* la responsabilité, n. 139.*

(2151) *Dig. Port. I.1232; Proj. Fel., art. 2571 ; Proj. C. Rod., art. 679 ; Proj. Bevil., art. 1036-.C. Civ. Fr., art. 2046; C. Civ. Port., art. 1717; C. Civ. Hdsp., art. 1813; C. Civ. do Chile, art. 2449 ;C. Civ. Ital., art. 1766 ;C. Civ. Arg., art. 842; C. da Sardenha, art. 2085; C. Civ. da Hol., art. 1890.*

376.—E' licito ás partes reforçarem a transacção com a pena convencional (*⁸¹). A disposição era a mesma no direito romano (""). Ali, porém, sempre se subentendia que a parte contraventora seria obrigada, não só á pena adjecta, como á obrigação que resultava da transacção (^m). No systema do Código Francêz é muito controvertida a questão si se pode pedir o que ficou pactuado na transacção e a pena cumulativamente, quando nada se haja expressamente estipulado. Na pratica tem dominado a solução negativa (^M).

A solução dada é ahi, como na Itália, decorrente de considerar-se a pena como uma indemnisação prévia á inexecução.

A solução é outra em nosso direito. Si a pena é estabelecida para a inexecução completa do acordo feito, o credor pôde exigir o objecto da transacção, ou a pena; tem a alternativa. Si foi estabelecida para a mora, pode exigir ambas cumulativamente.

E' a solução mais lógica.

377.— Sendo nulla qualquer das clausulas da transacção, nulla é toda esta. Quando a transacção versar sobre diversos direitos contestados e não prevalecer em relação a um, fica não obstante válida relativamente aos outros (^{aiM}). Em uma palavra, o que caracteriza a transacção é a indivisibilidade de suas clausulas, relativamente ao direito ou direitos nella tratados ("").

Ella pode conter um assumpto único resultando d'ahi diferentes clausulas necessárias a estabelecer a extincção das duvidas suscitadas. Neste caso, a indivisibilidade apera com todo o rigor, e, annullada uma clausula do acordo, todo elle se invalida.

Pôde também dar-seo caso de direitos connexos ou dependentes, ou mesmo estranhos e sem relação uns com outros

(3183) *£>ig. port. I, 1247*; Proj. C. Rod., art. 680; Proj. Bevil., art. 1037; C. Civ. Fr., art. 2047; C. Civ. Ital., art. 1767; C. Civ. do Chile, art. 2463.

(3153) *l. s. lfr e 16 D. de transact.*

(^{w*}) MATOZ, *ob. cit.* § 296 nota 23.

(MM) ToutLiEtt, *ob. cit.* VI, 830; DELVINCOORT, *ob. cit.* VII.p. 4ZI; DUBANTON, *Ob. C*t. XI, 345.*

(■«•) C. Civ. Arg., art. 834; Proj. Bevil., art. 1029 § único. (^v) AUBRET ET RAU, *ob. cit.* § 4.21. / THOPLONG, *ob. cit.* n. 133.

serem objecto de uma só transacção. Neste caso a indivisibilidade só affecta a cada um delles, de maneira que a transacção pôde deixar de ter lugar em relação a um, sendo, entretanto, de todo o ponto subsistente a respeito de outro ou outros.

Inútil è dizer que a transacção pôde ser invalidada por todas as causas que vicião os contractos. Neste caso, uma vez annuUada ou rescindida, são restituídas a acção e asexcepções a quem antes as tinha (^{i.M}). Quem reclamar contra a transacção allegando lesão enorme, deve antes de tudo depositar quanto haja recebido em virtude delia. E' este um caso da clausula depositaria que nosso direito admitte (^{..M}).

A. transacção que versar sobre documento nullo nos termos da lei, é nulla (^{Stf0}).

378.—A transacção interpreta-se restrictamente. Por ella não se transmittem, apenas se declaram ou reconhecem direitos (sm).

E' a questão da estensão objectiva da transacção. Existe mais ou menos acordo em doutrina para firmar que ella não deve se estender além de seus termos; que tudo quanto não entrou ou não podia entrar na cogitação das partes ao real-isal-a, acha-se fora de seus termos, quer a transacção verse sobre todos os direitos, quer sobre alguns especiaes (^{IM}).

A lição dos Códigos é varia. A regra dominante é que a crenuncia de todos os seus direitos»—locução mui frequente

(^{..M}) 1. 96 §1 D. de solut. et liberat.; 1. 14 D. de transact.; D/g. *Port. I, 1246* ; Proj. Bevil., art. 162.

(^{alM}) Lei de 31 de Maio de 1774 ; *Consol. das Leis, art. ?89 § 2.º* ; *Dir. Civ. Recoptl., arts. 263 b) e 953* ; T. DE FREITAS a P. ESOSA, *nota 340*. I £• (*⁶⁰) > C. Civ. Arg., art. 858; Proj. Bevil., art. 149. Outros Códigos a têm então como simplesmente annullavel. como o Civ. Pr., art. 2054 ; o Uai., art. 1774 ; o do Chile; art. 2454 ; o Proj. C. Rod., art. 687 e o *O/g. Port. I, 1238*. Todos, porém, estão de acordo na boa doutrina de considerar nulla a transacção sobre documentos que depois se verificou serem falsos, como já decidia o direito romano, Vid, 1. 42 C. de transact.; *O/g. Pott. I, 1237* ; Proj. C. Rod., art. 688 ; C. Civ. Fr., art. 2055 ; [tal., art. 1775 ; do Chile, art. 2453.

(^{if61}) *O/g. Port. I, 1244*; Proj. Fel., art. 2572 ; Proj. C. Rod., art. 681 ; Proj. Bevil., art. 1030 ; Cod. Civ. Kr., arts, 2048 e 2049 ; C. Civ. Hesp , art. 1815; C. Civ. Uai., art. 1768; C. Civ. Arg., arts. 835 e 836P.M.*; Cod. da Sardenha, art. 2088; Cod. daHoll., art. 1892 ; Cod. da Luiziana, art. 3040.

(^{IM}) M. FREIRE, *Ur. IV. íí. 2.º § 15* ; ZACHARUE, § 768; POTHIBR, *Vente, n. 647*.

nas transacções, interpreta-se como referente aos direitos relativos ao objecto delia, sem outra estensao analógica (^{MM})J Outros, porém, ao inverso, admittem a estensao por inducção necessária dos termos (^m).

A interpretação em nosso direito deve ser restricta no sentido da maioria dos Códigos. A transacção contém renuncia e tanto basta para que seja restricta a seus termos expressos, sem nenhuma estensão por inducção.

Quanto aos efeitos simples e exclusivamente declaratórios da transacção, a formula em uso deve ser entendida em seus termos (^{m*}).

Realmente na transacção faz-se o abandono de uma pre-tenção ou direito que se julgava ter e, portanto, não deixa a transacção de conter uma alienação implícita (^{S.M}).

Além de tudo, é insophismavel que a transacção válida incluye em si, ao menos quanto aos seus efeitos, uma accen-tuada somelhança com a novação. O direito litigioso ou incerto extingue-se realmente e é substituído pelo acordo a que chegaram as reciprocas concessões das partes. Não é admitti-do a nenhuma delias o *jus poenitendi*.

Quando, pois, se diz que a transacção não é meio detrans-mittir e sim somente de declarar direitos, devemos entender que ella não entra no conceito próprio e especial aos contractos ; não, porém, que lhe repugne accentuar bem direitos sobre os quaes haja duvidas, mesmo quando estas repousem sobre a existência dos próprios direitos.

Ella não os cria, não substitue a obrigação antiga, já o vimos; mas por isso mesmo que tem por fim evitar litígios ou terminal-os, bem se compadece com a idéa de renuncia e, portanto, de alienação, ou de uma tal ou qual transmissão. Teremos mesmo de considerar um caso em que a transmissão é dominante ("").

3TO.—A forma exterior da transacção varia conforme ella se effectua sobre direitos já contestados em juizo, ou sobre

(«63) *Drgt port. 1, 1244 cit.*; Cods.Fr. e Ital. cite. na nota 2161 ; C. Civ. do Chile, 2462. I

(«64) c. Civ. Hesp., art- 1815 ; C. Civ. Arg., art. 835. (»i6S) Cela ne va absolument de soi, diz BUFNOIB, *ob. cit. p. 296*; **une** question ne se discute pas. . . sans qu'il ait des raisons serieuses á invoquer de part et d'autres.

(«66) AUBRY ET RAU, *Ob. cit.* § 420.

(«⁶¹J Vide adiante o n. 382.

os que não tenham dado ainda lugar a um litigio. No primeiro caso deve ser feita :

a) por termo nos autos, assignado pelos transigentes e homologada pelo juiz ;

b) por instrumento publico, ou particular nos casos em que o publico não é exigido.

I No segundo caso a transacção deve ser feita por instrumento particular, ou publico, si este é exigido (¹⁶⁸).

Esses dous modos constituem a transacção judicial e extrajudicial (*••).

A transacção não tem forma solenne; somente quanto á prova ella segue as normas dos contractos (*"°).

Assim, tratando-se de immoveis, é essencial a escriptura publica (^{nl}), bem como nos demais casos em que ella é da substancia do acto (^{ml}).

Em todo o caso a transacção não se pode provar por testemunhas e muito menos por juramento ; mas se pôde pela confissão que suppre todas as provas (^m).

Quando a transacção é relativa a uma questão contenciosa em juizo ella põe termo immediatamteá questão e extingue os direitos renunciados (*"*)).

380.—Conhecida em seus caracteres, estensãoe divisão, encaremos agora a transacção em seus effeitos quanto ás partes e a terceiros.

A transacção produz entre as partes effeito de cousa julgada e só pode ser rescindida por dolo, violência ou erro essencial sobre a pessoa ou cousa a respeito da qual versar a contestação (*"•).

(^{*188}) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 268; Proj. Bevil., arts. 1031 e 1032.

(¹⁶⁹) *Cod. Civ. Arg.*, art. 838 ; *C. Civ. Fr.*, art. 2044 ult. p.e; *C. Civ. Port.*, arts. 1711 e 1714.

(•"•) *P'g- Vort. I, 1254*; *C. Civ. Arg.*, art. 837.

(^{2m}) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 268 c); *C. Civ. Port.*, art. 1712.

■ **jttli** £)ir% cn., *Recopil.*, ait. 268 cl; Proj. Bevil., art. 139. I

(*r") *MKRUN. Questiona de droit v, transaction* § 8.

(¹⁷⁴) *Is. iS. 16, 39 e 41 C. detransact.*

(•"•) *Dtr.Clv. Recopil.*, art. 952; *Dç. Port. I, 1242*; Proj. Fel., art. 2574,2575; Proj. C. Rod., arts. 684 a686; Proj. Bevil., art. 1033 ; *C.Civ. Fr.*, arts. 2052 e2053 ; *C. Civ. Port.*, arts. 1718 e 1719; *C. Civ. Hes.*, arts. 1816 e 1817 ; *C. Civ. do Chile*, arts. 2456 ais. 2 e 3 : 2457 e 2460 ; *C. Civ. Ital.*, arts. 1772 e 1773 ; *C. Civ. Arg.*, arts. 850 e 857 ; *C. da Sardenha*, art. 2091 ; *C.daHoll.*, art. 1895; *C. da Luiziana*, art. 3045 ;*C. da Avstria*, art. 1385.

O direito romano já dava á transacção os effeitos da coisa julgada O.

Segundo os modernos juristas allemães, ha perfeita sémen Ihança entre a transacção e a sentença (^{im}). Realmente, uma e outra têm por fim derimir litígios, declarar direitos duvidosos. Entretanto a analogia não é identidade. I Em primeiro lugar a transacção é mais vasta, pois que, além de derimir litígios, também os previne. Ella é indivisível e não sujeita á annullação parcial, emquanto que a sentença, pôde ser rescindida em parte. I Quanto á força coactiva, a transacção, ora tem maior, ora menor do que as sentenças. Os meios que invalidam aquella não são idênticos aos que rescindem estas (*"*)).

Uma outra differença profunda é que da transacção nenhum recurso se pôde interpor, como regularmente se pôde da sentença.

O acordo é inalterável na transacção, eis tudo, eis os effeitos que a lei quiz attribuir equiparando-a á coisa julgada.

De modo que si delia resultar a promessa de uma das partes e esta não a realisar, a outra somente poderá reclamar seu cumprimento em virtude do que por ella ficou acordado; não, porém, dos direitos anteriores acerca dos quaes transigiram.

Segue-se dahi que não se pôde estipular alguma clausula commissoria em que se declare resolvida a transacção, caso uma das partes não cumpra a promessa dentro de um certo prazo ?

Parece que sim. A transacção é uma renuncia, comporta toda a espécie de condições. mesmo as resolutorias, e no caso supposto do inadimplemento, volta-se ao estado de cousas anterior a ella (*"■").

Outro caso de recisão da transacção a que nos referimos acima é o da lesão. A opinião geralmente aceita é que isso não tem lugar, mesmo em nosso direito. Com effeito, si a transacção e validamente feita, não mais se pôde reviver o direito renunciado.

A lesão não pôde servir de baze para se atacar a transacção. porque esta recáe sobre coisa duvidosa e por ella as partes abriram mão de pretenções que podiam, sem duvida. ser fundadas, expondo-se desde logo a serem lesadas, mas somente com o fim precípua de evitarem demandas (^{ai8o}).

(*!■"») / . 2 D. de jurrjur ; l. umca C de errore calculi.

("■") DBRNBOBQ, ob. cit. § 203, III-

(*⁸) AOBRY BTRAU, cit. § 421; TROP LONG, ob. cit. «, 229 e segs.

(^{M19}) 1. 4 § 2 D- de lege commissoria ; MOUTOR, ob. cit. n. 1063.

(^{MW}) Cottsol. das Leis, nota 19 ao art. 359 ; MATNZ, ob. cit. §§ 2í^e 296'

A rescisão da transacção por violência ou dolo não demanda de nossa parte nenhum desenvolvimento. Nisso dá-se apenas a applicação das regras geraes relativas ao vicio do consentimento nos actos jurídicos (^{1M}).

O effeito annullatorio do erro impõe-se igualmente á razão, pois que seria surpreender a vontade da parte o fazer a transacção extensiva a cousas ou factos a que se não pretendia fazel-a chegar.

Elle é causa de nullidade quando versa sobre ponto que as partes consideravam como assentado e certo, não tendo a menor duvida sobre sua existência ou não existência. E' a certeza subjectivados allemães, o erro essencial. Em taes condições, o erro implica o vicio no consentimento. O erro de calculo na transacção pode ser reparado ; é puramente acciden» tal. De onde se conclue, em sentido inverso, que si ellas consideraram como incerto, eventual ou indeterminado, qualquer ponto e sobre elle transigiram, não se trata então de erro e-ssencial e, portanto, a transacção é rescindivel. E' esta a regra absoluta que domina o erro sobre a pessoa ou cousa na transacção.

Casos característicos de erro sobre a pessoa dão-se:—quando se transige com alguém considerando-o seu co-herdeiro, verificando mais tarde que não o é (^{5,81}); quando consideramos herdeiro do devedor quem de facto não tem tal qualidade (*^M).

381.—Um outro effeito da transacção que se deduz por um raciocínio lógico e se impõe á razão é que ella não aproveita nem prejudica sinãoaosque nella intervieram, ainda que verse sobre cousa indivisível (^M). A renuncia é sempre de direito estricto e ninguém pôde se julgar autorizado com a renuncia que faz de um direito a prejudicar a quem quer que seja. Esse effeito especial da transacção em relação a terceiros nunca foi posto em duvida. O direito romano o consagrou (*¹⁸⁶); os

(^{1M}) 1. 9§ 2 D. de transact., : 1. 65§ 1.o D. de cond. indeb.; Is. 4,9, 13,19 e 30 C. de transact.

(*^M) 1. 36 D. de fam. ersisc.

C»»⁸³) 1. 3 § 2 D. de transact.

■ (tmj) ^{fim} Civ. Recopil., art. 952 § umco. 9

■ (⁸¹) 1. 3 pr, O. de transact. ; 1.7 fim, l. 8 D. de jurej. : 1. 20 § D. de inoff. test.

modernos códigos o mantêm (^{MM}) e a doutrina o fundamenta i⁽⁴¹⁸⁷⁾. Assim, si ella se effectuar entre o credor e o devedor principal, desobriga o fiador (*^{IM}).

E' nisso sobretudo, que se manifesta a semelhança entre a transacção e a novação quanto aos effeitos e a que já allu-dimos.

Por effeito da transacção effectuada entre o credor e o devedor principal, liberta-se o fiador, mesmo quando elle já tenha sido condemnado por sentença passada em julgado, porque esta só se pronunciou acerca de uma obrigação accessoria cuja razão de ser terminou ao desaparecer a principal (²¹⁸⁸).

Em sentido inverso, si o fiador transigir com o credor, o devedor liberta-se para com o credor, dando-se então, em relação ao fiador, a subrogação (^{S190}),

Si a transacção é concluída entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

Concluída entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a divida em relação aos outros devedores (^{MM}). São os effeitos análogos aos da novação (*¹⁹¹). Nesta, como na transacção, a solidariedade fazendo, como é de sua essência, dos sujeitos activos ou passivos um só credor ou um só obrigado, não pôde tolerar a solução parcial, pelo effeito do mandato tácito entre elles existente.

Qualquer renuncia feita por um dos credores, ou em relação a um dos devedores solidários, é como si tratássemos com um só credor ou com um só devedor ; produz effeitos immediatos em relação aos outros (^{MM}), sem a distincção por nós rejeitada em outro lugar entre correalidade e solidariedade (*"").

Nas obrigações divisíveis é licito a qualquer credor ou devedor effectuar transacção, sem que com isso obrigue o co-devedor, pois as obrigações são apenas iguaes, mas distinctas.

(2186) *Dir Civ. Recopil., art. 952% UM.* ; Proj. Fel., art. 2573 ; Proj. C. Rod., art. 683; Cods. Civis: Pr., art. 2051; Port., art. 1716; do Chile, art. 2461 ; Uai., art. 1771 ; Arg., art. 851 ; da Sardenha, art. 2090; Holl., art. 894.

(2187) DBRNBORO. *ob. cit. II, Pfi II, § 203, III*; A. KTRAU, *ob. at. § 421*.

(2188) C. Civ. Arg., art. 852; Proj. Bevil., art. 1034 ai. 2.

(2189) *l. 7%1 D. de transact.*

(2190) *l. 31 D. denovat.* ; MOLITOR, *ob. cit. n. 1066*.

(2191) C. Civ. do Chile, art. 2461 ; Cod. Civ. Arg., art. 853 ; Proj. Bevil., art. 1034 ai. 3. Assim no direiío romano MAYNZ, *ob. cit. §296 nota 26*.

(2192) Proj. Bevil., art. 1008.

(MM) AUOTYKT RAU, *Cít. § 427*.

(*^w) MOLITOR, *ob. cit. n. 1067*.

Nas indivisíveis com pluralidade de credores, si um destes effectuar a transacção, a obrigação não fica extincta para com os outros ; mas estes somente podem exigir a prestação descontando a quota do credor transigente ^(MH).

382.—Dada a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por elle transferida á outra parte, não revive a obrigação extincta pela transacção, mas o que soffreu a evicção tem direito a reclamar indennisação por perdas e da-nnos^(m). A solução já era do direito romano ^(m). EUa também se applica ao caso de simples renuncia da coisa.

Si uma das partes faz simplesmente renuncia da coisa, sua responsabilidade é a mesma como si a tranferisse. A obrigação de garantia é idêntica. E qual é esta ? I

E' nenhuma por assim dizer. O principio que examinamos não nos é estranho. A transacção contem uma certa novação.

O direito litigioso extingue-se por effeito delia desde o momento em que é concluida. Consequentemente, dada a evicção da coisa renunciada ou transferida por effeito da transacção, não cabe logicamente ao evicto a repetição por *causa da la, cama non se cuia*, porque isto seria fazer reviver os direitos definitivamente extinctos por effeito da transacção.

Assim já era em direito romano que só concedia ao evicto a acção *in faclum prccscriptis verbis* para a indennisação de prejuizos.

A evicção tem, pois, ef feitos differentes na venda e na transacção.

Ali a transferencia da coisa é o objecto do contracto, seu fim precípua. Na transacção, ao contrario, não é essa transferencia o fim capital. Ahi ou se a deixa á parte tal como já se a tinha, ou desiste-se de pretenções incertas e, consequentemente, se a transfere á outra parte, que continua a tel-a por direito que reputava existente anteriormente. I

n De modo que o effeito da evicção não pôde ser o mesmo

I

I Em conclusão: a obrigação não revive com a evicção,

l«M) p_{r0j} Bevil., art. 897.

⁽²⁾»«8) C. Civ. Arg., arts. 836 ai 2 ; 854 e 855 ; Proj. Bevil., art. 1035.

^(ain) l. 33 *C de transa et.*

^(M9B) POTHIKR, *Vente, n. 647 ; DERNBURG, 06. cif. § 20} V fim.*

isto é, a perda da coisa evicta corre por conta de quem a recebeu, só lhe restando o direito á indennisação.

Esta solução é perfeitamente lógica para quem, como nós não considera a transacção um contracto, mas uma forma ex-tinctiva de obrigações (^w). Para os partidários de outra opinião a solução deve ser opposta (^{MO}).

383.—Si um dos transigentes adquirir, depois da transacção, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, não ficará inhibido de exercel-o por causa da transacção Cⁿ¹).

Eis uma h)potheze frisante : Os irmãos A e B transigem acerca de um pedido sobre o qual estavam na imminencia de litigarem e B, renunciando em favor de A seus pretensos direitos, recebeu deste a contraprestação de i .000\$. Logo depois morre A e seu irmão B lhe succede. A desistência anterior feita por B não lhe impede o exercício de seus direitos successorios em toda a sua estensão.

384. —E' nulla a transacção sobre litigio já decidido por sentença passada em julgado de que as partes ou uma delias não tinham noticia (•**). Ha Códigos que apenas fazem a transacção em tal caso rescindivel C^{o*}).

No direito romano já não se podia transigir sobre processo irrevogavelmente terminado.salvo si as partes tinham duvidas sobre a existência do julgamento (^m). Em tal caso a transacção era nulla, porque, ignorando as partes a decisão do

(^{im}) TROPUWO, *TrasacUonn. 12*; AUBRY ET RAU, § 421 nota 14.

(•*°) T. DE FREITAS, *Esboço do Cod. Ctv. art. 1212*.

(**») D/g. *Port., l, 1245* ;Proj. C. Rod., art. 682; Proj. Bevil.,art. 1035 \$ único ; Cod. Civ. Pr., art. 2050; Cod. Civ. Port., art. 1715; Cod. Civ. do Chile, art. 2464; Cod. Civ. da Itália, art. 1770; Cod. Civ., Arg., art. 856; Cod. da Sardenha, art. 2089 ; Cod. Civ. da Holl., art. 1893.

<"•») D/g. *Ptrt. l. 12* }5: Proj. C. Rod., art. 689; Proj. Be vil., art. 1039; C. Civ. Pr., art. 2056 ; C. Civ.Ital., art 1776; C. Civ do Chila. art. 2455.

(«*», *proj. Fal., art. 2577* ;C. Civ. Hesp., art. 1819;C Civ. Arg-, art. 860 ; Cod. Civ. da Holl., art. 1899; C. Civ. da Luiziana, art. 3049.

{***) PAOLO, *I, 1,6; l» 7 t i l D. dt transact. ; l.3 C. m. lit.;l. 23 § 1 D. de eoudU. itideb* ; MATNZ,•*. til. § 296.

litígio, consideravam duvidoso o objecto da transacção e a lei presumia que não transigiriam si conhecessem o contrario. TM

A sentença passada em julgado se entende no rigor do termo tecnico, istoé, quando a sentença não seja susceptível de ser reformada em grau de recurso ordinário, nem rescindível por qualquer causa legal de rescisão, pois que ainda em execução podem se suscitar duvidas (^{M05}).

Com effeito, a sentença nulla jamais passando em julgado, a que estiver sujeita a uma causa de nullidade, jamais poderá limitar a possibilidade legal da transacção (^{2S06}). De modo que sobre factos acerca dos quaes haja sentença pendente de algum recurso, quer as partes a ignorem, quer não, sempre se pôde transigir (^{tonJ}).

Isto, de resto, está de pleno accôrdo com o conceito da transacção.

A sentença passada em julgado produz certeza objectiva sobre o objecto do litígio. Si as partes a conhecerem, podem sem duvida transigir, concordando porventura na existência de um erro judiciário (^{M08}). Mas nesse caso ha uma verdadeira doação, ou uma remissão. Si, porém, ignoram o julgamento, ha um erro essencial e por outro lado não mais existe litígio a terminar ou evitar.

Nem é essencial que não tenha havido controvérsia sobre o facto da sentença ou sua validade, como entendem alguns romanistas, bastando o outro requisito da falta de conhecimento de sua existência (^{2a09}).

385.—E' nulla a transacção quando por titulo novamente descoberto se verifica que alguma das partes não tinha direito algum sobre o objecto da transacção C*¹⁰).

Não é uniforme a letra dos Códigos a respeito. Fazem geralmente uma distincção. Si a transacção é feita sobre todos os negócios que possam existir entre as partes, os documentos que lhes eram desconhecidos ao tempo da transacção e fo-

(^{im}) LOBÃO, *Seg. Linhas*, p. 200 pfi l.».

(M08) WINDSCHEID, *ob. cit.* §414 nota 6 : TROPLONG, *ob. cit.* n. 129, MOUTOR, *ob. cit.* n. 1056. jrj

(¹⁰¹) l. 23 § 1 D. de cond indeb. cit. ; *Cum sententia ināubitata, quae nulla remédio adtemptan potest, transtgitur.* Cod. Civ. Arg., art. 860; Cod. ICiv. Fr., art. 2056, ai. 2.»; ROGRON, *ao cit. art. do C Ov. Francis.*

(•••) Dig. *Port. I, 1234. Valet transactio super re judicata quae pro ventute habetur* ; MELLO FREIRE, *lv. IV, tit. 2.º § 12.* I

(^{1*º}) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 41[^] notas Be 9.

(s«0) Proj. Bevil., art. 1039. Autores cit., na nota 2214 adiante.

ram mais tarde descobertos não dão motivo legal para que se impugne a transacção, salvo si foram occultos por facto de um dos contratantes.

Si, ao contrario, ella tem um só objecto e demonstra-se mais tarde que uma das partes nenhum direito tinha sobre tal objecto, a transacção é nulla (^{MU}).

Outros não fazem tal distincção, mas tornam a descobrir ta de novos documentos uma causa de nullidade ou de rescisão somente quando não houve má fé ("").

Uma outra opinião, salvando a hypotheze do vicio do consentimento, nunca invalida a transacção, inda que títulos ou provas novas demonstrem a mais absoluta carência de direitos em algum dos transigentes ("").

No meio dessa variedade de doutrinas não podemos deixar de nos ater á exposta que foi sempre a do direito pátrio ("*").

Com effeito, a transacção funda-se na duvida suscitada sobre direitos das partes, duvidas que por meio delia se procura sanar. Ora, si a parte nenhum direito tinha, não se pôde comprehender que possamos manter como perfeito um acto que repousou em supposição contraria. A regra imposta pela boa razão é que só possamos transigir sobre direito próprio.

Assim não era por direito romano. Ali a parte que transigiu não podia se prevalecer de títulos que vinham a ser mais tarde descobertos e pelos quaes se demonstrasse que se enganou em transigir. A excepção única admittida era para o caso do dolo que induzisse em erro a parte, ou si os documentos tivessem sido subtraídos (*:18). E' a solução adoptada pela maioria dos Códigos.

A doutrina por nós acceita não envolve prohibição de se effectuar a transacção geral sobre todos os direitos. A regra é a mesma e a solução mais simples por excluir as duvidas na applicação pratica.

O que pode parecer contradictorio é darmos á transacção a força de cousa julgada e depois fazermol-a nulla por titulo

(«») Solução dos Cods ; Civ. Fr., art. 2057 ; Ital., art. 1777 ; Port., arte. 1720 e 1721 ; do Chile, art. 2459 ; do Proj. C.Rod., arts. 690 e 691

(^{im}) Co d. Civ. Hesp., art. 1818 ; Cod. Civ da Áustria, art. 1387 ; Cod. Civ. Argent., arts. 859 e 860.

(«i») Proj. Fel., art. 2576 ; MAYNZ, *ob. cit.* % 296 notas 10, *Jt e 31* tem a mesma opinião com fundamento na *l. i C. de transact.* A **parte que** descobriu novos documentos poderá então fazer valer direitos que não ficaram extinctos com a transacção.

(^{im}) *D/g. Port. 1,1239 ; M. FREIRE, ob. cit. Uv.IV, tlt. 2% IS.* Dessa solução muito se aproxima a do **art. 779** do Cod. Civ. Allemão.

(«is) i. 65 § 1.º decondit. indeb. ; 1. 19 C. de transact.

novamente descoberto, quando a sentença, em em hypothese idêntica, não é nulla em regra e muitas vezes nem sequer é rescindível ^(M,e).

Não seria preferível uma das soluções acima apontadas, a dos Códigos que dão validade ã transacção, mesmo após a descoberta de novos documentos, quando foi ella effectuada de bôa fé ?

Não; a solução de nosso direito sobre ser de justiça é também de equidade. Realmente, nada perde em ver nulla uma transacção quem a effectuou fazendo-a versar sobre objecto a respeito do qual não tinha direito algum.

Ao terminar cumpre ainda consignar que a transacção não executada só produz effeitos práticos por via de excepção peremptória—*exceptio Mis per tramaclioncm finita*—opposta a quem por acção reclamar direitos a ella anteriores e por ella extinctos ^(Mn),

^(W)T. DBFREITAS aP.i SOUSA, nota 595.

^(Mn) T. DB FREITAS a P. B SOUSA, § 149 «. 2 e nota 340 e em geral j todos os praxistas.

CAPITULO X

Do COMPROMISSO

Summario. 386—O compromisso é matéria de direito substantivo. 387 — Que lugar deve elle occupar no instituto das obrigações. 388— Definição, requisitos e forma. 389 — O que pode conter o compromisso. 390—Do juízo arbitral. Quem pode ser arbitro. 391— Extincção do compromisso. 392—Effeitos do compromisso. 393 —Da sentença arbitral. 394— Recursos que cabem de tal sentença.

386.—Em todas as legislações dos povos cultos modernos, no direito francês italiano, portuguez e allemão, que sempre se collocaram á sua frente, é o compromisso considerado matéria de direito processual (^{s18}).

A questão é, pois, bastante delicada, mais importante do que pode parecer á primeira vista, porque de sua resolução depende outra mais elevada da constitucionalidade ou não de certas regulamentações que os Estados possam fazer do instituto, visto como lhes compete regular o processo.

Inútil é dizer que opinamos pela collocação desse instituto no direito substantivo das obrigações.

O que ha geralmente entre os adversários de nosso modo de ver é uma completa confusão entre o compromisso e o jflizo

(^{MW}) Entre nós foi sempre o compromisso matéria de processo. COELHO RODRIGUES, foi o primeiro que o incluiu no Proj. de Cod. Civ. arts. 692-740, seguindo depois BEVILAQUOA, o mesmo exemplo. Este, porém, não o incluiu em seu *D ir. das Obrigações*, entre as causas extinctivas.

O juizo arbitral foi a principio tratado nos arts. 411 e segs. do Cod. Comos. Posteriormente alein 1350 de 14 de Setembro de 1866 aboliu o juizo arbitral necessário e afinal o Dec. 3900 de 26 de Junho de 1867 regulou a matéria.

arbitral que elle institue. Este é, sem duvida, assumpto de lei processual, sempre necessário para dar ef feitos práticos ao compromisso, é seu complemento indispensável (*").

Considerado, porém, em si, o compromisso é irreductivelmente um acto que incide no quadro do direito substantivo.

Dir-nos-ão que sem a instituição do juizo arbitral o compromisso não tem ef feito pratico algum. De acordo; seu principal effeito é precisamente a instituição dessa jurisdição extraordinária.

Mas que tem isso ? E' argumento que prova de mais. Nenhuma norma de direito teria efficacia pratica sem a acção correspondente a ella intimamente ligada e isso não impede os justos fundamentos da separação das duas series substantiva e adjectiva.

Demais, é o compromisso que deve preceder; é elle que combina e decide os direitos duvidosos ; elle pôde existir sem que se institua o juizo arbitral, ao passo que não se concebe o contrario.

O que se pôde dizer com razão é que aqui ha quasi uma fusão das duas categorias; é um ponto de transicção em que o direito substantivo e o adjectivo se adelgaçam de tal modo, que, subrepostos, quasi se confundem em seus princípios fundamentaes, como aliás nos mostram também o concurso de credores, o processo de fallencia e outros institutos.

Eis porque a maior censura, o ponto fraco que encontramos sempre na Constituição de nossa Republica, foi manter a uniformidade da legislação nacional dando, entretanto, aos Estados a faculdade de legislarem sobre o processo.

387.—Resolvido o ponto controvertido que o compromisso pertence ao direito substantivo, não menor é a discussão acerca do lugar que neste deva occupar. Entre os roma-nistas perdura a mesma discussão. Para uns o compromisso é um simples pacto no sentido romano, isto é, as obrigações de-lle resultantes são puramente naturaes, a menos que as partes lhe dessem a forma da *slipulatio*, imprimindo-lhe o caracter de verdadeiro contracto (tm).

(Mi9) proj. Bevil., arts. 1046 e 1047.

(*²¹⁰) l. 27 § 7 D. de receptas, qui arbitrium receperunt, eto.

Outras vezes, e era o mais commum, estipulava-se uma pena que as partes se obrigavam a pagar no inadimplemento da prestação (^{M1}).

Mais tarde Justiniano deu maior força a taes convenções no caso em que houvesse sido proferida sentença em virtude do compromisso, criando a *in factura adio,ou condilio exlegé* para se proseguir na execução do julgado pelo juizo arbitral, quando assignado pelas partes, ou não impugnado dentro de dez dias ("»).

Neste ultimo estado, pois, hevia uma tal ou qual equiparação do compromisso aos contractos inominados. I

Elle era tido como um contracto que continha a vontade das partes de estarem pela decisão: *compromittere esl simul promitlere elstarcsententice arbilri*.

Ao espirito moderno repugna essa definição, primeiro porque, como veremos, a sentença do arbitro é appellavel.

Em segundo lugar, elle não é equiparável ao contracto, pois que o direito que delle resulta é muitas vezes differente dos direitos patrimoniaes; elle não tem em vista crêar obrigações, suscitar prestações reciprocas ou unilateraes e sim extinguir direitos, derimir questões.

O conceito geral do compromisso é, pois, idêntico ao da transacção. Esta é mesmo considerada um género de que aquelle é uma espécie ; uma comprehende o outro, ambos se regem, tanto quanto possível, pelos mesmos principios ("■"); ambos entram na classificação de actos jurídicos extinctivos de direitos e bem enquadrados se acham então entre os modos pelos quaes se extinguem os direitos de credito. Essa aproximação de dous institutos vem desde o direito romano (**").

Elles differem somente em que o direito litigioso em uma é regulado e assentado pelas próprias partes interessadas e em outro por meio de delegados delias, escolhidos a aprazimento mutuo e segundo as regras prestabelecidas para o esclarecimento da controvérsia.

388.—Compromisso, portanto, é o acto jurídico pelo qual as partes derogam a ordem da jurisdicção para submettre-rem suas contestações a árbritos, ou juizes privados (***)).

(***) 1. 11 § 1, 2 e 4 ; 1. 13 § 1. © D. de receptis. I

(MM) Is. 4 e 5 C. de receptis; WINDSCHEID, § 415 *notai*.

(Mí) Proj. Bevil., art.1051. I

(**») Vid. D. tit.de receptis.

(^{SMB}) DAIXOZ, *Repertoire v. arbitrage* n. 965.

E' preciso não confundir compromisso com *clausula Compromissória*, Esta é a que as partes preventivamente incluem num dado contracto, convencionando que todas as questões que delle se originarem serão decididas por árbitros. Aqui a controvérsia ainda não surgiu ; não ha ainda o contracto de compromisso, mas a obrigação de dar-lhe existência em hypo-theze prevista ; é um compromisso condicional, o *paclum de compromittendo*, um accessorio do contracto e nada mais (^{M2B}).¹

Comprometteré consentir em ser julgado por árbitros e, portanto, renunciar ájurisdicção estabelecida por lei. E como os árbitros podem não ter os mesmos conhecimentos, nem pro bidade dos juizes legaes, o compromisso encerra uma certa renuncia e por isso demanda a capacidade das partes compromittentes. I

Consequentemente, é só ás pessoas capazes de contratar que é licito louvar «se, mediante compromisso escripto em qualquer tempo, em árbitros de suas contestações judiciaes ou ex-trajudiciaes (^{1M7}).

São incapazes de effectuar o compromisso as pessoas que não podem transigir. Este acto não pôde ser exercido nos mesmos casos em que não é licito effectuar-se a transacção (^{W18}) e mais acerca da cousa julgada, salvo renunciando-se expressamente o direito declarado na sentença, ou si ha duvidas de ser ou não cousa julgada. São estes os casos chamados de compromisso não validos

Quando possível o compromisso, o consentimento dado para elle não deve ser viciado por dolo, violência ou erro e-ssencial sobre a pessoa ou cousa sobre que versar a controvérsia.

Ainda como a transacção, o compromisso é judicial ou extrajudicial O.

O primeiro pôde ser feito por termo nos autos, perante o juiz ou tribunal onde correr a demanda ; o segundo por instrumento publico ou particular, assignado pelas partes e duas testemunhas (^{9M0}).

O compromisso pôde, pois, ser feito, quer como meio de prevenir uma demanda perante as jurisdicções ordinárias, quer para sesubtrahír a seu julgamento uma questão já pendente de sua decisão.

- (^{MM}) WiNDSCUEiD.oô. cit. § 416 nota 17 ; Dec. 3900 cit. art. 9. ^
- (W) Cod. du Proc. Civ. Fr., art. 1003; Proj. Bevil., arts. 84 e 1040. I <«««» S
- («») Dec. 3900, art. 5; C. de Proc.Fr., art. 1005; Proj. Bevil., art. 1005. S
- («ao) Dec, 3900, art. 6;Proj. Bevil., art. 1041.

O acto que o institue deve declarar os nomes, sobrenomes e domicilio dos árbitros e dos substitutos nomeados para o caso de falta ou impedimento dos nomeados e mais o objecto do litigio sujeito á sua decisão (^{tn<}),

Feita a nomeação de árbitros, só por commum acordo podem ser substituídos ("").

E' indif f erente em nosso direito que o numero dos árbitros se reduza a um só, que seja par ou impar (*"). Apenas, no caso pe multiplicidade, não é permittido convencionar—que cada um seja juiz *in solidum*.

Quanto ao litígio a decidir, todos os detalhes devem se achar exarados no termo do compromisso C**), porque quem compromette.institue um juizo e dahi a necessidade de esclarecel-o.

389.—Além desses requisitos essenciaes pôde também o compromisso declarar: ■

a) o prazo em que deve ser dada a decisão arbitral;
b) a condição de ser esta executada com ou sem recurso;
c) a pena convencional que pagará á outra parte aquella que recorrer da decisão, não obstante a clausula «sem recurso». Esta pena não pôde ser maior do que o terço do valor da demanda.

d) a autorisação dada aos árbitros para julgarem por equidade, independente das regras e formas de direito ;

e) a autorisação para nomeação de terceiro arbitro para o caso de divergência, quando as partes não a tenham feito

f) os honorários dos árbitros e a proporção em que serão pagos (^{lís8}).

Muito se discute si as partes podem dispensar o termo. Ha quem o affirme em theze í⁸⁷). Outros pensam ex-

(*•») Dec. 3960, arts. 8 e 12 ; Cod. de Proc. Civ. Ital., art. li: Cod. deProcCiv. Fr.,art. 1006; Proj. Bevil., art. 1042.

{*%) Dec. 3900, art. 31 ; C. de Proc. Civ. Fr., art. 1008.

(*¹⁰) Dec. 3900, art. 12; RAMALHO, *Prat. Civ. eComm. P.º //, Cap. XUI%3.*

(***) i, 21 § 6 ;l. 17 §§ 2,4, 6,7 ; 1. 46 D. de receptis ; MAYNZ, *Drott Jtom. § 257.*

(«M») Dec. 3900. arts. 10e 13 : C. de Proc. Civ. Ital., «rts. 32 «34.

(*²³⁸) Proj. Bevil., art. 1043.

(M»i) GIAMOIOT, // *Cod. dt Proced. Civ. ao art. 34.*

actamente o contrario (*"■) e parece ser esta a melhor opinião, pois que os próprios juizes têm termo para decidir. I

O que é certo, porém, é que o termo não é essencial ao compromisso, pois que, em sua falta, prevalece o da lei (***)).

Ha ainda quem pense que se possa conceder ás partes faculdade de prorogarem o termo (^{nw})—solução admittida entre nós, uma vez que a prorrogação tenha lugar antes de expirado o primeiro prazo ().

1 Não deixa de haver nisso uma certa inconsequência ; porque si o termo não é fixado, prevalece o legal e, si é fixado e expira, extingue-se o compromisso. Ha, portanto, illogismo em estabelecer, ao lado de taes disposições, a faculdade de prorrogação. I

I Os árbitros estão adstrictos aos termos do compromisso ("**). I De ordinário elles julgam conforme as regras de direito commum ; mas é livre ás partes declararem outros princípios derogatorios daquellas e fundados na equidade ("**). Esses princípios differentes, porém, só são attinentes à instrucção da causa, porque quanto á sua applicação ao facto, os árbitros são livres e soberanos (^{w4*}).

: MMI. — Os árbitros são juizes de facto e de direito, e o seu arbitramento não é sujeito a alçada ou recurso, salvo o que for convencionado entre as partes ("**).

O juizo arbitral concilia o interesse privado com o publico.

Este tem por fim uma boa administração da justiça ; mas tolera em questões puramente privadas, em condições legalmente prefixadas, que as lides se derimam por convenções.

Juizo arbitral é então uma jurisdicção voluntária, mas sempre contenciosa, pela qual os particulares se investem, por escolha das partes, do poder de pronunciar sobre litígios com exclusão dos juizes.

A voluntariedade ou livre escolha é, pois, seu característico. I

("***) MoHQALVY, *TrmUé de l'arbitrage, m.* 155. I

<•"») D*. 3900, art. 23. ■

l***) BORSARI. *C»mm. ml. CoJ. rfe Prottá, Civ. l.*, «. 29.

ÍMMN rj^c. 3000, art. 24.

("•> U3ftl;19ftl;21 §§4 • 6:32» !!• 15 : 46 D. de receptis. ("») l. I : l. 21 § 10:1.25 pr. o § 1 ; 1.27 1 4;*. 32 §§ 11. 15e 17; l. l 33 D. de receptis.

■ (^{Uii}) l. 17 0, 3; I. 19 pr. D. de receptis.

■ (Ott) Dcc 39u0 art. 46; Cod. de Proc. Civ. Fr., art. 1019; Ptoj. Bevfl., art. 1044.

Podem ser árbitros todas as pessoas que merecerem a confiança das partes e não forem dispostas por disposição de lei (WM).

A regra é a confiança que os árbitros possam merecer das partes.

I

I Entretanto a lei prefixa excepções relativas á capacidade para taes funcções.

O direito allemão (**") não admite razões de incapacidade dos árbitros e sim causas pelas quaes possam ser recusados.

No estado actual de nosso direito não podem ser árbitros:

a) os surdos-mudos que forem inhibidos de fazer conhecer sua vontade:

b) os cegos;

c) os menores;

d) as mulheres;

■ I e) os interdictos;

I /) os analfabetos: n

o) os estrangeiros que ignorem a lingua; I

/i) o inimigo capital de qualquer das partes :

t) o amigo intimo;

j) o parente, consaguineo ou affin, até o segundo grau civil:

k) aquelle que tiver interesse particular na decisão como sócio, advogado, procurador, e o dependente das partes (Mw).

Podem sel-o, porém : o amigo commum, o parente entre parentes, o juiz ou qualquer membro do tribunal C").

Não falta quem sustente modernamente poderem ser árbitros os inhabilitados, os surdos-mudos educados, os cegos, os fallidos e até as mulheres. Não entraremos nessa discussão por demais theorica e que pouco adianta ao nosso fim.

Os árbitros podem ser recusados nos casos em que são por lei prohibidos de exercerem taes funcções acima enumeradas c²⁶⁰).

391.—Si as partes não tiverem nomeado o terceiro arbitro, nem autorizado sua nomeação, a divergência dos dous árbitros extingue o compromisso (tMf).

(*") Proj. Bevil., art. 1046. I

(M«) Prozessordnung, § 858.

(MW) Dec. 3900, art. 15.

■ ("Mj rjec. 3900. arts. 16 e 17. ■

(«8») Dec. 3900, art. 33 ; RAMALHO, *oh. elug. cits.* § 10; C. de Proc. Civ. Fr., art. 1014 ; Prozessordnung, cit. § 858 ; WINDSCHBID, § 416 nota 17 a).

(MM) Dec. 3900, art. 14; Cod. de Proc. Civ. Fr., art. 1045.

Assim não era no direito romano. Ali a divergência era cortada por terceiro arbitro, especialmente nomeado. Na falta da nomeação das partes os árbitros designavam o desempatan-te e, si nisso ainda não acordassem, a nomeação era feita pela autoridade ("").

Além da causa de extinção apontada, também extingue-se o compromisso: a) excusando-se qualquer dos árbitros antes de aceitar, não havendo no compromisso substituto nomeado; b) falecendo ou impossibilitando-se por qualquer modo antes da decisão algum dos árbitros, si no compromisso não houver substituto nomeado ; c) sendo julgada procedente a recusação de algum dos árbitros, si no compromisso não houver substituto nomeado ; d) expirado o prazo convencional ; e) falecendo alguma das partes deixando qualquer herdeiro menor (^{MM}). I

392.—Instituído o juízo arbitral por compromisso judicial ou extrajudicial, nelle correrá a causa seus termos como fôr estabelecido nas leis de processo (^{im}).

Si a causa já estiver pendente, junta-se o compromisso aos autos e fazem-se os mesmos conclusos ao arbitro, sem necessidade de intimação das partes (^{MM}).

O primeiro effeito do compromisso é firmar uma competência. I

De modo que, si após a instituição deste juízo excepcional, uma das partes propuzer a questão no juízo ordinário, cabe á outra parte a excepção. Uma vez validamente iniciado, elle produz todos os effeitos da citação válida; induz litispendencia, interrompe a prescrição, faz correr os juros das sommas devidas. Em nosso direito constituiu elle sempre uma excepção dilatória ("*").

393.—A sentença arbitral só pôde ser executada depois de homologada, salvo si houver sido proferida por juiz de primeira ou de segunda instancia na qualidade de arbitro (^{mi}).

(**") 1. 17 § 6 D. de receptis ; 1. 18 C. de judiciis ; WINDSGHEID, § 416 nota 9 : MAYNZ, OÖ. cit. § 257 nota 4%.

(»*) Dec. 3900, art. 26 ; Cod. de Pr. Civ. Fr., art. 1012.

(«») Dec. 3900, art. 19; Proj. Bevil., art. 1047; MORTARA, *Principi di Proeedura Civile, tit. II, Cap. V.*

(«») Dec. 3900, art. 20.

(^{M8}) RAMALHO, *Praxe Brasileira % iyl.*

(««st) Dec. 3900, arts. 59e60 ; Proj. Bevil., art. 1048; Cod. de Proc. Civ. Fr., art. 1020.

A competência dos árbitros cifra-se na decisão e não se estende á execução ; a força executória vem-lhe da homologação do juiz ordinário. O juiz que a homologa, porém, não tem por sua vez competência para conhecer da decisão arbitral e sim exclusivamente da parte, por assim dizer extrínseca, da decisão a homologar, para examinar si se limitou ao compromisso, si está assignado pelo arbitro ou árbitros, etc.

E' em snmma, um simples complemento; dahi resulta que a sentença arbitral deve ser exhibida para tal fim em original, nunca em traslado.

394.—Ainda que o compromisso contenha a clausula *sem recurso» e pena convencional contra a parte discordante, poderá aquelle que se não conformar com a decisão recorrer para o tribunal superior ordinário, não só no caso de nullidade ou extincção do compromisso, como no de ter o arbitro ultrapassado seus poderes (^{MM}).

Pelo direito romano nenhum recurso se dava da decisão dos árbitros (^{MM}) e só era annullavel pela *exceptio doli* (**°).

Pelo direito das Ordenações Philippinas, ao contrario, ella era sempre appellavel, ainda que as partes tivessem se obrigado a não interpor tal recurso (^{22M}).

Ulteriormente a Constituição do Império admittiu a exclusão do recurso por convenção das partes (^{MM}). Essa disposição não passou sem criticas entre os melhores constitucionalistas, porque se oppunha ao fim precípua do juizo arbitral, qual seja o de suffocar as demandas e tornar rápidas as contendidas (^{MM}).

Ha um meio termo em todos esses extremos.

Na verdade, tornar appellaveis sempre as sentenças arbitraes, é tirar toda a utilidade da instituição; negar-lhes totalmente qualquer recurso, também não se justifica, porque a sen*

(«») Dcc, 3900 arts. 63 e65; Regul. 737 de 25 de Nov. de 1850; art. 469; Proj. Bevil.,art. 1049. I

(MS9) is. I,4e5, C. de receptk ; 1.32 § 14 D. dereceptis.

I (*^{M0}) Is. 32,33 § 14 D. de receptis el.3C. dom. tit. ■

(**^I) Ord. liv. 3 tit. 16 pr.; P. B SOUSA, noU 998.

(*■•*) *Const. do Império, art. 160; Consol. das Leis, art. 394; T. DR FREITAS a P. E SOUSA, nota 94 j. O mesmo no dir. italiano. Vide MORTAHA, ob. cit. n. 189.*

Ej (M63\ RODRIGUES DE SOUSA, *Analyse e Com. a Const. do Império, vol. IIj pag. 395 a j99.*

tença arbitral é sempre uma sentença e não pôde gozar de privilégios que ella em geral não tem.

Apenas o que se deve fazer é o que sempre esteve em uso em nossas leis pátrias—limitar bastante os casos de tal recurso (***)).

Com effeito, a lei deve presumir que, sendo os árbitros escolhidos por mutua approvaçaoe confiança dos litigantes, sua sentença tem de antemão a acquiescencia delles.

De modo que as causas de appellação devem repousar somente nos fundamentas que annuUam, ou de qualquer modo viciam o consentimento das partes expresso no compromisso.

Eis porque ella só tem lugar :

i,°—sendo nullo ou extincto o compromisso. ?J

I 2,°—ultrapassando os árbitros os poderes conferidos no compromisso (^{2IM}).

A appellação nesses dous casos não pode ser renunciada nem por clausula expressa, pois que ella pôde provir de motivos insusceptíveis de previsão e ás partes é impossivel apreciarem sua eventualidade antes de se verificarem (**).

O compromisso é nullo por falta de capacidade das partes ou dos árbitros, do vicio do consentimento, da falta de causa ou do caracter illicito desta.

Já estudámos os casos de sua extincção.

Quanto ao excesso dos poderes dos árbitros é principio antigo :—*arbiter nihil extra compromissum facere polest* (^{SM1}).

Convém, porém, notar que essa regra não se dirige ás questões connexas, estreitamente ligadas como accessorias á questão principal, de maneira que esta não se possa resolver sem aquella; o que se affirma é que no júizo arbitral não pode haver prorogação de jurisdicção, pois que os árbitros não a têm.

Si por um lado não podem os árbitros exceder as raias traçadas pelos compromisso, por outro não é menor o vicio si deixarem de pronunciar sobre todos os objectos nelle previstos, ou dicidirem contradictoriamente partes do pedido.

Naturalmente a appellação dá-se para o juiz ou tribunal compentente para tomar conhecimento delia si fosse tratada na jurisdicção ordinária e deve ser sempre precedida do deposito da importância da pena, ou fiança idónea ao seu pagamento (**•).

(««*) Dec. 3900, arts. 65 e 66.

(«es) Regul. 737 de 1850, arts. 429, 437 e 469 ; Proj. Bevil., cit. art. 1049.

(MWy 'RAMALHO, *Prat. Civ. eComm. lug. cit.* § 6.

l*") L3i § 21 D. de receptis. j

■ (MM) Dec. 3900, art. 62 ; RAMALHO, *Pr. Civ. e Comtn. lug. cit.* §11 Hm; Proj. Bevil., art. 1049 § único.

Será possível appellar para outro tribunal arbitral ?

Entendemos que não, pois que a appellação é instituída por utilidade publica e isso importaria outro tribunal arbitral, do qual seria também possível appellar e os recursos se multiplicariam a aprazimento das partes. I

A falta do compromisso não é causa de nullidade e, portanto, de appellação. Em caso tal, como em outros previstos em certas legislações (²²¹), a decisão não é appellavel e a opposição da parte deve ser feita antes da homologação, porque o compromisso falta e portanto falta base á sentença.

A sentença arbitral não aproveita nem prejudica a terceiro que não assignou o compromisso ; mas os herdeiros e successores dos que o assignaram respondem pelos seus resultados e são obrigados a cumprir tudo a que seriam obrigados aquelles a quem succederam, ainda que menores sejam, ou outras pessoas sujeitas á curatella (²²⁷⁰).

Nos casos previstos de appellação o provimento do recurso importa a annullação da pena convencional estipulada para o caso da parte recorrer, quando haja clausula de não appellar

cn

(2269) Cod. de Proc. Civ. Fr., art. 1028.

(««o; Dec. 3900; art. 61 ; Cod. de Proc. Civ. Fr., art. 1022.

Jmij p_{roj}. fievil., art. 1050.

CAPITULO XI

DA CONFUSÃO

Summario. 395—Conceito. 396—Em que difere da compensação. 397—Em que difere do pagamento Ficto. 398—Fontes ordinárias da confusão. 19)~Caso da herança aceita a beneficio de inventario. 400—Confusão nos direitos reaes. 401—Particularidades da cessão e do usufructo. 402—A confusão abtangea dívida ou parte delia. 403—A confusão só se dá no credito principal. 404 Confusão nas dividas solidarias. 405—Confusão nas dividas indivisíveis. 406—Effeitos da cessação da confusão.

395.—Desde que se reunam na mesma pessoa as qualidades de credor e de devedor, ha o que se chama a *confusão* e a obrigaçãose extingue. Esta noção, uma das mais precisas que existe em direito de credito, é geral em todos os códigos modernos (*").

Os romanos não a enumeravam explicitamente entre as causas extintivas da obrigação; entretanto só se referem a ella attribuindo-lhe, em diversos textos, esse effeito essencial. Assim o é com effeito.

O direito de credito presuppõe essencialmente um sujeito activo e outro passivo em pessoas distinctas, das quaes uma exerça o direito e a outra seja obrigada á uma prestação.

O²¹²⁾ *Dtr. Civ. Recupih, art. 948; Dig. Port. 1187 ;Proj. Fel., art. 576 : Proj. C. Rod., art. 573; Proj. Bevil.,art. 1052 ; Cod. Civ. Fr., art. 1300; C. Civ. Ital.,art. 1296; C. Civ. Hesp., art. 1192 ; C. Civ. Port., art. 796 ; C. Civ. da Sardenha, art. 1391 ;C. Civ. de C' Rica, art. 826; C. Civ da Colur.bia, art. 1724 ; C. Civ Arg., art. 862 : C. Civ do Chile, art. 1665; Cod. de Nápoles, art.,1254; C. Civ. da Luiziana, art. 2214 ; C. Civ. do Congo, art. 192 ;C. Civ. do Hayti, art. 1085 ;C. Civ.de Uru-guay, art. 1518 ;C. Civ. daHolL.art. 1472 :C. Civ. do Canadá, art. 1198; C. Civ. do Japão, art. 520; C. dosB. de Montenegro, art. 620; C. Fed. Suisso, art. 144.*

Ora, é inconcebível que essa relação possa subsistir quando desaparece a dualidade fundamental dos sujeitos. Ella deixa necessariamente de ser possível; estabelece-se um conflicto, uma contradicção jurídica entre o *poder* e o *dever*, por se acharem reunidos em um só individuo, pois que ninguém pôde ser obrigado a si próprio (**").

A confusão, portanto, não opera a extincção da divida agindo sobre a obrigação e sim sobre o sujeito activo e passivo, na impossibilidade do exercício simultâneo da acção creditoria e da prestação. Consiste, em summa, num *impedimentum proBstandi* (**").

Eis porque é ella a mais singular de todas as formas de extincção da obrigação ; porque não a ataca, não a destróe em suas condições de existência íntima. Não é a obrigação que se neutralisa; esta continua de existir fazendo parte de um activo ou de um passivo qualquer, mas continua paralysada (").

396,—Desse conceito bem claramente se deduz a differença que ha entre a confusão e a compensação. Em ambas existe a analogia das qualidades de credor e devedor reunidas.

Na compensação, porém, ha, pelo menos, dualidade de créditos, e seus effeitos são mais absolutos, porque neutralisam directamente a obrigação. Ha então concurso de sujeitos e de direitos creditórios recíprocos. •

Na confusão, ao contrario, é de sua essência que a qualidade de sujeito activo e passivo occorra na mesma pessoa; ali concurso; aqui unidade (*"•).

397.—Sua maior analogia é com o pagamento fictício ou presumido.

(•"") > la. 75 e95 § 2 D. de solut.; POTHIBR, *Obligations*, n. 64Z ; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, § 352 nota 2.

(*"ii) MUBLKNBRUCH, *Doctrina Pandectarum* § 479. I (a175) DURANTON. *ob. cit.* XII. 481; DEMOLOMBE, *ob. cit.* V. 715; LA-ROMBIBRR, *ob. cit.* 1300, 3; AUBRY ET RAU, *ob. cit.* % 330 nota 7; PACIFICI MAZZONI, *ob. cit.* IV, 143. *Puto confusione obligationis txtmi personam, l.*

71 D. de fiaej.

(«"•) HOOELOT ET METMAN, *ob. cit.*n. 599 ; GIANTOBCO, *ob. cit.* § 70 p. 183 nota 1 ; WWDSCHIED, *ob. cit.* § 352 nota 4.

Esta idéa predominava entre os romanos C*") e entre os modernos civilistas allemães (^{2S7S}). Apesar disso, só ha analogia e não identidade. Cada um dos institutos mantém seus caracteres próprios.

O pagamento tem como característico o facto positivo do adimplemento, de que é o typo mais perfeito; a confusão, ao contrario, extingue a obrigação precisamente porque esse adimplemento tornou-se supérfluo, ou impossivel de se realizar

398.—A confusão pôde provir da cessão, da subrogação, da venda da herança ; emfim, da successão a titulo universal ou particular *causa mortis*.

E' mais frequente, porém, nas heranças ("")•). Ella realisa-se quer haja prazo, quer seja condicional ou pura a obrigação, inda que com a condição resolutiva, e se verifica em todas as modalidades do direito de credito (*²⁸⁰).

Demais, não só a confusão verifica-se nas circumstancias expostas quando as qualidades de credor e devedor reúnem-se em um só individuo, como também quando um terceiro é successor universal do credor e do devedor ao mesmo tempo

n

399. — Da confusão que tem lugar em virtude de titulo hereditário exceptua-se o caso de ter sido a herança aceita a beneficio de inventario.

Realmente, a confusão não extingue a divida só pelo facto de sua existência; é essencial que o devedor incorpore o credito ao seu património e se colloque na impossibilidade real de exercel-o contra si (^m). Ora, isso não se dá quando a herança é recebida a beneficio de inventario.

(^{S2T1}) ... Con fusione per inde extinguitur obligatio ac solutione ;l. 21 § 1. D.lib.leg.

(«*«) Die Konfusion ist in der Regei der Zahlung gleichw<rtig, da der in dessen Person sie sich vollzieht, durch sie das Aufbringen der Mittel zur Erfüllung, welches ihm sonst obgelegen hätte erspart, DERNBURG, *Das BUrg. Recht v. II, P.e I, § '32*.

í.*²¹⁹) DEMOLOMBE, *ob. cit. V, 701*; LAROMBIERR, *1300*; 2 ; GIORGI, o&. *ctt. VIU,-99r* M

W (2180^ DEMOLOMBE, *V, 708 ! AUBRY ET RAU, ob. cit. §330 nota 3.* I

(**") POTHIER, *ob. cit. n. 642* ; GIANTORCO, *lug. cit. , ROSSRL, ob. cit. 17}*. I

■ (2282) WINDSCHBin, § 352 nota 5 [MAREZOIX, *ob. cit. § 216*.

O efeito principal desse beneficio é considerar-se por elle o património do herdeiro sempre distincto da herança, de tal modo que um e outro conservem intacto seu direito de ser pago dos créditos que tenham reciprocamente ou não. I

Foi esta a doutrina romana f") e aceita pelos códigos e autores modernos (*28*).

400.—Bem se concebe também a extincção de direitos *reaes* pela confusão, quando, por exemplo, o emphyteuta vier a ser herdeiro do senhorio directo do immo vel, ou si aquelle que devia a servidão predial vier a adquirir o prédio dominante.

A confusão abrange, com effeito, todas as situações em que se estabelecer a impossibilidade de se exercerem cumulativamente as posições de credor e devedor.

Nesse sentido ella comprehende até certos direitos *reaes* que obrigam a cousa independente da pessoa, porque ninguém pôde ser rendeiro sobre a própria cousa, nem depositário, nem credor pignoratício ou antichresista, commodatario, ou donatário, ter direito de uso, usufructo, habitação, ou servidão. Chame embora a doutrina de *consolidação* essa absorpção no domínio pleno das parcelas do domínio, o que ha no fundo é o phe-nomeno da confusão, o choque das qualidades oppostas que se eliminam ("").

401.—Particularidades existem, porém, dignas de nota.

Uma delias é a respeito da cessão, em que casos bem es-peciaes podem surgir em ordem a não deixar bem caracteri-sada a confusão.

Assim, A cede um credito que tinha contra B. Morto B, após a aceitação da cessão, A é o seu único herdeiro. Já não

(2288) 1. 22 § 9 C. de jure deliberandi.

(2284) *Dig. Port. I, iii*; Proj. Fel., art. 579; C. Civ. Fr., art. 802; C. Civ. da Sardenha, art. 1023; C. Civ. de Nápoles, art. 719; C. Civ. Hesp., art. 1192; C. Civ. Arg., art. 863; C. Civ. Port. art. 800; Cod. Civ. do Chile, art. 1669; Cod. Civ. da Columbia, art. 1728; POTHKB, *ob. cit.* M. 642; LAROMBISRB, O*, *ctt.* 1300, 6 / DBMOLOMBE, *ob. ctt.* V, 706; LACRXNT, *ob. cU.* XVIII, 491.

(2285) *Cottsol. das Leis, art. 62§, nota 40 fim*; LOBAO, *Dtr. Enfllut. § 1098 : Aguas § 254; Dig. Port. I, 1194; ROSSBL, »». ctt. n. 175.*

existe confusão ; porque quando se firmaram os direitos successorios de A, já elle não era mais credor e suas obrigações como cedente para com o cessionário subsistem inteiras e válidas ("•*").

Outra particularidade é relativa ao usufructuario de uma herança. Este jamais confunde seu debito para com a herança com seu direito de usufructo. Elle não é credor do que se deve á herança e somente goza dos juros que ella produz ; conse-guintemente, só com estes se dá a confusão, permanecendo seu debito em vigor (²³⁸⁷).

402.—A confusão pôde ter lugar a respeito de toda a divida, ou somente de uma parte delia C¹⁸⁸). E' intuitivo.

Claro é igualmente que si a confusão se effectua em parte da divida, subsiste o restante delia em vigor (^{1m}).

De resto, é isso um assumpto que não soffre discussão entre os civilistas (^{229o}).

403.—A confusão só se dá em credito principal ("■").

Quanto á obrigação accessoria, a confusão a elimina, sem duvida; não libera, porém, o devedor. Assim já procedia o direito romano ("").

I Extinguindo a divida principal, a confusão extingue seus accessorios, fiança, penhor etc. (^M), pois que cessa para o fiador e outros garantes o direito de regresso, incompatível para elles com os effeitos da confusão.

Eis porque todos os Códigos consignam que a confusão operada na pessoa do devedor principal aproveita ao fiador ;

(^{M88}) DURANTON *XI*, 480 ; DBMOLOMBB, *ob. cit.* V, '112; POTHKB, 06. *di. n.* 646; GIOKGI, 06. *cif.* VIII, 104.

(^{1H}) DEMOLOMBE, *ob. cit.* V, 710 ; LAUHBNT. *ob. cit.* XVIII, 496; GE-
ORGI, *Oh. cit.* VIII, 103.

(2288) proj. Bevil., art. 1051; C. Civ. de Uruguay, art. 1520; Cod. Civ. Arg. art. 864 ;C. Civ. Fr.,art. 1209 ; C Civ. de Nápoles,art. 1162; C. Civ. da Sardenha, art. 1299 ;C. Civ. da Holl., art. 1324; C. Civ. do Chile, art. 1667.

(^{M89}) 1. 6 C. fam erciscund.

(^{19o}) DSLVINCOUBT, *ob. cit.* II p. 583 ; LABOMBIBRK, *ot. cit.* 1300, 10 ;
AUB9T BT RAU, *ob. cit.* % 330 nota 6.

■ (*¹) ls.43 e93 D, de solut.

(^{M2}) ls. cites. nota supra.

(*«»3) GIOBOI, *ob. cit.* VIU, 106 b).

a que, ao contrario, se opera na do fiador não acarreta a ex-tincção da obrigação principal (***)).

Com effeito, a obrigação do fiador é accessoria, e, consequentemente, extincta a principal do devedor por confusão, perde aquella sua razão de ser. *Cum principalis causa non consistit, ne ca quidem, que sequuntur, lo cum habet* (^{m>}). 1

Sem devedor não se pôde ahi conceber existência de fiador (^{n. «}).

Km sentido inverso, si a confusão se dá na pessoa do fiador, a obrigação accessoria delle se extingue ; não, porém, a do devedor que é a principal, e esta pode subsistir independentemente daquella (^{mT}).

404.—A confusão que se opera na pessoa do credor ou do devedor solidário, só extingue a obrigação até a concurrencia do respectivo quinhão do credito ou da divida, subsistindo a solidariedade quanto ao mais (^{im}). I

Em relação ao devedor solidário a solução é mais geral no sentido exposto (tm).

Quanto ao credor, porém, em direito allemão, si o credito e o debito se reúnem na pessoa de um credor solidário, os direitos dos outros credores contra o devedor se extinguem (^{soo}).

A solução por nós aceita é lógica com o conceito da confusão.

Realmente, nos casos communs, ella extingue a divida porque ninguém pode ser credor de si mesmo. Esta razão porém, não existe quando, ao lado de um credor ou de um

(«•*) *Dig. Port. I, 1189 e 190*; Proj. Fel., art. 577 ; Proj. C. Rod. art. 574 ; C. Civ. Fr., art. 1301 ai. 2; G. Civ. Uai., art. 1297 ai. 2; C. Civ. Hesp., art. 1193 ; C. Civ. Port. arts. 797.798; C. Civ. Arg., art. 865 ; C. Civ. da Sardenha, art. 1392; C. Civ. de Nápoles, art. 1255; C. Civ. Holl. art. 1473; C. Civ. do Chile, art. 1666; C. Civ. da Colômbia, art. 1725 ; MATNZ, *Dit. Som.* § 297 *notas 4 e 5*.

(^{21»}) 1. 129 § 1 D. de reg. jur. ; 1. 2 D. de pecul. leg.

(^{s296}) 1. 38 § 1 D. defidejuss.

B

(MM) POTHIER. *ob. cit. n.* 645.

(2298) *Dig. Port. I, 1191* ; Proj. Fel., art. 578; Proj. C. Rod., art. 576; Proj. Bevil., art. 1054; Cods. Civis : de C. Rica, art. 827 ai. 3 ; Fr., art. 1301, ai. 3; Ital., art. 1297 ai. 3 ; Hesp., art. 1194; Port., art. 799; Argent., art. 866 ; da Sardenha, art. 1299 ; de Nápoles, art. 1162 ; da Holl., art. 1324; do Chile, art. 1667; DURANTON, *XI, 179*; MARCADÉ. *ob. cit.* 1198, 598; TOULUBR, *III, 745*; DKMOI.OMBB, *III, 195*; LAUKBNT, *XVII, 270*. H (M89) c. Civ. Alleir.ão, art. 425, ai. 2.^a ; C. de Saxe, art. 1033 ; Cod. da Prússia I, 16, §§492e 493 ; Cod. Fed. Suisso, art. 166.

(**">) Cod. Civ. Allemão, art. 429 ai. 2 ; SUFKERT, *ao mesmo art. v. I p. 405*.

devedor, existe outro credor ou outro devedor, como na solidariedade.

Aqui é que bem patente se faz o principio de que a confusão não affecta a obrigação e sim somente exime o devedor—*confusio eximil personum ab obligatione, polius quam extinguit obligationem* (*801).

Eis porque nas obrigações solidarias ella só extingue a divida em relação a pessoa em quem se effectuou e nem aproveita aos codevedores nem ao devedor, a não ser na parte correspondente a pessoa em quem operou seus effeitos.

405.—Nas obrigações indivisíveis a impossibilidade de se cumprir ou de se exigir a prestação *pro-parte*, não impede que ella tenha entre credores e devedores uma existência independente.

De maneira que, si um dos devedores vier a herdar do credor, a confusão de seu debito opera-se e como elle não pôde agir contra si próprio, nem dividir a prestação, poderá exigi-la por inteiro de seus co-devedores, ficando obrigado a indemnizal-os quando soffrer seu regresso.

Na verdade, os effeitos da confusão não prejudicam o direito de regresso de um devedor contra outro (^{230a}).

400.—Cessando a confusão fica pelo mesmo facto restabelecida a obrigação com seus accessorios e garantias (¹³⁰³).

E' varia a lição dos Códigos.

Alguns ha que admittem esse restabelecimento da obrigação, ainda em relação a terceiros (^{230v}). Outros, ao contrario, resalvam os direitos adquiridos por terceiros (^{MOS}). Em direito allemão, em regra, a extinção operada pela confusão é definitiva (⁸³⁰⁶).

(2301) BAUDRY LACANTINIERE ET BARDE, *Obligations*, n. 1163, 'RIGCi, *Obligations e Contratti*, n. 76 fim; WINDSGHEID, *ob. cit.* § 292 nota 9.

(¹³⁰²) 1. 30e 41 § 2 0. de evicione; 1. li D. mandat.; GIOEGI, *VIU*, 108; VINDSCHKID, § 352 nota 4.

(isojj 0<τ# cru. *RecopiL.art. 9-Í8* § KM.; Proj. Bevil.,art. 1055; C. Civ. Arg., art. 867; C. Fed. Suisso, art. 144 ai. 2.

(*) C. Civ. Port.,art. 801.

(ta») Proj. Fel., 580; Proj. C.Rod., art. 577; *Bêboço* T. DE FREITAS, *art. 1195*.

(^{me}) DERNBUEQ, *ob. cit.* § 1j2 «, III.

Notemos, porém, que a divergência é só quanto aos terceiros.

Quanto ao mais, a confusão apenas paralysa a acção que não podia ser exercida ; si, pois. essa impossibilidade desapparece par qualquer motivo, é lógico que o credor não pode perder o direito de haver seu credito.

Inda mais ; resurgindo a obrigação, vem com todos os seus effeitos retroactivos em relação ao credor.

Em relação a terceiros, vimos, uns Códigos decidem que os fiadores, pessôaes ou reacs, se liberam (**").

Outros autores e um Código dos que conhecemos (^{S808}) distinguem a resolução por causa *necessária prexislente* da que repousa em causa *voluntária posterior*.

Então si o acto ou contracto de que resultou a confusão se rescindir ou annullar, ficará ella sem effeito, recobrando as partes seus direitos anteriores com os privilégios, hypothe-cas e demais accessorios do credito.

Si, porém, ella for revogada por mero convénio das partes, como ninguém pôde com acto seu prejudicar a terceiros, a revogação, efficaz entre as partes, não pôde reviver contra estes os accessorios do credito.

Nada mais racional que tal solução.

O exemplo clássico de tal occurrencia é o do testamento, em virtude de cujas disposições se haja verificado uma confusão e que seja ulteriormente annullado. E' o caso em que os créditos resurgem cercados de todas as garantias e accessorios. I Ha nisso muita lógica.

Já fizemos ver que os effeitos da confusão decorrem essencialmente do facto de ter o devedor incorporado o credito em seu património e só na medida do *quantum* em que essa incorporação foi feita. De modo que, deixando de fazel-o, não ha como se possa prejudicar o credor, deixando-o sem suas garantias anteriores.

A confusão pôde ainda —deixamol-o perceber—deixar de produzir seus effeitos por convenção entre as partes f"); isso, porém, só em relação a ellas ; nunca em relação a terceiros, a respeito dos quaes não podem fazer reviver as obrigações extinctas (^{ww}). Si, porém, é ella revogada por motivos in-

(«07) opinião de MOURLON, *ob. at. II. 1466* ; PACIMCI MAZZONI, O*, *cit.*

IV, 143.

(^{M08}) LAROMBIKRS, *Ob. clt. 1300, 12 esegt. / DKMOLOMBE, ob. clt. V, 739, **
Cod. Civ de C. Rica, aat. 829. (^{M09}) l. 7 C. de
partis. Í^{M.º}) DORANTON, *ob. clt, XH, 487.*

— 497 —
tivamente, m
rida r^jp

fi-STz^wr-
Tsars

(2311) TKOPLONG, Cfl««0»««"^- «*» BBVILAQU , * - *»9- BsvLiauA, 13i>. *das Obrigações*
£48*.

CAPITULO XII

DA REMISSÃO

Summario. 407— Dificuldades da matéria. 408—Definição, precedentes romanos. 409 —Objecto. 410—Capacidade. 411 — A remissão não é doação, nem cessão ; não precisa ser aceita peio remittido. 412—Forma. 413—A entrega do titulo faz presumir pagamento ou remissão ? 414—Effeitos extincti-vos absolutos. 415—Remissão nas obrigações solidarias. 416 — Remissão nas obrigações indivisíveis.

-407.—Uma das matérias mais diff iceis do direito de credito e, mesmo em geral do direito civil, é certamente a remissão de dividas (^{MIS}).

Isso é devido ao modo especial por que ella opera seus e-{ feitos extinctivos da obrigação.

Em todos os outros modos de extincção ha sempre uma tal ou qual prestação do devedor.

No pagamento, na consignação, na imputação e na dação, ella é da essência da maneira de extinguir. Na compensação existe uma imputação reciproca evidente; a novação, por sua vez, é uma dação de credito. Só a remissão sáe inteiramente fora dessas regras.

408.—A remissão é uma renuncia gratuita do credito, incondicionalmente manifestada pelo credor em beneficio do devedor. E' pois, uma espécie de que a renuncia é o género.

(2312) ... < *Questa pur troppo sfortunata matéria delia remeastone* », diz GIORGI, *Teoria delle obbligazione*, VII, 329.

O direito romano conhecia duas formas de remissão, cuja exposição se faz necessária ao esclarecimento de nosso assumpto.

Elles tinham a *acceptilatio* e o *paclum ne petatur, paclum conventum* das fontes, que os modernos romanistas intitularam *paclum de non petendo*,

I A primeira é uma declaração do próprio credor de que se acha pago, uma *imaginaria solutio*; produzia efeitos *ipso jure* só se applicava á extincção das obrigações *ex stipulatu*, que se formavam *verbis*. O segundo, que consistia na promessa do credor de não exigir a divida, applicava-se á extincção de todas as obrigações, mas só produzia seus efeitos *ope ex-j ceptionis*.

Dividia-se o ultimo em *paclum in penonam* e *in rem*. Aquelle era uma promessa de não exigir, que só se referia ao devedor e o segundo reieria-se ao próprio credito, produzindo a remissão total ("").

A *acceptilatio* romana não admittia condição nem termo

I Todas as nações modernas aboliram as subtilezas romanas acerca da *acceptilatio* (^{WI}). O que corresponde hoje a ella é a quitação, que é a forma mais frequente da remissão (**). .3 Eis o residuo romano que vae nos servir de baze para o estudo do instituto moderno.

409.—Remissão e renuncia gratuita é uma e mesma coisa (^{WI}).

Em'regra tanto uma como outra só pôde recair sobre direitos patrimoniaes. Apenas a renuncia é um pouco mais lata e pôde ter por objecto certos direitos pessoaes; mas nenhuma pôde ter por fim a dissolução de laços que affectam a ordem moral e social.

Assim, ninguém pôde renunciar o pátrio poder, os direitos maritaes ("•).

)*) MAREZIOA *Rôm. Rechet*, § 156; WARURCENIQ. *Inst de D ir. Rom* § J026; MAYNZ. *Dir. Rom* §295 notas 1? a 15; MOUTOR, *ob' cit. n.* 1019.

(^{Mu}) Is. 4 e5D. de acceptfl.; I. 177 D. dereg. jur.jls. 35. 37e43pr.

D. de jure dotiunv

■ (731») STRIKIUS—*Usu Moâ. Ivo. XLVI Ut. 4 § 1.*

(»H) WINDSCHEID—*Pandeklenrecht* § 357 notas 4, 10 e 17.

(•*) BEVILÁQUA, *Dir. das obríg.* § 45; C. DA ROCHA. *Dir. Civil*, § 163.

(^{ww}) GIANTURCO, *Ist. de dir. civ.ital.* S70 n. 2.

Fora disso, porém, todas as obrigações quaesquer podem ser objecto da remissão, uma vez que constem de titulo escripto—particular ou publico—incluindo nestes as sentenças que fazem certos os direitos decorrentes de acto illicito. Nos contractos bilateraes do mesmo modo um só dos contratantes pôde remittir o debito deixando subsistir a contra-prestação, independentemente de annullação, rescisão ou dissolução do contracto. Pôde ser parcial, como aliás é commum quando tem em vista a pena convencional.

410.—No que é relativo á capacidade, a exigência da lei é mais severa para a remissão do que para o pagamento.

Tanto para effectual-a como para recebê-la, é essencial ter capacidade para fazer e receber doações; a insolvência limita a capacidade para remittir (^{M19}).

O representante com poderes para pagar não pôde remittir sem mandato especial, mas pôde receber pelo devedor representado a remissão feita pelo credor (^{M.º}).

411. —Para a doutrina francêza a remissão é uma doação ("").

Códigos existem que tal consideram a remissão expressa, a qual affecta a forma das doações ("" e até alguns a submettem ás mesmas regras que regulam as doações inofficiosas ou excessivas (^{MM}).

Em nosso direito a remissão nunca foi equiparada á doação.

Um dos pontos de analogia que a doutrina francesa encontra nos dois institutos é que a remissão, como a doação,

(28W) GIORGI, *ob. cit.* VII, 309 ; Proj. Bevil., arts. 1056 e 111.

(2320) DEMOLOMBE, *Oblig. et. Cont.* V, 390-393.

(2321) HJDELOTET METMAN, *ObUg. H.* 567.

(asa*) C. Civ. Hesp., art. 1187; C. Civ. do Chile, art. 1653 ; C. F. Suisso, art. 141 ; C. Civ. de C. Rica, art. 821; C. Civ. da Colômbia, art. 1712; Proj. Fel., art. 550. ■

(MJ») Por exemplo, o cit. Cod. Civ. Hesp., art. 1187.

(232*) *Di. Uo Civil Recopilado*, art. 954 ; *Consol. das Leis Civis*, nota 11 ao art. 417 % 3.

precisa ser aceita. Esta razão não prevaleceu jamais entre nós, pois que a doação pura surtiu sempre effectos, ainda que não aceita pelo donatário, bastando a aceitação do tabellião (^{289f}).

Ha, entretanto, quem admitta que a remissão precisa ser aceita pelo remittido para produzir seus effectos C*⁶).

Assim parece evidente em direito romano (^{Mfl}). Entretanto, mesmo ali existem textos contradictorios, pois que a omissão reiterada de uma compensação a que se tinha direito entre próximos parentes, induzia a remissão do credito (ⁱ³²⁸)—o que exclue a necessidade da aceitação do remittido.

Não podemos dar nosso assentimento ao velho principio romano.

A aceitação do remittido não é essencial (^{ím9}). A remissão é um acto unilateral manifestado pelo credor (^{tM0}).

No fundo nem é isso incompatível com os principios romanos C"), nem é uma affirmação moderna (^{8M}).

Não podemos, do mesmo modo, com a doutrina allemã, vendo que a remissão é a mais completa das alienações, classificada entre certos typos característicos do contracto abstracto de alienação—*absrakles Geschàfl, Dinglicher Vertrag*—a que é estranha a causa juridica, ou titulo, em virtude do qual se procede á alienação, uma pura convenção de transferencia, analogá á cessão de créditos (*^{8M}).

Tal *simile* com a cessão é ao nosso ver ainda mais insustentável.

Na cessão ha uma transmissão, na remissão uma renuncia; ali o credor exerce ainda em todo o seu vigor o direito de credito, passando-o de si para outrem, responsabilizando-se pela existência do credito, aqui elle o extingue e o neutralisa ; ali a a operação póde-se realizar a titulo oneroso, aqui ella é de essência gratuita.

A remissão em summa é para nós um acto unilateral da vontade do credor. ¶

(*»*) Ord. liv. 4.o tit. 63. I

jm») GIORGI, *obr. cit. Vti*, 3 07 ; LACERDA, *Obrigações* § 90 nota 4.

(twi) WINDSCHEID, *obr. cit.* % 357 nota 4 ; MOMTOR, *obr. cit. n. 1015*.

(*^M) l. 26 D. de probat.

(»¹⁹) LABOMBIBBE, *obr. cif.* '285,10 ; PAC. MAZZONI, *obr. cit.* IV, 130 e sego ; BUFNOIR *Prop. et cont. pag. 505* •

(^{sss0}) WINDSCHEID, § j57 nota 1. 9

I (ttsi) l. g % l D. pro derelicto. I

v*»*) O próprio POTHIKR, no fundo, apoia esse modo de ver. Si não o abraça francamente, e por equiparar a remissão á doacção e esta depender da aceitação. Mas, citando a opinião de BABBEIRAC, diz elle : « Je conviendrai... qu'un creancier qui ciuraitune volonté obsolue d'abdiquer son droitde creance, *pourrait par sa seule volonté Veteindre** — *Obligations n.61j*.

(M3») DERNBURQ, *Das Burg. Recht v. II, P. l.* » § ljo.

Si fosse um contracto dependente de ambas as partes, ou da aceitação do devedor, o credor poderia fazer reviver a dívida em casos dados. Bastava demonstrar que a causa jurídica que deu lugar á formação do contracto não se realisara; que o remittido obteve um enriquecimento sem causa, para fundar a repetição.

Mas nesse caso a remissão já não seria gratuita e sim um contracto oneroso, ou de venda, si a ella tivesse correspondido a tradição de um objecto, ou um dos classificados no *do ul des*, ou *facio ul des, ele.*; nunca, porém, a verdadeira remissão que é essencialmente gratuita.

I A aceitação é de si mesma própria a desnaturar a remissão transformando-a nos institutos referidos. ou confundindo-a com a cessão a titulo gratuito, com a dação *in solutum, ele.*

Ha na doutrina contraria uma reminiscência dos preceitos romanos, em virtude dos quaes as obrigações só se podiam dissolver pela mesma forma por que eram contrahidas e, nesse caso, o consenso reciproco era uma regra inilludível.

No conceito moderno, esse principio, sem ser destituído de verdade em seu fundo, não é entretanto absoluto.

A remissão, mesmo condicional, não deixa de produzir todos os seus effeitos por não se prehencher a condição; poderá ser rescindida, mas nem por isso deixou de existir.

412.—Em direito romano a remissão não era sujeita á formalidade alguma; podia ser verbal, por escripto, ou tacita

O

A entrega voluntária do titulo da dívida já era uma presumpção da remissão (***)

mÂ

I

Esse principio domina o direito moderno com a excepção única do direito inglez em que a remissão tem forma especial e das mais solennes (**). Fora desse caso, todos os códigos modernos assentam o principio que a entrega voluntária do

(■M) I. 4f 1 : 1. 40 pr. D. depactis; Li. 13*21 C. de solut. ;l. 19§1 de acceptil.

(■*) dL I. 2 ftio D. de partia; I. 24 D. de probat. ■

(■'') E* a doe *cominei uHdtr tml.* «A contra* under tMlor ft<imUty Isa contract to) writing. the executioo whereof to accompenied with eertata •otomnittos whtob ool merely indtcate tbe «ssent of the contractíng partiec, but give to the ir contract peculiar (orce and cflkacy — *bmtou. C«mm»ni.* •» the amon Imw, f**g. t73,*

titulo da obrigação prova a desoneração do devedor e de seus co-obrigados, si o credor for capaz de alienar, o devedor capaz de adquirir e o titulo escripto particular (^{Mf1}).

As condições, pois, estabelecidas são que a entrega deve ser feita : a) pelo credor ; 6) ao devedor ; c) voluntariamente; d) de um titulo particular.

Pôde, entretanto, ser feita a entrega por mandatário especial (*³⁸⁸). Ao devedor entende-se feita a entrega do titulo quando feita a qualquer co-obrigado ou mandatário (^{MM}), sem, entretanto, comprehender que seja valida a entrega ao marido do debito da mulher, ou ao sócio a do titulo de divida da sociedade (^{i34o}).

413.—A titulo aqui de importante parenthesis se nos apresenta uma das questões mais especiosas. Pôde-se com fundamento pesquisar si a entrega voluntária do titulo faz presumir *pagamento* ou *remissão*, porque, em geral, os Códigos faliem em *desoneração do devedor* ("*").

Por um lado a desoneração tanto pode provir do pagamento como da remissão e, por outro lado, parece que a lei não se refere a uma verdadeira forma de extincção da obrigação e sim somente cria uma presumpção de que ella se achava anteriormente extincta por qualquer dos dous modos. Sendo então o pagamento o meio extinctivo mais natural, produzindo seus effeitos absolutamente, parece que a remissão precisa ser sempre provada pelo devedor que a allegar, quando se suscitarem duvidas a respeito (^{MW}).

(J837) *Digem Port. I, 1261, 1262*; Proj. Fel, art. 549 ; Proj. C. Rod., art. 578; Proj. Bevil., art. 1056; Cods. Civis: Fr., art. 1282; da Sardenha, art. 1275 ; de Nápoles, art. 1230 ; da Itália, art. 1279 ; da Hesp., art. 1188; de Port., art. 815 ; de Costa Rica, art. 821 ; da Colúmbia, arts. 1711 e 1713 ; do Chile, art. 1652 ; do Congo, art. 174 ; do Hayti, art. 1066 ; do Canadá, art. 1181 ; do Uruguay, art. 1489; Argentino, art. 877 ; dos B. de Montenegro, art. 621 ai. 2 ; do Japão, art. 519; Fed. Suíço, arts. 104 e 140 ; Allemão, art. 397.

(²⁵³⁸) AUBRY ET RAU, *ob. cit.* § j 24 nota 7 ; DEMOLOMBE, *ob. cit.* V, 408; GIOBQL, *ob. cit.* VII, 314.

(«•») LAURBNT, *ob. cit.* XVIII, 375-377 ; AUBRY ET RAU, *ett.* § 324 nota 3'.

(»»«) DEMOLOMBE, *ob. cit.* V, 411.

(²⁵⁴¹) Assim fez o nosso Proj. Bevil., no art. 1056 cit. nota supra.

(^{MW}) VINNIUS, *De Pactis, C. XII n 11* ; DURANTON, XII, 364 ; MASSÉ ET VERQÉ á ZACHARIE, § 569 nota 5 ; AUBRY ET RAU. § 323 nota 24 ; GIORQL, VH 3 22-323 ; MOUKLON, II, 1429.

Bem se entende que, em todo o caso, não se pôde negar ao credor a refutação ou contraprova da voluntariedade da entrega do titulo.

M

A entrega voluntária do titulo é o único meio de se fazer valera remissão.

Nossa lei não se compadece neste ponto com a extensão por analogia ; toda a renuncia é restricta e o titulo escripto é de necessidade (^{MM}). Mas as duas hypothezes enquadram-se na letra dos Códigos e a duvida é muito possivel na pratica.

De modo que, afinal, si o devedor pretende ter pago, a simples posse do titulo é uma prova do pagamento ; si pretende ter sido remittido, deve então proval-o.

A entrega do titulo vale quitação e esta, que no seu verdadeiro conceito é a declaração do credor de se achar pago e satisfeito, contém todos os casos extinctivos da obrigação e seus correlativos direitos (^{Mu}).

A quitação, porém, é um simples meio probatório e não uma prova absoluta de adimplemento e por isso pôde ser contestada.

Apenas cabe ao devedor provar que foi emittida em circumstancias taes que só poderiam exprimir a intenção de re-mittir (^W).

De modo que a posse do titulo de divida r.ão faz presumir por si só a remissão e sim somente a restituição voluntária (^{UM}), a desoneração do devedor, subsistindo sempre, na duvida, a necessidade da prova.

Na emaranhada controvérsia duvidamos da clareza na expressão de nosso pensamento e precisamos tornal-o bem claro,

Para nós—em resumo—a posse do titulo em mão do devedor é uma presumpção da entrega voluntária feita pelo credor.

Em caso de duvidas acerca da natureza da *desoneração* produsida por tal entrega, entendemos que o pagamento é que deve ser presumido, admittindo, porém, prova em contrario.

(^{23M}) Contra : GIORGI, *ob. cit.* Vil, 320. (»**) T.

DE FREITAS a P. E SOUSA, *nota* 342.

(2348) WINDSCHEID, § 57 *notas* 12-14 ; MODRLON, *ll.* 1426; MASSÉ ET VERGÉ k ZACHARIE, § 569 *nota* 4; DEFNBURQ, *ob. cit.* § 130 ' LACERDA, *ob. cit.* § 90.

(«M) DEMOLOMBE, V 421, 422; AUBRY ET RAU, § 323 *notas* jf2 e 33; LAROMBIBRE, 1282, 11; DORANTON, *XII*, 362.

Si nenhuma duvida se suscitar sobre a natureza da desoneração, então é a remissão que se deve presumir (^{WH}).

Como se vê, o que domina o instituto é a entrega voluntária do titulo da divida. De sorte que, si o credor provar que elle se acha com o devedor por dolo, erro, violência, perda, retenção injusta, violação de deposito, a tituido de communica-ção officiosa, ou por qualquer outra maneira em que a vontade não tenha intervindo— nenhuma desoneração terá o devedor (^{m8}).

Si, por outro lado, o devedor, de posse do titulo da divida vier a perdê-lo, é indiscutível seu direito de provar, por qualquer meio, o facto da perda depois da entrega.

A lei só deduz a liberação por via de consequência, da entrega do titulo; é esta a premissa. Seria, portanto, injusto que ao devedor não fosse licito estabelecê-la, a fim de garantir um direito já adquirido, quando uma tal circumstancia, exclusiva de culpa, viesse ameaçá-lo de o perder.

4 I 4.—Ha quem affirme que pela remissão não se extingue inteiro o direito de credito e apenas que o credor obriga-se a não o pôr em acção, dando ao devedor unicamente uma excepção ("*•).

Assim era, com effeito, no direito romano : o *pacum de non pctendo* era isso no fundo.

O direito moderno, ao contrario, ligou á remissão effeitos absolutos, extinctivos da obrigação. Si entre nós foi ella sempre uma excepção, pertenceu também sempre á classe das peremptórias, excluindo inteiramente o direito do credor nos mesmos termos que a solução (^{MB0}).

O direito hodierno conserva, sem duvida, o que de nen hum modo se pôde qualificar subtileza—a divisão dos pactos liberatórios em *in rcm* e *in penonam*. Elles são ainda libera tórios pessoal ou realmente (^{MM}).

Assim, a remissão que decorre da entrega voluntária do titulo é sempre real e liberta todos os obrigados.

(^{IS}) Hoc, *Vil*, J34; HODELOT ET METMAN, *H.* 568; ROSSEL, *H.* 117 fim ; AUBRYRT RAO, § 323 nota 38 ; LAROMBIERE, 1283, 6 ; GIORGI, *Vil*, 319. y
(«a*») GtANTURCO, *ob. cit.* § 70 «. 2 nota 2. (ts*í) WIKDSCHIED, § 357 nota 6 ; POTHIER, *ob. cit.* n. 607. {«MO}PERRAB SOUSA, nota 30' ; T. DE FREITAS aP. s SOUSA, nota 342. (^{MB};j POTHIER, *ns.* 616 e 617 ; GIOUGI, *Vil*, J26.

Dahi decorre que a que é feita ao devedor principal, sendo *irh rem*, liberta o fiador. Ao contrario, a que é feita ao fiador é pessoal e, portanto, não aproveita ao devedor (^{Mn}).

Por isso ainda, é que a entrega do objecto dado em penhor prova a renuncia do credor á garantia real e não a ex-tincçãoda dívida (^{MM}). O direito romano já decidia do mesmo modo (^{M54}) e nos tempos modernos somente nos é conhecido um Código que resolve radicalmente, extinguindo a divida principal (^{M81}). A solução exposta acima foi sempre constante em direito ; só se dava a remissão pessoal da garantia acce-ssoria (^{S8M}).

415.—A remissão concedida a um dos coobrigados des- * obriga-o da parte correspondente da divida ; e ainda que o credor reserve a solidariedade contra os outros, não pôde cobrar delles a divida sem deducção da parte remittida (^{ts87}).

No direito romano a *accptilatio* feita por um dos *rei stipulandi* extinguiu o direito de todos; feita a ura dos *corei de-bendi* liberava a todos (^{ISS8}). Ella operava *ipso jure e in rem*.

Quanto ao *paclum denon petendo*, ou remissão *in perso-nam*, feito com um dos devedores solidários, podía ser invocado pelos codevedores si estes fossem *socii* ; todos aproveitavam delle.

Si, ao contrario, não fossem associados, não se podiam va-

(^{'''}) *Dig. Port. I, 1265, 1266*; Proj. Fel., arts. 552 e 563 ; Proj. C. Rod., arts. 581 e 582; Proj. Bevil., art. 1056; C. Civ. Fr, art. 1287; C. Civ. da Sardenha, art. 1378; C. Civ. de Nápoles, art. 1241 ; C. Civ. Ital., art. 1282; Cod. Civ. Hesp., art. 1190; Cod. Civ. Port., art. 816; Cod. Civ. de Costa Rica, arts. 824 e 825.

. (««») *D/g. Porl. I, 1264*; Proj. Fel., art. 654 : Proj. C. Rod., art. 579; Proj. Bevil., art. 1057 ; C. Civ. Fr., art. 1286; C. Civ. Arg., art. 886; C. Civ. Ital., art. 1280 ; C. Civ. do Chile, art. 1654 ai. 2.

(») l. 3 ^C*D. de pactis*.

(M5S) ^{E-0} Cod. Civ. Hespanhol, art. 1191.

(»M) VINNIUS, *De pactis C XII, n. 11*; VOET, *ad Pana II, 14 e 15*.

(*»«) *Dig. Port. I. 1263*; Proj. C. Rod., art. 580; Proj. Bevil., art. 1058 ; C. Civ. deUruguay, art 1495; C. Civ. Ital., art. 1281; C. Civ. Arg., art. 707; C. F. Suisso, art. 166; O C. Civ. Fr., arts. 1284 e 1285 libera todos os devedores solidários, salvo reserva da solidariedade contra elles. O C. Civ. Allemão, art. 423 dispõe que a remissão convencionada entre credor e um dos devedores solidários aproveita aos outros devedores quando os contratantes queiram extinguir a totalidade da divida.

(2358) i. 13 § 12 ; 1. 16 pr. D, *deacceptil. / MAYNZ, § 295 nota 18* ; Mo-LITOB, ». 1017; WINDSCUEID, §295 nota 4.

ler do pacto feito com um só dos devedores, contra o qual, em caso algum, terão recurso, si viessem a pagar a divida (^{.8M}).

Não se distancia muito dessa solução a do nosso direito, excepção feita da distincção de *soai* ou não *socii*.

A principio é claro e de si evidente que o credor pode renunciar ou remittir a divida em relação a todos os devedores solidários e então a obrigação se extingue a respeito de todos.

Elle pode ainda renunciar a solidariedade em beneficio de um dos devedores, remittindo a divida na parte em que este fosse nella obrigado.

Mas essa renuncia á solidariedade em favor de um dos coobrigados não altera o natureza da divida quanto aos outros; estes continuam devedores solidários e o credor pode exercer contra qualquer delles os direitos decorrentes da natureza da obrigação. O que elle não mais pode é lhes exigir a totalidade da divida e deve deduzir a parte do devedor a quem concedeu remissão.

Inútil é dizer que o devedor remittido, como no direito romano, não soffrerá ulteriormente o recurso daquelle que vier a pagar mais tarde o restante da divida, pois que, si bem que obrigado cada um pela totalidade delia para com o credor, os devedores solidários só o são entre si pela quota que nella têm e, no caso figurado, uma dessas quotas deixou de existir.

Neste ponto a divergenca dos códigos, si alguma existe, não é de grande monta.

Maior e mais grave é a disputa, no caso da solidariedade activa, sobre os efeitos da remissão concedida por um dos credores solidários ao devedor commum.

A doutrina francêza e italiana applicam á solução do caso o effeito do *paclum de non petendo in personam* para desobrigar o devedor somente da parte do credor remittente.

A solução ali é a mesma para a compensação, a novação e a confusão. Dizem então aquelles civilistas que a solidariedade entre credores não implica o direito para cada um de dispor do credito a titulo gratuito ; cada um só é dono de sua parte e só delia pode dispor.

Se é permitido a cada um proseguir o pagamento total, é pelo mandato tácito, como representante dos outros seus concredores. Ora, a remissão é acto extranho ao interesse commum, fica fora dos limites daquelle mandato ; não é conservatório nem assecuratorio do credito (^{.M0}).

(¹⁸⁵⁹) MOLITOH, n. 1020.

(²³⁶⁰) BAUDUY L. ET BARDE, ob. cit. n. 1152 ; MARCADÉ, ob. cit. ao art. 1198 ; RICCI, ob. cit. n. 69.

Esta não é a doutrina dominante em direito pátrio. :2

Entre nós dominou sempre o effeito equivalente á *accep-tilatio* romana, que era alias a antiga doutrina francêza anterior ao Código Civil (^{MM}). O pagamento feito a um dos credores solidários extingue inteiramente a divida. O mesmo effeito do pagamento resulta da novação, da compensação e da remissão (⁸³⁸²).

Sem duvida que, como deixámos dito ao estudar a solidariedade, os credores obrão para exigir o credito como representantes uns dos outros. Mas essa representação não é só para o pagamento. Este é uma extincção equivalente á novação, á compensação e á remissão.

Nem se diga que remettindo a divida o concredor faz liberalidade com o que não é seu, porque, em relação aos outros, elle responde por suas quotas partes pela acção *pro socio*, pela gestão de negocio e pela do mandato.

Tal é a doutrina romana (^{MM}), de muitos Códigos (^{mi}) e de notáveis autores (^{286s}).

Para que a entrega do titulo equivalha á remissão e faça prova delia, deve emanar de pessoas em cujas mãos todo o pagamento effectuado seja valido. Ora, isso se verifica em toda a sua extensão com o credor solidário.

416.—Em relação a divida indivisível com pluralidade de credores, os effeitos da remissão, em nosso direito civil, são outros que não os extinctivos absolutos da remissão na solidariedade activa.

Si um dos credores remittir a divida, não ficará a obrigação extincta para com os outros ; mas estes só poderão exigir a prestação, descontando a quota do credor remittente.

. O mesmo se dá nos casos de transacção, novação, confusão, ou compensação (^{iM6}).

(«Mi) DOMAT, *Lois Civiles I Pfi Uv. Ill, M. III, sect. I, ns. 4 e 6* ;
POTHIER, *n. 260*.
f««) Proj. Bevil., art. 903.
(23B3) § 1 inst. quib. mod. oblig. toll. ; 1. 16 D. de acceptil. ; 1. 2 D. duob.
reis.
(2864) Cod. Civ. Arg., arts, 707 e 708 ; Cod. Civ Hesp., arls. 1143 e
1144 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1513 ai. 2. ^~
(2365) DOMAT, *cif.* ; POTHIER, *ob. cit. n. 266, 4.* ; SAVIGNY, *Obligationen-*
recht § 18. —
(2366) vide o Capitulo — *Da indivisibilidade*. Proj. Bevil., art. 89/.

O caracter indiviável da prestação é que produz esse efeito de fazer subsistir inteira a obrigação para com os mais credores.

Estes, porém, devem, ao exigirem a dívida, reembolsar o devedor do valor da parte remittida (iac^t).

Como se vê, taes effeitos silo precisamente contrários aos da remissão na solidariedade.

(^{'''}) POTHIER, *ob. cit.* 397: GKORQI, *Op. cit.* i, «. 567.

CAPITULO XIII DA

PRESCRIÇÃO LIBERATÓRIA

Summafio. 417—JUÍZOS diversos acerca da prescrição: seu surto no direito romano. 418—A prescrição no ponto de vista moral e positivo. 419—Conceito unitário da prescrição. 420—Definição. Requisitos da boa fé. 421—Prescrição e prazo. 422—Condições da prescrição. 423—Deve ser sempre alienada. 424—*Renuncia* da prescrição. 425—A renuncia nas obrigações solidarias e indivisíveis. 426—Terceiros lesados com a renuncia. 427—A prescrição e as pessoas jurídicas. 428—Direito regressivo que surge da prescrição. 429—*Suspensão* da prescrição : suas fontes. 430—431—Casos de suspensão. 432—Suspensão na solidariedade. 433—*interrupção* da prescrição: princípios dominantes. 434—Casos de interrupção. 435—Por quem pôde ser promovida a interrupção. 436 Prazo da prescrição. 437—Casos da prescrição. 438—Imprescriptibilidade. 439—Prescrição em direito internacional. 440—Efeitos da prescrição : obrigações naturaes.

417.—Não ha talvez um instituto de direito que mais oportunidade tenha fornecido ás divagações dos philosophos do que a prescrição. Já na antiguidade variavam sobre ella seus conceitos. Si houve quem a chamasse *patrona generis humani* ^(5M), *finis solitudinis cl periculum litium* ⁽²³⁶⁹⁾, outros a intitulavam *ini quum pcesidium* ⁽⁸⁷⁰⁾.

O que é facto é que a mór parte dos povos da Terra a desconhecem ainda hoje (*). O Principado de Montenegro não tinha este instituto que foi creado de chofre pelo *Código dos*

^(5M) CASSIODORUS, *Variis litteris* V, j?7.

⁽²³⁶⁹⁾ CÍCERO, *Pro Ccecina* 26-

⁽⁸⁷⁰⁾ ... Nec iniquis hominibus *implum* remaneat *prcesidium** JUSTINIANO,

Nov. IX.

⁽³¹¹⁾ POST, *Grundniss der ethnulogisce Jnrispruâenz*, vol.U,p- 613.

Bens (^{M7M}) eo direito musulmano ainda não o conta entre seus dispositivos (^{s313}).

I No direito romano até uma época relativamente recente o direito e a acção confundiam-se de tal modo, que nenhuma separação entre elleserasi quer concebi vel(^{M7*}), e como aquelle estas eram sempre reputadas perpetuas—*perpetuo compele-banl*; constituíam um património de seu sujeito activo. Estas, porém, eram as acções *civis*, decorrentes *do jus civite*, do *jus proprium cioium romanorum*.

Ao lado destas já existiam as chamadas acções pretorianas que eram temporárias. O pretor na formula que dava ao magistrado marcava um prazo ao uzo da acção, cujo esgotamento dava á parte accionada o direito de a excluir, invocando sua improcedência.

Esse uzo foi se accentuando cada vez mais, até que a *prces-criplio* e a *exceplio* tornaram-se synonymas.

No século V, Honório e Theodosio II iniciaram a phaze nova e definitiva do instituto, dando a todas as acções a duração restricta de trinta annos e conservando-lhes, apesar disso, a denominação de perpetuas (^{s315}j).

418. A prescripção, entretanto, no ponto de vista moral mais elevado, não é um bem, nem é um mal.

Tudo depende de sua applicação pratica.

Está claro que si é ella invocada como um meio de se subtrahir á uma divida de honra e sagrada para quem a ellaé obrigado, a prescripção vem a ser o instrumento jurídico de um acto reprovado pela moral. Mas si um credor de má fé permanece na posse do titulo e acciona o devedor, que em tempo pagou, desde que a este nada mais reste do que o recurso da prescripção, quem poderá dizer que a defêza que ahi repouzar constitua um acto immoral ? (^{s16}).

No ponto de vista puramente scientifico, ha na prescripção a applicação da theoria das hypothezes. Esta é uma forma

(⁸³¹²) POTOVIC, *Hecht und Gencht in Montenegro* § 70, apud PosT, /Mg. cit.

(²³¹³) MEILI, *Insítuaioni di sciewsa dei diritlo comparato*, pag. 109.

(²¹ⁿ⁴) CARLB, *Origine dei diritto romano*, ns. 101-106.

(^{M11}) Is. 3e8C. deproscript. XXX, vel. XL annorum; e tit. de annali exceptioneetc. ; MáGKBLDJtr, §§ 209 e 2 (0 ; MARBZOLL, £ 59 ; MOLITOK, M. 1087. M (••) GIOHGI, VIII, 217.

lógica, um methodo de explicação de phenomenos, tanto mais scientifico quanto melhor repousa na base de outras theorias e factos bem assentados e positivos.

Ninguém hoje ignora que a sciencia positiva formou-se sempre agrupando os phenomenos observados por meio de um laço hypothetico que os generalisava, laço sempre o mais simples e o mais de accôrdo com os dados fornecidos pela observação.

I Foi assim que cada systema astronómico constituiu, em bua época histórica respectiva, a mais rigorosa verdade para o estado social e intellectual correspondente, ou, o que é o mesmo a hypotheze mais simples e mais de accôrdo com as observações obtidas sobre os phenomenos que se tratava de representar (^{S17}).

Em direito essa theoria tem applicações varias e uma das mais importantes é, sem duvida, nas prescripções.

Todas as legislações dão como fundamento da prescripção a negligencia do credor (^{M18}).

Não é, porém, a negligencia em si que justifica realmente a prescripção e sim a hypotheze, implicitamente formulada, de que tal negligencia prolongada importa a renuncia do direito creditório C⁸¹⁹).

E a razão ultima dessa hypotheze reside no character temporário das relações humanas, na necessidade de se resolverem certas situações de facto, que não podem ser permanentes, que não devem gravar gerações futuras. O tempo legitima assim aquillo que respeitou deixando durar, *ne in perpetu-um incerta sint jura*.

Eis como a prescripção tende a legitimar o que é normalmente contrario ao direito. EUa suppõe no titular do credito a inércia e o abandono de seu direito. Estabelece-se então uma contradicção entre o prescribente eo sujeito activo da obrigação, de modo tal que o direito daquelle augmenta á medida que o deste decresce e attinge ao seu *maximum* quando o do outro se annulla inteiramente.

(^{S3TV} ADAM SMITH, *Essay OH the history of astronomy*. AUGUSTO COMTK foi quem primeiro tormulou a theoria positiva das hypothezes em sua *Philoso-phia Positive* desenvolvendo-a sempre até a instituição da *Philosophia Primeira* na *Politique Positive*.

(^{2S18}) «... Porquanto por a negligencia que a parte teve, de não demandar por tanto tempo sua cousa ou divida...» diz a nossa velha Ord. Uv. 4 tit. 79 pr.

(WW) CAGIAOLO, *Filosof. dei álr. privato*, p. X37-138.

419. —A prescrição é um meio de adquirir um direito ou de se liberar de uma obrigação—definem quasi todos os Códigos C⁸⁸⁰).

Dahi o distinguir-se a prescrição *adquisitiva* e a *extintiva ou liberatória*. Aquella pertence ao ramo dos direitos re-aes : é a *usucapião* dos romanos ; esta foi sempre considerada parte do direito das obrigações C⁸¹).

Essa divisão é um artifício puramente lógico, instituído pela *theoria* do direito. A prescrição é sempre filha de um conceito único (^{8M}).

Na prescrição ha sempre um património que se perde e um outro que augmenta (^{MW}).

Si o proprietário não reivindica sua coisa do possuidor usucapiente e vem a perder sua propriedade, o possuidor adquire, por seu lado, a livre disposição de uma parte que vem augmentar seu património. Nem se diga que nesse modo de actuar preponderou a aquisição ; que a prescrição veio por via de consequência.

Não; um só adquiriu porque o outro perdeu ; sem essa perda era inconcebível a aquisição.

Por outro lado, si o credor não exige seu credito e o perde, o devedor ganhou um augmento de seus haveres. E* pois, somente na ocepuação da *res nullius* que se poderia conceber uma verdadeira prescrição adquisitiva, do mesmo modo que é somente no abandono voluntário do domínio que era possível imaginar urra característica prescrição extintiva

O conceito da prescrição, portanto, e eminentemente unitário.

Assim pensaram sempre o direito prussiano, o Código da Áustria e a unanimidade dos Códigos do *systema f rancêz*.

Si o novo Código Civil Allemão contramarchou á distinc-ção da prescrição em adquisitiva e extintiva (^{WM}), não passou incólume das criticas mais autorizadas (^{BM}).

(MM; Cod. Civ. Fr., art. 2219; C. Civ. Ital., art. 2105; C. Civ. Hesp., art. 1930; C. Civ. Arg., art. 3947 ; C. Civ. da Luteiana, art. 3430; C. Civ. da Holl., art. 1983 ; C. de Nápoles, art. 2125; C. Civ. da Áustria, art. 1451 ; C. Civ. do Hayti, art. 2492 ; C. Civ. do Chile, art. 2492 ; C. da Prússia, IX, 1 § 51.

(2381) LAFAYKTIB, *Direito das Cousas* § 59 nota 7. H

(2385) Cods. Cits. A própria Ord. cit. diz: «cousa OH divide.*

(2383) SAVIGSY, *DroitRom. IV, § 177 e V, £ 237.*

■ (8334) BKKKER—*Patuieklen I C. app. { II, p. 124.* K

(^{M8S}) *ErsitsuHg Usucapion* incluída no livro III e *Anspruchverjethrung* nos arts. 194 a 223 da Parte Geral.

(«86) QTTTO GIEBKE — *Detitsch Privatrecht, I, p. 313 nota 22.*

A unidade do conceito pertence á escola do direito natural ; a dualidade á escola histórica. Mas, a despeito da superioridade scientifica desta ultima, não se pode concluir pela infallibilidade de todos os os seus postulados. Seria um erro subjectivo tão injustificável como a rejeição em massa e sem exame de todos os principios de sua antagonista.

420.—Estabelecido assim que a distincção das duas espécies de prescripção é puramente theorica, devemos definir a liberatória um modo de extincção das obrigações occasionado pela inércia do credor, durante um lapso de tempo que a lei predetermina e que só produz seus effeitos quando invocada por quem delia se aproveita. Vê-se dahi que são três os seus elementos :—*a*) a inércia do credor ; *h*) o decurso do tempo e *c*) a invocação de qualquer interessado,

Decorre igualmente da definição que o requisito da boa fé no prescribente não é essencial á prescripção liberatória.

O direito romano não exigia esse estado do devedor, nem que elle ignorasse a divida.

O direito canónico introduziu essa exigência ao tempo de Alexandre III e de Innocencio III, somente quando se tratasse da restituição da cousa alheia injustamente possuída (^{M81}).¹

Nossa Ordenação então determinou : «Porém esta lei não haverá lugar nos devedores que tiverem má fé : porque estes taes não poderão prescrever por tempo algum, *por se não dar occasião de peccar tendo o alheio indevidamente*» C"*)'.

A' vista disto, muitos dos nossos civilistas exigem a boa fé como elemento da prescripção liberatória (^{SSM}).

Mas a lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 estatuiu que se houvesse por não escripta a *supposição de peccado* como motivo das leis pátrias.

(2387) ... Unde oportet ut qui prescribit. in nullo tempore parte rei ha-beat conscienciam alieni, *Cap. Quomam 20 De prescriptionibus*. O mesmo se vê repetido no *Cap. Vigilanti V, do mesmo Ut.*; DBRNBERG, *Pandekten J*, § 145; GiotcGi. VIII, 218 e segs. ; WINDSCHBID, § IH.

(2388) Ord. liv. 4 tit. 79 pr. cit.

(2380) MELLO FREIRE, *liv. 3.º ut. 4.º % 8* ; Liz TEIXEIRA, *Pir. Civ. vol. II pag. 133 a 136 f C*. TELLES, *add. á Dout. das Acções § 71 n. 4 e § 171*; *Dig. Port. 1,129Se 1311* ; LOUREIRO. *Dtr. Civil §§ 609 *619* ; REBOÇAS, *Observação ao art. 854 da Consol. das Leis*; CÂNDIDO MENDES, *Cod. Philo-ppmo notas a cit. Ord.*

Conseqüentemente, desapareceu o fundamento da Ordenação e ninguém mais o acha essencial (^{M9o}). E' este, de resto, o modo de ver de todos os Códigos modernos ("").

A boa fé não é, pois, um requisito da prescrição liberatória.

4121.—Ha hoje na doutrina uma séria preocupação em distinguir a prescrição do que se chama *decadência*, ou esgotamento de prazos legaes. Não achamos razão para a disputa.

A prescrição implica um estado especial do credor, caracterizado pela inércia e negligencia e lapso do tempo e se dirige contra a acção impossibilitando seu exercício.

A decadência, ao contrario, fere o próprio direito e o extingue.

São esses prazos breves e fixos que a lei determina para o exercício de certos direitos. A lei fixa então positivamente o inicio e o termo.

Outrosim, não cabe em direito pátrio distinguir *razão* e *prclencão* da *acção*, cuja disputa nebulosa tanto obumbrou a gestação do Código Civil germânico (^{MW}).

Prescrição da razão, da obrigação, do direito, constitue uma e mesma coisa. A prescrição termina a possibilidade de propor acção em juizo, como extingue o próprio direito. Não ha sophismas nem logomachias que possam dar apparencia de verdade a uma affirmação em contrario (^{is9S}). E que ha nisso de admirar ? Perde-se também o usufructo, a servidão, o direito de aceitar uma herança pelo não uso do direito dentro de um certo tempo.

Não ha, pois, um motivo lógico que justifique a exclusão do mesmo principio dentre os que regem os direitos de credito (^{239"}).

(2300) LOBÃO, *Fascículos, Diss. IV*, já antes da lei de 1769. Depois delia : C. DA ROCHA, *nota Tao §46§* ; *Concol. das Leis neta 2ao att. 854* ; LACERDA § 99 *noia 16* ; BEVILÁQUA, *Obrigações. § 52* ; *Direito Civil Recopilado, art. 963*; Código Commercial, art. 441.

a (^{M*}> Cods. Civis : Fr., arts. 2244 ; Uai., arts. 2118 e2135 ; Hesp., art. 1961 ; Holl., art. 2004; de Nápoles, art. 2168 ; da Áustria, arts. 1478 e 1493; Fed. Suisso. art. 146; Arg., 4017 ; AU., arts. 801 e 852 e, com restricções mínimas, oPort., art. 535.

(t*M) vide sobre essa discussão GRAWEIN, *Ver/afirung und gesetaliche Befristung p. X*.

(****; E' a doutrina de WINDSCHBID triumphante no art. 194 do C. Civ. Allemão.

/tm^ FADDA E BENZA, *notas a WINDSCHBID I pag. 1078*.

4122.—As condições requeridas para a prescrição são todas relativas ao sujeito activo do direito a prescrever e ao próprio credito. São ellas as seguintes :

4)—Um direito firmado e exigível, desde o momento em que se torna tal. E' o que os romanos chamavam a *adio nata*

^{1/395\}

2)—O lapso de tempo ; 3)—
A continuidade (*?").

4211.—A prescrição deve ser sempre allegada pelo devedor ou por aquelle a quem interessar e não pôde ser decretada *ex-officio* pelo juiz (^m). Ha unanimidade nos Códigos a respeito.

Todavia o Código Civil Hespanhol é omissso sobre o assumpto e na doutrina ha quem argumente que sendo temporárias todas as acções, não se deveria admittir uma delias fundada em obrigação extincta pela prescrição, salvo si o devedor a ella renunciasse (²³⁹⁵).

Este argumento não colhe, porque não é só o decurso do tempo o elemento da prescrição e sim também a inércia do credor em fazer valer seus direitos. Ora, essa negligencia é um facto que o juiz não pôde dar como provado e deve-o ser por quem d'elle pretende deduzir direitos. Acresce que a liberaçãõ por prescriçãõ é acto voluntário, que pôde ser renunciado e não é, portanto, justo que o juiz se anteponha á consciência do devedor.

(*■) Is. 3e 7§4 C. proescrip. XXX an. ; 1. 1 § 1 C. annali except. ; WINDSCHBIC § 107; LACERDA, § 92 nota 24; *D ir. Port, I, 1282* ; MOLITOR, *H. 109* ; ROSSBL, «. 182 ; C Civ. Hesp., atr. 1969; C. Civ. Arg., art. 3956; C. Civ. do Chile, art. 254 ; C- dos B. de Montenegro, art. 631 ; C. Civ. Allemão, art. 198; C. Fed. Suisso. art. 149; Proj. Fel., art. 421.

(2300) l. 3 c. depr. XXX anu.; l. 2 C. de annali excep.

(2307) [^] *Dir. Civ. Recopil.. art. 966 ; Consol. das Leis nota 1 ao art. 853; LAFAYETTE. ob. cit. § 77 fim ; BEVILAQUA, tug. cit. ; Cod. Civ. Fr., art. 2223; Cod. Civ. ItaL. art. 2109; Cod. Civ do Hayti, art. 1991; Cod. Civ. da HolU. art. 1987; Cod. Civ. Arg., art. 3964; Cod. de Nápoles, art. 2129; Cod. Civ. do Chile, art. 2493; Cod. Civ. da Luisiana, art. 3426 Cod. Federal Suisso, art. 160i Cod. dos B. de Montenegro, art. 635 ; Cod. de Saxe. art. 153 ; C. Civ. da Austria, art. 1501 , Proj. Bevil., arts.*

166e170. ■ (2308) TROPLONO, *PrescriptioH, ns. 103 e segs.*

A allegação da prescrição pôde ser feita em qualquer instancia da causa (^{M9*}).

424.—Ninguém pôde por acto unilateral ou por contracto renunciar a prescrição antes de consumada, pois que é ella do interesse social (^{40o}), Si isto fosse permittido.não tardaria a figurar essa renuncia como clausula imposta pelo credor em todas os títulos creditórios.

Entretanto a todos é licito renunciar a prescrição já consumada em seu favor (^{2W1}).

A renuncia é sempre um acto unilateral e não depende, portanto, da aceitação do credor.

Ella pode ser expressa ou tacita e só produz effeito depois de consumada sem prejuízo de terceiro (⁸⁴⁰ⁱ).

A tacita é presumida por qualquer facto do interessado que seja incompatível com a prescrição. O pagamento, a compensação parcial, os pedidos de espera, a offerta de fiador ou de qualquer garantia real, não podem deixar de ser considerados outros tantos modos de renuncia tacita á prescrição, porque *mínima agnilione dcbili lollitur prcscriptio*.

Assim como não podem as partes renunciar a prescrição não consumada, não podem por mutuo accôrdo augmentar seu prazo. Podem, porém, diminuil-o (^{40S}).

Diz-se, em geral, que quem renuncia a prescrição deve ter capacidade para alienar (²⁴⁰⁴). E' preciso restringir o principio assim posto.

(¹³⁹⁹) Ha quem pense que a prescrição pôde ser decretada pelo juiz em favor dos menores e dos que são a elles equiparados por não terem capacidade para renunciar expressa ou tacitamente. Arg. do Dec. 917 de 1890, art. 79 n. II e do art. 441 ds Cod. Comm. que nega aos menores o beneficio de restituição contra a prescrição por actos regidos pelo mesmo Código. *Dir. Civ. Recopil., art. 966*. Pomos em duvida a orlhodoxia de tal doutrina.

("o") *WINLCHLID, § 106 nota 5*.

(^{W1}) *LOBÃO. ob. cit Diss. IV § 58* ; C. Civ. Fr., art. 2220; C. Civ. Ital.. art. 2107; C. Civ. do Chile, art. 2494; Hayti, art. 1988; C. F. Suisso, art. 159.

(•*«) Cod. Civ. Fr., art. 2221 ; C. Civ. Ital.. art. 2111 ; Cod. Civ. Hesp., art. 1935 ai. 2; Cod. Civ. do Chile, art. 2494 ; Proj. Bevil., art. 165.

^2-103) C. Civ. AUcmão, art. 225 ; Em contrario o F. Suisso, art. 148.

(2404) C. Civ. Fr., 2222 ; C. Civ. Ital.. art. 2108; C. Civ. Hesp. art. 1935; C. Civ. Arg.. art. 3965 ; C. Civ. da Áustria, art. 1453; C. de Nápoles, art. 2127 ; C. Civ. daHoll.. arts 1984 e 1985; C. Civ. do Chile, 2495; Cod. Civ. do Hayti, art. 1990. Assim não pôde renunciar a prescrição já consumada o devedor em fraude de credores. Em tal caso estes tem a Pauliana.

A renúncia da prescrição não é um acto de liberalidade e sim somente o reconhecimento do direito de outrem, que até a exclue (^{1W8}j. Si, porem, a renúncia é feita depois de invocada a prescrição em juízo, então sim, a liberalidade existe, ha um acto de disposição, uma verdadeira retrocessão, criação de um vinculo novo, pois que o devedor já tem seus direitos firmados.

425.—O devedor solidário ou o co-devedor de obrigação indivisível não pode renunciar a prescrição, ou por outra, a renúncia por elles feita não prejudica aos seus co-devedores, visto como não lhes é permitido, em caso algum, piorar as condições dos outros (^{MOS}).

42G.—Os terceiros lesados com a renúncia da prescrição, taes como o fiador, o terceiro adquirente etc. podem se oppôra ella (²⁴⁰⁷).

427.—As pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e podem invocal-a sempre que tiverem direito (r).

428—Fica salvo ás pessoas legalmente privadas da administração de seus bens o direito regressivo contra seus representantes legaes, quando a prescrição fôr devida á negligencia destes ("").

(240õ) POTHIBR. *Oblig. n. 700*; BOFNOIR, *ob. cit.p.* 166.

(2406) CoU. F. Suisso, art. 159; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 984.

(**07; *Consol. das Leis nota 1 ao art. 853* ; *Dtr.Ci v. Recopil.*, art. 966 § ««.; Proj. Bevil., art. 166; C. Civ. Fr..art. 2225 ; C Civ. Ita!., art. 2112 ; C. Civ. Hesp., art. 1937 . C.Civ. de Nápoles, art. 2131 ;C. Civ. da Holl., art. 1989; C. Civ. da Luisiana, art. 3429; C. Civ. do HayU, art 1993 ; C. Civ. Arg., art. 3963 ; C.Fed. Suisso, art. 159.

(*08; C. Civ. Fr., art. 2227 ; C. Civ- Arg., *rt. 3951 : C* Civ. Ital. art. 2114 ; C. Civ.da Holl., arts. 1983 e 1991; Proj. Bevil., art. 167,

<«*») Proj. Bevil., art. 168.

429.—Já vimos que a prescrição tem como fundamento que um direito exigível deixa de o ser pela negligencia e inacção de seu sujeito activo. De modo que razões de ordem material ou jurídica sendo a causa de uma inacção forçada, não as devemos imputar ao credor para o effeito de inutilisar seus direitos creditórios.

São estes por sua vez os fundamentos da suspensão da prescrição :—*prmscriplio dormem*.

A prescrição, pois, não corre contra o impossibilitado de fazer valer seus direitos : *contra non valentem agere, non currit prescriplio* (^{M0})—não se prescreve contra quem não pode agir.

Essa máxima, porém, não comprehende os obstáculos de facto ou de força maior, cuja amplitude concreta é de natureza a neutralisar completamente a prescrição (**").

As causas da suspensão da prescrição decorrem somente:

a) do objecto e modalidade do credito ;

b) da qualidade e relações do devedor.

A suspensão distingue-se da interrupção em que aquella não annulla o tempo anteriormente decorrido e o computa no prazo, uma vez que cesse sua causa, ao passo que a interrupção inutilisa o tempo anterior, que se começa a contar de novo da data do acto que a interrompeu, ou do ultimo acto do processo para a sua interrupção, si a causa desta vier a cessar o.

A interrupção é sempre um acto asscuratório do direito do credor, emquanto que a suspensão funda-se no interesse social (¹⁴¹⁵).

430.—*Em relação ao objecto e modalidade do credito, não corre a prescrição :*

I—Pendendo a condição suspensiva (***), sinão desde o dia em que se verificar a condição ;

(**) L. 3 C. de presc. XXX ann. ; 1. 1 § 2 C. de ann, except. ; Cod, Civ. Arg. an. 3980; Cod. dos B. de Montenegro, art. 632.

(^{MU}) MARCADÉ, *. *et. ao art. 2251, 1, '85 ; LAURENT, ob. cit. XX.XII, 38 e sega. ; ZACHARUE, Droil Civ. % 848; ACBRY ET RAV.O». til. § 214.*

(***) *Dir. Civ. Recopil., ait. 985.*

<*)» *Dir. Civ. Recopil., art. 985 tti. ; C. Civ. Arg., art. 8983 ; C. dos B. de Montenegro, art. 952; Cod. Civ. Allemão, art. 217.*

(u») l. 7 § 4 c. de presc. XXX ann. ; l. I § I C. de ann. excep. ; WINDSCHEID, § 107 ; ROSSEL, M. 182 \ LACEUDA, § 92 nota 27 ; />/g. *Port. 1, 1290; Proj. Bevil., art. 174 n. I; C. Civ. Fr., art. 2257; Cod. Civ. Itai., art. 2120.*

- II—Não estando vencido o prazo (^{4Mí}) ; H
III—Pendendo a acção de evicção, si não desde que a coisa
foi vencida ao possuidor delia (**").

431.—*Quanto a qualidade e relações dos devedores*, não corre a prescrição :

I—Entre os cônjuges na constância do matrimonio a respeito das acções que um delles podia mover contra o outro, ou contra terceiros, no caso em que si a mulher tivesse intentado contra elles sua acção, reflectiria sobre o marido a responsabilidade (C⁴¹⁷).

■
II—Entre os ascendentes e descendentes durante o pátrio poder O ;

III—Entre os tutelados e curatelados e seus tutores e curadores durante a tutela e curatela (**M) ;

IV—Em favor do credor pignoratício do mandatário e, em geral, das pessoas que lhe são equiparadas, contra o depositante, devedor, mandante e pessoas representadas ou seus herdeiros quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados á sua gestão. A razão é que nenhum destes possui em seu nome.

V—Contra os incapazes, isto é, os menores de 14 annos, os loucos de todo o género, os surdos mudos que não puderem

(«*«) Ord. liv. 4 tit. 50 § 1 ; C. Civ. Ital., art. 2120 cit., Proj. Bevil., art. i 74 n. II. Si a divida não tiver prazo, só se vence dez dias depois, diz o Cod. Comm., art. 137 e, portanto, só dahi é que se começa a contara prescrição.

(**") *Dig. Port. I, 1291*; 1. 21 C. de evict. : C. Civ. Ital., art. 2120 Cit.; C. Civ. Arg., art. 3957; C. Civ. AU., art. 199; Proj. Bevil., art. 174 n. III.

(^{1Mí}) I. 3 C. de jur. dot. ; Ord. liv. 4 tit. 66; *Dig. Port. I, 1288 e 1289*; *Dir. Civ. Recopil., art. 974'*, LAFAYETTE, *ob. cit. % 75 notas 9e 10* ; C. DA ROCHA, § 457; Proj. Bevil., art. 172 n. I; Cods. Civis Fr, art. 2253; Arg., art. 3969; Ital., arts. 2119 e 2120; Fed. Suisso, art. 153 n. 3; Ali, art. 204; da Áustria, art. 1495 ; de Saxe, art. 156.

(^{2Mí}) L. 1 C de bon matem.; LOBÃO a MELLO, *liv. 3.º tit. 4 § 12 n. 12*; LAFAYETTE, *cit. § 75 notas 7 e 8* ; *Dig. "Port. I, 1287*; Proj. Bevil., art. 172 n. II; C. Fed. Suisso, art. 153 n. 1 ; ROSSÉL, *ns. 188 e segs.*

(«*«); *Consol. das Leis, art. 856* ; *Dir. Civ. Recopil., art. 967* ; *'Dig. Port. I, 1285 e 1286*; LAFAYETTE, *Cit. § 75 nota 5*; Proj. Bevil., art. 172 n. III ; M. FREIRE, *liv. 3.º III. 4fi% 12*; 1. 3 C. quib. non objicit.; MÍBLEN-BRUCH, *oô. cit. § 261 nota 7* ; MAYNZ, § 199 nota 13; C. Civ. Arg., art. 3973 ; C. Civ. Ital., art. 1219; Cod. Fed. Suisso, art. 153 n. 2.

communicar sua vontade e os ausentes como taes declarados por sentença (^{2W0});

VI—Contra os ausentes do Brazil em serviço publico federal, estadual ou municipal (*^{W1});

VII—Contra os que se acharem servindo na armada e no exercito nacionaes em tempo de guerra, emquanto esta durar eum anno depois (^{MM}). E' um favor excessivo, pois que, no dizer de emérito jurista.não mais podemos contar com a duração da guerra deTroya, nem com a Guerra dos Trinta Annos.

432.—A suspensão da prescripção em favor de um dos devedores solidários só aproveita aos outros si o objecto da obrigação for indivisível (^{M83}).

433.—A prescripção iniciada contra uma pessoa, continua a correr contra seus herdeiros (****).

Ha, entretanto, casos característicos em que a prescripção iniciada pôde ser interrompida.

A interrupção só actua sobre o passado, de maneira que o tempo decorrido é inteiramente perdido e de nenhum proveito para o prescribente ; a prescripção é contada de novo

A regra, porem, é que a interrupção é um acto que abrange somente um credito e não mais de um, inda que entre os mesmos sujeitos do direito de credito : *non fil inter rup tio de re ad rem, nec de quanlitate ad quanlilatam.*

Tal seria, por exemplo, a existência de um credito por mutuo e outro por deposito entre os indivíduos A e B. A interrupção de um delles não abrange de modo algum o outro.

Entretanto esta regra soffre as seguintes excepções :

(2420) Proj. Bevil., art. 172 n. IV ; C Civ. Arg, **art.** 3906 ; C. Civ. Fr., **art.** 2252. Autores cits. na nota2419 ; LAFAYBTTE, *Cousas % 62*nota 15.

(»*»') Proj. Bevil., art. 173 n. II.

(^M>) Cod. Comm., **art.** 452 ; *Dir. Civ. Recopil., art. 968* ; Proj. Bevil., **art.** 173 n. **III** ; Cod. Civ. Ital., art. 2120.

(Mt3) ja tratámos do assumpto em outro lugar. Proj. Bevil., **art.** 175.

(***v) LAFAYETTE, *ob. eit. § 72 nota 13 a 15* ; P. K SOUSA, *nota 302*, \ T. DB FHEITAS a P. K SOUSA, *nota 343* ; Proj. Bevil., art. 169»

C*^{4IS}) Ord. liv. 4 tit. 79 § 1.º ; Cod. Fed. Suisso, **art.** 156 : ROSSEL, *ob. cit.* ». 19 J.

a) Quando um credito é accessorio de outro, como a divida do juro a respeito da do capital, aannuidade de uma renda, a hypotheca ou o penhor em relação a divida, etc.

b] Quando a acção tem por objecto um conjuncto de direitos não prescrevem as acções particulares acerca de cada um delles, como na petição de herança, etc.

e) Quando a acção tende a firmar um direito comoba-7e de outro (^{24ifi}).

A interrupção não se faz também de pessoa á pessoa : — *de pconnaad per tonam nonfit intcrruplio civilix, ncc active, neque passiva*. Assim é que a interrupção da prescripção feita por um dos credores não aproveita aos outros c a que é feita ao devedor ou herdeiro commum não prejudica aos demais herdeiros.

Quando na obrigação ha concurso de sujeitos activos e passivos, *concurso partes fiunt* e o credito e debito se dividem de modo que a interrupção feita a um dos herdeiros do devedor solidário, não prejudica aos herdeiros ou devedores, sinão quando se trata de direitos e obrigações indivisiveis.

Na solidariedade, ao contrario, a regra é outra.

A interrupção feita por um dos credores solidários aproveita aos outros ; assim como a interrupção feita ao devedor solidário prejudica aos demais c a seus herdeiros f^{*1}).

Si a interrupção da prescripção feita ao devedor principal prejudica ao fiador foi controverso em virtude do silencio das leis romanas. Mas, como foi principio recebido que com o principal prescrevem os direitos accessorios, o caracter acce-ssorio da obrigação do fiador levou os Códigos e a doutrina moderna á solução'affirmativa (^{nM}).

Si, ao contrario, a interrupção feita ao fiador prejudica ao devedor, tem dividido as opiniões. A opinião negativa é dominante e mais lógica (^{24M}).

• (¹⁴⁸⁶) THOPLONO, *ob. c/7*, MS. 658 a 67 f; AUBRY ET RAU, § 215 nota 55 / GIORGI, VIU, 281.

(^{***7}) *Dig. Port. I. 1304 e 1305*; P. K SOUSA, *nota 30*; T. DE FREITAS a P. E SOUSA, *nota 343*: Proj. Fel., arts. 1438 a 1440 ; Proj. Bevil. art. 180 §§ 1 e 2 ; C. Civ. Fr., art. 2249 ; C. Ov. do Hayli, art 1017 ; C. Civ. Ital. arts. 2122, 2130 e 2131 ; C. Civ. Hesp., art. 1974 ; Cod. Civ. Arg., arts. 3994 e 3995: Cod. dos B. de Montenegro, art. 951 : Cod. Fed. Silisso. art. 155.

(«MB) p/g. *Port. i, j?o?* ; C Civ. Fr., art. 2250; C. Civ. liai., art. 2132; Cod. Civ. Hesp , art. 1975 ; Cod. Civ. Arg.. art. 3997 : Cod. Civ. do Hayli, art. 2018 ; MASLÉ ET VEKÉ á ZACHARIE. ^ 847 nota 21.

^2M9j C. Civ. Arg., art. 3997 ; C. F. Suisso, art. 155; DCRANTON XXI, 285 ; AUBRY ET RAU, § 215 nota 66 ; GIORGI, VIII, 288; MABCADÉ, *ao art. 2250, 11, 184'* Em contrario ha o Proj. Fel., art. 1442.

41ÍM.—A prescrição interrompe-se:

I—Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente (^{MQ}).

Em direito romano a citação para juízo incompetente não interrompia a prescrição (^{WI}). Assim não é modernamente.

A incompetência do juiz não torna menos clara a vontade do credor de manter seu direito em actividade.

Demais, até os actos extrajudiciaes inequívocos produzem o mesmo effeito.

Entretanto não importa interrupção da prescrição a citação nulla por vicio de forma, por circumducção ou por perempção da instancia ou da acção (**). A citação nulla não interrompe a prescrição, porque *quod iuillum est, nullum pa-ril cfjcluin*. A perempção por sua vez não interrompe a prescrição, porque ella extingue o processo e faz, portanto, des-apparecer o acto interruptivo.

II—Por protesto em devida forma, inda que perante juiz incompetente (^{f4M}).

III—Pela propositura da acção contra o devedor, ou por qualquer outro procedimento judicial ou administrativo contra o devedor, tal como a apresentação do titulo de credito em juízo de inventario ou em concurso de credores (^{im}).

IV—Por qualquer acto judicial que constitua o devedor em mora (***). O acto judicial constitutivo da mora faz interromper a prescrição. Não assim a intimação da cessão ao devedor cedido, porque esta só tem por fim fazer saber a quem se deva pagar e não manifesta a vontade de receber o pagamento ou de conservar o direito.

(^{M0}) *Cunsol. das Lets, art. 883% i ; Dir. Civ. Recopil., orl. 982 a*; Regul. n. 737 de 1850, art. 59 ; Proj Bevil., art. 176.1; Coei. Civ. Fr. arts. 2244, 2246 ; Cod. Civ. Uai., art. 2125 ; Cod. Civ. Arg., art. 3986 ; Cod. Civ. da Luisiana, art. 3484; Cod. Civ. de Nápoles, art. 2150; Cod. Civ. da Holl., art. 2016; Cod. Civ. do Hayti, art. 2014 ; Cod. Civ. AU. arts. 279, 210; C. Fed. Suisso, art. 154 ; Ord. liv. 4 tit. 79, § 1 .

(^{MII}) *l. 7 C. ne de slatn defunctorum.*

(**) *Dir. Civ. Recopil., art. 982 % único ; LOBÃO a MELLO, liv. y.º tit. 4 § 10 n. 2. I^a ; P. BAPTISTA, Processo Civil § loj ; Proj. Bevil., art. 179; Cod. Civ. Fr., art. 2247; Cod Civ. Uai., art. 2128; Cod. Civ. Hesp. art. 1947; Cod. Civ. do Chile. art. 2503; o Cod. Civ. Arg., art. 2986 admite que a citação nulla por defeito de forma interrompa A prescrição. Não assim pelas outras causas referidas em nosso texto. Art. 3987. H*

(^{MIS}) *Dir. C. Recopil. art.982 c*); LAURENT § 92 *tioia 43*; LAFAVETIE, § 7^a *vota 17*; Proj. Bevil., art. 176 n. 11.

(^{MV}) *Dir. Civ. Recopil., art. 98i b*); LACERDA § 92 *nota 4'4\ Consol., art. 883 § 2.o*; Proj. Bevil., art. 176 n. 111. 3 (^m) Proj. Bevil., art. 176 n.IV.

V—Por qualquer acto inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe o reconhecimento do direito creditório por parte do obrigado (^{1M}).

O acto do devedor que pôde interromper a prescrição é meramente recognitivo de um direito anterior. O devedor nada dispense ; o credor não augmenta seu património. E' uma mera esperança de nos liberarmos do que abrimos mãe.

Consequentemente, o próprio menor pôde praticar o sem-poder reclamar a restituição. Elle não constitue debito por um titulo novo, não aliena, não diminue o património próprio ; apenas reconhece direito preexistente já firmado contra si ("").

Em todo caso, reconhecer o debito não é confessal-o

O simples reconhecimento só produz o effeito de interromper a prescrição, emquanto que a confissão dispensaria o credor de qualquer prova da divida.

A reciproca sim é sempre verdadeira : confessar é reconhecer a divida.

E' sempre licito reconhecer-se a divida, reservando-se o direito de a discutir. Dahi se deduz que o reconhecimento que interrompe a prescrição não precisa ser aceito pelo credor (^{im}).

O reconhecimento pôde ser expresso ou tácito, condicional ou restringido com reservas, e é impossível tentar predeterminar as formas da manifestação de um e outro.

E' uma questão essencialmente pratica.

O credor, porém, deve provar-o por qualquer dos meios admittidos em direito.

435.—Em todos os casos compendiados no numero antecedente, a interrupção pôde ser promovida : a) pelo próprio sujeito do direito creditório em via de prescrever; b) por quem legalmente o represente e c) pelo terceiro que tenha legitimo interesse.

Podem também interromper a prescrição o mandatário especial ou geral, o administrador, o tutor, em favor ou contra

(^{1M8}) *Consol., art. 855 nota 3 n. 3º; Dir. Civ, Recopil.. art. 982d); LACERDA § dl. nota 44; Proj. Bevil., art. 176 n. V; C. Civ. Fr., art. 2248; C. Civ. I tal., art. 2129; C. Civ. Arg., 3989; C. Civ. Hesp., art. 1948; C. Civ. do Chile, art. 2518; C. do B. de Montenegro, art. 633, 1.º; C. Civ.*

Allemãv, art. 208.

(^{1M7}) *AUBRY ET RAU, § 215 notas 45 e 46; GIOBOI, VIII, 274 b); TROPIONO. 513; LAURENT.O. dl. XXXII, «. 124.*

(^{1M38}) *GIORZI, VIII, 275.*

os representados. Apenas, quando feita contra estes, não os priva de impugnarem ulteriormente a existência ou procedência do debito.

436.—O prazo ordinário da prescrição das acções é de 30 annos (**").

Esse praso não é contado de momento a momento e sim por annos de 365 dias, mezes de 30 dias e dias de 24 horas continuas, sem desconto de domingos e férias e sem se considerar o menor mez de Fevereiro (^{8w0}).

Dahi se conclue que tal prazo começa de ser contado da meia noite successiva ao momento em que as condições de exigibilidade do credito se acharam completas: é o *exordiwn, pcescriplionis*.

Como se vê, a prescrição liberatória é sempre limitada ; não se trata aqui da *immemorial*, que pertence aos direitos reaes e é um modo de adquirir o domínio.

Nada justifica nos tempos modernos em que todos os meios de comunicação crescem dia a dia em rapidez e precisão, a manutenção do longo prazo da prescrição liberatória, tido como sufficiente para o vasto e desolado mundo romano, em uma época em que todas as suas províncias se achavam como que isoladas por impedilios naturaes de toda a ordem, em que o intercurso dos indivíduos era tão frequentemente obstado e interrompido.

437. —A prescrição do capital acarreta a dos juros (*"). A prescrição das prestações periódicas dá-se successiva-mente e a contar do vencimento de cada uma delias (**^M). I

(^{M9}) Ord. liv. 4 tit. 79 pr., *Consol. das Leis, art. 85?* / *D/g. Port. I 1282* ; *Dir. Cw. Recop., art. 969*; Cod. Civ. Fr., art. 2262; Cod. Civ. Ital., art. 2135 ; C. Civ. Hesp., art. 1963 , Cod. Civ. AU. art. 195 ; Cod. Civ. de Saxe, art. 150; Cod. Civ. da Áustria, art. 1479 ; Cod. Civ. daHoll., art. 2004. O prazo das obrigações mercantis é de 20 annos ; art. 442 do Cod. Comm.

(^{M*o}) LAFASSETTE, *ob. ctt. % 71*.

(***) 1. 7 § 6 C. de prescrip. XXX; 1. 26 pr, C. de usuris; WINDSCHEID, § 107 nota 8; LACERDA § 92 notas 27 e29; Cod. Civ. AU., art. 224; Cod. de Saxe. arts. 160 e 674; C. F. Suisso, art. 151 ; ROSSEL, M. 182.

(HM) *Q_i% Civ. Recopile, art. 669 § 1º*; WINDSCHEID, § 107; POTHIER «J 680 ; C. F. Suisso, art. 152 ; ROSSEL *lug. ctt.*

I Prescreve em 30 annos a obrigação de pagar o danno causado pelo crime ou contravenção, contando-se o prazo do dia em que occorreu o facto de que descende (^{144s}).

O direito de rescindir o contracto por lesão enorme prescreve em 15 annos, contados do tempo em que foi feito o contracto. Si, porém, a lesão for enormíssima, a prescripção será a ordinária de 30 annos ("*").

Em 5 annos prescreve a responsabilidade do cedente de acções de sociedades anonymas, cujas entradas não estiverem realisadas, a contar da data da publicação da cessão, si a assem-bléa não se reunir antes ou não approvar as contas annuaes.

No mesmo prazo prescreve a obrigação de restituir dividendos não devidos de sociedades anonymas, a contar da data da distribuição (^{SM8}).

Ainda em 5 annos prescreve o saldo do mutuário, a contar da data do leilão em que forem vendidos os bens dados em penhor aos montes de soccorro garantidos pela União (²⁴⁴⁶).

Prescreve em 4 annos a acção da mulher casada para reivindicar os bens doados ou transferidos á concubina, contando-se o prazo desde a morte do marido ou da sentença de divorcio.

Dissolvido o casamento por fallecimento da mulher e havendo filhos ou outros herdeiros necessários, a prescripção se contará do dia em que ella morreu e se completará findos os 4 annos (**").

Prescreve em 3 annos, a contar do dia em que saíram da casa dos amos, a acção de soldadas dos creados. Si os creados forem menores, os 3 annos começarão a correr da maioridade em diante. Si servirem por mez, não poderão pedir a soldada passadas 3 mezes depois de deixarem a casa dos amos (*⁴*⁸).

Em 3 mezes prescrevem os honorários dos advogados e os salários dos procuradores judiciaes e escrivães, contados do dia em que for publicada a sentença definitiva, si o devedor morar no lugar. Si os honorários do advogado forem estipulados em contracto celebrado com o cliente, ou forem divididos

(**^M) Lei de 3 de Deze.r.bro de 1841, crt. 36; *Consol. das Leis dt.* 869; BEVILÁQUA. *Obrig. lugar cit.*

(²⁴⁴⁴) O direito de rescindir, embora não prescripto, não prejudica a prescripção acquisitiva de 10 andos em favor do terceiro que não foi parte no contracto rescindivel. *Dir. Civ. JRecopil. art. 970; Consol. das Leis, art. 859; Dig. l'ort. I, 257 e 1315.*

(***) Dec. n. 434 de 1891, arts. 21 c 114.

("»*•) Dec n. 9738 de 1887, art 40. ■ (**")

Dir. Civ. Recopil-, art. 974.

(^{ww}) *Dir. Civ. Reco pi l., art. 975; Consol. das Leis, arts. 865 e 867; Dig. Fom I, 1318~J320.*

por serviços não judiciaes, o prazo será da prescrição ordinária de 30 annos (^{im}).

Prescreve em 60 dias o direito que assiste ao mutuário, seus herdeiros e fiadores de reclamar contra o credor e seus herdeiros a confissão do empréstimo, contando-se o prazo da data do contracto.

Ficará perpetuado o direito do devedor pelo simples protesto judicial, dentro dos 60 dias, contra o credor, declarando não ter effectivamente recebido a quantia confessada. O protesto deverá ser intimado ao credor, salvo si ausentar-se ou occultar-se para não receber a intimação (^{*15o}).

A acção de enjeitar per vicios redhibitorios prescreve no fim de um mez, que se começará a contar do dia da entrega, estando os contratantes no mesmo lugar, e em 2 mezes achando-se em lugares differentes, feito o protesto judicial no segundo caso. Estando o vendedor fora do Brazil, o comprador protestará judicialmente e poderá demandal-o dentro de um mez depois que voltar (^{1w1}).

As dividas passivas da Fazenda Nacional prescrevem em 5 annos ; as activas em 40 annos (^{2i3S}).

Os depósitos recolhidos aos cofres públicos e pertencentes a ausentes, prescrevem, em favor da Fazenda Nacional, em 30 annos (**").

Taes são os casos da prescrição liberatória no estado actual.

E' um dos pontos em que o direito vigente entre nós é mais incompleto.

438.—São imprescriptiveis :

I—As excepções. Em nosso direito pátrio seria o cumulo do contrasenso affirmar-se o contrario.

Realmente a excepção é um remédio para quem se mantém no uso de um direito, em um estado normal. Não ha

(^{244fl}) *Dir. Civ. Recopil., art. 978 ; Const. das Leis, art. 868 ; Dlg. Port. 1, i j2i* ■ Não é isso um privilegio de diplomados ; compete a todo o individuo que funcionou com procuração nos autos, pois que a liberdade profissional é uma garantia do art. 72 § 24 da Constituição Federal. Vide artigo nosso a respeito no *Direito n.XCIX. p. j%l e segs.*

^{^2450}) *D., Civ. Recopil., art. 979.*

(^{M1}) *Dir. Civ. Recopil., art. 980 ; Gousol. das Leis, arts. 86% a 864.*

(»«*) Dec. de 12 de Nov. de 1851, arts. 1 e 12 ; *Consol. das Leis, arts. 870 a 88* ; *Dir. Civ. Recopil., arts. 987 a 100U.*

(^{ht9}) *Consol. das Leis, art. 858.*

pois. inercia ou negligencia a produzir consequências jurídicas. Quem tem uma acção e a põe em pratica, ao contrario, procura sahir de uma situação em que se achae que reputa infensa a seu direito (**).

Assim, sempre que a excepção é uma defêza contra uma acção, ella não prescreve.

II—Os *direitos que constituem uma faculdade* — *res mcr facultatis* (**).

Isso significa que a inércia não ataca todos os nossos direitos. Aquelles que se manifestam em o exercício de certas faculdades, conservam-se sempre invulneráveis.

Si eu prohibisse a passagem de meu visinho por terreno meu. o decurso de 30 annos sem que eu renovasse a prohibição, não lhe daria direito á passagem, invocando aprescrição do uso de meu direito.

r Quem não vendeu seu bem, livre e desembaraçado, por espaço de 30 annos. não perdeu por isso seu direito de o alienar em qualquer tempo (^{S458}).

Esta matéria, porém, não pertence propriamente ao tratado de obrigações em que sempre se suppõe a coexistência de um sujeito activo e outro passivo de direito.

439.—Indaga-se em direito internacional quaes as normas que devem ser applicadas para reger a prescrição.

Grande é a controvérsia e não menos de cinco opiniões differentes se disputam a primazia :— 1) a que acha dever se applicar á lei ao domicilio do credor (^{M1}) ; 5) a que opina pela do domicilio do devedor (^{S458}) ; 3) a que quer a lei do lugar em que deve ser feito o pagamento ; 4) a que affirma ser competente a lei do juiz competente para a acção e 5) a que quer a lei do lugar em que surgiu o vinculo— *lex loci contractos* (**■).

Esta ultima é a que tem a seu favor maiores suf fragios, que se vê mais frequentemente seguida na pratica e que adoptamos como a mais lógica.

(***) MOMTOU, *ob. cit. n. 1109*; GIORGI, *ob. cit. VIII, 2j5*.

(***) BUFNOIR, *ob. cit. pag. 243*.

(***) Cod. Civ. do Chile, art. 2499,

(²⁴⁵¹) POTHISR, *Prescription, n. 251*.

(***) VOET, *art Pana. De rer. ãiv. n. ff2* ; TROPLONG, *ob. cit. n. 38*; MCLRIN, *Repertoire rtejurip. v. prescription sect. 1 § 3 n. 7* ; PARDKSSXJS, *Droit Comm. n. 1495*; HUDEFXOT ET METMAN *H. 633*.

(^{W9}) SAVIOMT, *ob. Jt. VIII, p. 27i* ; PAS&UAL FIORI, *Droit. Intern. Prive e. 296*

440.—Qual o effeito da prescripção ? Ella extingue só a acção ou o direito ? Em uma palavra, perfeita e allegada a prescripção, liberado o devedor civilmente, subsiste o que se intitula a obrigação natural?"

Eis ahi uma questão theorica, hoje fútil, e que, entretanto, tem dividido os civilistas de todos os tempos. gj

A principio, força é ceder, em direito romano, a solução affirmativa parece ser a verdadeira : após a prescripção, subsiste a obrigação natural (¹⁰).

Por esse motivo muitos autores modernos acompanham essa solução no direito actual ("").

Apesar, porém, dessa grande maioria, não podemos deixar de seguir a opinião opposta apoiada por autoridades de subido valor (⁴⁸¹).

A questão si a obrigação natural subsiste após a prescripção, sobre ser inútil é também insolúvel, porque a grande difficuldade, o obstáculo invencível é fixar o ponto de partida.

Com effeito, que é a obrigação natural ?

O direito moderno desconhece essa classe equivoca, que não é obrigação civil e nem dever moral, mas que occupa o lugar intermédio entre uma e outro e que era exclusivamente própria á organização social romana, como em outro Capitulo deixámos demonstrado.

E' pois, uma palavra vã, sem resultados práticos.

Na verdade, si o devedor que tinha a seu favor a prescripção consumada, deixou de a allegar e pagou o debito. nen-huma obrigação novacreou; pagou um debito civil anteriormente existente, reconheceu um direito anteriormente firmado, que nunca deixou de existir.

Si, podendo oppôr tal defêza, não o fez e deixou-se condemnar, ou novou a divida, ou compensou com outra, reconheceu igualmente uma obrigação que jamais deixou de ser civil, no rigor da expressão.

(2460) MAYKZ, § 298 ; MACHELARD, *Oblig. Nat. p. 450 e segs.*; SAVIGNY, *DroitRom. V*, § 248 e 251 ; *Obligationenrecht I*, § 11 n. 10.

(2461) POTHISR, *Oblig. n. 676*; DURANTON. *X, 41*; *XXI, 106* ; Coí-MBT DE SANTERRE, *V, 174 bis* ; LAROMBIERE, *1376, 22*; DEMOLOMBE, *XXVII, 39* / PAC. MAZZONI, *V, 3 nota 1* ; BAUCRY LACANTINERIE ET BARDE, « *1671* ; LAURRNT, *XVII, 21*; HUDELLOT ET METMAN, *n. 630* ; ROSSEL, *m. 103* ; AUURY ET RAU, § 775 *nota 2* ; LACERDA, § 92 *nota 6*. Alem desses autores directamente por nós consultados, vide a longa lista dos partidários das duas opiniões em AUNDT'S SERAFIM, *Pandelte nota 100 ao § 277*.

(2462) WINDSCUBID, § 112 *nota 5* ; SCHWANBRT, *Obligatone Naturalt, tr. Uai*. § 22; SIMTBNIs. *Das Praktische gemeine Civilrecht I*, § 31 *nota 57* ; TROPLONG, *ob. at. H. 29*; GIORGI, *VIII, 366 e segs.* ; MOLITOR, *na yj a 37 e 1102*, um dos que mais aprofundam o assumpto.

Por outro lado, si depois de ter allegado a prescripção e se liberado da divida satisfaz ao seu credor, o devedor cumpriu um dever puramente moral, per fez um acto de consciência a que ninguém podia coagil-o e, portanto, inteiramente s-tranho ao direito civil.

Onde, pois, está enquadrada a obrigação natural ?

Argumenta-se que a lei veda repetir o quanto se pagou pela divida prescripta, mesmo por êno. Argumento contraproducente e falho. Contraproducente, porque a validade do pagamento repousa precisamente na existência civil de uma divida anterior de que elle é um reconhecimento.

Falho, porque a irrepetibilidade do pagamento de debito prescrito não decorre, como consequência lógica, do reconhecimento de uma seJizente obrigação natural. Com effeito, o Código Civil Allemão (**••) prohibeessa repetição sem, entretanto, reconhecer as obrigações naturaes, mas pelo fundamento de ter o devedor cumprido um dever moral (^M*).

E' que a lei não pode ser menos exigente do que a moral, para auxiliar a desfazer aquillo que esta inspirou.

Quando alguém paga um debito em taes 'condições faz uma renuncia implicita da prescripção e cria direitos novos para o credor. Ora, a lei não pode prestar a mão forte da coacção para o credor voltar atraz sobre essa renuncia e neutral-isar direitos que por ella foram adquiridos.

Que lugar—repetimos—resta ás obrigações naturaes?

Concluimos, pois, que a prescripção da acção nenhum vestígio deixa no credor ou no devedor que possa cahir na alçada do direito positivo.

(2463) Cod. Civ. Allemão, art. 222.

(2464) Cod. Civ. Allemão, art. 914.

CAPITULO XIV OBSERVAÇÕES

FINAES AO TITULO III

Summario. 441 —Complemento á exposiçãoo feita. 442 —O beneficio de competência em direito romano. 443—O mesmo instituto em alguns Códigos modernos. 444— Desapparecimento desse instituto e seus vestígios. 445—A cessão de bens.

441.—Temos suficientemente justificado as causas da extincção das obrigações mais de acordo com o nosso direito vigente e com as melhores conclusões da doutrina moderna (**"). Ha todavia necessidade de expormos aqui, a titulo de complemento philosophico, alguns princípios não mais em vigor em nosso direito masque o direito romano e alguns códigos modernos contemplam no instituto das obrigações.

442.—Um deli es é o chamado beneficio de competência, *li.ncfidum compelctice* ou *deductionis* era o direito que tinham certos devedores, no direito romano.de só serem con-dennados dentro dos limites de sua possibilidade—*ni\$ i in id quod (acere possent*—de maneira a sempre lhes sobrar com que proverem á sua subsistência (**M).

(**•») Vide nosso numero 219.

(^H) 1. 38 Inst. de action ; 1.20 D derejud. ; 1. 1 pr. D. sciut, ma-trím ; 1. 173 D. div. regul. jur'

Elle decorria: *a)* da qualidade pessoal do devedor; *b)* da especialidade das relações entre os sujeitos activo e passivo do credito; *c)* da natureza da obrigação.

Na primeira classe incluíam-se : os soldados por quaesquer dividas; os filhos famílias recentemente libertos do pátrio poder pelas que contrahiram durante elle ; os devedores que já tivessem feito a *bonorum cessio* contra os seus credores para resguardo dos bens de novo adquiridos.

A segunda e terceira classes abrangiam : os pães e ascendentes quando devedores dos filhos e descendentes ; os cônjuges entre si; o sogro devedor ao genro do dote promettido; o marido, seu pae e seus filhos, pela restituição do dote; o doador quanto ao donatário pela doação promettida, o sócio con-dennado pela acção *pro sócio*.

A todos estes deixava-se livre uma parte do património com que pudessem viver, com a condição de devolução logo que melhorassem de sorte.

4-43.—Entre os Códigos modernos dois existem que regulam este instituto (²ⁱ⁸⁷), obrigando o credor a conceder tal beneficio :

4.º—A seus descendentes e ascendentes, não havendo estes irrogado ao credor nenhuma das offensas classificadas entre as causas de desherdação;

2.º—Ao cônjuge não divorciado por culpa sua ;

5.º—A seus irmãos, uma vez que se não tenham feito culpados para com o credor de uma offensa igualmente grave como as indicadas como causa de desherdação a respeito de ascendentes e descendentes ;

4.º—Aos consócios no mesmo caso ; mas só nas acções reciprocas decorrentes do contracto de sociedade ;

5.º—Ao doador. porém só quando se tratar de cumprir a doação promettida;

6.º Ao devedor de boa fé que fez cessão de bens e é perseguido nos que depois adquiriu para o pagamento completo das dividas anteriores á cessão, devendo-lhe esse beneficio somente os credores a cujo favor foi feita a cessão.

(2467) Cod. Civ. do Chile, arts. 1625 e 1626; C. Civ. Arg., arte. 799 e 800.

444.—No direito moderno, em geral, desapareceu esse benefício.

A' excepção dos Códigos referidos, nenhum mais lhe consagra disposição especial. Nosso direito o desconhece também O'

Todavia temos celledos traços nas pensões alimentares e, mais ainda, na impenhorabilidade de certos bens a benefício de certas pessoas (^{148o}).

Apezar disso, era de desejar um novo revigoramento desse instituto, pois que de mais o justificam os sentimentos de bondade, o amparo á infelicidade material e essa solidariedade humana que a tudo se deve estender (^{M0}).

445.—Outra questão a levantar e frequentemente discutida em direito pátrio é si a cessão de bens é ainda um modo de pagamento; em uma palavra, si esse instituto ainda está em vigor entre nós.

A Ord. do livro 4 título 74 admittia que os devedores recorressem a cessão de bens demonstrando que foram infelizes, sem dolo, em seus negócios. Era o abandono do património do devedor aos credores para solver as dividas. Julgada por sentença, ou aceita pelo' acordo dos credores, deixavam-se ao devedor alguns bens com que prover á sua subsistência, ou, na phrase da Ordenação, «com que razoadamente se possa manter, segundo seu estado e condição, em maneira que não pereça de fome, segundo o arbítrio de bom juiz».

Essa operação não exonerava o devedor. EUe continuava adstricto a satisfazer o que faltasse para o inteiro adimplemento da obrigação. Como se vê, o benefício de competência achava-se intimamente ligado á cessão de bens.

Pela exposição feita bem se depreheende que existia uma cessão *voluntária* e outra *judicial*.

A differença entre ellas era que na primeira não havia transmissão da propriedade, nenhum acto liberatório absoluto, e sim somente um mandato conferido pelo devedor aos credores para venderem e se attribuirem o preço para liberar o devedor até a concurrente quantia.

(2488) T. DK FREITAS a C. TKLLES. *Dout. das Acções, notas 134 e 661.*

(8400) Art. 529 do Regul. n. 737 de 1850. Um outro vestígio mais característico era o antigo art. 825 do Cod. Commercial, relativo aofallido, e re produzido no art. 142 do Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890. «â

(^{M0}) LOBÃO, *Execuções* §§ 196-199.

A judicial não é também uma traslação da propriedade, mas um abandono da posse para que os credores se paguem.

A cessão judicial era um meio de evitar o devedor sua prisão pela dívida demonstrando sua boa fé.

Mais tarde a Lei de 20 de Junho de 1774 eo Assento de 18 de Agosto do mesmo anno, que a explicou, vieram abolir a prisão por dividas. Dahi concluem muitos dos nossos civilistas que ficou sem razão de ser a cessão de bens (*").

A questão nesses termos, porém, não é convenientemente posta.

O que importa saber é si a Ordenação referida está revogada.

Não trepidamos cm nos collocar na opinião negativa.

Em primeiro lugar, a doutrina firmada na Ordenação não collide com a da Lei de 1774. Ambas têm por fim dar ao devedor de boa fé insolvel um recurso de não ser preso por suas dividas.

O argumento do *não uso* da Ordenação, invocado pelos partidários da opinião opposta, não é concludente. O não uso só revoga a lei quando satisfaz ás condições de um verdadeiro direito costumeiro, isto é, quando não é contrario á lei expressa, quando é seguido uniformemente por mais de cem annos e é conforme á bôa razão.

Ora, este ultimo requisito sobretudo falta completamente, porquanto a cessão não collimava exclusivamente evitar a prisão por dividas e sim também fornecer ao devedor a oppor-tunidade de demonstrar sua bôa fé e salvar o que lhe garantia o beneficio de competência. A demonstração da bôa fé do devedor, além de ser um acto de suprema moralidade, pôde, na maioria dos casos, conciliar seu infortúnio, porventura isento de culpa, com o interesse dos credores. Ella pôde dar lugar a acordos benéficos para ambos, como, de resto, nos demonstra constantemente o argumento irrefutável dos factos.

Demais, a prisão por dividas coutinúa de existir em casos característicos da lei civil e da penal (*").

Conseqüentemente, a cessão de bens—ao menos a voluntária—deve continuar a ser um meio de deter seus effeitos.

Si foi a prisão por dividas que justificou a cessão de bens e cuja abolição lhe tirou a utilidade, nada justifica que se não

(ⁱ⁷) *Cowol das Leis*, art. 839 nota 24 ; M. FREIRE *Uv. 1, IH. 8 § 12 e Uv. 4, til. 5 § 6* ; C. DA ROCHA § 170 nota ; PEREIRA E Sousa, note 824.

(*«*) Art. 525 do Regul. 737 de 1850; art. 268 do Dec. 848 de 1890 ; art. 524 do Dec. 3084 de 5 de Novembro de 1898, Part III; Código Penal, art. 337.

a mantenha excepcionalmente nos casos excepcionaes em que aquella causa subsiste. Si o instituto cahiu em desuso como um meio judicial, nada vemos que o demonstre abolido como um meio voluntário de extincção das obrigações, com seus caracteres próprios, sem a menor confusão com a *datio in solutum*, visto como esta transmite a propriedade do devedor ao credor.

Além de não nos acharmos isolados das melhores autoridades (**), considerações de ordem moral reforçam a nossa doutrina. Nos tempos que passam em que a opressão do capital quasi justifica os excessos do proletariado; em que a usura, não satisfeita em arrancar o pão ao devedor, compraz-se em macular-lhe a honra e o nome, é essencial que o direito venha auxiliar a moral fornecendo ao opprimido o extremo alivio de patentear sua bôa fé e seu infortúnio.

Si a cessão dos bens não existisse realmente em nossa legislação, era o caso de propagai-a como um instituto a constituir.

^(M13)J LOBÃO *Execuções* §§ 179 a 198; *Dig. Port. I, 1127 a ilj5*; SILVA LISBOA, *Direito Mercantil, Tratado 7.º Cap. XVII, vol. II, pag. 869*, edição de 1874 ; FERREIRA BORGES, *Dicc. Jur. Comm. v. cessão de bens*; CÂNDIDO MENDES—*Código Phillipino notas da pag. 885 a 888*; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil Recopilado arts, 941 e 942* ; BEVILÁQUA, *Dir. das Obrigações* § 43. Cod. Civ. Fr., arts. 1265 e segs ; Cod. do Hayti arts. 1051 e regs; Cod. C-iv. Mesp., a-rt. 1175; Cod. Civ. do Chile, arts. 1614 e segs ; Cod. Civ. Allemão art. 330. No direito francêz, entre os muitos que estudam a matéria, consulte-sc BAUDRV LACANTINEUIE ET BARDE, *Oblig. «s. 16j5a 16àl* ; DEMANTB ET COLHBT DE SANTERRE, *V. ns. 209 a 216*. A matéria já foi regulada em uma de nossas leis de fallencia, mas produziu maus resultados altribuiveis á época de difficuldades commerciaes.



TITULO IV

CONSEQUÊNCIAS DA INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

DA CULPA, DO FORTUITO E FORÇA MAIOR, RISCOS, PERIGOS E COMMODOS.

Summario. 446—Obrigaçào de satisfazer as perdas e danos. 447—Idéa vulgar da culpa. 448—Culpa no sentido jurídico. 449—Culpa contratual e excontratual. 450—Culpa *in contrahenão*. 451—452—453 e 454—Controvérsia sobre os graus da culpa. 455—456—457—Doutrina verdadeira. 458—Ao devedor incumbe a prova dos factos exclusivos da culpa. 459—Legislações comparadas. 460—Caso fortuito e força maior. 461 — Podem- se dar em todos os departamentos do direito. 462 — Excepções ao principio resolutivo das obrigações por caso fortuito ou força maior. 463—Quem deve provar o fortuito. 464—Riscos e perigos. 465—Riscos nas obrigações unilateraes e bilateraes. 466— Dificuldade de uma regra absoluta sobre os riscos 467 — Solução. 468—Aplicações. 469—Commodos da cousa.

446.—Um principio universalmente aceito por todos os Códigos e sobre o qual voltaremos ainda ao estudar mais detidamente a matéria de perdas e danos, é que, não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpril-a pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

Esse principio que vem do direito romano, que atravessou todas as idades, é como que um axioma em direito moderno das obrigações (¹⁷⁴).

(W74) Cod. Civ. Fr., art. 1146; C. Civ. Ital., art. 1218; Cod. Civ. do Peru. art. 1265; C. Civ da Áustria, art. 912; C. Civ. Hesp.,art. 1103; Cod. F. Suisso, art. 110 ;C. Civ. do Japão' art. 415; C.Civ. daCo-lumbu, art. 1602; C. Civ. do México, art. 1562; C. Civ. do Uruguay, art. 1302;C. Civ. de Guatemala,art. 1434,etc.

O devedor só se exime de tal obrigação si excluir a culpa no inadimplemento, ou si demonstrar que foi a elle levado por um caso fortuito.

Impõe-se-nos, portanto, a tarefa de examinarmos taes excepções afim de podermos firmara extensão da reparação a que é o devedor obrigado no caso de inadimplemento,

447.--A'idéa de culpa associa-se sempre á de dolo na linguagem vulgar. Nada, porém, mais diverso. As duas noções são differentes. O dolo é um defeito dos actos jurídicos quaes-quer, ao passo que a culpa é um facto que modifica as obrigações. Em um Código bem organizado a matéria da culpa não merece um capítulo especial ea ella só se deve referir por occasião de regular as alterações que produz nas situações dos sujeitos activo e passivo do direito de credito.

448.—No sentido mais lato chama-se culpa todo o abandono, todo o desvio voluntário de uma regra por parte de quem devia segui-la ; toda a acção injusta, toda a violação de um dever jurídico, mesmo com dolo, então é culpa. I Uma tal noção precisa ser limitada.

No dolo propriamente ha, além do elemento objectivo do acto praticado injustamente e sem direito, o elemento subjectivo do *animus injuriandi*. Não basta obrar sem direito para produzir uma lesão dolosa ; é essencial a violação de um direito de outrem.

E' só nesses termos que o dolo induz a responsabilidade.

No sentido technico, pois, elle não tem a significação lata da violação de um dever jurídico e reclama, ao contrario, um estado particular de animo tendente a uma *injuria*.

Na culpa, ao contrario, o acto pôde ter sido praticado ou omittido sem intenção de ser nocivo. A negligencia, ou a omissão voluntária da diligencia, embora sem *animus injuriandi*, é culpa em direito: si negligencia, é a culpa *in non faciendo* ; si um acto—*in [adendo]*. Eis porque a culpa consiste na negligencia com que proceder o devedor no desempenho da obrigação contrahida (tm).

I

(i«5) Cod. Qv. Arg., art. 512; C. Civ. Hesp., art. 1104; Cod. Civ. Port., art. 717 § *Sfi*; C. Civ. AU., art. 276; Proj. Bevil., art. 1059 § único.

Essa doutrina, perfeitamente conforme aos ensinamentos dos melhores juristas (^{Utr}), está ainda de acordo com as tradições romanas, pois que naquella legislação já se dividiam os actos illicitos, contrários ao direito—*injuria*—e imputáveis ao seu autor, em *dolus* e *culpa*, sendo que os primeiros continham o desígnio da ofensa e os outros não.

No sentido exposto, portanto, a culpa exclue o dolo.

De modo que ella pôde se verificar tanto pelo cumprimento da obrigação, como pelo seu adimplemento de um modo irregular; tanto por um facto, como por uma omissão.

Abrange a culpa não só as violações de uma obrigação jurídica, contratual ou não, como o desrespeito aos direitos pessoais.

Outrosim, ella pode surgir de facto próprio, ou de facto de outrem. A primeira tem seu *criterium* na omissão da diligencia e comprehende a do representante, si este agiu restrictamente dentro dos limites do mandato recebido.

A que se verifica por facto de outrem comprehende a negligencia de terceiro por cuja diligencia se obrigou alguém, ou é alguém legalmente obrigado. Seja, porém, qual for o modo porque se manifeste, o conceito jurídico da culpa é *uno* e não deixa lugar a que se distinga si o adimplemento depende de uma obrigação preexistente, ou não. Esse conceito é, sobretudo, negativo, pois presuppõe sempre a omissão da diligencia, quer esta produza um facto positivo, quer se consubstancie em uma omissão (**).

449—Divide-se a culpa em *contratual* e *extracontratual*.

Diz-se *contratual* a que repousa em obrigação preexistente a cujo implemento se era obrigado.

Convém notar, entretanto, que o vocábulo não implica a a idéa de um *contracto* anterior e sim somente de uma obrigação cuja fonte pôde ser outra, como um quasi—*contracto*, etc. C^{m8}).

A *extracontratual*, também chamada *aquiliana* pela origem romana de sua regulamentação, é a que decorre dos actos illicitos (^m).

(8476) CHIRONI, *Colpa Contrattuale* ws. 7—? ; CROMK, *System des deutschen bürgerlich Recht*, v. I, § 17; DERNBURG, *Das bürgerlich Recht*, v. II, § 63 ff. // GIORI, *Teoria delle obbligazioni II*, n. 18

(3477) CHIRONI, *oh. cit.* n. 8.

(^{2v78}) POLACCO *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, pags. 242 e segs.

(tt79) CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, I, § 79.

Princípios diferentes regulam uma e outra.

Posto que em ambas o conceito da culpa seja philosophicamente mesmo, todavia a medida da culpa contratual é a vontade, real cu presumida das partes e, portanto, está sujeita ás modalidades pessoas e privadas.

A extracontratual, ao contrario, tem seus delineamentos em disposições de leis, não soffre a applicação do *criterium* da correspectividade e cáe por isso dentro da alçada do interesse publico.

A responsabilidade decorrente da primeira pôde assumir somente quem tiver capacidade para contratar, emquanto que nos casos legais da segunda a regra dominante é que o autor do delicto ou do quasi-delicto tem sempre obrigação de indennisar o danno causado; na contratual encara-se o elemento subjectivo que está no acto mesmo do responsável.

A lei na culpa contratual é puramente declaratória e só vem supprir a vontade presumida dos contratantes, emquanto que na aquiliana ella é preceptiva.

Si, pois, o principio da responsabilidade é uniforme, ha, em todo caso, para esta uma medida diferente nas duas espécies de culpa.

Na contratual pôde o contracto modificar-lhe a extensão e mesmo determinar elementos especiaes cujo concurso determine a culpa.

Na aquiliana a medida da responsabilidade é mais ampla, de modo que a incapacidade que as mulheres e menores têm para contratar não è a mesma que as faz soffrer as consequências dos delictos e quasi-delictos que praticam.

Quem pede indennisação pela culpa contratual não precisa proval-a, só precisa constituir o devedor em mora ; para a indennisação da extracontratual é necessário proval-a, mas não é necessário constituir o devedor em mora, pois que está em mora de pleno direito o autor de um delicto ou de um quasi-delicto.

Estes princípios estão consagrados explicita ou implicitamente na maioria das legislações civis dos povos occidentaes

/S480X

(^{148o}) Cod. Civ. Fr ,arts. 1137, 1382 e 1383 ; C. Civ.Ital., arts. 1218, 1223 e 1151; C. Civ.da Auslria, arts. 912, 1294 e 1295; Cod. de Saxe, arts. 721 e segs.; 116 e segs.; Cod. da Prússia I, 5, § 360 e I, 6, § 10 ; Cod. Civ. Hesp.,arts 1103 e 1902 ; C. Civ. Port., 717 §§ 2 e 3,2361 e2393 ; C. Civ. do México, arts. 1562, 1563 e 1574 ; C. Civ. Arg., arts. 5U, 512, 1066 e segs.; Cod. Civ. de Uruguay, arts. 1280 e 1302 ; Cod. Civ. de Guatemala, Brts. 1434 e 2276.

Convém, entretanto, não exagerar a diferença entre as duas espécies de culpa. Ambas constituem um facto ilícito e nisto reside a mesmidade do conceito philosophico de ambas.

O caracter intimo da culpa não é attingido pela distincção feita e sim somente as condições em que ella se produz.

A culpa contratual engendra uma responsabilidade de delicto contratual; é sempre um delicto previsto e regulado pela convenção das partes (^{MM}).

Nosso assumpto actual resume-seno estudo da culpa contratual ; da aquiliana trataremos em outro lugar.

450.—Ha, porém, uma espécie particular de culpa extracontratual de que não poderemos dar idéa em outro lugar mais apropriado do que neste. Os Códigos, em geral, só tratam de culpa quando commettida na execução das obrigações. Apesar disso, existe positivamente culpa na formação do próprio contracto a que se denomina modernamente *culpa in con-trahendo* (^{s48f}).

Essa espécie de culpa é extracontratual, "pois que não se discute o inadimplemento occorrido por negligencia e sim pela annullação ou inexistência do próprio contracto. I

Figuremos um exemplo typico. A offerece a B um immo-vel á venda. B aceita, contrata e deixa por isso de effectuar uma compra muito mais vantajosa de C. A venda feita por A é ulteriormente annullada por qualquer causa de incapacidade do devedor. Claro é que B ficou privado das vantagens que teria com o contracto que podia ter feito com C, ou, por outra, das que teria si não contratasse com A. Ora, essas vantagens devem ser indennisadas por A.

E' pois, a culpa referente á formação do próprio contracto e deve ser apreciada pelos mesmos princípios reguladores da culpa relativa á sua execução, conforme a natureza do mesmo contracto (*"•). 1

(^{148f}) (SALSILLES, *Theorie des obligations n.30 e segs.* com apoio na opinião de STOBBE.

(2482) Essa importante generalisação é devida a IHERING, na monographia —*De la faute in contrahendo ou dommages inlerêls dans les conventions nulles ou restées impar/altas* nas *ŒUVRES CHOISIBS*, trad. por MEULENERE, tom. II. Consulte-se DERNBURQ, *Pandekten II*, § 10 nota 8; SALEILLES, *ob. cit. ns. 153 a 161*; BAUDRY L. ET BARDE, *OhUg. ns. 31 e 362*; GIORQI, *ob. cit. II, n. 19* ; CHIRONI, *Colpa Cont. n. 4 bis* ; WIMDSCHBID, § 370 notu 5 e § 315 nota 7. ■ (2483) IHERING, *ob. cit. p. 48*.

Sempre que duas pessoas se propõem a formar um contracto, o policitante obriga-se a responder para com o outro, no que diz respeito á formação do contracto pela mesma culpa porque se responsabilisa em virtude do mesmo contracto ; em uma palavra, vincula-se a evitar toda a culpa. Isto é implícito, é da natureza das cousas, é uma convenção tacita, como o demonstra o próprio facto de se formar o contracto (**•**).

Nos contractos bilateraes esse pacto é reciproco.

Quem contrata deve ter bem assentado que a obrigação assumida não é contraria á existência e validade do contracto que se forma ; que garante ter bem verificado suas condições de procedência, de maneira a não resultar d'elle nenhum danno ao contratante.

Dahi conclue-se que uma nullidade sobrevinda posteriormente deve produzir effeitos que recaiam sobre quem faltou a esse dever, ou deu causa á nullidade ou resolução.

Presuppõe-se que occultou ou dissimulou a impossibilidade do contracto e deve por isso á outra parte reparação das vantagens que esta perdeu si não tivesse effectuado tal contracto, ou perdas e dardos negativos, *negative verlrags Interesse* dos allemães.

Taessão todos esses vicios objectivos e subjectivos que invalidam os contractos e que sejam imputáveis á má fé ou simulação do devedor, como o erro essencial sobre a pessoa ou cousa, que é tantas vezes causa de resolução, a violência de um dos contratantes, o perecimento dissimulado da cousa vendida antes do contracto de venda, a venda da cousa de outrem, etc. ⁽¹⁴⁸⁵⁾.

Até hoje somente conhecemos um Código que consagra disposições claras e expressas sobre a culpa *in contrahendo*.

O Código Civil Allemão dispõe nestes termos, firmando a doutrina exposta :—Aquelle que por occasião da conclusão de um contracto tendo por objectivo uma prestação impossivel, conhece ou deve conhecer a impossibilidade da prestação, é obrigado á reparação do danno soffrido pela outra parte por se haver confiado na validade do contrato; todavia essa obrigação não vae além do montante do interesse dessa parte na validade do contracto. A obrigação de reparar esse danno não

(2484) Diz muito bem CHIRONI, *ob. cit.*, n. 4, *leis cit.* : «La volontà s'è de-terminata a costituire quel determinato rapporto, in virtù di data qualità su-pposte nel.a persona o nelToggetto ; di qui l'obbligazione dei concedente di assi-curare che intende dedurre nel rapporto una cosa avente quella qualità, in vista delle quali l'altra parte s'è decisa a contrattare»

(2485) IHERING, *ob. cit.* n. 25,

terá lugar si a outra parte conhece ou deve conhecer a impossibilidade. Taes disposições applicam-se quando a prestação não é impossível sinão em parte e que o contracto é valido a respeito da parte possível ou quando uma das muitas prestações promettidas alternativamente é impossível C*⁸⁶).

Não se pôde expor melhor a doutrina que nesse Código se liga ao systema geral da responsabilidade contratual (^{MOT}).

De resto, essa doutrina não é excepcional e própria á legislação germânica; é uma generalisação que entra no quadro de todas as legislações modernas e, portanto, da nossa.

4-51.—Retomemos, porém, o nosso assumpto.

Dado que o devedor em culpa responde pelos danos, a prestação da culpa admite graus de modo a poder ser predefinida ?

Eis o magno problema que por muitos séculos abalou a doutrina e a jurisprudência.

Hoje essa discussão é puramente theorica, porque, sem ainda nos adiantarmos em nossas conclusões, podemos affirmar que é uma questão de facto apreciável pelo julgador em cada espécie (^{4M}).

Não ha como contestar que as fontes romanas empregam as expressões *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa dolo próxima*, *culpa levis*, *culpa leviior* e uma única vez *culpa levíssima* (^{*4M}).

Partindo da existência dessas locuções, entenderam os glosadores classificar a culpa em três graus:—a culpa lata, a leve e a levíssima (^{wo}).

Em resumo : diziam *lata* a culpa, ou *dolo próxima*, a omissão da diligencia que se podia empregar com uma capacidade ordinária, sem esforço de attenção. *Leve* era a que poderíamos ter evitado com a attenção ordinária e a *levíssima* a que só poderíamos evitar com transcendente habilidade, com conhecimento especial da cousa, ou com attenção pouco co-

(2486) Código Civil Allemão, art. 307.

(tW7) Assim, o cit. art. 307 é uma simples applicação das idéas contidas no art. 122 sobre a responsabilidade do declarante.

(^{MM}) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 346*.

(²⁴⁸⁹) Isto se vê na 1. 44 D. ad leg. Aquiliam, única passagem.

(^{2M0}) A' frente delles acharam-se BARTOUJS, ACCORSIO, ALCIATUS, DUARENUS, CUJACGIOS e HEÍNECIUS. A melhor exposição dessa theoria ainda hoje é a de VINNIUS, *ad Instit. tiv. 3° tit. 15 § 3.°* e depois adPoTWHR, *Obligations* «. 142.

mmum. Tudo se resume em conceber os graus decrescentes da culpa na razão inversa da negligencia manifestada.

Essa classificação dominou durante séculos, posto que sempre combatida (^{MM}). O prestigio dos glosadores parece ter offuscado a parte latina dos juristas do occidente e a classificação foi durando até os últimos tempos C^{WI}).

Era uma questão de pura theoria, pois que tal graduação não convinha ao direito romano, onde jamais se lhe pretendeu dar character systematico. O emprego dos três vocábulos era puramente accidental, como de sobra revela o facto do emprego da expressão *levíssima* uma só vez.

452.—Seja como fôr, a opposição que soffreu o systema dos glosadores nunca foi sufficiente para erradicar-o.

Uma só conseguiu alliciar adeptos, marcando o termo de uma nova evolução. Foi o novo systema que, repellindo a culpa levíssima, deu como demonstrado que as fontes romanas admittiam a culpa lata e a leve (^{MM}).

Nesta theoria existem dois processos distinctos para medir o grau da culpa.

Pelo primeiro, ahi intitulado *culpa in abstracto*, é lata a culpa que o typo corhum dos homens não cometteria (^w).

Para qualificar-a de leve, toma-se ahi por typo a diligencia que emprega um pae de familia cuidadoso (^{vw}).

Pelo segundo processo, denominado *culpa in concreto*, toma-se por typo o character do próprio individuo e diz-se então, conforme o caso, que elle é obrigado a prestar tanto ou maior diligencia do que a que emprega em seus próprios negócios (^{w6}).

(^{w1}) DONELLUS a impugnava. POTHIBR, que a resuscitou e tornou-se seu moderno paladino, reatou, por sua vez, a opposição que lhe fez LKBRUN.

(^{M91}) M. FREMI, *iv. 4/iv. 3 §5*; <Dig. *Porl. I, 205 a 210*; C. DA ROCHA, § 126; T. DE FREITAS, *Consol. das Leis art. 501 e nota 28*. Convém, porém, notar que tal systema não se coaduna de forma alguma com a Ord. liv. 4, tit. 53 §§2e3.

(^{w1}) Referimo-nos ao systema de HASSE exposto em sua obra—*Die Culpa des Römischen Rechts*, ed. de BETHMANN de 1838, MÍHLENBKUCH é o mais ardente partidário dessa theoria.

(***) A^ro « *intelligere qitod omnes intelligunt*; 1. 213 §2 el. 223 D. de verb. signif.

(^{a495}) *Diligentissimas paterfamilias suis rehus adhibet*; 1. 18 pr. D. commod. vel contra.

C^M) *úuam suis rebus adhibet—qualem suis robus adhibere solet*. 1. 72 D. pro sócio : 1.25 § 16 D. fam. ercisc. ; 1. 1 pr. D. de tut. et rat. disthra.

Posto que a natural fascinação pelo numero *três* fosse a única explicação a dar da longa persistência do systema dos glozadores (¹⁴⁹¹), sua substituição pelo systema exposto da gradação bipartita não esclarece sufficientemente as trevas do assumpto. Pelo menos os romanos jamais pretenderam obrar nesse particular de acordo com regras certas, como bem o demonstra o próprio autor do systema dos dois graus.

O que mais preponderava entre os romanos era que, quando tratavam de contractos em que uma só das partes era beneficiada, era esta obrigada pela culpa moldada pelos cuidados do diligente *pater familias* e a outra pelo dolo ou pela *culpa dolo próxima*. Si ambas as partes lucravam no contracto, ambas respondiam pelo dolo e pela culpa, calculada ainda pelos cuidados de um diligente *pater familias* (^{im}). Outras vezes não se exigia mais do que os cuidados que cada qual desenvolvia em seus próprios negócios—*qualcm insuit rebus*,— quando no negocio tratava-se do interesse que tinha nelle o obrigado. Outras vezes ainda sobrecarregava-se o próprio credor da obrigação com a culpa da pessoa pouco cuidadosa em quem o mal se confiara (^{MM}).

O que, em summa, se podia encontrar no direito romano, generalizando as regras exparsas da medida da culpa, seria: —a» a responsabilidade segundo o typo do *pater familias*, maiores cuidados do que os empregados nos próprios negócios; ò) responsabilidade conforme o character habitual; tanto cuidado quanto o que se prestava aos próprios negócios.

Eram passíveis da primeira medida: o commodatario, o depositante, as duas partes no contracto de penhor no de venda, no de locação, de mandato e na *negoliorum gestio*.

Eram-n'o da segunda: o commodante e o depositário, os sócios, os communistas *pro indiciso*, os coherdeiros, o marido quanto aos bens dotaes, o tutor e o credor.

Eis o que se pôde dizer do systema das duas culpas, vantajosamente refutado (^{*500}), mas sempre apoiado por innumerous partidários (^{.5M}).

(^w) Viu bem isto OUTOLAN, *Iitsiitutes n. J6j2*.

(^{1W8}) 1. 5 § 2 D. commod. vel contra; 1. 17 D. de jure dotium; 1. 1 § 5 D' de Oblig. et actionibus.

(^{4M}) 1. *li* fim D. pro sócio: 1.1 § 5 D. cit. de oblig. et act.

(^{oo}) Principalmente por MOLITOB, *Obligations tis. 201-204*—que por sua vez propõe outro systema. WINDSCHEID tem também outro systema—*Pandektenrechts § 101 tis. 3 e 4 c% 266-*

\

(^{*W1}) Um dos que melhr resumem e adoptam o systema de HASSE e ACGARIAS em seu *Prechts dedroit roüimin 4.^a edição v. II, tis. 662-663* e, sobretudo, na pag. 449 nota 4.

453.—Ao iniciar-se o espirito novo do direito com a formulação do Código Civil Francêz foram estes os dois sys-temas que se apresentaram á discussão e desta resulton o art. 1137 do celebre Código.

. Pareceu aos seus autores que não era justo nem muito exacto tomar por critério unico da responsabilidade as vantagens que ao devedor ad vinham do contracto, pois que a prestação da culpa muito podia se alterar com as convenções.

O artigo citado continuou a tomar por typo a diligencia de um bom pae de familia e ficou vago quanto ás obrigações a que se refere, posto que declare que ellas, quanto á culpa, podem variar em alguns contractos. De sorte que não derimiu as controvérsias doutrinarias, como se esperava.

Resultou dahi haver ainda quem depois dellc quizesse ver ali consignada a culpa *in abstracto ein concreto*, sendo aquella no artigo e esta em sua alinéa (^{1M}). Entendem outros que aquella Código conservou diversos graus de culpa, muito próximos á theoria bipartita exposta (⁵⁰³). Outros ha que affirmam ser seu systema o dos três graus primitivos (****), A maioria, porém, com melhores fundamentos, acham que o Código Francêz aboliu toda e qualquer gradação da culpa e, portanto, todos os systemas (^{280S}).

Todo o devedor, dizem, responde pelos descuidos indisculpáveis a um bom chefe de familia, mais ou menos diligente, conforme o contracto.

«554.—Nosso direito positivo não tem regra, alguma sobre a matéria.

(isoì) LAROMBIERE, *Theorie et 'PrJt. des oblig.* 1137, i4.

(1508) MOLITOR, *ab. cit.* n. 2'4; TaoPLONO, *Vente* n. 398.

(^{150v}) DURANTON, *Cours de ãroit Fr. suivant le C. Civ.* X, 396 e 408.

(^{80s}) Entre outros : AUBRV ET RAU, *Cours de d. civ.* § 308 nota 26; DEMOLOMBB, *Cont. et Oblig.* 1,411; SOURDAT, *Responsabilité*, MS. 653 e 654; HUDELOT ET MKTMAN, *Oblig.* 11. 2/5; LACERDA, *Obrig.* § 38 nota 20; BIQOT-PKEAMBNRU na *Exposition des Mot. du C. Civ. Fr.*, disse com effeito : —«Cette division des fautes est plus ingenieuse qu'utile dans la pratique; il n'en faut pas moins, sur chaque faute, verifier si l'obligation du debiteur est plus stricte ; quel est l'interet des parties ; comment elles ont entendu s'obliger ; quelles sont-les circonstances. Lorsque la conscience du juge a eté ainsi éclairée, // « pas besoin de régies générales pour prononcer suivant l'equité. La theorie dans laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les determiner. ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matiere des contesta-tions plus nombreuses. L'equité elle-même repugne á des idées subtiles.» FENET XIII, p. 820 ; LOCRÉ, XII, p. 431.

E' uma questão entregue á doutrina. Vajamos, pois, a melhor.

Examinemos o que legislam o *Code des Obligations* e o Allemão.

O primeiro não faz graduação para medir a extensão da culpa (^{s506}) e deixa ao juiz sua apreciação, embora injustificadamente fale logo depois em *culpa lata* (^{u07}). Mas é que ahi o principio da liberdade das convenções ficou limitado pela consideração que se não devia estendê-la até a possibilidade de uma das partes poder deliberadamente lucrar com sua culpa

^{/s508\}

No novo direito civil allemão, ao contrario, a regra é que a medida da responsabilidade é a convenção das partes.

Na ausência desta, responde o devedor por seus actos voluntários e por sua negligencia (^{s509}). A violação da diligencia é culpa, sem distincção de grave ou leve.

O novo Código aboliu, pois, a graduação anteriormente esposada pelo direito prussiano, evitando as controvérsias do direito francêz.

A's partes é livre augmentar ou diminuir o grau da diligencia em suas convenções e, portanto, abrangerem até a culpa lata, *l'olo próxima* (^{f810}). A única excepção é a do próprio dolo (^{""}).

Nada inibe, entretanto, que o credor renuncie exigir reparação das consequências de um dolo já comettido. Isso é doutrina romana geralmente aceita (^{uta}).

Muitos escriptores do direito francêz e do nosso pensam do mesmo modo, porque mantêm a distincção, que não rejeitamos, de culpa contratual e a obrigação geral de não ser nocivo aos direitos de outrem. O direito germânico firma idêntico principio sem conhecer entretanto semelhante distincção. Ali toda a culpa é delicto civil, cuja essência é a violação dos

(^{""}) Code Federal des Obligations. art. 113.

(1507) CodeFed. des Oblig., art. 114. OCod. Civ. Fr. também em seus arts. 804, 1827 e 1828 deroga a regra do art. 1137 punindo a culpa lata. E' que um e outro a tomam como synonymos do dolo.

(^{M08}) ROSSEL, *Manuel de droit feã. des oblig. u.* 129'

(^{*w}) Cod. Civ. Allemão. art. 276.

(^{ftsio}) GIORGI, *ob. cit.* II, 28 ; SALKILLES, *ob. cit.* n. 159 ; CHIRONI, *ob. cit.* n. 14, diz : «Le parti quando stringono contratto son libere de aumentar la responsabilità del Tobbligato oltre la misura posta dali a legge, alia quale, di regola, nel diritto delle obbligazioni si puo derogare. avendo le sue norme vigore di patto sol perche si presumono tacitamente accolte dai contraenti.»

(²⁵¹¹) *Jllud nulla pactione effict potest, ne dolus prcestetur* ; 1. 27 § 3 D. de pactis; WWDSCHEID, *ob. cit.* § 265; Cod. Civ. AU., cit. art. 276 ai. 2.»

(^{0w}) cit. 1. 27 § 4 D. de pactis; MATNZ, *Droit Rotnam*, § 173 *Mota* 23.

direitos de outrem e applicavel a todo e qualquer direito (^{M18}). Não ha distinguir entre culpa contractual e delicto civil (^{5U}).

Ultimo termo de uma evolução muitas vezes secular, o Código Civil Allemão deu ás theorias da gradação da culpa o golpe de morte e tirou-lhes de vez a importância que lhes a-tribuíam as escolas, confundindo e obstruindo as praticas dos tribunaes (^{s8,s}).

455.—O que está consagrado em nosso direito merece de nossa parte um exame concreto detido. Não temos outro meio de deduzir a regra dominante.

Culpa para o direito pátrio, como vimos, é a negligencia com que procede o devedor no desempenho das obrigações contrahidas.

Eis o typo geral. A actividade empregada em evitar o danno a outrem chamavam os romanos *diligentiffo* e dizia-se que o devedor nas obrigações devia *prceslare diligentiam*.

A omissão desta era a *ncgligentia*. A *diligentia* quando empregada em objectos corpóreos denominava-se *custodia*

D-

Precisamos, porém, collocar a questão nos seus verdadeiros termos. Qualquer que seja a culpa, ella é e não pôde deixar deser, no fundo, uma questão moral, psychologica. Tão varia quanto são vários os actos humanos, ella tem seus pontos extremos perdendo-se nos limites subtis e indecisos do dolo de um lado e do caso fortuito do outro. Girando entre esses dois pólos, ella comporta, sem duvida, graus infinitos, insusceptíveis de predeterminação.

Pretender generalisar gradações é expor a deixar amparados pela lei casos puníveis e comprehender nella muitas vezes o que a diligencia não poderia alcançar em uma previsão racional e segura.

Nestas circumstancias a mais absoluta liberdade das convenções quanto á extensão da culpa, junto á apreciação do juiz acerca dos factos, bastam para satisfazer ás necessidades supremas da ordem social no perfeito cumprimento das obrigações entre os indivíduos. Estes podem, em matéria de culpa contractual, augmontar livremente ou diminuir até annuUar de

(is») Exempio . arts. 823 e 825 deCod. Civ. Allemão.

■ (^m) *Motives à C. Civ. AU.*, tom. 11 pag. 727.

(»"») GIOHQI *ob. cit.* 11,27. (^{u18})

Vide CHIBONI, *ob. cit.* «. 24.

vez a responsabilidade, dentro dos limites do honesto (*ⁿ). Na falta de convenção, ao juiz compete decidir das reclamações diante delle postas.

O julgador, porém, não tem o arbítrio absoluto na apreciação da culpa:—isto seria igualmente inconveniente.

A limitação de seu procedimento acha-se na regra posta pela lei, relativa á natureza das convenções.

Assim, nos contractos unilateraes responde por culpa aquella parte a quem o contracto aproveita e somente por dolo aquella a quem, ao envez disso, elle não trouxe vantagem. Nos bilateraes deve cada uma delias responder por culpa.

O typo da diligencia que o juiz deverá ter diante dos olhos para aquilatar a negligencia e a culpa decorrente será a que costuma empregar no manejo commum dos negócios um homem prudente e bem governado (**). Nem se pense que a culpa deixa por isso de ter suas gradações bem reaes, como vimos; apenas ella não comporta a predeterminação abstracta da lei e só deve ser ponderada pelo julgador nos casos concretos.

456. —Desçamos agora ás applicações acerca da diligencia, cuja exposição julgamos essencial ao nosso estudo.

a) O usufructuario deve, antes de entrar na posse do usufructo, fazer á sua custa inventario dos bens que recebe, determinando o estado em que se acham e dar caução fideijussoria ou real, si lhe for exigida, de *telar pela conservação c entrega findo o usufructo* (*••).

b) Si um edificio sujeito a usufructo for destruído *sem culpa do proprietario*, não será este obrigado a reconstruil-o, nem o usufructo se restabelecerá com a reconstrucção á sua custa (^{SM0}).

c) O credor pignoraticio é obrigado, como depositário, a empregar na guarda do penhor a *diligencia exigida pela natureza da cousa* [""]. I

(^{2M1}) HUDELLOT RT MBTMAN, *ob. cit.* H. 2/7; Aut, cit.s na nota 2510.

(⁸¹⁸) LACERDA, *ob. cit.* § 38 nota 15; HUDELLOT ET MBTMANN, «. 215; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 265 H. 3; DBRNBDRG, *Das BUrg. Recht, II*, § 63 b. Falando do typo do *diligens et studiosus paterfamilias* diz este ultimo jurisconsulto: — «Dies rief jedoch laute Kritik sogar Spothervor.»

(^v) LAFATETTE. *Cousas* § 103; *Dig. Port. 111. 532 e 538*; Proj. Bevil. art. 745.

(^{M0}) LAFATETTE, § 97: n/g. *Port. Ill, 542*; Proj. Bevil., art. 743.

(MM) LAFATETTE, § 164 n. i; *Dir. Civ. Recopil., art. 679*; RAMOS, *Apont. Jurídicos sobre Contractos, arts. 1528e 1029*; Proj. Bevil., art. 781 n. 1.1

d) O credor antichresista responde pelas deteriorações que o imóvel sofrer devidas a *culpa sua* e pelos fructos que *por negligencia* deixou de perceber ^(15M).

e) O locatário é obrigado a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos conforme a natureza da coisa e as circunstancias e empregar nella o *cuidado que leria com coisa sua* ("*•).

f) O empreiteiro é obrigado a pagar os materiaes que recebeu si por *imperícia* os inutilisar (*"*)).

g) O commodatario é obrigado a guardar e conservar a coisa emprestada com zelo e solitudine, só podendo usar della segundo o modo determinado pelo contracto ou pela própria natureza da coisa, sob pena de responder por perdas e dargos (»").

h) O depositário deve prestar, na guarda e conservação da coisa depositada o *cuida do e diligencia que* costuma empregar na guarda e conservação do que lhe pertence e restitui-la quando for exigida pelo depositante com todos os seus fructos e acréscimos ^(16M).

i) O mandatário é obrigado a applicar na execução do mandato *sua diligencia habitual* e a indennisar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquellea quem substabeleceu, sem autorisação, poderes que devia exercer pessoalmente C*1)*

j) O gestor é obrigado a applicar no negocio *sua diligencia habitual* e a indennisar o dono delle por qualquer prejuízo resultante da culpa ou negligencia da gestão ^(17M).

k) Cada sócio deverá indennisar a sociedade pelos prejuízos que esta sofrer por culpa delle e não poderá compensal-os com os proveitos que lhe tiverem sido trazidos por sua industria ou outros negócios ^(15W).

l) Os herdeiros que estiverem na posse dos bens da herança, o cabeça de casal e o inventariante, deverão trazer ao acervo os fructos e rendimentos que houverem percebido desde a

^(MM) LAFATETTB, § 171 n. j ; Z?lg. Port. Til, 1234 ; Dir. Civ. Recopil, art. 708; Proj. Bevil., art. 814.

(»*S) Dir. Civ. Recopil, art. 1115; Proj. Bevil., art. 1195 n. I.

(*MI) RAMOS, ob. cit. n. 1260 ; Proj. Bevil., art. 1246.

(»t5) Consol. das Leis, art. 501 ; Dic. Civ. Recopil., arts. 1163 e 1164 n. 1 ; Dlg-Port. III, 1164, 1165 e 1170 ; Proj. Bevil., art. 1253.

("*•) Dir. Civ. Recopil, art. 1179; Dig. Port. III, 680 e 681 ; Proj. Bevil., art. 1268.

(«»«) Consol. das Leis, art. 471; Dir. Civ. Recopil., art. 1849 ; RAMOS, «. 672 ; Dig. Port. III, 621; Proj. Bevil., art. 1302.

(*"I) RAMOS, ns. 714-716; Dlg. Pott. III, 666 e 674; Proj. Bevil., art. 1339.

(UM) Consol. das Leis, arts. 751 e 752; RAMOS, ns. 1401 e 1402; Dir. Civ. Recopil., arts. 1280 e 1281; Proj. Bevil., art. 1783.

abertura da successão ; terão direito ás despezas necessárias e úteis por elles feitas e responderão pelos danos e prejuízos occasionados por dolo ou culpa (²⁵³⁰).

4*57.—Que deduzir de um tal exame ? Não é de mais repetir que a diligencia habitual a um bom *pn ter famílias* é o typo abstracto que a escola offerece á diligencia. A *diligenlia quce in rwbus suis* é o typo concreto (^{M1}). Nosso direito conforma-se com isso ?

De modo algum. Nos casos typicos que citámos, bem propositalmente deixámos de separar os casos de fortuito, de imperícia e de custodia; confundimos todos pensadamente para examinar si, no meio de taes casos, encontram-se traços dos systemas em luta (^{5W}). Como se vê, o conceito da culpa contractualahi resalta, não como um typo uniforme, susceptível de generalisação, mas como um expletivo eminentemente concreto e exclusivamente próprio ao caso considerado, como um limite, na hypothese prevista, á liberdade da convenção das partes, em matéria de culpa.

Em conclusão : prevalece em direito pátrio a regra da livre convenção das partes para regular a culpa e, em casos es-peciaes, a lei limita essa liberdade, sem preocupar-se, entretanto, com a gradação da culpa.

458. —A cargo do devedor fica a prova dos factos que em direito excluem a culpa, bem como incumbe ao credor a do não implemento culposo da obrigação e dos actos prejudiciaes ao devedor (^{2b33}).

A regra, porém, não é sem excepção. Ha casos de culpa em que, quando a lei positivamente o determine, compete— ao credor provai a, como é, em geral, nos casos em que a prestação é de tal natureza que provar o inadimplemento já é provara culpa.

(^{*330}) PER. i)R CARVALHO, *Proc. Orpu.* §§ 49 e segs. ; Proj. Bevil., art. 1793.

(^{2S31}) KHOMAOEOT, *De hi fantc comine source de la responsabililé*, p. 185 e segs. I

(^{t233}) Notemos que a imperícia é culpa '. — *impenda culpas nãnumeralur.*

(^{MM}) WINDSCHEID, § 265 H.º 6; C. DA ROCHA, § 1)1; LOBÃO, *Dannos* § 200. *f.it-*

Assim, o mandante é obrigado a provar a culpa de seu mandatário para excusar-se ao cumprimento das obrigações por elle contrahidas (**).

459.—Um exame inda que rápido das legislações estranhas nos servirá para mais reforçar a demonstração feita de que nosso direito afasta-se do plano de estabelecer os velhos typos já examinados de graduação da culpa.

Um grupo de Códigos americanos atêm-se francamente ao systema extremo dos três graus dos glosadores.

O mais minucioso de todos—o do Peru—aceita e define cada um dos graus clássicos. *Culpa lata* é para elle a omissão das precauções e diligencias que estão ao alcance dos homens menos cautos e avisados; a *leve*, a omissão das diligencias que um pae de familia toma de ordinário em seus negócios e a *levíssima*, a omissão-daquelles cuidados que só podem pôr em seus assumptos os pães de familia mais exactos e diligentes.

As partes são obrigadas a evitar o dolo ea culpa lata em todos os contractos; pela leve respondem quando a utilidade é reciproca para os contratantes ; pela levíssima o que tira utilidade nos contractos unilateraes ; aquelle que nestes soffre o gravame, tem obrigação de responder somente pela culpa lata (**•).

O Código Civil da Columbia (""J, o de Guatemala (^{M1}) e o do Chile (*) reproduzem a mesmadoutrina sem discrepância.

O Código Civil do Uruguay, que tão de perto acompanha o do Chile, afastou-se de seu typo neste particular e define somente a culpa como fundada na negligencia, sem maiores desenvolvimentos especiaes (^{M9}).

O Código Argentino diz que a culpa do devedor no cumprimento da obrigação consiste na omissão da diligencia que exige a natureza da obrigação a que correspondem as circum-stancias de tempo e do lugar (^{154o}).

O Código Civil Hespanhol, depois de estatuir que a culpa ou negligencia do devedor consiste na omissão desse cuidado ^{53*} «. .Qui si entra in una *questio facti*, sulla quale é impossibile stabilire dei criteri astratti; giaché dipende dal modo con cui si svolgano certe controversie, che l'onere delia prova si riversi suU'utio piuttosto sull'altro contraente» ; GIORGI, *ob. c/7. //*. M. 33. H

(»»•) cod. Civ. do Peru, arts. 1267, 1269 a 1271.

■ (8336) cod. Civ. da Columbia, art. 1604- I

(««) Cod. Civ. de Cuatemala, art. 1436. (»M)

Cod. Civ. do Chile, art. 1547. (*^m) Cod. Civ.

do Uruguay, art. 1293, (^{mo}) Cod. Civ.

Argentino, art. 512.

do que exige a natureza da obrigação e se estende conforme as circunstancias de pessoa, tempo e lugar, declara que, quando a obrigação não indicar o cuidado que devamos ter em sua execução, exigir-se-á que o devedor preste o cuidado de um bom pae de familia ^(MM).

O Código Civil Português faz depender a qualificação de culpa ou negligencia do prudente arbítrio do julgador, conforme as circunstancias de facto, do contracto e das pessoas
IHUv

O Código Civil Francêz, a que já nos referimos, estabelece que a obrigação de velar pela conservação da coisa, quer a convenção não tenha por objecta sinão a utilidade de uma das partes, quer tenha por objecto sua commum utilidade, sub-mette aquelle que a ella é obrigado a prestar todos os cuidados de um bom pae de familia. Essa obrigação é mais ou menos extensa relativamente a certos contractos, cujos effeitos, a esse respeito são explicados nos títulos que delles tratam ^(15W).

O Código Civil da Itália, para evitar a restricção do Francêz que o inspirou, estatuiu que a diligencia que se deve empregar no adimplemento de uma obrigação, tenha esta por objecto a utilidade de uma das partes ou de ambas, é sempre a de um bom pae de familia, salvo no caso de deposito. Esta regra manda elle applicar com maior ou menor rigor, segundo as normas estabelecidas para certos casos ("**").

Pelo Código das Obrigações suíço, o devedor é, em geral, obrigado por toda a culpa, sendo sua responsabilidade maior ou menor, segundo a natureza particular do contracto. Ella deve ser apreciada com menos rigor, quando o contracto não tem por fim dar uma vantagem ao devedor (**•).

Pelo Código Civil Allemão o devedor responde por seus actos voluntários e por sua negligencia, consistindo esta em não prestar os cuidados reclamados nas relações ordinárias ^(15M). E' verdade que em mais de um lugar elle falia em *negligencia grave* ^(mi); em outros refere-se a «diligencia idêntica a que desenvolveria em seus próprios negócios» (*'''). Em nen-

^(*5M) Cod. Civ. da Hespanha. art. 1104.
<''*■) Cod. Civ. Português, art. 717 § 3.º.
^(15M) Cod. Civ. Francêz, art. 1137.
^(13W) Cod. Civ. da Itália, art. 1224.
^(134S) Cod. Fed. das Obrig., art. 113. Infelizmente este Código alimenta a confusão referindo-se em seu art. 114 a *afoute grave e faule légère*. Vide o que diz a respeito ROSSEL, *ob. cit.* «. 8.
(**•) Cod. Civ. Allemão, art. 276. ■
(»») <„robe Fahriassigkein, arts. 300, 521, 599, 680, 968, etc.
(**'*) «... *äiefenige Sorgfalt welche er in eigene Angelegenheit anuu • wenden pflegt*» arts. 690, 708, 1359, 1664, 2131, etc.

hum dessescasos, porém, se descobre o propósito de firmar um systeroa preconcebido para a gradação da culpa.

Tal é a matéria da culpa contratual, cujas disposições são applicaveis inteiramente aos quasi-contractos e ás obrigações nascidas da lei (*").

460.—Ao lado da culpa, envolvendo idéas successivas, ligadas, próximas, de difficil discriminação, acham-se o *caso fortuito* e a *força maior*

O principio em que assentavam os effeitos do caso fortuito e da força maior no direito romano—*fortuita, fatalitas, vis divina*—era uma inspiração da philosophia stoica que dava á vontade moral do agente o character supremo e exclusivo na medida da responsabilidade.

Para os romanos o caso fortuito era caracterizado pela impossibilidade de ser previsto—*nullum humanum consilium prouidere potest*—e a força maior pela impossibilidade de ser vencida—*vis cui resisti non potest* (2550).

Havia, pois, na legislação romana distineção entre as duas concepções que, entretanto, são sempre enumeradas conjuntamente C"). Ao dano que de uma e outra resultava denominava-se ali *damnum l'alale* (**").

Nossas leis não confundem também as duas idéas, que são fundamentalmente distinctas.

Os casos de força maior não permitem ao devedor da obrigação intervenção alguma pessoal para os evitar. Não ha como fazer-lhe carga de uma interrupção nos meios de transporte, em uma linha telegraphica, ou de uma guerra; em fim, de um desses múltiplos phenomenos que podem, de um momento para outro, obrigar-o a faltar á prestação num prazo dado, ou a executar-a em termos não precisos aos que estava adstricto.

No caso fortuito, ao contrario, posto não dependente inteiramente da vontade, esta pode influir para a culpa por ter preparado as condições da realização do phenomeno (*83).

Rigorosamente definido, o caso fortuito é um acontecimento que podia ser previsto, que é inevitável, posto que

(**•) Huc, *Droit Civ- Vil.* «. 94.

(H0) 1. 15 §2 D. loc. cond. ; MACKKLDEY, %377; DOMAT, *Lois Civ. liv. II, tit. 9.*

(•••*) Como se vê na 1. 23 D. de reg. jur. que exemplifica os casos. H
\\wrf%) 1. 3 § 7.º D. *natti caup. stab.* (*555) CHIRONI, *Colpa Coit. n. 308.* .

sua determinação rigorosa seja impossível, como, por exemplo, a morte.

Na phrase elegante de um jurista, é elle a expressão das calamidades que o homem deve fatalmente supportar sem poder lançal-as á conta de um de seus companheiros da miséria terrestre (^{M5*}).

Esse facto estranho ao devedor e a elle não imputável, é o elemento subjectivo do fortuito ; a impossibilidade em que elle colloca o devedor de cumprir a prestação é seu elemento objectivo.

Elle é mais lato do que a força maior e a comprehende, como o género comprehende a espécie (¹⁵⁵V).

Este modo de ver, comtudo, não é geral.

Civilistas existem que vêm nas duas expressões verdadeiros synonymos, sendo o caso fortuito apenas o *imprevisto* e a força maior o *inevitável*; ambos, porém, um acontecimento que, provindo de causa estranha ao devedor, independe, quer de sua vontade, quer de seus esforços; graus, emfim, da mesma cousa (^{25B6}).

E' este, sem duvida, o sentido restricto da technica jurídica.

De acordo cam esta, aquellas expressões revelam somente a ausência da acção da vontade para os effeitos exclusivos da responsabilidade. E' assim que se definem englobadamente os dous modificadores da obrigação:—O caso fortuito ou de força maior verifica-se no facto necessário, cujos effeitos não era possível evitar ou impedir (^{25S7}).

Apesar de tudo, nossa legislação não é uniforme no em -prego das expressões referidas. Ora fala em caso fortuito (⁵⁵⁸), ora emprega a locução no plural. Umas vezes falia somente em força maior (^{5M}); outras associa as duas idéas (^m); ás vezes parece que as põe em opposição (""). Não obstante essa versatilidade, a synonymia está perfeitamente estabelecida. Desde que o caso é necessário, isto é, inevita-

(•»*) EDMOND PICARD, *Le Droit Pur.* >*. CXIV.

(*»•) LACERDA, *ob. cit.* § 36.

(*8b6) AUBRY ETRAU, *ob. cit.* § 30S; SOURDAT, *ob. cit. us.* 645 e 646 ; PACIFICI MAZZONI, *Istit. di Air. civ. italiano IV, ns.* 101 e 102.

(tssiy Proj. Be vil., art. 1061 § único, de acordo com os autores citados na nota anterior.

(^{MM}) Cod Comm. art. 104. O mesmo o Proj. Bevil., arts. 1199, 1217 1302 § 1 etc.

(^{ISM}) Cod.Comm. arts.93, 548, 549, 609 etc. Proj. Bevil., arls. 1230, n. II, 1233 n. III, 1273, 1287 n, II, etc.

(««o) cod. Comm. arts. 102,170, 181, 202, 631 etc.

(•^{M1}) Por ex.no Proj. Bevil., arts. 1121 n. 1,1279.

vel, fatal e imprevisto, não mais se admittem entre nós as capciosas distincções de factos da natureza, ou factos do homem.

Uma innundação, um terremoto, tanto como uma guerra ou uma commoção interna, entram rigorosamente na definição dada, eis que seus effeitos não sejam de natureza a ser evitados pelo dever. No mesmo caso estão os actos de autoridade superior a que o obrigado deva obediência (**"),

Devemos igualmente lembrar que com as disposições positivas do direito pátrio não se pôde conciliar a distincção dos casos solitos, ordinários, eos insólitos ou extraordinários do direito romano (^{MM}). Apesar de ter ella ás vezes sua pro. edencia na pratica (*⁸) e ser adoptada em muitos Códigos modernos (""), muito contribuiu para manter discussões e duvidas sem consequências úteis (^m).

401 .Os casos de fortuito e de força maior pódem-se verificar em todos os departamentos juridicos.quer no direito substantivo, quer em matéria de processo.

Nas obrigações contratuaes, porém, que especialmente nos oocupam, elles têm um effeito resolutorio absoluto, não relativo, nem meramente dilatório.

Ninguém é obrigado a reparar o damno resultante, nem responde por qualquer prejuízo decorrente do caso fortuito ou da força maior. O direito romano já o proclamava e os códigos modernos são uniformes na solução (*^{M1}).

Isto se applica tanto ás duas partes, no caso de prestações reciprocas, como quando uma só é obrigada. Mas, nas obrigações bilateraes, a impossibilidade que attinge a uma das

f»⁵⁶¹) LAUKRNT, *ob.cit.* XVI, 259 a 261.

("«) 1. 78 § 3 D. decont. empt.; MOLITOR, *ob. cit.* n. 292.

(*^m) LACERDA, § 36 *noto j.*

(«««) Por ex. ;C. Civ. Fr., art. 1773 ; God. Civ. Ital., art. 1621. ■

(¹⁸⁶⁶) «.. .Quel che caratterizza il caso è l'inevitabilitá, e non si puó sostenere che gli avvenimenti ordinari siano inevitabili lutti e sempre. La ricerca su questi punti á lasciata ai savio apprezzamento dei giudice, dei quale é pur compito il decidere quando un fatto abbia il carattere di straordinario, e quando quello di ordinário, speci&lmente se l'avvenimento é cagionto da forza naturale» CHIRONI, *ob. cit.* n. 312.

(^m) Is 25 e 185 D. dereg. jur. ; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 1026 ; C. Civ. Fr., art. 1148;C. de Nápoles, art. 1102 ; C. Civ. da Itália, art. 1226; Cod. Civ. do Chile, art. 1547 ; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1317 ; Cod. da Sardenha, art. 1238 ; Cod. Civ. da Áustria, art. 1296 e 1313; Cod. Civ. do Canadá, art. 1072; Cod. Civ. Arg., art. 513; Cod. Fed. Suisso, art. 110; Cod. Civ. Ali., art. 275.

partes não ainhibe de exigir da outra a prestação a que tenha direito («•»).

I Si, porém, o effeito primordial do caso fortuito é que, si por elle o devedor se vê na impossibilidade de cumprir a obrigação e esta se modifica ou se extingue sem lhe acarretar prejuízo, por outro lado fica ao credor salvo o direito de haver as vantagens que occasionalmente derivarem do caso fortuito que impossibilitou a obrigação.

Esse principio, já consagrado no direito romano (^{1M9}), não é estranho ao nosso direito.

462. —O principio resolutivo da obrigação por caso fortuito e força maior soffre as excepções seguintes em que o devedor é obrigado a presta-la. Taes são :

I—Si por convenção expressamente por eiles se responsabilisou, o que quer dizer que a convenção pôde alargar ou restringir á vontade o grau da culpa e isso mostra a inutilidade de gradual-a em lei (^{SSTO}).)A convenção das partes pôde ir além, chegar afixar elementos especiaes para que se considere um phenomeno qualquer um caso fortuito (*"*)).

II—Si a lei põe a seu cargo a prestação do fortuito como: *a*) no caso de mora (*""); *b*) no caso do deposito necessário (*"•"); *c*) no caso de venda de objectos que são marcados, contados ou assignalados para o comprador (*""); *d*) no caso de gestão de negócios (*""); *e*) no caso de arrendamento de bens nacionaes (""); *f*) no de commodato (*⁸¹¹); *g*) no caso de parceria pecuária (*⁵¹⁸); *h*) no de riscos profissionaes e outros, emfim, previstos em lei.

(^{1bfi8}) BAUDRY LACANTINERIK ET BARDE, *ob.cit. n. 423*.

(^{Md9}) 1. 7 § 13 D. comm divid. ; 1. 65 § 8 D. de cond indeb. ; Is. 1 §47e2 D. depositi; 1. 35 §4 D. de cootrah. empt. ; 1. 13 § 12 D. de act. emti.

(2670) *Cousol. das Leis, art. 502 § 1.º* ; LACERDA, § 36 *nota 8* ; Proj. Bevil., art. 1060. O direito romano já consagrava esse principio, como se pôde verificar nas fontes citadas por MACKBLDEY, § 377. Vide MOUTOR, *n. 291*; LAU-RENT, *XVI. 277*, AUBRY ET RAU, § 308 *nota j7*.

(857U) CHIRONI, *Ob. cit. H. ?/?*.

(2578) C- DA ROCHA, § 127 ; LACERDA, § 41 *nota 10* ; GIORGI, *II, 141 e segs.* ; Proj. Bevil., art. 958 a 960; C. Civ. da Columbia, art. 1604, etc. (S>78) *Dir. civ. Recopil., art. 1191* ; Proj. Bevil., art. 1286 ai. 2.»

(2574) Proj. Bevil., art. 1131 § 1.

(2575) RAMOS, *ob. cit. n. 716*; Proj. Bevil., art. 1341.

(2576) *7>ir, civ. Recopil., art. 1098 § único*.

(2577) RAMOS, *n.494*; *Consol. das Leis, art. 502* ; Proj. Bevil., art. 1255.

(2578) *Dtr. civ. Recopil., arts, 1313-1315*; Proj. Bevil., art. 1422.

III—Si o fortuito tiver sido favorecido por circunstancias decorrentes da culpa ou do dolo (^{1M9}).

Os casos em que a lei põe a cargo do devedor factos de terceiro, já nos casos de convenção, já nas obrigações por factos illicitos, não constituem casos de responsabilidade pelo fortuito.

Ahi a culpa é presumida pelo principio da representação

^{17B80\}

■463.—O devedor que invoca a isenção da responsabilidade pelo caso fortuito deve proval-o(^{aS81}). A prova, porém, deve ser feita nos restrictos termos do caso fortuito.

Assim, deve resultar delia a) que o acontecimento se effectuou sem que o devedor tivesse podido impedir-o ; b) que nenhuma culpa de sua parte contribuiu ou concorreu para realisar-o ou augmentar-lhe os efeitos : c) que por elle ficou impedido de executar a obrigação.

O essencial é que da prova resulte a completa exclusão da culpa. Com effeito, entre os factos necessários muitos existem em que a acção do homem actua como causa determinante.

No incêndio, no furto e na morte de animaes, nas múltiplas deteriorações das cousas, é bem difficil traçar a linha que delimita a fatalidade do acto culposo. Eis porque pensamos que a prova deve ser inteiramente exclusiva da culpa. Este rigor já era do direito romano (^{15M}).

Além disso, o fortuito deve collocar o devedor em condições taes que lhe seja impossivel satisfazer á obrigação.

A impossibilidade deve ser absoluta e de natureza tal que o devedor não possa sequer ser substituído por outra pessoa na prestação. Deve além disso ser posterior á obrigação, porque si for anterior, esta não appareceu, pela regra que ninguém se pôde fazer obrigado pelo impossivel (^{15M}).

A impossibilidade relativa, ao contrario, é aquella em que a obrigação pôde ser cumprida por alguém que substitua o devedor.

Não se deve, porém, em caso algum confundil-a com a simples difficuldade. Um obstáculo que só se antolhar no es-

(3579) GIOBBI, II, 11.

(2680) CHIRONI, U. 3/5 b); Cod. Civ. do Canadá, art. 1200. ai. 2.

(2581) SotJR DAT, ff. 649; CHIRONI, ÍM. 316.

(^{1M})*/s. 23 c 49 D. de v«rb. oblig.

(^{5M}) HUDELLOT ET METMAN. OÙ. cit. ns. 248-251.

tadode simples possibilidade, será um perigo no sentido vulgar, uma pura eventualidade; nunca, porém, uma causa sufficiente para fazer paralyzar a execução (***). Fora disso, a impossibilidade absoluta só não exonera o devedor si elle tem culpa *in eontrahendo* (****). Em caso contrario, prevalece sempre para livral-o da prestação a que era obrigado. A impossibilidade relativa produz tal effeito si provar que subveiu sem culpa sua O.

Esta ultima soffre ainda uma restricção : que só é excusavel nas obrigações de dar coisa certa ou nas de fazer e nunca nas de coisas fungíveis ou de dinheiro C").

Em todo o caso, si a obrigação se tornou impossível sem culpa do devedor, elle é obrigado a transportar ao credor todos os direitos de indennisação que possa ter em relação ú cousa (**•).

4 tf 4.—O danno que resulta do caso fortuito e da força maior é o que se conhece pela denominação de *TÍMCO\$\$ perigos*, em contraposição aos *commodot* da cousa que delles também podem provir.

A inexecução das obrigações por caso fortuito ou força maior nftoé, como ficou dito, imputável ao devedor.

O credor deixa então de ter direito a qualquer indennisação.

Desde que subsista o direito de reclamar o valor da coisa, uma vez que perdue o direito á indennisação dos prejuízos soffridos com a perda ou deterioração, exclue-se a idéade risco

Este presuppoe a perda de tal direito juntamente com o perecimento da coisa.

1 Tal exclusão do direito é o *perieulum* doa romanos, *ritcot e perigos* doa modernos e abrange em seu conceito naosomente oa casos de um perecimento e deterioração effectivos, como os casos em que a coisa, deixando de estarem commercio, deixa também da poder ser restituída (*•*).

I No sentido objectivo, exprimindo o próprio danno da cousa, podem-se definir oa riscos todos oa *accidentea fortuitos* que

<*■*) Puutiof, C~t» */«•• *» 0. C*>. // . *.' S44 ; C«M0*t. •*. «tf. m.91j.

(■») Cm*owi. •*. Cit. m. flf.

<""M. 2 |2;l. 137 0. detrerb. oblf.; DI»AW»I, •* i. LU*.

(****) GtOMM. ♦*. til. II. Sé.

(**> Cod. O», é» C«M44, Sff. 1201.

atacam a coisa, objecto da prestação, em seu valor intrínseco e, em consequência dos quaes ella se deteriora ou perece. In-plicam, portanto, a idéa de fortuito e se contrapõem á de culpa (^{as90}).

Subjectivamente o risco é a situação em que fica quem com elle deve acarretar (⁵⁹¹).

4G5.—As determinações legaes sobre os riscos têm uma applicação differente nas obrigações unilateraes.

Quem tem a propriedade da coisa supporta seus riscos; eis o pensamento do direito romano tratando-se dos direitos reaes—*res perit domino*;— era a regra subentendida.

Nos contractos bilateraes a inexecução pelo fortuito tirava ao credor todo o direito á indennisação : a perda era o risco do credor (^{5M}).

Na compra e venda, entretanto, estabeleceram os romanos um principio de excepção que foi a fonte de infindas controvérsias até os tempos modernos. Perecida ou deteriorada a coisa por caso fortuito, antes da tradição, o comprador deve pagar seu preço, quer não a receba, quer a receba deteriorada

/M9S\

O vendedor era devedor da coisa e como tal não soffria as consequências do fortuito. Tal era a regra.

Os interpretes romanos, apesar delia, fundaram a regra geral: *casum senlit dominus, resperit domino*, principio evidentemente contrario ao que ficou firmado no contracto de compra e venda.

Elles apoiavam-se em uma disposição que attribuia ao dono da coisa dada em penhor o perecimento fortuito delia

/S94\

Essa lei evidentemente confundiu a qualidade de *proprietário do penhor* com a do *credor de sua ressituição* que se achavam reunidas na mesma pessoa por sua vez também *devedora* da obrigação garantida. Qualificou então proprietário quem era credor para o effeito de declarar que a coisa perece

C⁽⁵⁹⁰⁾ COLVIELLO NICOLA, *Del caso fortuito in raporto alia estinaionc deite obbligaioni*, Cap. III : HuDEtOT ST METMAN. n. 222.

(⁶⁹¹) LACERDA, § 36.

I^(*) 50 D. *deact. empt. et vend.* ; BRINZ, *ob. eit, lug. cit.*

(!>03) § 3.º Inst. de empt. et vend. ; 1. 34 § 6 D. de contr. empt. ; 1. 6 C. de per. et commod. ; WINDSCHEID, § 390.

(«»*) L. 9 C. de pignerat. act.

para seu dono, isto é, para o devedor pignoratício, cuja dívida somente continua a subsistir.

A confusão, bem se vê, surgiu na espécie, como poderia surgir em todos os mais casos em que as duas qualidades estivessem reunidas num só individuo. O brocardo, porém, não" resiste quando ellas sejam tomadas em separado.

Af firmaram outros interpretes que a regra *res perit domi* no* só era applicavel aos contractos cujo fim é a restituição a que o possuidor é obrigado para com o proprietário e não estensivel a outros casos. D'ahi a outra regra—*species debita ye-\vrii credito ri f^m*).

No antagonismo dos dois princípios, triumphou o primeiro, ao tempo em que o direito civil soffreu a revolução da codificação francêza (²³⁹⁶).

Civilistas notáveis por elle se esforçaram combatendo mesmo a excepção romana da venda.

466.As disputas que se originaram no Código Civil Francêz deviam premunir os codificadores modernos contra a difficuldade quasi insuperável de estabelecer regras fixas sobre os riscos, independentemente dos contractos em que elles deviam ser considerados.

A regra da extincção da obrigação por circumstancias não imputáveis ao devedor prevaleceu sempre (^{M1}).

A discussão manteve-se, porém, renhida nos casos de obrigações unilateraes.

O caso fortuito libertando um dos devedores collocado em circumstancias impossíveis de satisfazer a prestação, libera o outro, dissolvendo o contracto ? Em outros termos, procura-se saber si, dadas duas prestações reciprocas, oriundas de um só contracto, uma se extingue com a extincção da outra.

Af firmar é pôr os riscos a cargo do devedor ; negar, ao contrario, é pôr-as a cargo do credor.

A solução romana era que nos contractos de alienação, quemadqueria direitos supportava os riscos, desde que o con-

(*5«s) MOLITÔR, *ObUg.* n.278.

H Cod. Civ. Fr., art. 1138 ; Cod. Civ. Uai., art. 1125.

(««) Cod. Fed. Suisso, art. 145.

tracto estivesse perfeito. Muitos Códigos modernos aceita-j ram essa doutrina (^{8M}).

A segunda solução é a germânica consignada no Código Civil AUemão e de ha muito ali preparada por leis e Projectos

/Si99\

Aquelle Código abandonou o principio antigo e firmou que, si a prestação que incumbe a uma das partes em virtude de um contracto bilateral torna-se impossível em consequência de uma circumstancia pela qual nenhum nem outro dos contratantes deve responder, esta parte perde o direito á contraprestação (^{s60o}). Si, ao contrario, a prestação que incumbe a uma das partes torna-se impossível em consequência de uma circumstancia pela qual a outra parte deve responder, a primeira conserva seu direito á contraprestação (ⁱ⁶⁰¹).

Ksta solução tem sobre a precedente a vantagem de dispensar medidas complementares, como tem o direito fran • cêz. Além de prever nos artigos citados (^{*60i}) todas as circumstancias, aquella legislação é, sobretudo, mais equitativa (^{*40S}).

467.—Em boa hora firmou-se em direito pátrio a doutrina que a Índole differente dos diversos contractos, exigindo disposições especiaes, não comportam uma regra única absoluta relativa aos riscos,

Eis porque estes somente são tratados em especial por occasião dos contractos.

Apesar de tudo, a theoria costuma generalisar as seguintes regras que nosso direito não repelle : a) supporta o risco O contratante que poderia gozar das eventualidades do lucro; b) nos casos duvidosos supporta a perda aquelle em cujo pro veito se concluiu o contracto; c) nos casos não previstos, li vre é ás partes pactuarem o encargo dos riscos (^{i8M}).

(^{im}) Cod. Fed. Suisso, art. 2U4; Cod. de Saxe, arts. 866, 867, 1013. 1091 ; Cod. Civ. daHoll., art. 1496. O Cod. Civ. Fr., arts. 711, 1138. 1583, 1624 e o Uai., arts. 1125,1298,1443 e 1480 aceitam igualmente esta solução, mas fazem depender a transferencia da propriedade unicamente da conclusão do contracto. TBOPLONQ, *Vente*, «. 359; AUBKY ET RAU, *ob.* «V. § J49 ; ROSEEL, «. 250 critica a disposição cit. do Cod. Federal como contraria á razão.

(^{2S99}; Os Proj. de Messe, da Baviera e de Dresde, os Códigos da Prússia e da Áustria por exemplo

(MM) «... so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung», art. 323.

1 (^{iM01}) Cod. Civ. AUemão, art. 324.

■ («O») cod. Civ. Ali., arts. 323 e 324.

(1603) SALEILLES, MS. 181 9 184 e 191; GIORGI, IV, p. 253 nota 1. (■**)

GIOBOL, IV, 232.

£

468.—Não é intuito nosso esgotar a matéria, que só terá sua natural collocação no estudo dos contractos em especie. Entretanto não é sem cabimento um exame genérico das disposições consagradas em matéria de riscos. §

I—*Nos contractos unilateraes traslادativos do domínio* a doação é o typo. Nesse contracto correm os riscos sempre uniformemente a cargo do donatário. O doador c isento de toda obrigação relativa á guarda do objecto doado; não é obrigado a pagar juros moratórios, não é sujeito á evicção, salvo má fé de sua parte, ou estipulação em contrario (^{uol}). Todavia nas doações gravadas de encargos, a coisa doada pode ser regeitada por vicios ou defeitos occultos que a tornem imprópria ao uso a queé destinada e lhe diminuem o valor

^{2606\}

II—*Nos contractos unilateraes, cujo objectivo é a restituição da coisa*, temos diferentes regras em direito.

Assim, no *deposito*, o depositário não responde pelos casos fortuitos nem de força maior, mas é obrigado a justificar-os. Os riscos estão, pois, a cargo do depositante que, como tal, gosa dos commodos sobrevindos á coisa. Entretanto é doutrina corrente que os hospedeiros, como depositários necessários que são, ficam exonerados dos riscos da coisa depositada, porque realmente, em tal caso, o deposito é em proveito exclusivo do depositante.

No *commodato* a regra é que, no caso de risco simultâneo de objectos do commodatario e da coisa emprestada, preferindo elle salvar os primeiros com sacrificios da segunda, responderá pela perda que occorrer, ainda que a possa attri-buir a caso fortuito ou força maior. Logo, si tal circumstan-cia não occorrer, os riscos ficarão exclusivamente a cargo do commodante. Ha, pois, nesta espécie uma derogação á regra, porque o commodato não é lucrativo para o commodatario.

No *penhor*, que se extingue pelo perecimento da coisa, o credor pignoraticio responde somente por culpa—o que o ex-clue dos riscos do fortuito. A doutrina não os põe a cargo do devedor. E' este, todavia, quem com elles acarreta, pois que o credor tem a faculdade de exigir o reforço do penhor.

No *mutuo*, como o contracto é a favor do mutuário, o risco deve seguir a regra e ser por elle supportado. Entretanto neste contracto a questão perde todo o interesse, porque o mu-

(8605) £),,.. *civ. Recopil., art. 1208; Dtg. Port. Ill, 104; Proj. Bevil.J art. 1182.*

(«•«•») *Consol. das Leis, nota 21 ao art. 42a; Proj. Bevil. art. 1105.*

tuário não deve coisa certa e sim quantidade igual e esta não pôde perecer.

III—*Nos contractos bilaterales traslativos da propriedade*, o typo é a compra e venda. Ahi, logo que a venda é perfeita, toda perda que sobrevem á coisa vendida, mesmo antes da tradição, recáe sobre o comprador, si p vendedor não comme-tteu dolo, ou não está incurso em culpa. E' uma disposição injusta no regimen da tradição e herdada do direito romano. Ha Códigos modernos que a têm modificado. A perda total, pendendo a condição suspensiva, será por conta do vendedor; a parcial do comprador, si da parte do vendedor não houve mora de entregar. Tendo se de fazer escriptura publica, a perda da coisa vendida antes de acabado o instrumento, pertence ao vendedor. Si antes da entrega ao comprador houver desapropriação por necessidade ou utilidade publica, recaem as consequências sobre o vendedor. Nas cousas que se vendem a peso ou medida ou por prova, toda a perda antes de taes operações é por conta do vendedor e depois delias por conta do comprador. Nas cousas que não se vendem por peso ou medida, mas por junto ou a esmo—*per aversionem*—a perda pertencerá logo ao comprador, não atendo tomado a si o vendedor ; entretanto essa responsabilidade pertencerá logo ao comprador, si elle tirar prova da quantidade vendida. Pertence também toda a perda ao comprador nas cousas que se vendem a peso e medida desde o vencimento do prazo para as receber, si deixar de recebê-las.

Quando o objecto não é determinado por marcas ou sig-naes distinctivos que o differencem entre outros da mesma natureza e espécie com os quaes possa achar-se confundido.a perda será por conta do comprador, si tal perda for de todas as cousas da mesma, espécie e natureza. Nas vendas de immo-vel, quando se determina a área e esta não corresponde ás dimensões dadas, o risco é só a cargo do alienante, salvo si a venda fôr feita como coisa certa, dando-se a extensão apenas como enunciativa,

Sempre que a coisa vendida fôr por conta do vendedor, será restituído ao comprador o preço pago. Sendo por conta do comprador subsistirá a obrigação de pagar o preço ao vendedor O.

IV—*Contrários que têm por objecto o gozo da coisa*. Si durante o tempo da *locação* a coisa se deteriorassem culpa do locatário, poderá este. pedir redução proporcional do preço,

ou rescindir o contracto, pois que este versa somente sobre o uso. O risco do fortuito é, pois, contra o locador, si não tiver havido culpa no locatário. Si força maior obrigar o locatário a deixar o uso da cousa, poderá elle pedir a rescisão ou cessação do pagamento do aluguel ao tempo do impedimento. Ainda ahi, pois, recáe o risco contra o locador.

Na *parceria agrícola* os riscos devem ser soffridos em commum pelo parceiro e pelo dono do prédio; na *parceria "pecuária"* o parceiro proprietário, salvo convenção em contrario, deve só elle supportar os riscos.

V—*Nos contractos de prestação de serviços* o mais importante é o mandato, sempre feito em proveito do committente, que, por isso, deve, em regra, acarretar com seus riscos (^m).

Deve-se notar antes de mais nada, que o risco propriamente só existe quando tratamos de coisa certa. Nos contractos de que falamos é só por analogia que o podemos applicar.

E' essencial, porém, que não haja culpa no mandatário, porque então cessa tal risco de correr para o mandante e o mandatário responde até pelos casos fortuitos. Si se fizer substituir na execução do mandato, uma vez que lh'o tenha prohibido o mandante. Nos demais contractos, como no de *locação de serviços*, nenhuma applicação tem a theoria dos riscos.

No mais accentuado dentre elles—o de *empreitada*, si o empreiteiro só entra com a mão de obra, o risco é a cargo do dono, salvo culpa do empreiteiro. I

Na *sociedade* as hypothezes complicam-se de modo tal, que só poderão ser bem examinadas em uma extensão incompatível com o rápido exame a que devemos aqui nos resumir.

E' bastante lembrar que a natureza deste contracto repugna toda a clausula cujo fim for attribuir todos os lucros a um dos sócios, ou exonerar da contribuição nas perdas e dannon a um só delles.

Si o sócio entrar para a sociedade com algum objecto que venha a ser evicto, deve responder para com os outros sócios como o vendedor para com o comprador.

Não examinaremos a matéria dos riscos nos contractos aleatórios, porque ali elles são elemento essencial de taes contractos. Além disso, temos de votar ao assumpto um capitulo especial do nosso trabalho.

469.—Em contraposição a idéa de *ruço*, temos a de *commodo*.

(2608) I. 26 § 6e27 § 4 D. mandati; AOBRY ET RAU § 414 nota §.

Este é o proveito ou melhoria da coisa e compreende os fructos naturaes que a coisa produziu, bem como as acce-ssões que tiveram origem no facto do devedor.

Todas as melhoras que accidentalmente advenham á coisa desde o tempo em que a obrigação se contráe até sua execução, é proveito do credor ou do devedor, conforme veremos em lugar conveniente.

Tanto *opericulum*, como o *commodum*, só se verificam em prestação de coisa certa e determinada—*debitor rei Cvrta) interilu ejus liberalur* ("" e não em cousas fungíveis, dinheiro, obrigações de género e nas alternativas (").

CAPITULO II DAS PERDAS

E DANXOS

Summario. 470—Pobreza da literatura jurídica pátria sobre o assumpto. 471—Danno centralual e aquiliano. 472— Que é danno ? Sua divisão. 473—474—O que comprehende o danno. 475—Os danos se pedem por acção. 476 —Regras da reparação do danno. 477—Danos moraes. 478—A questão no direito romano. 479—Opinião dos glozadores. 480 — Opinião dos antigos jurisconsultos. 481—Noção positiva de danos moraes. 482 — Systemas actuaes sobre o danno moral. 483—Systemas da jurisprudência francêza. 484—485— Systema que aceitamos. 486—Legislação comparada.

-470. — Tanto a doutrina como a jurisprudência foi sempre entre nós defectiva e pouco methodica em traçar as regras que bem estabeleçam o equilibrio entre a culpa e a reparação do danno delia decorrente. A obra única que surgiu na literatura portuguesa, ainda nossa, sobre ser mais especial ao danno oriundo do delicto, é, ainda nesse terreno, cheia de inco-herencias e pouco affeiçãoada ao modo actual (^{MM}).

De resto, é esta com effeito uma das matérias mais melindrosas do direito civil e sobre ella impera, com pequenas modificações, o que já legislava o direito romano (^{16,1}).

471. — Abordando o assumpto, precisamos firmar que não se trata aqui da responsabilidade de indennisar o danno do delicto.

(2611) Bem se vê que nos referimos a LOBÃO, *Dannos*, onde só de leve, do § 178 a 216, trata do danno contractual. (^{Mt}) MOLITOR, *Obligations*, n. y06,

Aqui temos a nos occupar da infracção dos contractos e quasi—contractos, cuja reparação tem suas regras fixas em lei, desde que haja mora, culpa, ou dolo, mas comportando modificações da vontade das partes.

A separação assim operada, porém, não se funda em nenhuma razão de ordem scientifica.

Já deixámos dito que, não ha razão para distinguir a culpa contractual da aquiliana. O mesmo ocorre affirmar agora relativamente ao dever de reparação do danno.

O fundamento da indennisação do danno é sempre um factio illicito no sentido mais amplo; não é o contracto que a justifica e sim o dolo ou a culpa do devedor inadimplente ou retardatário. Tanto assim é que tal dever é estensivel ás obrigações dos quasi—contractos e da lei. Si o contracto fosse a fonte exclusiva do dever de reparação, a lei não prohibiria aos contratantes a liberação do dolo contractual.

Si as legislações tratam separadamente do danno contractual e do *cx delido* é porque aquelle é uma continuação da obrigação, uma consequência lógica e inseparável do vinculo jurídico preexistente.

Assim já pensavam os romanos (ⁱ⁸¹³).

Além disso, a culpa contractual é mais complicada, susceptível de graus concretos e pode ser modificada pelo caso fortuito e força maior, ao passo que a aquiliana comporta regras mais fixas.

472. — Chama-se danno toda e qualquer diminuição do património do credor. Esta noção é universal (^{i8U}).

E', em summa, a differença entre o estado desse património ao tempo em que ocorreu a culpa e o estado anterior e aquelle em que ficaria si a obrigação fosse exactamente cumprida (^{O⁶¹⁵}).

Entre os romanos a idéa de danno estava intima e indissolvelmente ligada á perda ou diminuição do património. Uma lesão corpórea, uma offensa á honra, dava lugar ás acções pe-

(»615) i_# gi §§ 3 e 4 D. de verb. oblig. ; 1. 44 de oper. libert.

(^{MU}j 1. 27 D. ex quib. caus. maj. ; 1. 81 § 1 D. de verb. oblig. ; I. un. C. de sentent. 1. 8 §6 D. mandati; 1. 13 § 1 D. derejud. ; DERNBURG, *Pau-dekten* 71, d5 ; AUBRY BT RAU, *Droit Civ.* § 308 *tiota* 40.

(2615) CHIKONI, *Colpa Cott.* n. 2[^]9.

naes, mas não a perdas e danos (^{M,B}). Este conceito é por demais acanhado para os nossos dias, como veremos em breve.

As palavras «perdas e danos» entre romanos exprimiavam-se pelas locuções *iã quod inleresl, quanli mca inlercst, quanli cares esl* e outras vezes com maior energia — *ulililav creditoris, ou aucloris*.

A noção do danno, porém, é complexa.

Nosso prejuízo pôde provir do que effectivamente perdemos e do que deixámos de ganhar. O primeiro é o que se chama *danno emergente*. O segundo, que também se vê nas fontes romanas intitulado *ulititas intercepta, causa mf*). é o que se denomina hoje *lacro cessante*, ou o lucro com que provavelmente podia o credor contar com o curso ordinário das cousas, ou conforme as circunstancias particulares aos arranjos e disposições effectuadas (¹⁸¹⁸).

Essa distineção já era virtualmente consagrada no direito romano, comquanto não existissem ainda os vocábulos (²⁰¹⁹).

Nos Códigos modernos ella é uniformemente invocada como fundamento da theoria da reparação.

473. — A regra geral estabelecida em todos os Códigos é também a consagrada em nosso direito.

Salvo as excepções previstas em disposições especiaes, as perdas e danos devidos ao credor comprehendem, não só o que elle perdeu effectivamente, como o que razoavelmente deixou de ganhar (^{M0}).

E' o mesmo principio romano (*"). Essa legislação já determinava que o devedor era obrigado ao resarcimento, si o prejuízo fosse consequência certa, dependente do facto culpo-

(Mi«) i. 3 D. si quoad pauperiera fec. dic. ; 1. 5 § 4 e 1. 7 D. de his qui effuderint, 1.2 §2 D. de lege Rhodia.

(*) MÜHLENBRUCH, *Doct. Patld.* § Z64 \ WINDSCHEID, *Palid.* § 257 MO/fl /.

(^{2MB}) E' a definição do Cod. Civ. Allemão, art. 252 «. .welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.» Vid. DERNBURG, *Das BUrg. Rtcht. II, P. ° I*, §29.

(«619j MAYNZ, *Droit Rom.* § 175 nota 3.

(²⁶⁸⁰) BEVILAROA, *úbrig.* § 33; LACERDA, *Obrig.* § 42 / Comp. Cods. Civis: Pr., art. 1149; Uai., art. 1227; Hesp., art. i 106 ; Port., art. 706 ; do Chile, art. 1556; Allemão. art. 252; do Canadá, art. 1073; da Áustria, art. 13z3 ; de Saxe, art. 685 ; do México, arts. 1580 e 1581 ; Argent. art. 519; do Uruguay, art. 1306 ; de Guatemala, art 1441 ; da Prússia, I, 5 § 285 e segs; 6 §§ 10 a 16, 85 a 88,93 a 95; 1,16 §§ 2, 3, 15, 16 a 19; Proj. frt. art. 400; Proj. Bevil., art. 1062.

(^{NIM}) L. 13 D. ralam rem.

so (^{18M}). Não se indagava ali si a culpa foi a *cansa* ou a *ocea-sião*, si era consequência *necessária*, e era sufficiente que o credor demonstrasse que sem ella o prejuízo não aconteceria (^{8,s}); não se distinguia danno *mediato* ou extrínseco ou *extra rem*, do *immediato*, intrínseco ou *circa vem ip^{am}*. A distincção única que se compadece com as fontes é a de da-nnos *previsto¹* e *imprevistos* (*"*).

Ha quem distinga danos directos e indirectos, pretendendo mesmo fazer entrar essa theoria nos princípios romanos.

Dizem então que o devedor que não executa a obrigação, só é obrigado pelos danos directos ; si, porém, obrou com dolo, é obrigado até pelos indirectos.

Nosso direito com a maioria dos Códigos faz uma distincção mui clara acerca dos princípios reguladores da reparação do danno contractual. Si a inexecução resultar do dolo do de-vedor.as perdas e danos só comprehendem os prejuízos effec-tivos e os lucros cessantes directa ou immediatamente decorrentes (^{2fi2S}). Si, ao contrario, a inexecução não teve por causa o dolo, o devedor que deixou de pagar no tempo e pela devida forma, só responde pelos lucros que forem ou podiam ser previstos na data em que contrahiu a obrigação (^{26M}).

Esta differença é perfeitamente justificada. O elemento moral do devedor não deve ser posto á margem para visar-se unicamente o danno do credor.

Si este ultimo fosse um *crilerium* exclusivo, todo o danno seria igualmente reparavel. Na solução adoptada é bem possível que o valor previsto seja inferior ao danno real soffrido pelo credor e, portanto, não ser completa a indemnisação. E' verdade ; mas também a offensa á moral resultante do inadimplemento doloso é muito maior do que a do devedor a quem apenas seja imputável a mora. Essa doutrina, combatida pelos allemães (^{261j}), é adoptada pela maioria dos Códigos (^{lm}).

(^m) 1.29 §3 D- ad. leg. Aquil. ; 1. 19 D. de peric. et. comm. ; 1. 45 D. de oblig. et. act.; 1.26 §6 ; 60 § 1,61 D. mand.; 1. 21 § 3 D. de act. emti. I

(²⁶³³J DBRNBURO, *Pandekten li*, § 45 ; WINDSCHBID, § 258.

(^{m*}) MOLITOR, *ob. cit. n. 302.*

M

(^{m*}) Cod. Civ. Fr., art. 1151 ; Cod. Civ. Ital., art. 1229 ; Cod. Civ. Port., art. 707 ; Cod. Civ. do Chile. art. 1558; Proj. Fel., art. 408; Proj. Be vil., art. 1063.

(^{m>>}) Cod. Civ. Fr., art. 1150 ; Cod. Civ. Ital., art. 1228 ;Cod. Civ. Hesp., art. 1107 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1558 ; Cod. Fed. Suisso, art. 116; Proj. Bevil., art. 1062 alinea 2.

(^{m>}W) DBRNBURO, *Das Bitrg. Recht li, P.^e I,*» § 28;

(MM) vid. os cits na nota 2626 e mais o Civ. da Áustria, art. 1323; de Saxe, arts. 685 esegs. ; Cod. Civ. do México, art. 1582; Cod. Civ. do Canadá, art. 1073; Cod. Civ. Argent. arts. 520 e 521; Cod. Civ. de Guatemala, art. 1434; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1307.

Quanto ao devedor inadimplente em dolo, o principio acima era já do direito romano ⁽⁶¹⁹⁾. Mas, embora tenham sido os danos uma consequência immediata do inadimplemento da obrigação, o devedor de boa fé e portanto não imputável de dolo só é responsável pelos danos previstos.

A fixação de taes danos, quaes os que sejam ou não previstos, qual a extensão da previsão, são puras questões de facto que o prudente arbitrio e as luzes do julgador devem resolver, pois que é impossível assentar, no domínio da theoria, qualquer regra geral ^(MS0). Essa questão de facto é mais ou menos por todas as legislações deixada á função do juiz. A lei somente fixa o principio que a reparação deve comprehender o danno emergente e o lucro cessante.

Existe uma opinião que proclama que a disposição referida, obrigando o devedor inadimplente, mas não doloso, aos danos previstos, é relativa unicamente á *causa* e não a *quantidade* de taes danos. De maneira que, segundo esse modo de ver, o devedor em taes circumstancias, é obrigado a reparar só o danno causado por culpa sua si a causa do mesmo danno foi prevista ou era previsível. Quanto a importância dos danos, essa podia ser muito mais elevada do que se poderia ter previsto ^(*).

Essa doutrina insustentável diante das legislações francêza e italiana, em cuja analyse se originou, é também improcedente em direito pátrio ⁽²⁶⁸²⁾. Ella implica uma distincção que a lei não fez e que contraria de frente seus intuitos.

Realmente, o que a lei quiz foi precisamente collocar a situação do devedor não doloso, mas inadimplente, como mais favorável do que a daquelle que obrou com dolo.

Si a summa prevista que elle pôde prestar para indemnizar o danno, fica de facto aquém do preço da occasião, é a

^(S619) 1. 10 § 1 D. locati; 1. 2 § 8 D. de eo quo certo ; MAYNZ, *Obligation endroit rem.* § 7.º notas 10 e li ; POTHIER, *Obligattons* tts. 150 e 162.

(MM) LAKOMBIERE, *Theorie et Prat. des Oblig.* 1150,2—lo ; TOULLIER, *Le droit civ. fr. suivant l'ordre au Code*, VI, 257; MoCRLON, *Rep. Ecrites*, II, 1145. 1147. fl

«... E' ricercadi fatto lasciata alfapprezzamento dei giudice sui resulta ti delle prove esaurite Jagli interessati, CHIRONI, *ot. cit.* n. 255 fim.*

«... Le regole astratte non hanno impero, e le minime circostanze acquis-tano valore decisivo. E' dunque unicamente dsfaccurata analisi, e dalla retta ponderazione di queste, che il giudice, illuminato dalla esperienza dalla vita e dagli esempi della giurisprudenza, potra attingere il critério per ben governare il suo arbitrio in questa parte, GIOROI, *Teotia delle obbligazioni*, II, 102 fim.*

^(8M) LAURENT, *Princ. déd. civil* XVI, 292; DRMOLOMBR, *TV. descon-\ truts et des oblig.* n. 579; CHIRONI, *ob. cit.* n. 257.

(2632) E' doutrina contraria a de POTHIER. *Oblig. ns.* 160-164,

vantagem que lhe cabe da bôa fé; é a differença que o separa do devedor doloso, que deve, ao contrario, indennisar tudo quanto decorre de seu inadimplemento como consequência directa e immediata (^{im}). Nisso é que nosso systema differe do allemão que não considera o elemento subjectivo do devedor.

Na distincção de danos previstos ou previsiveis e imprevistos e imprevisíveis entra a differença clássica dos directos ou intrínsecos e indirectos ou extrínsecos.

Si a injuria é só culposa, uma pessoa só é obrigada por danos directos previstos na data em que a obrigação foi contratada e ao indirecto quando as partes o prevêm. Si a injuria é dolosa, deve-se o danno indirecto decorrente do inadimplemento.

K', pois, somente sob o ponto de vista de previsão ou não previsão, que a distincção entre danno directo pôde ter algum valor, pois que, nos casos de danno *ex dolo*, a lei não distingue e só fornece o critério de decorrerem elles do inadimplemento (•"•*).

474. — Não temos ainda fixado sufficientemente o conceito do danno no sentido tecnico contratual.

Inadimplemento é termo geral que comprehende não só a falta completa ás obrigações assumidas, como a retardação ou a mora.

Eis porque os francêzes dividem os danos em compensatórios e moratórios.

Sempre que a culpa é causa do danno soffrido pelo credor, o dever de indennisar se impõe (^{i63s}). Apenas em um caso a injuria é reparavel só pela indennisação, enquanto que no outro, em regra, pôde sel-o ainda pelo adimplemento.

A medida da reparação varia nos dois casos; mas, no fundo, o resarcimento tem seu fundamento racional na culpa que envolve o acto injurioso do devedor (^{8M}).

O *criterium* da necessidade de reparar o danno é sempre que este decorra do facto imputável ou da inexecução da obrigação.

A lei define o dolo e a culpa e, portanto, sobrecarrega

(2033) AUBRYKT RAU, *ob. cit.* % 308 nota 41; P. MAZZONI, *ob. cit.* IV, 102 Mota I; GioRQI, *ob. cit.* II, 123', Proj. Bevil., art. 1063. (*•*) CHIRONI, *ob. at.* n. 255.

(*>'>) VARNKCRUO, *ob. cit.* § 764; Proj. Bevil., art. 1059. ' i²⁸⁸⁶)

CHIRONI, *ob. at.* n. 248.

quem livremente assumiu obrigação com o ónus de resarcir o danno que a falta occasionou.

Quando, porém, a execução inda é possível, mesmo tendo havido mora, não se pode ainda falar em indennisação do danno.

H

O credor não a pôde exigir nem o devedor offerel-a em substituição á prestação. A mora, em summa, pode ser purgada e o resarcimento do danno é sempre attenuado nella si o devedor mostrar isenção de culpa.

Entretanto si a prestação chegasse a ser por qualquer circumstancia de tal modo onerosa ao devedor que seria iniquidade exigil-a, elle poderia liberar-se com o equivalente C^{6*1}).

Do mesmo modo, si a prestação tornar-se inútil ao credor por causa da mora, pôde este recusar-a e exigir a indennisação por perdas e danos. Casos ha também em que a responsabilidade do devedor pelo danno diminue até se annullar, quando é o próprio devedor quem dá causa á inexecução (ⁱ⁸⁸⁸).

475. — As perdas e danos podem ser pedidas na acção juntamente com a obrigação principal e o juiz pode condemnar o devedor a satisfazel-os desde logo, si sua quantidade estiver provada, ou deixar para que se liquide na execução (^{M80}).

A prova do danno compete, em regra, ao credor. O danno emergente ou perda effectiva deve ser cumpridamente provado.

O lucro cessante, porém, não comporta essa prova absoluta e admite illações ou presumpções, pois que tratamos de factos não sensíveis, mas prováveis (ⁱ⁸⁴⁰).

Existe, sobretudo, uma grande difficuldade em saberá quem incumbe provar que o danno foi consequência directa e immediata da inexecução por dolo.

Entendemos que si as presumpções são de que elle decorreu do inadimplemento, compete ao devedor provar o contrario. Tudo isso, porém, se reduz, em ultima analyse, a uma questão de facto só apreciável em espécie (^{mi}).

(^{M17}) 1.71 § 4 D. de legai, et fideicom. («•») /.
203 D. dereg. furis. (*•) COELHO DA
ROCHA, § 131.

(²⁶⁴⁰) LAURENT. ob. cit. XVI ws. 283 e segs. ; CHIRONI, ob. cit. n. 250;
GIOROI. ob. cit. II, na. 92-97.

(^{mi}) CHIBOMÍ. ob. cit. n. 258.

476. — Prescrutemos agora quaes as regras para a reparação do danno. Resarcir o danno é prestar ao credor a utilidade que elle teria conseguido com a prestação na forma especifica, é pôl-o na mesma situação em que elle se acharia si nenhum prejuízo houvesse soffrido.

De modo que duas condições são exigidas para tal reparação :

à) o inadimplemento—doloso ou culposo—, ou retarda-ção;

6) o prejuízo do credor.

No direito romano o equivalente prestado era sempre em dinheiro—*pecuniw cxlimatio*.

No direito moderno assim é também, mas nem todas as legislações o declaram expressamente ("**"). Sempre que o devedor não puder cumprir a prestação na própria espécie ajustada, deve ellaser substituída pelo seu valor em moeda corrente no lugar da execução da obrigação.

A regra da indennisação em dinheiro é, entretanto, invalidada por algumas excepções em que o credor pôde exigir a execução contra a vontade do devedor.

Assim, pôde o credor exigir : a) a cousa certa e determinada individualmente, uma vez que possa ser reivindicada ;

b) a cousa certa e determinada pela espécie ou quantidade ;

c) a obrigação de fazer que puder ser executada por terceiro á custa do devedor (*^{6W}) ; d) nas de não fazer, pois que se pôde destruir o que se fez em contravenção da obrigação (**).

Ha opiniões e mesmo Códigos que não admittem satisfação do danno nas obrigações de dar e sim somente nas de fazer, porque nas primeiras é sempre possível obter a execução literal da obrigação emquanto que na ultima é isso impossível, visto ninguém poder ser coagido a executar uma cousa, e a execução se resolve em perdas e danos (^{564B}).

A liquidação dos danos faz-se: íí) por convenção das partes; b) por obra do juiz ; c) por determinação da lei.

I — *Por convenção das partes*. E' a clausula penal ou pena convencional, cujas regras ficaram em outro lugar expostas. £' preciso, porém, notar que ella só seda exclusivamente nas obrigações contratuas. A responsabilidade civil pôde ahi

(*^M) Assim declaram entre outros oC. Civ. do Japão, art. 417 ; oC. Civ. Ali., arts. 249 e 251 ; DBRNBERG, *Das Búrg. Recht. II P: 1§33* ; Proj. Bevil., art. 1540.

(2648) Cod. Civ. Pr., arts. 1143 e 1145 ; C. Civ. Uai., arts. 1221 e 1222 ; Cod. Fed. Suisso, art. 112 ; Proj. Bevil., art. 884, 866 e 877.

(2644) Cods. cits. na nota anterior.

(2645) MAYNZ, *ob. et**. § 175.

ser sempre regulada por acordo das partes, excepto nos casos expressamente prohibidos por lei (***). Tal é, por exemplo, a restricção da dispensa do dolo.

II — *l*or obra do juiz* opera-se a liquidação dos danos da seguinte forma : A execução judicial das obrigações de fazer ou não fazer e, em geral, a indennisação de perdas e danos, deve ser precedida da liquidação da respectiva importância, sempre que esta não for fixada por lei ou acordo das partes.

Para liquidar a importância de uma prestação não cumprida, quando tiver valor official no lugar da execução, tomar-se-á o preço médio entre a data do vencimento e a do pagamento, ao qual se adicionarão os juros da mora. Nos outros casos far-se-á a liquidação por arbitramento. Nas obrigações illíquidas, os juros da mora devem ser contados desde a primeira citação.

H
Antigamente eram admittidos todos os meios de prova. inclusive o juramento *in litem*. Este *in litem juramentum*, de que o Digesto e o Código se occupam no titulo de *in litem ju-Irando*, foi um beneficio introduzido para o caso em que o devedor recusasse de má fé a restituição ou exhibição de uma cousa, tornando assim impossivel a avaliação pelas regras ordinárias e mais tarde estendeu-se á inexecução por dolo ou culpa lata.

Ora, esse juramento reputamos de todo abolido pelo novo systema de governo que nos rege. Entretanto a prova testemunhal é de todo o ponto admissível.

Muito se discute em direito francêz si o juiz pôde, á sua escolha, condemnar o devedor ao cumprimento da obrigação em forma especifica, ou a indennisar o danno. Antes de tudo, desde que o devedor deixou de cumprir a obrigação, claro é que o credor pôde pedir immediatamente indennisação ; é seu direito, é uma faculdade que lhe outorga a lei. Consequente-mente, pedida esta, o juiz não mais é livre de condemnar o devedor sinão no que foi pedido pelo credor.

Tal solução, única de acordo com as normas de nosso processo, tem também partidários no direito francêz ("").

Casos existem, entretanto, em que a própria lei determina que o credor só tem direito a pedir indennisação, o que excluo seu direito de reclamar perdas e danos. Taes são :

a) nas obrigações de corpo certo e determinado que perece por culpa do devedor; b) nas de restricção de cousa certa'

(2046; Cod. Civ. Port., art. 708 ; Cod. Civ. do Japão, art. 420. (26«) TOOLLIER, *ob. cit. Vi*, 218 ; DEMOLOMBE, *ob. cif. I*, 505 / MASSÉ ET VERGÉ á ZACHARUB, § 530 nota 3 ; GIORGI, *ob. cit. II*, 107.

no mesmo caso de perecimento por culpa do devedor; C) nas obrigações de fazer no caso de se tornar impossível a prestação por culpa do devedor, ou quando este se recusar á prestação personalíssima; d) nas obrigações de não fazer, tratando-se de facto que não possa ser desfeito.

Ainda em alguns casos dos apontados, licito é ao devedor propôr-se e ao credor aceitar a prestação em forma -especifica, salvo senão houver mais utilidade para o credor, o que con-stitue sempre uma questão de facto. Isto bem pôde acontecer nas prestações de dar, nas de fazer ou não fazer.

III—*Por determinação da lei* o danno é liquido na taxa dos juros legaes das obrigações de dinheiro (^{lm}), de que falaremos adiante.

Um outro principio de liquidação legal dos danos é que sempre devemos considerar liquida a obrigação certa, quanto a sua existência e determinada quanto ao seu objecto.

O principio posto pela lei romana era que quando a prestação podia ter estimação certa, as perdas e danos não poderiam exceder ao duplo valor do objecto (^{MW}), principio este de equidade que prevalece em nosso direito. Todavia, não é possível prefixar regras relativas ao *quantum* da reparação.

Assim, qual o tempo que devemos tomar em consideração para se computar o valor da espécie devida a cuja indennisa-ção seja obrigado o devedor, é questão delicada que demanda distinguir.

Si a obrigação é pura e simples, o valor deve ser aquelle que ella tinha ao tempo da demanda; si a termo, o valor do dia do termo, pois que este é parte da obrigação (^{8B0}).

Já vimos que não é a simples inexecução que fundamenta as perdas e danos e sim também o prejuizo experimentado pelo credor.

A extensão das perdas e danos é uma questão de facto que o juiz deve examinar e bem avaliar.

Logo que o credor tenha recebido a titulo de indennisa-ção, o valor integral da cousa ou do objecto da obrigação, o devedor fica de pleno direito subrogado ao credor quanto a essa cousa. Tal subrogação porém, deve decorrer de acto judiciário (■"•).

(2048) l, 19 D. de *pene. et commod.*

(2649) i. un. C. de sententiis quec. .. WiNDSCHEU», %25S *nota 9*,

(2050) Ricci, *Deite obbligazioni e dei contratti n. 340.*

(2651) Cod. Civ. do Japão, art. 422.

477.—Abordemos agora a questão mais imponente na theoria da reparação do danno, quepropositalmente deixámos para a terminação deste Capitulo.

São computáveis os danos moraes para o effeito de serem indennisados pelo devedor inadimplente ? Mais explicitamente : o interesse moral do credor no cumprimento da obrigação pode ser considerado quando se avaliam os danos decorrentes do inadimplimento ?

E' uma theze vasta sobre a qual muito se ha escripto e que tem tido as soluções as mais divergentes em a litteratura jurídica de todos os povos modernos e certamente uma das mais importantes (*^M).

Já deixámos dito que os danos moraes podem se originar, como quaesquer outros, das obrigações *ex contractu*, tanto como das *ex delicto*.

A origem diversa, entretanto, não implica diversa natu-resa da responsabilidade. Ao contrario, como ensinam os juris-consultos allemães, existe a respeito uma completa unidade.

Para a jurisprudência francêza, si bem que, em regra, seja sempre, possível dar-se a indennisação de danos moraes *ex diliclo*, nunca é ella devida pelos que provêm da falta de implemento das obrigações dos contractos (*■•').

O correr de nossa exposição fará saliente o que contém tal contradicção de repugnante aos princípios geralmente aceitos.

478.—O direito romano só nos forneceu fontes contra-dictorias acerca do assumpto.

Em uma occasião memorável consigna um texto solução negativa tendente a excluir o interesse moral ("■*').

Outras vezes ali se diz que o interesse moral é bastante, ao menos nos contractos *bottíB fidei*. para autorisar a quem o tiver a propor sua acção em juizo (k^{MSS}). Ora, si se pode promo-

(⁶⁸²) As obras capitães, exhaustivas sobre a matéria são : LUCIAN KLEINE, *Genugt Affections Interesse bei Geltendmachung eines Forderungsrecht* ; AR-MAND DORVILLE, *De l'inter ét moral daus les obligations* ; MELCHIOR GIOIA, *Dell' ingiuria e dei danni*. Em uma nota das anteriores já nos referimos a um artigo que escrevemos sobre essa theze no *Direito vol. XCI pag. 259 a 279*. E' este trabalho que aqui se acha dividido nos números 11,477 a 486 e 732.

(^{MM}) HODBLTOTET METMAN, *ob. cit. n. 253* ; BAUDRY LACANTINERIE ET BA*-DE, *ob. cit. ns. 480 e 481*; Hoc, *ob. cit. Vil, 147*.

(^{83v}) l. 54 pr. D. *ad legen Aquitimn*.

(***) 1. 54 pr. D. *mandati*; 1. 6 pr. e 7 D. *de servis export.*; 1. 35 D. *de minorib.*; 1. 35 D. *bonis libert*; MOI.»TOR, H. 297. Comp : CHIRONI, *ob.cit.* «.25/; LAFAYETTE—Comas § 205, *J e nota 8*.

vera acção, só fundado no interesse moral, forçoso é admittir que elle tem um valor, sem o que a acção seria inútil, mesmo dentro dos princípios do direito romano.

Mas ali se dá ao locatário direito á indennisação pela vista eluz, pelo máu estado de portas ejanelias, independentemente de perda material (^{MM}).

O usufructuario deve indennisar o proprietário da conversão do parque em jardim, ainda que o immovel se houvesse com isso valorizado (^{é57}).

A acção dada ao vendedor do escravo para obter a liberdade imposta ao comprador (^{18M}); a que tem o dono da escrava vendida contra quem a prostituir ou lhe dér maus tratos (^{Mw}) — são casos característicos e frisantes do interesse moral consagrado no direito romano (^{186o}).

O direito romano, pois, não fixou princípios sobre a matéria e isso, ao nosso ver, por não ser ella de natureza a affec-tar a civilisação romana no mesmo grau que nos interessa hoje. Em todo caso, parece-nos fora de duvida que elle não condemnou, não desconheceu o interesse moral, e bem ao contrario, o adinittiu na proporção em que a época social era com elle compatível.

479. — Entre os glosadores a opinião dominante era que o interesse moral devia ser tomado em consideração somente para ser proposta a acção; não, porém, para justificar uma condemnação ou resarcimento de perdas e danos, salvo tendo elle um valor pecuniário, porque nesse caso podia influir na condemnação. E' dessa data que se pôz verdadeiramente o problema e se iniciou a discussão que ainda perdura.

480. — Os theoristas francêzes mais antigos têm a respeito um methodo especial.

(**•) Is. 15 § 1 e 25 § 2 D. lac. cond. (^{6M}) 1.
13 § 4 D. de usufructu. (»B58) [. 54 pr, D.
mandati. (^{MM}) cita. Is. 6 pr. e 7 D. de servis
expert.

(»w») KOHLER, *Das Obligationsinieresse p.* 41 no ARcmv/tfr *Biligrhdts
Recht, XII, anno de 1897-*

Elles preocupam-se com a indennisação a prestar para concluírem a existência ou validade da obrigação (^{mi}).

O methodo, ao nosso ver, é o inverso e deve consistir em indagar si a obrigação na qual só exista um interesse moral é válida.

A affirmativa a essa questão é a premissa de onde logicamente se deduzirá a consequente indennisação. E' como se procede em direito romano.

481. — Fixemos, portanto, a noção do interesse moral. I Um pae entrega a instrucção de seu filho a um individuo mediante certa remuneração, manifestando somente o desejo do aproveitamento do filho, não se oppondo a quantas exigências entenda o professor fazer. Apesar, porém, de tudo, tendo assumido a obrigação, o professor abandona o alumno sem causa justificável.

Não tratamos de uma obrigação de fazer em que o preceptor pudesse ser substituído por outro á sua custa. A inexecução de tal obrigação, em summa, não constitue um prejuizo económico; não é apreciável em dinheiro: elle foi exclusivamente moral para o pae contratante.

Deve-se concluir que a convenção não é válida por falta de objecto ?

482. — Não menos de quatro systemas respondem á pergunta formulada.

O *primeiro* é radical, nega que o interesse moral possa ser objecto válido de obrigação; estas para elle somente são validas quando seu objecto é reductivel a valor pecuniário f*¹). E* hoje o systema que tem menor numero de partidários.

O *segundo* systema é conhecido pelo do dever moral ou obrigação natural. Seus adeptos pretendem deduzil-o de um texto do direito romano (*••) e o resumem dizendo que o interesse moral só pôde ser objecto válido da obrigação no caso em que o interesse em virtude do qual agir o credor constituir

(***) DOMAT, *Lois Civiles I*, pag. 395; POTHÍR, *Oblig. MS. 138 a 140*.

(»«) POTMIER, *cil.*; KBIXKK *Pandekten \ BBINZ. Pandekten* ; UNTEKHOLZ-KCH, *DI* Lehre vom dem SchuldverhältnisseH*; LACKUBA» *ob. c.t.*; CHIBONÍ, *Çotpa ele*.

("■) *l. 54 pr. D. mandati*.

para elle o cumprimento de uma obrigação natural. Tal como é exposto por um dos seus partidários, este systema só tem em vista o interesse de *affeição* no sentido restricto de *estimativa*, deixando, portanto, de considerar o interesse não computável em dinheiro, mas que tem um fim intellectual ou moral. E\ pois, lacunoso sobre ser retrogrado em querer revigorar a noção quasi extincta das obrigações naturaes (^{M6*}). II

O *terceiro* systema é mais exclusivamente allemão do que qualquer outro. No fundo elle se reduz a considerar o interesse moral objecto válido de obrigações somente quando tiver uma relação ao menos indirecta com os bens (^{*M8}).

Neste systema entram as opiniões mais radicaes de dois illustres civilistas germânicos (^{18M}). Elles ai. rgam a noção de interesse ; qualificam económicas as obrigações não económicas e fazem entrar na expressão *Vermògeninteresse* todos os uzos, todos os gozos apreciáveis em dinheiro. « Toda a convenção relativa ã prestação de um serviço qualquer tem um objecto económico »—eis a formula (^{1M1}). Seja como fôr, este systema consagra soluções injustas.

Reduzir um interesse moral a um valor pecuniário é restringir interesses moraes reconhecidos por todos os povos civil-isados e forçar a baixar de mais a reparação de danncs não económicos por sua equiparação aos económicos. Resolve, em fim, a questão pela questão. Milhares de interesse moraes mais veneráveis ficariam neste s}'stema inteiramente desprotegidos pelo direito e pela lei, pois que seu critério é a reducção ao valor monetário nem sempre possível.

483. — Antes de examinarmos o quarto e ultimo systema doutrinário ao qual damos nosso apoio e para que nada reste a conhecer sobre o importante assumpto, façamos um pa-rentesis para dar a conhecer dois importantes systemas próprios á jurisprudência francêza.

Um delles considera válida a obrigação em que o credor só tenha um i nteresse moral, mas não lhe reconhece direito á

(*■**) E' o systema de PUCTTA, *Pandekten* p. 337 ; de AUBBY ET RAU, *ob. cit.* IV, § 344 ; BUCHKA, *Die Lehre vou den Stellvertretung* p. 190.

(⁵⁶⁶⁵) DERNBURG, *Pandekten*, jl, § li ; *Preussen Pnvatrecht*, II; pag. 48 e GIORGI, *ob. cit.* II, 120.

(^{MM}) KOHLER, *ob. cit.* e ENDEMANN, *EiHÍUhrung m da» Studium des Bttr-gerlichen Gesèabuch* I, 469.

(⁵⁸⁷) ENDRHANM, *lug. cit.*

indennisação das perdas e danos no caso de inexecução. A indennisação, dizem, é a *sancção* da obrigação e não devemos confundir a existência jurídica de um acto com a sancção que elle comporta.

Como se vê, este systema consagra a independência da validade da obrigação e da efficacia da sancção.

Pouco é necessário dizer para fazer resaltar o absurdo d'ahí resultante. Com effeito, um direito em taes condições, não poderia ser considerado uma obrigação civil, pois que esta implica essencialmente acção e sancção. Não seria uma obrigação *natural*, pois que esta não tem nem uma nem outra. Seria um caso novo, uma espécie desconhecida de obrigação *mys-Uca*, *theorica*, sem o menor resultado pratico. «A acção—*adio júris*—é a reacção que a força do direito oppõe á acção contraria—*violatiojuris*—deterceiro; é um movimento de-reequi-librio, é um remédio» (^{26B8}).

Esse systema deixou manifesto tão de prompto seu character impraticável, que para sair do absurdo a que elle conduzia, a jurisprudência francêza introduziu o expediente illegal das *astreintes* penaes ou definitivas e das *comminatorias* ou *condicionaes*.

O outro modo de julgar dos tribunaes de França é o oppo-to do que vimos de examinar ; é o da dependência da validade da obrigação e da efficacia da sancção. Conforme elle, é da existência ou inexistência da sancção que depende a existência ou inexistência da obrigação (*⁸⁶⁹).

Que não ha obrigação civil sem sancção ; que é do reconhecimento desta que depende a existência daquella — é uma discussão que na Allemanha passou das theorias ao dominio legal. O artigo 253 do *lülrgerliches (leselzbuch* nega a reparação pecuniária ao prejuízo não económico. No seu artigo 241, porém, estatuinto que o credor tem direito de exigir do devedor uma prestação, declara que esta pôde também consistir em uma abstenção :—*die Leistung kann auch in einen Vn-\ lerlassen beslehn*.

Ora, esse ultimo artigo virtualmente assenta a doutrina de que o interesse pecuniário não é essencial á existência da obrigação ; que esta existe e é válida ainda quando somente um interesse moral, de não fazer, seja seu objecto. Aliás, é essa a

(*««») Joio MONTBIRO, *Proc. Civ. e Comm.*, § 12.

(iM9 jg-j pensamento de DOMAT e POTHIER a que nos referimos no n. 480, adoptado por LAURENT, *XVI, 81* e por BAUDRT L. ET BARDE *H. 261*.

opinião expressa do próprio legislador (*^m) e geralmente seguida pelos melhores civilistas (^{airi}l).

A jurisprudência francêza, em geral, nega a reparação pecuniária ao prejuízo moral proveniente da inexecução dos contractos com a incoherencia já apontada de admittil-a nos da-nnos moraes *ex delicio*. Em todo caso, já é um principio na evolução das novas idéas, porque, nesse ultimo terreno, a jurisprudência francêza levou ao limite extremo o principio da reparação dosdannos moraes. Para ella, como para os jurisconsultos do mesmo paiz, servem de fundamento não só o artigo 1119 do Código Civil que prohiibe as estipulações em favor de terceiros, o artigo 1149 que define os dannos que devem ser satisfeitos, como também as tradições do prestigio dePothier.

Não podemos discutir a larga tão frágeis fundamentos.

Seja, porém, dito de passagem que o erro de Pothier pro-veiu da falta de analyse dos textos do direito romano, somente realizada pelos mais modernos romanistas allemães.

Quanto ao Código Civil, elle não prohibiu a reparação dos dannos moraes ; apenas foi omisso sobre a questão que não se agitava em seus dias com a importância com que se agita agora.

484. —Encerrado o parenthesis relativo aossystemas francêzes, abordemos o exame do ultimo dos anteriormente enumerados, o que affirma ser o interesse moral objecto valido de obrigações e consequentemente resarcivel em dinheiro o danno moral. E' aquelle de todos que conta partidários de maior valor (^{M1f}).

Na evolução da Humanidade as idéas revolucionarias da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* mudaram a face das coisas e proclamaram um anarchico direito natural preexistente e independente das legislações. Não vem a pêlo refutar aqui as divagações rousseaunianas e a escola do direito natural, hoje constituídas em ruina diante da nova concepção do direito.

(^{161o}) MOTIVK 0» *ãem Ent-wurfe eines Bilrgerliahen Geselsbuchs filr das, deutsche Rccht, II, p. 5 e segs ; PROTOÍOLLB der Kommission filr die aweite Lesung des BUrgcrhchen Geselsbuchs, p. 558 e segs.*

■ (WH) STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnissen p. 1 a 8*; ENDEMANN, *EinfUhrung vol. Tp. 470 nota 7.*

^{^8ií} WINDSCHKID, *Pandeklen § 250 nota 3«; § 258 nota 3 ; IHRRISQ, (EU-tires, trad. MBULBNBRB II, p.180 ; RICK, Die Obligatio pags. 47—48 ; L. KLBI-NB, ob. Clt.\ DOKVILLK, ob. clt. ;GIOIA-,06. cit./Ricci,Obbligazione e Contraiti,ctc.*

Alguma coisa, porém, resta sempre das construcções inda que provisórias de nossa espécie. O individualismo do direito natural exagerado pela grande Crise Francêza em sua phaze de destruição, não deixou de consagrar uma verdade até então obscurecida—a autonomia do individuo, a liberdade de sua acção como a resultante e ao mesmo tempo a condição da harmonia social.

Apenas uma tal liberdade também evolue e a Revolução não podia prever que aquillo que proclamava como novo, nada mais era do que a maturação de uma idéa que vinha se desenvolvendo de longe.

Desde que a autonomia individual chegou ao seu termo extremo junto com a plena evolução da propriedade individual, o alargamento dos contractos era inevitável em uma sociedade que entrava francamente em sua phaze industrial e pacifica.

O interesse da sociedade fundiu-se então com o dos individuos no instituto das obrigações. Desde ahí os modernos Códigos consagraram que o contracto legalmente feito é lei entre as partes, sem cogitarem dos interesses em jogo.

Por direito romano, em regra, era essencial que uma clausula penal fosse adjecta ao contracto que não tivesse fim patrimonial ou económico para que a obrigação resultante tivesse uma sancção.

Após os novos principios o interesse moral introduziu-se espontaneamente nas obrigações de fazer e não fazer e a clausula penal passou a ser subentendida e expressa pela acção de perdas e danos, que veio, por assim dizer, substituil-a no caso da existência exclusiva de interesses não económicos.

Acresce que não ha razão jurídica que justifique a reparação só no caso de danos moraes *cx delido*, negando-se nas decorrentes da inexecução dos contractos. De conformidade com todas as legislações, esta foi sempre reputada mais grave. O dolo e a culpa contribuem sempre para augmentar a inden-nisação nos casos do inadimplemento.

No próprio ponto de vista moral, o contratante tem uma responsabilidade mais extensa do que o delinquente. Aquelle entra com uma somma de responsabilidades voluntárias bem definidas, enquanto que este é o simples culpado de contravir ao preceito prohibitivo da lei penal.

Se a mais valiosa objecção feita á inden-nisação do prejuízo moral decorrente de actos illicitos é a difficuldade de-me-dil-o, no contracto é perfeitamente apreciável.

Em casos taes a inden-nisação é sempre interpretativa da vontade provável das partes. £ tal inden-nisação é tanto mais

justa e conforme aos princípios de direito que a jurisprudência francêza, reconhecendo as inconsequências em que cahia de reconhecer as obrigações só de fim moral negando-lhes por outro lado sanção, introduziu, como deixámos dito, o recurso das *asltreintes*.

Demais, o interesse moral é reconhecido na nova sociedade humana como objecto exclusivo de certos contractos.

Um dos mais característicos é o seguro de vida, que deu no direito moderno o golpe de morte á prohibição das estipulações por terceiros ⁽²⁶⁷³⁾. Sua admissão geral na actualidade é um dos sólidos fundamentos do fim moral como objecto muitas vezes exclusivo das obrigações, pois que a acção que cabe ao estipulante só tem tal fundamento.

O interesse moral, pois, que entendemos dever ser indemnizado, quando offendido pelo inadimplemente, é todo o interesse qualquer, todo o valor não equivalente ao dinheiro, comtanto que seja especial e personalíssimo ao credor. I

O conceito moderno das obrigações é eminentemente económico e patrimonial, afirma-se sempre. Sim ; mas somente quando se encara o contraste com o direito romano, em que o devedor empenhava sua própria personalidade jurídica e mesmo physica á solução do vinculo. A afirmação não é extensível ao *objecto* do direito de credito. Quanto a este, a evolução produziu-se precisamente no sentido contrario. Emquanto a civilização antiga só assistia a formação de laços obrigacionaes cujo objecto era o património, a sociedade moderna, que depende mais do intercurso moral, que cada vez «vive menos de pão», tem suscitado innumeras figuras jurídicas, relações da existência pratica de todos os momentos, em que o que mais entra nos contractos é o interesse moral das partes. Si o património constituísse o objecto exclusivo das obrigações contra-tuaes, bem differentemente deveria esse instituto ser tratado no commercio e no eivei, ao passo que suas normas se superpõem, se fundem e se absorvem cada vez mais.

Sustentando taes princípios, não nos divorciamos do que consagra em theze a nossa legislação.

Nosso direito actual admite que o interesse de afeição seja computável em dinheiro para os effeitos da indemnisação no caso de dolo do devedor. Inda mais: a extensão de tal interesse é dado pelo próprio credor (""). Encaremos embora esse

⁽²⁶¹³⁾; BEVILÁQUA, *Obrig.* § 7 n. 5 nota 1 § 8i ; LACERDA não reconhece o interesse moral como objecto de obrigações, § 16 nota 14. postoque admitta as estipulações por terceiros § 67 e nota 16*

(MI») Qrd. liv. 3 tit. 86 § 16 ; C. DA ROCHV § 137 nota ; *Dig. Pott. 1, 503', Dir. Civil Recopilado, art. 1007 § 2.º*

interesse de afeição no conceito restricto de estimação de preço, que é elle menos do que o interesse moral, nao patrimonial, não económico ?

485. — Em relação aos prejuízos decorrentes da inexecução das obrigações, grandes e preciosísimos têm sido os trabalhos dos juriconsultos allemães para delimitar interesses moraes bem reaes que, entretanto, ficam fora da acção do direito, taes como as promessas vulgares de todo dia, feitas verbalmente, etc.

Impossível nos é analysar até onde o especialismo levou esses autores á cogitação e enumeração de hypothezes que a vida diária suscita (⁶⁷⁵). Para nosso ponto de vista são especialidades supérfluas. O interesse moral que o direito deve considerar, que serve de fundamento ás obrigações e cuja lesão implica o direito á reparação, o interesse, em summa, que entra na esphera do direito, deve resultar da intenção e vontade expressa das partes.

Em todas as promessas não exigíveis em direito, como a de acceder a um convite e outras análogas, ha como que uma condição potestativa tacita que tira á promessa o caracter de obligatoriedade jurídica. Não são estas que fundam o interesse moral.

Nos demais em que elle realmente appareça em toda a sua nitidez, a indennisação pecuniária é irrecusável. Neste caso a indennisação tem um caracter compensatório.

O principio opposto que encara taes indennisações como *pena* é ainda ornais geralmente aceito. Na França a theoria da «pena privada» é hoje corrente. E' a substituição da pena de prisão breve por certas prestações pecuniárias ou multas.

Então a indennisação não se afere pela lesão soffrida, mas pela gravidade da culpa ou pelas posses do culpado, ou, o que é o mesmo, toma um caracter fixo. Confunde pena e reparação, indennisação e castigo e é quanto basta para ser re-pellida.

Sua explicação, porém, é que ella serviu de um recurso destinado a corrigir o que ha de iniquo na falta de reparação pecuniária dos danos moraes ; porque é quando um acto MH-

(^{ii7B}; Indicamos somente as fontes em que cada qual melhor poderá se informar: WINDSCHEID, § 250 nota 7 c/7.; RICK, *g. cit.*; ENDEMANN *Elnführung, cft.,, Ip. 475 nota 1S*; IHERINO, *Rechtgestachten in Sachen, ele. pag. 97 e ScgS.*

cito causa um dano não económico, é quando a violação de um contracto produz um dano não apreciável em dinheiro que a pena civil tem lugar.

486. — Lancemos um rápido golpe de vista sobre as legislações estrangeiras acêica do assumpto estudado.

O *Code Federal des Obligations* suíço não reconhece unicamente as obrigações cujo objecto tenha valor pecuniário (^{a67C}). Por outro lado, expressamente regula as estipulações por terceiros (²⁶⁷¹). A indemnisação, porém, é ali decretada mais como pena do que como reparação (²⁶⁷⁸). Em summa, elle reconhece o simples interesse moral como "objecto válido de obrigações e admite sua indemnisação no caso de inadimplemento (²⁶⁷⁹).

Na Allemanha o artigo 241 do Código Civil tem sido proclamado impreciso, porque não cortou com clareza a velha controvérsia ali existente sobre saber si o valor patrimonial era 0 que tornava a obrigação valida. Semelhante falta de clareza autorisou a continuação do debate. Entretanto, ao nosso ver, tal controvérsia não tem mais razão de ser á vista do pensamento do próprio legislador. «Um interesse económico não é essencial á existência da obrigação; esta maneira de ver resulta claramente da ausência de disposição em contrario» C⁸⁰), Entretanto o artigo 253 parece negar terminantemente reparação aos prejuízos moraes da inexecução das obrigações. Houve, porém, para isso um motivo especial. A vontade popular dominante era contra a solução do artigo 253 (^{m1}). Mas «considerou-se que não era bom dar ao juiz poderes tão extensos e confiar á jurisprudência a solução de questões fundamentaes que entram realmente na alçada do legislador» (^{6M}). Eis, pois: o Código Allemão não deixou de confirmar as as pirações nacionaes por consideral-as illegitimas e improcedentes, mas para não quebrar as tradições do direito allemão e alargar a orbita da apreciação do juiz em prejuízo do Reichstag. Para sahir de tal contradicção, aquelle Código dá a acção de

(^w) Code Fed. des Oblig., arts. 17 e 181.

(^{8m}) Cod. Fed. des Oblig., art. 128.

(ⁿ) Cod. Fed. des Oblig., art. 116.

(¹⁸⁷⁹) Cod. Fed. des Oblig., art. 116 ai. 3.»

(^{26B0}) MOTIVI *au ciem Entwurfe etc.* % 206 vol. II p. 5. O artigo 241 do Cod. Civ.

Alleão é o art. 235 do2.º Projecto e o 206 dos MOTIVE. A afirmação citada é inteiramente confirmada no PKOTOKOLLE / p. 280 *esegs.*

1 (^{MS1}) Affirma-o ENDEMANN, *ob. cit.* p. 561 nota 17.

(*^{U8}) PLANK, *Bürgerliches Gescttbuch* p. 599.

restabelecimento ao primeiro estado (*Wiederslellung* do art. 249 ai. 1?) reconhece o valor da clausula penal adjecta á obrigação (art. 343). Além disso, como excepção ao principio do artigo 253, vêm os artigos 847 e 1300, com quanto a indemnisação seja ali encarada como pena. Isto, de resto, é uma especialidade do direito allemão, em que essas idéas se confundem em absoluto.

O Código Civil da Hespanha admite as estipulações por terceiros (^{6M}). A jurisprudência, porém, tem ali contrariado a legislação, não reconhecendo o interesse moral como objecto válido de obrigações.

O Código Argentino não admite indemnisação aos danos moraes, embora reconheça como válidas as estipulações por terceiros (*•*).

Idêntica solução contém as legislações da Dinamarca e da Suécia (*").

A respeito das obrigações contractuaes o direito inglêz reconhece as que só tenham por objecto um interesse moral e admite a clausula penal para sua inexecução. Faltando, porém, a clausula, elle não conhece outra sancção, pois que os *nominal damages* por sua exiguidade não desempenham a função de reparação. E' verdade que hoje ali se admittem os *de-cree of specific performance*, uma espécie de *astreintes* dos tribunaes francêzes, mas só e restrictamente applicaveis ás obrigações de dar e de restituir, no que se mostram ainda inferiores áquellas (¹⁶⁸⁶).

As legislações radicaes que não reconhecem o interesse moral como objecto válido de obrigações nem admittem indemnisação de prejuizos moraes oriundos da inexecução são as da Rússia (^{im}), de Montenegro (¹⁶⁸⁸), de Portugal O e da Itália (^{M9u}).

(^{M83}) Cod. Civ. da Hesp., art. 1257 § 2.

(¹⁶⁸¹) Cod. Civ. Argentino, art. 504.

(¹⁶⁸⁸) LEHR — *Droit Scandinave* §§ 364 e 378.

(^{S686}) BROOM, *Commentaries on the common law*, p. 339 (a); PALLOCK *Principles of contract law*, pag. 176.

(«•") LEHR, *Droit Civil Russe*, II, p. 95.

(****) Cod. General des Biens. arts. 541, 571, 1900 e 926. ■

(****) Cod. Civ. Port., arts. 671, 2384, 2388 e 2389.

(M*⁰) GIORI, *ob. cit.*, III, 436, notando-se. porém, que ali a doutrina e a jurisprudência corrigiram a lei em absoluto.

Nosso Projecto Beviláqua, ao contrario do que sem maior exame affirmámos em outra occasião, é completo sobre o assumpto. A todo o direito que corresponde uma acção, esta pode ser fundada no interesse moral exclusivamente (arts. 77, 78 § único e 195 § único). Este mesmo principio tem sua applicação nos arts. 76 e 1102 combinados. Não foi o Projecto explicito sobre a matéria ao tratar das perdas e danos. Parece, porém, que assim obrou por não julgar o caso susceptível de regras preestabelecidas, de principios fixos e constituir uma situação de facto só apreciável pelo julgador em espécie.

CAPITULO III

DOS JUROS LEGAES

I

Summario. 487—Historia dos juros. 488 —Concepção romana e moderna dos juros. 489—Divisão dos juros. 490—Liberdade dos contratantes quanto aos juros conven-cionaes. 491-492—Taxa legal. 493--Historia da taxa dos juros. 494—O juro não elevado a conta do capital em caso algum. 495—O anatocismo é tolerado ?

487.—Não entra nos estreitos limites deste Capitulo um estudo completo do juro e de suas variações múltiplas no curso geral da historia da Humanu^de.

Nenhuma uniformidade apresentou jamais o sentimento humano ao crêar as instituições relativas ao juro.

Sem duvida nos primitivos albores da civilização.o excesso do que era possuído por um grupo, ou por indivíduos desses grupos, devia inspirar, além das trocas, a repetição do empréstimo. É bem provável que taes empréstimos nada tivessem de gratuitos e, ao contrario, fossem por demais onerosos, pois bem se comprehende que a barbaria primitiva não se compadecesse com a repressão espontânea do egoísmo sob a forma grosseira da cubica.

Num período mais avançado da historia, as civilizações theocraticas encararam diversamente a questão e as disposições differentes que chegaram até os tempos modernos não nos fornecem uma baze segura para generalizações.

Os egypcios e os povos oommerciantes da Phenicia conheciam o juro, mas os primeiros não toleravam que se os auferissem em quantidade superior ao capital emprestado.

Os hebreus o conheciam e o praticavam, não entre si, mas para com o estrangeiro somente (^{5M1}). Em Sparta parece não ter existido o empréstimo a juro, pois era contrario á legislação de Lycurgo. Em Athenas, ao *envez*, existiu sempre e com taxas bastante onerosas.

A cidade antiga, porém, mantinha a respeito concepções mui diferentes das nossas. A absorpção do individuo chegava a ponto tão extremo que, na falta de recursos públicos, eram obrigados os credores particulares a ceder á communhão seus direitos creditórios (^{MM}).

Não era raro ver-se o Estado por um acontecimento qualquer, abolir as dividas.como se deu em Megara, após uma insurreição e como fez Aristodemos em Cumes (^{MM}), sendo os credores obrigados, além da perda do capital, a restituírem os juros recebidos.

Um rei de Sparta—Agis—propôz ao senado a abolição das dividas e a partilha das terras. Encontrando resistência nos ephoros, os depôz e, armando o terror, fez queimar todos os titulos de divida na praça publica.

Nada disso entretanto representava uma evolução do direito civil e era apenas o resultado da luta politica, o embate de pretensões da plebe (²⁶⁹ⁱ).

Em Roma existiu sempre a pratica dos juros, sem taxa fixada por lei. A sua primeira regulamentação legal data de uma lei de Duellius e Menenius em 398 que Tácito confunde com a das XII Tabôas ("•»))

O catholicismo entendeu sempre que o empréstimo devia ser gratuito. A influencia de Aristóteles e a incorporação da literatura hebraica á doutrina fundada por S. Paulo deviam levar a essa solução. Aristóteles, com effeito, dizia que de todas as formas de aquisição era o juro a mais offensiva á natureza

Realmente foi o discípulo mais intimo de S. Paulo que introduziu este modo de ver na exposição de seus princípios

/S696\

(M91) Êxodo XXII, 25 ; Deteurononuo XXIII, 20 ; Levitico XXV, 35 a 37; Estiras V, 7; Prov.XXII, 16; XXIX, 8; Jeremias, XV, 10; Ezequiel XVIII, 8, 13 ; XXI, 12, ele.

(•*) F. DE COULANGES, *La Cite Antique* pag. 265.

(*»») PLUTABCHO, *Quest. Grecques* n. 18.

(**) F. DE COULANGES. *ob. cit. liv. IV, Caps. XI e XIII.*

(«60») MoNTEsaoiEU, *£'E'spnt.des Lois liv. XXII Cap.XXII.Ha,àe resto, uma grande obscuridade acerca da primeira lei romana que regulou os juros como bem mostram MATNZ,/>. Rom. 181 e Vms*T,Textes choisis p.53esegs.*

(^{MM}) S. LUCAS, *Evangelho, Vi, 34.*

Então todos os Concílios, principalmente os de Nicéa e de Latran, proibiram a cobrança de juros. Todos os doutores da Igreja o profligaram. Benedicto XIV o comparou ao assassinato : S. Bernardo ao roubo. O Koran, por seu lado, o prohibia no oriente (⁰⁹¹).

Esse modo de sentir era tão subversivo dos interesses práticos da Humanidade, que os imperadores romanosjá filiados ao catholicismo, não só deixaram de acompanhá-lo nessa parte, como até regularam minuciosamente o instituto. E, mais ainda, arrostrando a pecha de assassino e de ladrão para suas ovelhas, despresando o ensino de seus correligionários, Pio IX em 1860 emittiu um empréstimo de 465000 escudos romanos ao curso de 5,37 fr.— o que bem demonstra que as leis naturaes resistem a todos os artifícios impostos em nome de quem quer que seja.

O que nos parece fora de duvida é que no ódio ao juro incluía-se implicitamente o ódio contra a avareza. A literatura de nossa espécie, desde a mais alta antiguidade, voltou as armas do ridículo contra os avarentos. Antes do *Euclion da Áulularia* de Plauto, a antiquíssima *Khan-thisian-non* chi-nêza discutia e chamava o ridículo sobre um typo idêntico. O *Avaro Ciumento* de Goldoni, o *Avaro Faustoso* de Ottavio, o *Avaro* de Molière repisam a mesma theze. Ha em todas essas manifestações de repugnância ao vicio deprimente uma flagrante confusão da avareza com a usura, que apenas pôde ser uma das suas manifestações. A prova disso é que o próprio Molière colloca na bocca de Harpagon, naturalmente para bem definir sua avareza, palavras que lemos em os actuaes economistas como um principio de irrefutável procedência. (²⁶⁹⁸).

Apesar de tudo, pode-se dizer sem receio de contestação que mais ou menos do fim do século VIII até a Revolução Francêza, o direito civil noOccidente resentiu-se da influencia catholica na prohibição dos juros.

Estes, por outro lado, tornavam-se odiosos á massa das populações, porque o commercio do dinheiro estava monopolizado pelos judeus—esse povo enérgico e paciente—ao qual tudo prohibiam, que se afastava brutalmente de todas as funcções sociaes e que, portanto, abraçava a profissão mais fácil de ser exercida.

Entretanto a evolução dirigia-se em sentido contrario, ou antes, no sentido natural.

(⁰⁹¹) AL KORAN, II, 276, 277 ; XXX, 38 trad. francêza do KASIMIRSKI.
(⁸⁶⁹³) «... Cartes, ce n'est pas une petite peine que de garder chez soi une grande somme d'argent; et bienheureux qui a tout son fait bien placé, et ne conserve seulement que ce qu'il faut pour sa depense...» *VAvaro, Act. I, se. IV*,

Os Parlamentos em França faziam excepções em favor do dinheiro de orphãos; os reis e os nobres não tomam empréstimos a juros aos próprios judeus e, em geral, a população da Europa inteira illudia a prohibição, mascarando a obrigação dos juros com a troca, com a antichrese, com o contracto da constituição de renda e outras figuras jurídicas.

Derruída a organização catholico-feudal, veio Calvino que primeiro atacou de frente a prohibição dos juros, e os Estados protestantes admittiram immediatamente, ás claras, o que por toda a parte era praticado ás occultas (2699).

Aquillo que ás nações protestantes chegou pela systematização do negativismo, as que ficaram nominalmente catholicas obtiveram pela demonstração calma e philosophica.

Na primeira fila dos regeneradores do erro catholico collocouse o incomparável Montesquieu. Suas palavras tornaram-se de então a esta parte o enunciado de um axioma económico :

«E' sem duvida uma acção muito boa emprestara outrem seu dinheiro sem juro ; sente-se, porém que isso possa ser um conselho de religião, não da lei civil... O dinheiro é o signo dos valores. Claro é que quem tem necessidade desse signo deve alugar-o, como faz com tudo de que tem necessidade. A differença única é que as outras cousas se podem alugar ou comprar, enquanto que o dinheiro, que é o preço das cousas, se aluga e não se compra ("oo)».

Vieram depois os economistas do mesmo século XVIII e o terreno ficou preparado para o Decreto da Assembléa Nacional Francêza que a 12 de Outubro de 1789 declarou livre o juro do empréstimo de dinheiro.

Da Grande Crise Francêza decorre a época moderna para tudo e, portanto, para o direito civil. ■

Não se pense, porém, que a instituição dos juros ficou de então para hoje ao abrigo de qualquer ataque.

Os socialistas modernos o condemnam, como condemnam o aluguel de uma casa ou de um campo (m>). O famoso sophista Proudhon formulou a theoria extrema do credito gratuito, que só teve por utilidade fornecer a Bastiat a oppor-tunidade de uma brilhante e completa refutação, até hoje a melhor demonstração dos fundamentos do juro (S10i)

(2G09) WINDSCHBID, *Pandckienrecht* § 260 3 e 4. (3700)

MONTESQUIEU, *VEspril des Leis*, liv. XX II, Cap. -VIX. (S101) B. SHAW,

Fabian Essays in Sociailisnt, London, 1889. (*1W) BASTIAT, *Capital et Rente*.

488. — Camava-se o juro em Roma *fcenus* (¹⁰⁶), donde «contracto feneraticio» o mutuo, quando affectava a forma do empréstimo não gratuito, mas de dinheiro a juro.

Essa tecnologia caiu modernamente.

Mais tarde deu-se-lhe, mesmo em direito romano, o nome de *usura*, de *pro usu*, termo este que soffreu em todas as línguas modernas um desvio de significação.

No conceito moderno o juro é o preço do uzo do capital e um premio do risco que corre o credor C^{10*}).

Outros talvez com mais justeza dizem que juro é o producto liquido restante depois que o risco e a difficuldade de empregar os fundos foram plenamente compensados(^{270S}).

No fundo, a noção é a mesma ; o juro é o aluguel do dinheiro, como a renda, ou o aluguel, é o preço do uzo da coisa no contracto de locação. O contracto feneraticio é em summa da cathegoria dos *commutati vos*, isto é, daquelles em que cada parte recebe o equivalente do que dá (^{rM}).

Em direito romano os juros são fructos jurídicos da coisa *f''*) e por isso precisam : a) ser devidos por cousas fungíveis ; b) ser da mesma espécie da prestação principal, porque constituem fracções determinadas do capital em proporção do tempo em que dura a divida (¹⁰⁸).

O modo de ver actual não se afasta de taes princípios.

O dinheiro produz juros, não como dinheiro, porque, como tal, é elle a cousa fungível por excellencia. E' só como capital que elle rende lucros e como capital se considera, si assim ficou manifestado pela vontade das partes. Os casos que, como taes, podem ser considerados, resultam também da lei (¹¹⁰⁹).

Mas não é só dinheiro que pôde render juros. Toda a prestação qualquer, cujo valor possa ser fixado em numerário, tem a mesma propriedade. Esta noção era já do direito romano (*''') e é geralmente recebida (¹¹¹¹).

(*ios^ < Foenus... a foetu... quod crediti nummi alios pariant ; ut apud grecos eadem res *tokos* dicitur» — FESTUS V. FOENUS.

(*I04\ M. FRRIRB, *Inst. Jur. Civ. Ltisitani*, liv. i'' tit. 8, § 15.

(lios) ADAM SMITH, *Inquiry into the nature and causes of the iveallh of natious*, liv. V, *Capi. II*.

tl (9700) *Direito Civil Recopilado*, art. 1135.

I

(3707) Vide VERNKT sobre a lei 121 D. de verb. signif. em seus *Texles Choisis*, pag. 31.

(2708) WINDSCHEID, *ob. cit.* § ás9 *notas 2 e j*.

(2709) Ord. liv. 4, tit. 67 §§ 1 a 5.

(2710) is. 12, 16, 23, 25, 26 § 1 C. de usur. ; Novella XXXIV Cap. I.

(2711) Cod. da Prússia, I, 11, § 8 803 e 81U. DBRNBURQ, *Das Bilrg. Recht TI p.t l.a §18*, diz: «Sind Zinsen das Einkommen aus einer in Geld oder anderen Umlaufsmitteln bestehenden Kapitalschuld, welches in Geld oder ande-ren vertretbaren Sachen zu entrichten ist... >

A idéa de juros implica, porém, a de capital, cuja existência precisa ser provada C⁷¹¹). Ainda mesmo que pague alguém a outrem sommas successiveis a titulo de juros, não se presume jamais a existência da divida. O juro é sempre a representação do uzo da cousa da mesma espécie, ou em dinheiro, pago pelo devedor ao credor, além do capital.

489. — Dividem-se os juros em *convencionaes* e *legais*.

Os romanos não adoptavam essa classificação: elles só conheciam as *usura qixm in obligatione sunl* e as *usurre quas\ oflicio judieis prasantur*. Os primeiros eram, como bem se vê, convencionaes, e tinham uma existência independente e separada da obrigação principal, quando esta consistia no *dure certum*, pois que este não tolera augmento eventual. Os últimos, ao dontrario, eram uma consequência do inadimplemento e abrangiam, não só os convencionaes nos contractos *bono&fi-dei*, mas alguns outros que hoje são considerados legaes {"").

A semelhança com o modo de ver moderno é muito intima.

490. — Em relação aos juros convencionaes domina em nossa legislação a mais completa liberdade das partes (*"*). Para isso exige a lei a prova documental, quer escripto particular, quer publico, não admittindo jamais a prova testemunhal para provar o contracto de empréstimo a juro (^{nM}).

A obrigação dos juros convencionaes cessa desde que se extinga a obrigação principal (^{nW}). Assim, a remissão, a consignação, todas as formas de extincção do direito de credito, emfim, têm como consequência natural a cessação da obrigação dos juros. O mesmo com a prescrição. Desde que a divida principal esteja prescripta, cessam os juros, pois que não se

(^{S115}) WINDSCHBID, *ob. cit.* §258 *mia* 8.

t^{*713}) WINDSCHEID, § 259 *notas*, 7, 9 e 10; MAYNZ, § 182 *cit.* M

(«H) Alv. do 17 de Maio de 1759 ; Lei de 24 de Outubro de 1832.

(«18) Lei de 24 de Outubro *cit.*, art. 2.º ; *Consol. das Leis*, art. 362, *nota* 22 *fim* ; C. DA ROCHA, § 779.

(«!«) WINDSCHEID, § 259 *nota* 8. Zinsen sind in dem Sinne von der Hauptschuld abhängig, dass sie nur verfallen, solange die Hauptschuld beste«t—j DERNBURG, *ob. cit.* § 18 n, 3-

pode comprehender que continue a subsistir o accessorio depois de ter desaparecido o principal C").

491. — Nossa legislação, como todos os Códigos modernos, nenhuma regulamentação faz aos juros convencionaes.

A orbita da acção legal é exclusivamente o que diz respeito aos juros moratórios ou legaes. Os juros representam então a condemnação nas perdas e danos pela própria lei.

As perdas e danos nas obrigações de pagamento de dinheiro consistem nos juros da mora, sem prejuizo da pena convencional (11).

Não tratamos no caso de substituirá inexecução as perdas e danos a avaliar, como no caso geral das obrigações.

Sendo certa a somma que constitue o objecto da obrigação, a lei tem um *criterium* absoluto para prefixar o prejuizo soffrido pelo credor.

Ella refere-se então á mora, porque n^{as} obrigações de dinheiro o dar.no único que pôde soffrer o credor é a retardação.

Difficil, quasi impossivel mesmo, seria ao credor provar os danos soffridos com o inadimplemento de taes obrigações, além dos da mora.

Por outro lado, a lei presuppõe que toda somma pode produzir juros e previne com disposições expressas qualquer acto do credor tendente a aggravar a posição do devedor ao fixar suas perdas e danos do inadimplemento. Dispensa então o credor de provar taes perdas e danos, mas prefixa o *quantum* destes (*19).

Ainda que o devedor pudesse provar que a mora nenhum danno acarretou ao credor, não se poderia eximir da satisfação dos juros da móra (11M).

Discute-se todavia si o credor pôde pretender outros danos além dos juros legaes.

(«») 1. 26 pr. C. de usuris; POCHTA, *Pandekten* § 227 pr.

(S118) Cod. Comm. art. 249; *Consol. das Leis*, art. 26j nota 23 / Proj. Fel., art. 404; Proj. Bevil., art. 1064 Cods. Civis : Fr., art. 1153; Ital., art. 1231 ; Hespanhol, art. 1108; Português, art. 720; do Chile. art. 1559 ;Cod. Fed. Suisso. art. 119/ C. Civ. do México, arts. 1482, 1567; C Civ. da Hollanda, arts. 1108 e 1286; O. Civ. da Áustria, art. 1333; Cod. de Saxe, art. 742: C. Civ. do Canadá, art. 1077; Arg., art. 622 ; do Uruguay, art. 1309; de Guatemala, art. 1444.

I (*11) POTHIER, *Oblig. n. 170*; CHIRONI, *Colpa Cott. n. 274*. I

I*W) DEMOLQMBE, *COMI, et Oblig., I, 617* ; CHIRONI, *Oò. cif. «, 276* ; LAROMBIERE, *Theorie et prat. des Oblig. HSj, n. 2* / GIORGI, *Teoria delle obblrg. II, 126*.

Quanto a pena convencional estipulada nenhuma duvida resta: ella se accumula sempre aos juros legaes da mora.

Relativamente a quaesquer outros danos, ha quem, fazendo a distincção entre danos *communis* e *próprios*, admitta que aquelles são sempre legalmente protegidos pelos juros da mora e si o credor puder provar cumpridamente os segundos, entenda que devam ter sua indennisação especial (^{11fi}).

Não entrando na apreciação theorica da referida classificação dos danos, achamos, entretanto, procedente a solução, inteiramente compatível com o direito pátrio. Um exemplo nos dará razão.

A pede a B por empréstimo a quantia de 5:000\$. A acqiesce.mas avisa ao policitante que tem essa quantia para com ella saldar um debito dali a 3 mezes : que só lh'a emprestará por esse prazo improrogavel. A aceita o prazo, mas, na sua expiração, falta. B para saldar seu compromisso vae tomar dinheiro a juro elevado.

Será possivel que A se libere somente com os juros da mora ?

Parece injusta a affirmativa C^{12*}).

Indaga-se si os juros da mora contam-se de quantias illi-quidas. Parece fora de discussão que si a illiquidez depende de culpa do credor, de força maior ou fortuito sem culpa do devedor, não se pode considerar este como moroso, sinão depois de effectuada a liquidação. A exclusão da culpa exclue a mora; esta foi sempre caracterisada como retardação culposa. O contrario deve-se sempre decidir si a illiquidez for imputável ao devedor (^{a128}).

Liquidas, ou liquidadas ulteriormente as dividas, os juros moratórios são devidos, independentemente da allegação do prejuízo, e contam-se, tanto em favor das dividas em dinheiro, como de outras prestações.desde que estiver fixado o valor pecuniário destas por arbitramento, sentença judicial, ou simples acordo das partes.

Essa doutrina está de acordo com que o deixámos dito.

(***) GIORGI, *ob. cit.* II, 126.

(Titif POTHIKR, *ob. cit.* n. 170; CHIRONI, *ob. cit.* «.. 276. Em contrario T. DE FREITAS nota 23 ao art. 363 da *Consol. das Leis*.

(8723) AUBKY ET RAO, *ob. cit.* § 308 nota i4; GIORGI, *ob. cit.* II, 128 ; CHIRONI, *ob. cit.* n. 281.

492.—O conceito do juro contém, como vimos, dois elementos : o do preço do gozo da somma emprestada e o premio do risco.

E' este segundo elemento que explica a alteração da taxa do juro.

Os judeus, por exemplo, emprestavam á taxa elevada.

Como dizia um grande economista, «a taxa ordinária mais baixa do juro deve ser um pouco mais que sufficiente para compensar as perdas accidentaes aqueé exposto o empréstimo, mesmo aquelle que se faça sem imprudência : de outro modo somente a caridade ou a amizade é que poderiam induzir alguém a emprestar» (**).

A maior ou menor taxa de juro não depende de maneira alguma da abundância ou falta de metaes preciosos, como pensava Montesquieu e sim do modo porque se acha organizado o credito.

E' dahi que vem a possibilidade de economisar os capitães circulantes e dar-lhes maior rapidez de circulação.

Póde-se formular o principio que a taxa de juros, como preço do credito, está em razão inversa da abundância e da facilidade de circulação dos capitães circulantes ("").

E' esta a feição económica do juro. Mas elle soffre também o influxo das concepções moraes e do conjuncto dos conhecimentos scientificos de cada época da evolução humana.

Apanhar a lei da variação da taxa, mas a lei precisa, scientifica, demonstrável, tem sido, ao menos no estado actual dos conhecimentos sociológicos, completamente impraticável.

Nesse domínio, como em muitos outros, devemos submeter-nos á lei geral do espirito que nos prescreve sempre formular a hypothese mais simples, mais sympathica e mais esthetica ("").

A esse respeito a hypothese a formular é que o juro é proporcional simultaneamente á extensão do capital e ao tempo durante o qual é este collocado. Não se poderia de outro modo explicar a variação constante e geral da taxa dos juros.

As legislações antigas e modernas tiveram sempre seu typo da taxa fixada.

Essa fixação, porém, só è limitada ao caso da falta de convenção ; não compete ao poder temporal tirar ao dinheiro, que é uma criação social e um instrumento de trabalho, sua força natural.

(**) A. SMITH, *ob. cit. liv. I, Cap. IX.*

(ⁱSB) YVES» GOYOT, *Science Economique, liv. III, Cap. VI.*

(^{si}18) Vide nosso **numero 41 8.**

O dinheiro emprestado sem convenção de juros, só produz juros depois da mora. Eis porque a taxa dos juros moratórios, quando não convencioneados, será de seis por cento ao anno. Será também de seis por cento a taxa de juros devidos por determinação da lei, ou quando as partes tiverem convencioneado juros, sem estipularem a taxa f^{TM7}). Resumamos pois.

Os juros convencioneaes, chamados também compensatórios, dependem exclusivamente da convenção das partes C^{1*8}). Os juros moratórios podem também ser por ellas fixadas na convenção.

Na falta de convenção, ou em todo e qualquer caso em que a lei obriga alguém a pagar juros moratórios, estes são fixados em 6 % ao anno.

493. —Nenhuma lei seguiu a variação histórica dos juros, desde a mais alta antiguidade.

Em Athenas emprestava-se a j 2 e a 18 %. Bruto, em Chy-pre, diz Cicero, emprestava a 48 %. Na China, a taxa commum e de 12 %,mas attinge a 30 %nos empréstimos até três annos. Pelo Código de Manú, um brahmane paga 2 % ; um khatrya5 %, um vassya 4 %, um sudra 5 %.

Em Roma, durou a primeira fixação a que nos referimos, até a codificação de Justiniano. Este criou quatro taxas diferentes, conforme a posição do devedor : 4 % para as pessoas illustres; 8 % para os commerciantes; 12 % para os empréstimos de género; 6 % para a mora e 3 % para outros casos não especificados (I")

O que é certo é que a taxa de juros apresenta as mais notáveis variações na civilisação romana. Encontram-se innumeras disposições prohibitivas da usura, o que mostra que esta se elevava exageradamente (^{a730}).

(«») Cit. lei de 24 deOut.de 1832, art. 3.o; *Consol. das Leis, art. 363 ; Dir. Civ. Recopil.; art. 7/33 § 3.º*

(*)^{IM}) *Consol. das Leis, art. 361; R'.CCI. ob. cit. n. J43 ; cit. lei de 1831, art. 1.º*
(27») 1. 26 § 1 C. de usuris ; 1. 31 § 2 C. de jure dctium ; 1. un. § 7 C. de rei uxorice; 1. 12 pr. C. de pet. hered ; Nov. 2 Csp.1V; Nov. 22Cap. 44, §§ 4, 7 e8; Novella 34 Cap. I; VKHNET, *ob. cit. pag. 55*

(2730) *fax M*rcia, Lex Sempronía, Lex Cornélia Unciaria, Lex Valet ia.* Vide TITO Lívio, *Vil, 21 ; XXV, 7 ; CEZAK, De bello civile, III, 1,20: TÁCITO, Annales, Vi, 16, 17; PLUTABCHO, César, XXXVII.*

Mais tarde, ao lado de uma taxa ordinária de 12 % ao anno, viam-se contractos de 24 e de 48 % ("J; outras vezes considerava-se 12 % uma taxa usurária e custava-se collocar capitães a 4 %. Emfim, nos últimos dias da Republica, 12 % era a taxa mais elevada que se podia cobrar (**).

Os visigodos emprestavam a 12 %. No século XIII na Itália e na França os lombardos e judeus mantinham a taxa de 20 %. No século XIV, nas províncias rhenanas, ella attingiu a 50 e 60 %. Henrique VIII, em 1546, na Inglaterra, declarou illegal toda taxa superior a 10 % e foi esta a que ali predominou até Tames I, como legal. Este rei baixou-a a 6 %.

Após a Restauração, a taxa ali desceu a 6 % ; no reinado de Anna 5 % e no de Jorge III a 3 %.

Isso na Inglaterra propriamente ; mas nos estabelecimentos inglêzes da índia o juro do dinheiro já subiu a 40, 50 e 60 %, com hypotheca da futura colheita.

Em 1850, na Austrália, ella era de 12 a 20 %

Nos Estados Unidos, a variação é incalculável; em New-York, 5 % ; 10 % no Illinois, 15 a 20 %, em Nebraska, etc.

Nos nossos precedentes históricos, as Ordenações do Reino não contavam o dinheiro entre os bens rendosos, como hoje

¹⁻³⁵

I Na época moderna nota-se a mesma divergência.

A Suissa tem sua taxa de 5 % ; a Allemanha de 4 % ; a Hespanha de 6 % ; o Japão de 5 % ; Montenegro de 8 % ; a Itália de 5 %, que é a mesma de França, Portugal e Republica Argentina (^{1-13<h}).

Tal é a variação da taxa do juro, do qual dizia o grande historiador.—*velus urbi fenebric malum, et seditionum discor-diarumque creberrima causa* (^{mi}).

494.—Por mais elevada, porém, que seja a taxa dos juros convencionaes, jamais são elles levados em conta da amortisação do capital, sem accordo expresso na convenção que os estipula.

(8781) CÍCERO, *Ad Atlicum I*, 12, V, 21.

(2732) *l. 8 C si certum petatur*.

(2733) MELLO FREIRE, *ob. cit. liv. I fi tit. 8 §§ 14 a 21*; C. DA ROCHA, § 130 nota.

(2734) Cod. Fed. Suisso, art. 83; C. Civ. AU., art. 246; C. Civ. Hesp., art. 1108; C. Civ. do Japão, art. 401; C. dos B. de Montenegro, art. 534, etc.

■ (ii3B) TÁCITO, *Anua es*, VI, 16. CÍCERO comparava o juro ao assassinato. *Quid/eneruri ? Quid hominem occidere ? (De Ojf. II, 25.)*

Em direito romano os juros atrazados, que excedessem o capital, não podiam ser exigidos (^{21M}).

Em direito moderno ha quem faça uma distincção para admittir que, attingindo a somma dos juros moratórios vencidos ao montante do capital, cessa o curso delles até serem recebidos no todo ou em parte (""). E' que os juros moratórios são verdadeiras penas pela lei impostas ao inadimplemento. Não assim os convencionaes, em que domina a plena liberdade das partes; estes só se extinguem com o pagamento da divida por inteiro ("M).

Um dos effeitos mais salientes da taxa legal é que, si o devedor pagar juros não estipulados, jamais poderá repetil-os; mas quando excedam á taxa da lei, poderá repetir o excesso, ou imputal-o no capital (^{S73o}). Já era assim no direito romano i^{nM}). Do que temos exposto é de concluir que a amortisação deve ser sempre expressa na convenção. Este princípio é geral. Entretanto seria de desejar que a lei limitasse de qualquer forma o curso excessivo dos juros, sem offensa á liberdade das convenções.

495. — O direito moderno admite o anatocismo ?

Anatocismo quer dizer juro de juros (*ana* — repetição ; *lokos*— juro), ou capitalisação dos juros.

Para fazer-se uma idéa clara dos resultados de uma tal operação, basta lembrar que um capital a juro de 5%, capital-isados *annualmente*, dobra em 14 annos, ou, mais exactamente, nesse espaço e uma fracção, isto é, 14,21 do anno.

Si a capitalisação é *mensal* com a mesma taxa, o capital dobra em 13,93 do anno; sifôr *trimestral* nas mesmas condi-dições, dobra em 13,78, etc.

Este exemplo demonstra que a taxa sendo constante, o capital se reproduz quasi ao mesmo tempo, qualquer que seja o espaço da capitalisação.

("36) l. 26 § 1 D. cond. ind. ; l. 10 C. de usuris ; Nov. 138.

(«87) Qrd. liv.4 tit. 70 pr. comb. com o art. 249 do Cod. Ceram. ; M. FREIRE, *liv. ifi tit. 3 § 9* ; LACERDA, *ob. cit. § 43 nota 24*.

("38) Alvará de 17 de Maio de 1759.

(«39) Cod. Coram., art. 251 ; Comp. Cods.Civis : Ital., art. 1830 ; do Chile, art. 2288 ; Hesp., art. 1756 ; Fr., art. 1906 ; Hollandez, art. 1803 ; Proj. Bevil., art. 1265.

(fJM>\, 3 ç, de usuris ; VERNBT, *ob.clt. pag. SI eseg.*

Essa operação era vedada ao mutuante no ultimo período do direito romano C⁷⁴¹). Tal prohibição, porém, sempre renovada nas Constituições imperiaes, foi também sempre illudida na pratica. E' que pelo direito anterior ella era perfeitamente admittida, uma vez que se realisasse sobre os juros já vencidos, *prceterili lemporis*, sendo somente prohibida quanto aos futuros, *fuluri lemporis* ("*■).

Foi o direito canónico que influiu para essa benéfica restricção ás ambições da usura.

Apesar de tudo, na idade média, era eila praticada até pelo alto clero dirigente, como nos demonstram passagens notáveis da incomparável epopéa do Dante.

No direito moderno, vemos o Código das Obrigações da Suissa prohibindo que se convencie de antemão que os juros se acrescentem ao capital para produzirem juros; mas por convenção posterior, isto pode ser realisado quanto aos juros vencidos (²⁷⁴³).

Disposição idêntica contém o Código Civil Allemão (²¹⁴⁴), salvo quanto aos juros moratórios, porque nestes, em caso algum, se contam juros de juros f¹⁴⁵).

No Código do Chile a prohibição é absoluta (²⁷⁴⁶).

O Código do Japão admite que se incorpore o juro ao capital para vencer juro, quando o devedor deixa de pagar por uni anno os juros atrazados (""). Diversas outras legislações reproduzem o pensamento do Código Allemão e Suisso (*¹⁴⁸). Entre ellas muitas expressamente permitem o anatocismo nos casos expressos de demanda judicial e de convenção (^{21W}).

Na Áustria e Hungria nenhuma restricção existe ao anatocismo.

Entre nós a questão tem sido controvertida.

Sem duvida que na legislação portugueza dominou o direito canónico. O dinheiro não sendo ali considerado objecto productivo, o espirito geral era contra o juro, mesmo simples, e, com maioria de razão, contra o anatocismo C*⁵⁰).

(²¹⁴«) l. 28 C de usuiis.

(^{m*}) l. 26 § 1 D. de cond. indeb.

* (*^m) C. Fed. des Oblig., art. 335; ROSSEL, ob. cit. n.44.3. ■

(^{m**}) Cod. Civ. Ali., art. 248 ; DKRNBORO, ob. cU. §23.

(««) Cod. Civ. AU., art. 289.

■ (»^{1*}•) Cod. Civ. do Chile, art. 1559 n. 3. ■

(«") Cod. Civ. do Japão, art. 405.

l«^w) Cods. Civis: Hesp., art. 1109 ; Holl., art. 1287; Fr., art. 1154; México, art. 2699 ; Ital, art. 1232. ■

(²⁷⁴⁹) Cits. Cods, Kr. eltal., GIORGI, 71, 133 ; Cimtoia, n. 283;BAUDRY LACANTINERIE ET BARDE, M. 525 nota 1.

(²⁷⁵⁰) Qrd. liv. 4 lits. 67 e 70 § 1.

Mais tarde a questão tornou-se duvidosa á vista da lei de 24 de Outubro de 1832.

Ha quem affirme a prohibição do anatocismo (^{rM}).

Outros com mais autoridade acham que a prohibição cessou (^{""}).

Entre nós o anatocismo foi sempre antipathico aos costumes, e prohibido em lei no sentido de se poder estipular que se accumulassem os juros á proporção que fossem se vencendo.

Nunca, porém, mesmo no domínio exclusivo das Ordenações, se prohibiu que, por novo contracto, se incorporassem os juros vencidos para ganharem juros. E' então uma verdadeira novação, sempre permittida e possível (^{r733}).

Tal solução foi sempre aceita, mesmo pela doutrina e pelas legislações mais antipathicas ao anatocismo (²⁷⁵¹).

Desde, porém, que a lei firmou a liberdade da convenção quanto aos juros, não vemos com sinceridade qual o meio de conciliar essa liberdade com a condemnação do anatocismo (^{rM}); como ser invocada a lesão enorme para ser rescindido um contracto que por sua natureza intima exclue a fraude, pois implica reflexão, calma, proposição e aceitação demoradas.

Para nós é, pois, permittido, somente por clausula expressa, fixar os juros pelo empréstimo de dinheiro ou de outras cousas fungíveis. Podem elles ser fixados acima ou abaixo da taxa legal, com ou sem capitalisação.

Eis para nós a solução verdadeira.

A indecisão, a inconsistência e os sophismas que comportam mais ou menos todas as legislações modernas quanto ao anatocismo, decorrem essencialmente do tacto de se querer sub*metter ao domínio da legislação temporal um phenomeno puramente moral e que, portanto, só entra no domínio da direcção espiritual. O melhor que o direito pôde fazer é manter al mais ampla liberdade individual a respeito. A' opinião, acs costumes, ás doutrinas dirigentes, cabe conter as expansões do egoísmo e comprimir os abusos do poder concentrado na riqueza contra os fracos a quem a necessidade reduz á procura de capitães.

(2751) LACERDA. § 43 nota 22 com fundamento no Cod. Comtn. art. 253 e *Dig. Port. III, 1145*.

(²⁷⁵¹) T. D2 FREITAS, *Cons.nl. das Leis art. 361 nota 21*; BKVILAQUA, *Obrigações*, § 106; ORLANDO, ao *cit. art. do Cod. Comtn.*.

(^{""}) / 28 *C. de usuris*; LOBÃO, *Notas a Mello Itv. 1.º til. 8 § 14*; C. DA ROCHA, § 789; *Dig. Port. IH, 1146*.

(^{rM}) LAURENT, *XVI;344*; DURANTON, *ob. cit. XIX, 499*; HODELOT ET METMANN, *ob. cit. n. 181*; Cod. Civ. Arg. art. 623; Cod. Civ. da Holi., art. 1287.

(^{r733}) CHIPONI, *ob. cit. n. 283*,



TITULO V

TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

I CAPITULO ÚNICO

DA CESSÃO DE CRÉDITOS

I

Summario, 496—0 que é em geral a cessão. 497—0 direito romano não admitia a cessão. 498 e 499—Como a cessão apparecia no direito romano. 500—DONKU.US foi o ponto de partida da moderna concepção do instituto. 501—Jurisconsultos allemães. 502—Escolas diversas. 503—Dificuldades deste instituto. 504—Definição : direitos cediveis e excepções. 505—Pessoas que não podem figurar na cessão. 506—Divisão. 607 — Perigo das classificações minuciosas. 508—Cessão *pro soluto* e *pro solvendo*. Figuras jurídicas que se não devem confundir com accessão. 509—Cessões necessárias ou legaes. 510—Cessão judicial. 511—Elementos da cessão. 512 —Laço contratual produzido pela cessão. 513—Cessão em relação a terceiro. 514—Notificação da cessão. 515—Varias cessões do mesmo credito. 516—Effeitos geraes da cessão. 517 — Effeitos em relação ao cedente. 518—Dever de consignação e garantia. 519—Effeitos em relação ao cessionário. 520— Direitos do cessionário. 5^1—Effeitos em relação ao cedido. 522—Excepções do devedor. 523—Cessão de divida. 524 - Origens do instituto. 525—A cessão de divida é contracto real. 526—Conceito moderno. 527—Cessão de divida hypothecaria.

[596.—A transmissão das obrigações que os modernos juristas admittem em doutrina e que é regulada pelos novos Codigos (²⁷⁵⁶), é a successão a titulo particular na obrigação, de vista activo, cessão de credito-*Uebertraquana* quer no ponto *der Fordcrung*, quer no ponto de vista passivo, cessão de debito—*Schuldübernahnc*, dos allemães (^{mi}).

(*•) Os que melhor regulam a matéria são : o *Code Federal d es Obligations* suiso, art. 183 a 198 e o C. Civ. Allemão, art. 398 a 419.

(1757) o instituto da cessão de divida é mal definido. Mesmo os nossos Projectos de Código não o tem regulado, a exemplo do Cod. Fed. das Obrigações. Vide ROSSBL, *Manuel du drott fed. des obligations*, n. 228.

497. —O direito romano admittia a successão em todos os direitos e acções que compunham o património material, fossem acções pessoas ou reaes, de posse ou de dominio (TM); mas não podia de modo algum abrir excepções ao seu modo de comprehender o instituto das obrigações, para tolerar que pudesse alguém assumir aquellas em que outrem tosse o obrigado (^{rw}). O *vinculum jùris* decorrente das obrigações só se trans-mittia a titulo universal, porque então a pessoa do *debitar* era a substituída (^{neo}).

O facto constitutivo da obrigação caracterisava-se pelo *objecto* e pela *individuação* do sujeito. A substituição deste importava mudança de objecto da divida e modificação da obrigação.

Si A se obrigou para com B, C não podia dar a A outro credor C sem modificar o conteúdo do laço de direito existente (*⁶¹).

Tudo isso, nos primeiros tempos do direito romano, importava novação—o que suppõe accordo entre o credor e o devedor (TM).

498. As necessidades praticas, porém, rompem frequentemente as resistências theoricas de um modo incombatiel. Os factos se impõem e suscitam regras novas.

Assim, bem cedo se viu que os créditos podiam entrarem commercio.

Era, pois, urgente encontrar um meio seguro de transpor-tal-os de um para outro credor.

No dominio das *legis acliiofes*, que não admittiam os representantes pela individualisação do processo que as caracte-risava, era a *delegação* o único recurso offerecido áquella operação.

Com a introdução, porém, do processo formulário, em que o procurador ou representante foi admittido, procurou-se nas regras especiaes ao *mandato* um expediente para a cessão dos créditos independente do accordo com o devedor.

(*^{**}) MÚHLEKBRUCH, *Die Lehve von der Cession der Forderungsrechte* §§ 22 a 28.

(ⁱ¹⁸⁹) MiiHLENBRUCH, *ob. cit.* §§ / a 4; MAREZÚLL, *Lehrbuch der Iustitio-nen de» rômischen JtecHIs*, § 123.

(^{576o}) MACKELDEY, *Man. de droit romain* § 369'

(^{rw}) 1.25 § 2 D. de usufr., GAIOS, //, 38; WINDSCHEID, *ob. cu.* § 329 nota 2.

(*^{**}) § 3 ínst. quib. mod.; GAIOS, //, 38 *fim* ; MOUTOR, *Obligations n.1181*.

O credor pôde então lucrar com um direito obrigacional, transmittindo seu direito de exigir a solução a um terceiro.

O credor só podia dar o direito de accionar; quem recebia tal poder ficava constituído ■ *procurator in rem suam*, o que quer dizer, accionava o devedor em nome do mandante ou cedente e se apropriava do montante da execução ; era o *dómi-nus lilise* a elle se dirigia a *condemnatio*.

Como, porém, o mandatário exercia a acção do mandante e não obrava em seu próprio nome, admittiu-se mais tarde que o mandante podia ceder, não a acção directa, *cx ycrsoiia cve-diloris*, que era sempre a elle ligada, mas uma outra sob a forma de acção útil, *suo nomine*, a qual creava um direito próprio ao cessionário delia (*TM). A inflexibilidade dos princípios cedia assim á necessidade (*"*) .

Nos últimos períodos do direito romano, a cessão ou venda de créditos pela *utilis aclio* tornou-se vulgarissima na linguagem jurídica (TM).

Essa sophistica separação entre o titulo do direito e o beneficio que delle podia ser retirado constitue uma subtileza muito commum ao direito romano (*¹⁸⁸).

A transferencia effectuava-se pela cessão da acção útil e a doutrina contentava-se de salvar por essa forma o principio da intransmissibilidade das obrigações.

O que, porém, fica fora de discussão, é que, embora por princípios differentes dos actuaes, o direito romano já regulava a cessão de créditos.

Póde-se mesmo affirmar que ao tempo dos imperadores o trafico dos créditos era um negocio tão frequente e tão escandaloso pela oppressiva usura que desenvolveu, que provocou a Constituição de Anastácio, cujo fim foi restringir os lucros exorbitantes, conferindo ao cessionário o direito de rehavere unicamente o quanto deu pelo credito cedido e não mais.

400.—A cessão em direito romano exigia naturalmente o consentimento do cedente, mas o do devedor cedido não era necessário para que ella operasse seus effectos (_k^{im}). Por outro

■ («63) WINESCHEII, *ob. dt.* § 128 *tis.* 6 e 7. 0
(**•*) SERAFIM, *Islit. di dir. romano, II*, §§ 120 e 121; DKRNBCRG, *Pan**
áekten TI, i l2e 264. I
(^{r65}) Ex :-l. 17 D. de hoered. vel act. vend. ; 1. 3 C. do mesmo lit. ; Is. 17 e
36 D. de Rd. et mand.; 1. 3 § 5 D. de in rem verso, ele.
(*"•) I. ult. C. quando fiasus; 1. 18 C. delegat.
(²⁷⁶¹) 1. 3C. de hered. vel act. vend.; 1. 2 C. de donat. ; MAYNZ, *Droif Rom.* §
186.

lado, o *procurator in rem suam*, só adquiria direitos após a *litiscunleslatio*; sua situação era precária, pois que o mandante podia prevenir a execução do mandato, ou intentando pessoalmente sua acção, ou transigindo com o devedor, ou com elle exercendo a novação ou a compensação. Para obviar taes resultados, attribuiram-se os efeitos da *lilisconlcstatio* á uma *dcnuntiatio* feita ao devedor da acção cedida, de modo a tornar o mandato irrevogável e impossível a liberação do devedor a não ser em mão do cessionário.

Foi este o meio de garantir o mandatário contra o mandante o.

Esse expediente, introduzido pelo imperador Gordiano, tinha por fim impedir que o cessionário ficasse baldo de garantias pela revogação do mandato a elle conferido pelo cedente.

Intimado o devedor cedido, não mais podia elle pagar ao cedente e este perdia desde então a disponibilidade do credito.

500.—Foi DONELLUS (^{s169}) quem primeiro viu nos textos romanos a transferencia de créditos pela cessão da acção.

Elle apontou os dois processos—o da cessão da *ulilis actio translata* eo da *mandatidirecta actio*.

A primeira effectuava a cessão ; a segunda era para isso inoperante, constituía simples procuração. Aquella era parte do património do cedente e como tal sempre negociável (^{tno}).

Somente o adquirente da acção útil não a exercia em virtude da causa de que decorria a obrigação—o que só ' era próprio ao titular desta, do mesmo modo que o cessionário da acção decorrente da venda não agia como vendedor (""").

501.—Donellus foi o ponto de partida da moderna evolução do instituto. Fundados nelle, os jurisconsultos allemães admittiram sempre a cessão de créditos (*'").

^{C768}) 1.4 § C. quce res pignor; 1.3 C. de novat.; MOLITOB. *ob. cit. u. 1182.*

⁽¹⁷⁶⁹⁾ DONFXLUS; *De jure civtle, liv. XV, Cap. 44.*

^{C*110}) SALEILL*», *Obligation*, «. 78.

^(.111) Mandata ut cessa actio earum personarum conditionem non mutat ; quo fit, est in alium translata actione, non possit in ejus persona directa illa actio consistere, quce cedente competebat. Sit, exempli gratia venditor... cit. DONELLUS § 15.

{*'*) LAUTERBACH, *Thesaurum Júris civiles liv. XVIII Ut. 4* ; WINDSCHKID, *ob. cit. § 329 nota 10* ; DEKNBURG, *BURG. Recht, 11, § 133 n. 4.* Die Uehenra gung der Forderungen im heutigen Recht erwuchs aus rōmischen und aus deutschen Recht.

Na AUermanha, porém, a doutrina não foi uniforme a principio. Dominou durante longos annos a controvérsia entre os partidários da cessão e os do principio romano da intransmissibilidade. I

A pratica foi que fez triumphar os primeiros.

502.—Da combinação dos princípios romanos com a evolução germânica resultaram três generalizações ou escolas acerca do instituto que nos occupa.

A primeira da intransmissibilidade romana, a que se filiaram os civilistas francezês anteriores ao Código Civil, principalmente Pothier, aceitava a consequência extrema de encarar o cessionário como um simples representante do cedente. Ha entre nós quem a adopte (ⁱⁱⁱ).

A segunda, mais metaphysica do que a precedente (^{im})' faz uma subtil separação entre o direito e o exercício do direito para deferir aquelle ao cedente e este ao cessionário.

Pela terceira, hoje partilhada pelos jurisconsultos mais salientes da Itália e da AUermanha, o cessionário exerce direitos próprios pela transmissão definitiva que a elle se fez de todos os direitos do cedente (ⁱ⁵).

503.—Tão variadas discussões nos revelam que é a cessão de créditos a parte do direito civil em que as mudanças mais radicaes dos tempos modernos têm alterado a doutrina romana das obrigações. Eis porque também é este um dos pontos mais espinhosos do direito civil (^{ire}). Lamentamos que no direito pátrio falem inteiramente disposições reguladoras do instituto, dignas das modernas especulações que elle tem

(^{71s}) LAFAYETTE, posto que não tratando especialmente deste instituto, filia-se claramente a escola. *Direito das Cousas*, § 25/ e notas.

(«TI*) &' a de MUHLENBRUCH, *Ob. C7. H. 2.*

(^m) Entre nós a adopta LACERDA % ÍJ « nota D final. Não se pense, porém, que sejam as três formas de estudar a cessão as únicas que tem surgido. Uma das mais engenhosas é a de BauR. Em um magistral estudo no *YAHREBUCH ftr< dogmatik Recht, I, pa%. 351, anuo de 1857*, elle sustenta a singular theoria que o cessionário em relação ao cedente é um successor singular, mas a respeito do cedido é um representante do credor.

(ⁿ⁸) DELAMARRE ET LEPOITVIN, *Drott Contmercial*, vol. V, pag. 442,

suscitado. Ha entre nós uma verdadeira confusão da cessão de créditos com a de outros direitos, mesmo reaes, apesar da natureza differente das duas cathogorias. Si naquelle trata-se precipuamente de uma pessoa, nestes só cogitamos de uma cousa.

De maneira que a notificação não pôde produzir effeitos iguaes em casos differentes.

De resto, este assumpto entre nós é entregue quasi exclusivamente á doutrina, tal a carência de disposições legaes a respeito,

504.—Não precisamos muitos raciocínios para bem comprehender que em sua essência a cessão de créditos é o acto entre vivos pelo qual alguém se priva de um direito seu em favor de outrem, ou mediante o qual transmite-se um credito a um novo credor (^{2Tn}).

A cessão pôde ter por causa qualquer dos meios de transmitir a propriedade; na phrase de um jurisconsulto, ella sympathisa com todos os meios de transmissão da propriedade

De modo que, em regra, no direito moderno, como no romano, todo direito era cedivel, quer se tratasse de uma obrigação certa ou incerta e futura, a indeterminada, a alternativa ou genérica, a *ex-delicio*, as que nascem da violação de um direito real, os créditos que tenham fundamento um direito pessoal ou privilegio de um individuo; emfim, tanto podia ser cedido um credito, como direitos em género (^{2Tn}).

O brocardo dos glozadores era : — *qucô ad heredem sunl Iransmissibilia, sunl eliam cessibilia*. Mesmo no dominio exclusivo do direito romano isso já era um erro.

(STIT) WINDSCHEID, 06. *Cit.* § 329.

(²⁷¹⁸) TROPLONG, *Privileges et Hypothèques n. 340*. As obras clássicas sobre a cessão são a de MUHLENBRUCH citada cuja 3.^a edição, de que usamos, é de 1836 e a de OLHA *De cessione juri um*. E' uma matéria m.;i diversamente tratada nos modernos códigos. Muitos ha que. no titulo da cessão de créditos, incluem a da herança em vez de tornar extensivos os princípios da cessão de créditos a de outros direitos para a qual não haja estabelecida uma outra regra. Entre elles estão os Códigos Civis da Itália, arts. 1545-1548 ; da Hespanha, art. 1531 ; do Chile, arts. 1909 e seguintes ; o Francêz, arts. 1696 e segs. ; o nosso Proj. Felício, art. 2033. Outros ha, como o Argentino, arts. 1434 e 1484, que tratam do instituto em uma extensão desmedida, mas fazendo confusão nos principios a elle relativos com os de compra e venda, permuta e doação, desnaturando-lhe a índole pela exigência da aceitação do devedor para se completar a cessão, etc. Como o Cod. Argentino, procede o do Uruguay.

(^{m9}) WINDSCHEID, § *yj5 notas 12, 16, 17* ; *Consol. das Leis, nota 1 ao art. 5/0*; Cod. Civ. do Japão, art. 466 Por direito romano eram também cedi-veis o que ali se chamavam obrigações naturaes.

Direitos ha que são intransmissíveis e que entretanto são incedíveis e vice versa.

O usufructo não transmissível a herdeiros era cedível, enquanto que os direitos litigiosos, que não eram cedíveis, transmittiam-se a título universal. A revogação da doação por ingratidão era cedível ao passo que a confessória e a negatoria, sendo cedíveis, não eram transmissíveis (TM).

O Código Civil Alemão, em seu artigo 400, tentou nos tempos modernos apresentar um outro *critcrium* que não é menos atacavel;—um credito não pôde ser cedido quando não é penhora *vcl—soweit sie der I'fandung nicht untrworfen ist*. Com incalculável prejuízo o direito substantivo ficaria com esta regra dependente das variações do processo, em paizes como o nosso em que este é da competência de porções diferentes do território nacional.

Querem outros que sejam em regra cedíveis todos os di' reitos que o [credor pôde exercer *juribus cassis*—logomachia que não merece determos sobre ella nossa attenção.

O verdadeiro methodo é, pois, admittir a regra de que todos os direitos são cedíveis (*TM ^a). Exceptuam-se pela natureza da obrigação:

a) os que não têm valor patrimonial, como, por exemplo, os políticos, os ligados á cidadania (TM). A esta classe pertencem os direitos de família e alguns outros, que, embora tenham valor patrimonial, deixam de ser cedíveis por motivos de ordem social, por exemplo, o usufructo, em que pôde ser cedido o direito de gozal-o, mas não o próprio direito ao usufructo ; aquelle é um direito pessoal, este um direito real sobre o immovel.

b) os que são inherentes, personalíssimos ao titular. A esta classe pertencem :—1) o uso e habitação; 2) os alimentos *jure sanguinis* e os que se fundam em convenção a título oneroso (TM); 3) os fructos dotaes (TM); 4) a revogação da doação por ingratidão (SM); 5) o usufructo nos termos referidos (*TM); 6) o

(TM) MOLITOR, *tis. 1192 e 1195* ; DUVBROIBR, *Vente n. 213* / Huc, *La cesston n. 110*.

(«só ^a) Huc, *ob. at. H. 156 e segs.*

(TM) Selbsverständlich sind nur Vermögensrecht abtreibar nicht Personen-recht, nicht Familienrecht. DERNBURG, *cit. § 13b n.j.* Os methodos de uma formula geral sobre a cessão são enumerados na preciosa obra de Huc, «7. nos ns. 110 a 116.

(TM) MOUTOR, «. Í79S; DEMOLOMBE, *Mariage, II, 78*; GIORSI, *Teoi. delle obbHg. Vi, ti. 85*; AUBRY ET RAU, *Droit Civil § 359 nota 18*.

C^{1*} GIORGI, *ob. cit. VI, n. 87* ; Huc, *La cesston, ns. 20-24*.

(TM) CIOBGLI, *Vi, 88* entende que o direito de revogar a doação no caso mencionado não é cedível e sim somente a acção.

(*TM) *Dir. Civ. Recoptl., art. 588 § »n.*; LAPAYETTB, *Cousas § 101*.

I

I

direito de sócioTM); 7) em geral as prestações de *facere*, prestação de um serviço, abstenção⁽¹⁷⁸⁷⁾; 8); *f*) os que por lei não podem ser cedidos. Entre estes compreendem-se as pensões e montepios da União, as empreitadas de obras publicas sem aprovação do governo respectivo, ou Repartição que os contratou; os salários de officiaes de bordo e ho mens de equipagem de navios mercantes; os direitos em expectativa a uma successão inda não aberta ; os créditos do fallido dentro do termo legal da fallencia ; os ordenados e vencimentos de funcio-narios públicos⁽²¹⁸⁸⁾.

Não pôde se dar ainda cessão por disposição de lei: *a*) de um credito penhorado^(r.19); *b*) o locatorio não pode ceder a locação sem licença do locador ; *c*) os bens ou parte dos bens que formam o activo da sociedade.

Muito se tem discutido si os direitos litigiosos são cedi-veis.

I

Por direito romano uma acção cedivel deixava de o ser, desde que era intentada em juizo, salvo a titulo de dote ou doação em favor de casamento, ou para completar uma transacção ou partilha^(n9o). Assim dispõe a Ord. liv. 4 tit. 10 § 3. Houve quem demonstrasse que tal lei não comprehende na prohibição a faculdade de ceder « de agora para o tempo em que deixar de o ser, ou quando se o faz com a clausula *salvo os direitos e prejuízos de outro litigante**⁽²¹⁹¹⁾. A pratica dos tribunaes foi sempre no sentido de invalidar as cessões operadas com infracção da Ordenação citada⁽²¹⁹²⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ Ha distincções. Na sociedade de capital, em que a parte do sócio é representada pelo titulo ou acção, a cedibilidade é inherente a esta e forr.a o fundo exclusivo do cotnmercio da Bolsa. Nas Cooperativas, a cessão da acção depende do voto da Assembléa. Nosso texto visa somente a sociedade de pessoas.. Quanto a estas, o sócio pode ceder a outrem um credito liquido contra a sociedade : pôde á sua parte agregar um terceiro. O que, porém, lhe é absolutamente vedado é a cessão de direitos taes que invistam o cessionário da posição de sócio. E'este o critério exclusivo. A incedibilidade aqui é relativa.

^(*787) MOLITOK, *ob. cit. n. 1196*.

^(**) O Cod. Civ. Allemão, art.411 permittea cessão de taes vencimentos. Entre nós isso é vedado. O úncionario pôde todavia, com permissão do governo, consignar parte de seus vencimentos a alguém.

^(««») Reg. 737 de 1850, arts. 521 e 526 : C, Fed. Suisso, art. 196.

^[*790] MUHLKNBRUCH, *Ob. Cit. % 31*) MOLITOR, *Ob. Cit. ti. 1202*.

⁽¹⁷⁹¹⁾ LOBÃO, *Fascículos vol. II, Dís. V*,

^(mt) Entre muitos: Acc. da Rei. da Corte de 31 de Outubro de 1872, *Direito III, 150-151*; Acc. da Rei. de S. Paulo de 8 de Março de 1878, *Gate-ta Jurídica XIX, 57*.

Em os modernos Códigos a solução varia. Proíbem-n'o alguns (^{1M}). Outros o admittem C^m). Em nosso direito a questão é positiva e não é permittida a cessão em tal caso (^m).

Ha ainda direitos que por sua natureza são incediveis. Taes a hypotheca e a caução. A noção fundamental da cessão é que o cessionário exerce o direito cedido na mesma extensão que o cedente. Ora, não se comprehende a cessão de garantias, independentemente da obrigação garantida. Si, porém, se tratar de cessão de credito garantido com aquelles accessorios, nenhuma duvida pôde existir. pois que então o cessionário vae exercer o direito nos termos precisos em que o fazia o cedente (^{1M}).

Synthetizando o que acima ficou exposto, não podem ser cedidos:

I—Os créditos cuja satisfação só é possível na pessoa de um certo credor, tendentes, em summa, a uma satisfação pessoal ;

II—Aquelles cuja transmissão só pôde ser effectuada com gravame da posição do cedido pela mudança da prestação :

III—Aquelles direitos que por sua natureza são inherentes a pessoas determinadas (⁷¹¹).

Ha entre nós falta completa de determinação legal dos caracteres da incedibilidade e a doutrina não tem assentado um critério seguro a respeito. A regra aceita é que os direitos que constituem parte do património são sempre cediveis. As excepções são constituídas pelas três classes apontadas. Mas, que deve entrar em cada uma delias ? Eis o ponto da duvida —a questão do detalhe. &j

Para nós o *criteriutfi* verdadeiro é bem examinar si o credito se estabelece a principio pela consideração exclusiva da pessoa do credor.

Ha legislações (²⁷⁹⁸) que permittem tornarem-se incediveis certos créditos por convenção das partes. Parece-nos uma disposição insustentável. O credito qualquer é parte do património do credor e não é possível oppôr a este uma clausula de inalienabilidade tão arbitraria (^{""^}

(TM) Cod. Civ. Português, art. 785.

(«»*) Cod. Civ. Hesp., art. 1535 ; C. Civ. da Itália, art. 1546 ; C. Civ. Arg., art. 1455 ; C. Civ. do Chile, arts. 1911-1914 ; C. Civ. de Uruguay, art. 1738. Vide DBRNBUG, *Bilrg. Recht. cit.* § 136.

(^m) LACERDA, *ob. cit.* § 13 nota 12 n. 3

("•*) LAKAYETTK, *ob. cit.* § 25/ *cit.* ; *Dir. Civ. Recopil.*, arts. 798 a 800 ; MOLITOR, *oc.*. cit. n.* 1199.

(«⁹⁷) C. Civ. AU., art. 399 ; WINDSCHEID, *ob. cit.* % 335. * (*tiW*) A esta classe adheriu o nosso Proj. Bevil., art. 1068.

1 («") ROSSBL, *ob. eit. n.* 229 2.°

Demais, é isso lesivo a direitos de terceiro pela immoralidade aberta os devedores insolváveis e remissos, que sempre teriam a seu favor a possibilidade de prejudicar seus credores, com clausulas idênticas em prol de seu activo. vi

Diz-nos-ão que as obrigações se talham ao molde da vontade das partes e que, portanto, desde que a intransmissibilidade seja pactuada, não ha como poder desrespeital-a. I O laço subjectivo, estrictamente pessoal da obrigação era o principio romano, e diante delle a doutrina referida é procedente.

Uma vez, porém, que se admitta, como na actualidade, o conteúdo da obrigação como seu character dominante, não se pode fugir da transmissibilidade como regra inatacável pela convenção das partes. A personalidade da obrigação é essencialmente objectiva, ligada á natureza do objecto a fornecer e capaz de influir no conteúdo da obrigação. A intransmissibilidade, pois, sódepende das causas referidas, natureza do objecto e disposição da lei, nunca da convenção das partes (²⁸⁰⁰).

505.—Ao lado das excepções á cedibilidade de todos os direitos, outras existem relativas a certas e determinadas pessoas.

Nossa forma politica de governo não mais admite a pro-hibição da cessão aos poderosos, como o direito romano e algumas legislações modernas (^{*801}). -

Todavia pode-se comprehender hoje restrictamente em tal prohibição :—i) a cessão feita a um tutor contra o mtenor, mesmo depois de terminada a tutella, si o credito já existia ao tempo delia, quer a titulo oneroso ou gratuito, quer por si ou por interposta pessoa (**"); 2) a do credito do pae ao filho a in-dasobo pátrio poder (^{MM}); 3) as cessões feitas ao juiz, escrivão e mais empregados do juizo competente para proceder aliqui-

(ttoo) vide GIOROI, »b. cit. Vi, n. 9),

(«oi) 1. 2 C. ne liceat potent.; "D/g. Port» III, 653 ; C. DA ROCHA, § 155; Consol. das Leis nota ao art. 586 § 6 ; DERNBORG, ob. cit. % *36 n. V; LACERDA, nota 12 ao § 13. O que eram as pessoas poderosas no direito português, vide em LOBÃO, Fascículos v, I, Diss. i.^a Pfl 2.^a.

Felizmente o regimen republicano não se coaduna com esse anachronismo da legislação civil monarchica legada por Portugal. I

(Mosj j)_{iv} civ. Recopil., art. 1669 b) ; WINDSCHBID, § 335 b) ; GIOROI, W, 98, ao contrario, entende que esta prohibição só attinge as cessões a titulo oneroso, feitas durante a tutella. Preferível é o modo de ver de WINDSCHBID, mais acorde com o nosso direito pátrio.

(«ws) Q_{tf} WINDSCHBID.

dação do credito, ou, em geral, a todos que, em razão do officio, possam influir para a exacção do credito (^{w*}).

506.—Divide-se a cessão de credito *em convencional, legal e judicial*. O direito allemão denomina a primeira *Ablre-tung* e, sob o nome de *Uebertragung*, comprehende quaesquer outras espécies.

A declaração da vontade do cedente, que constitue a cessão convencional, divide-se em cessão a titulo oneroso e a titulo gratuito.

Existem muitas espécies de transferencias de credito, que os jurisconsultos com pouco fundamento denominam cessões impróprias.

Taes são as que se operam a titulo gratuito, o mandato de pagamento com subrogação, a cessão *pro soluto*, a *pro solvendo*, a novação. jR

Tocaremos apenas em algumas que têm seu fundamento em nossa lei e em nossos costumes, deixando de examinar outras que constituem institutos diversos e que vão tratados em outros lugares do presente trabalho.

507.—No ponto de vista theorico, precisamos precauções contra os excessos e minúcias de classificações, que, ás mais das vezes, parecem implicar instituições radicalmente differentes entre si, quando effectivamente só mantêm differenças secundarias. I

Assim a titulo gratuito só differe da cessão venda—typo geral—em que esta suppõe um correspectivo, emquanto que a por titulo gratuito implica o animo de doar.

Seus effects, porém, são análogos: apenas, como em breve veremos, o cedente só é obrigado a prestar garantia de direito, si tiver procedido de má fé. Ha, porém, civilistas (^{80*}) que, partindo das disposições que analysam, dão a tal noção uma latitude inaceitável. Com effeito, o Código Italiano equipara a cessão com a venda. Partindo desse typo, deduzem que tudo quanto entrar em tal definição é a titulo gratuito e como taes

(^{80t}) 1. 1 § 12 D. de off. pcef. Julgamos essencial a distincção do texto, porque não encontramos razão para se vedara um juiz federal **ser** cessionário de um credito, cuja cobrança deva **ser** processada perante a justiça local e vice-versa.

(^{M01}) Como GIORGI, *Vi*, 1511 segs.

compreendem a renúncia traslativa de crédito e outros institutos diferentes (^{M01}).

508.—Dois casos considerados pela doutrina e que por muito radicados em nossos costumes não podemos deixar de considerar, são as duas formas de cessão convencional denominadas *pro soluto* e *pro solvendo*.

I—Cessão *pro soluto* ou *in solutum* é a transferência que alguém faz a outrem, de quem é devedor, do crédito de outrem, de quem é credor, com o fim de solver sua obrigação.

A é credor de B e devedor de C. A pôde transferir a C o crédito que tem contra B para se desobrigar por sua vez de seu débito.

Eis a cessão *pro soluto*, cessão tacita, que está para a cessão, como a dação *in solutum* está para a venda: o crédito é dado em pagamento ao credor do cedente (^{M01}).

Chama-se imprópria a cessão neste caso, porque ella participa da novação sem conter todos os seus caracteres. Com effeito, o direito que o cessionário adquire vem substituir o laço que se extingue entre elle e o cedente. Em regra, nesta espécie, as garantias accessorias, *hypotheca*, etc, não passam necessariamente com o crédito e sim excepcionalmente por convenção das partes (²⁸⁰⁸).

Entretanto na *pro soluto* o cedente tem acção de repetição para reaver o crédito cedido, desde que verifique a insubsistência de seu débito para com o cessionário.

II—Cessão *pro solvendo* é a transferência que alguém faz a outrem, de quem é devedor, do direito de receber o valor de um crédito de terceiro seu devedor. E' muito semelhante á precedente com uma differença especifica comtudo e é que na-quella assigna-se em pagamento um crédito, emquanto que nesta assigna-se a exação do crédito. Dahi decorre que a primeira é extinctiva desde logo, emquanto que nesta a extinção fica dependente do effectivo pagamento; neste ultimo caso fica o cedente obrigado para com o cessionário, não só pela validade do crédito, rr. as também pela solvabilidade do devedor.

(^{18o}«) Pode-se dar a cessão a título gratuito com caracter dotal ? E' inquestionável a affirmativa: arg. da lei 2 C. de oblig. etact. ; WINDSCHBID, § 330 nota 5 ; *Gonsol. das Leis, nota 2 fao art. 9f.*

(^{18oi}) E* o que os francêzes chamam assignação da divida, ali muito frequente. THOPLONG, *Ob. cit. n. 344.*

(«o»); TROPLONO, *cit., n. 3^7.*

Discute-se si na *pro solvendo* ha transferencia de direitos do cedente para o cessionário.

A opinião mais seguida é que nesta espécie nada mais ha do que um mandato para exigir e, portanto, nenhuma transferencia se opera ; ou antes, só ha uma alienação condicional, continuando aquelle que delega devedor até que o pagamento se effectue.

Si este não se effectuar, continua responsável e responde pela solvabilidade do cedido (⁸⁰⁹). E' mesmo por esse motivo que a doutrina a qualifica cessão imprópria.

Pensamos, entretanto, que, embora condicionalmente, ahi se opera o transporte de direitos. Intimada a cessão, ella produz todos os seus effectos em relação a terceiros (⁸¹⁰).

E' verdade que a intenção das partes é aqui o elemento primordial a considerar. Quando, porém, esta não seja expressajulgamos que, uma vez realisada a cessão com o intuito *pro solvendo*, deve-se interpretar que o direito de credito passa do cedente ao cessionário, de modo que, si este for satisfeito, extingue-se o debito do cedente e, si o não for, o cessionário não perde seu direito contra o cedente.

As cessões impróprias não são tratadas nos modernos Códigos.

Os que seguem o modelo do Francêz não lhe são fieis uniformemente em considerar o que ali se denomina *indicalion du payement* e *delcgalion-novalion*. E' isto mais uma questão de doutrina imposta pelas necessidades praticas (^{Mu}).

Que a cessão *pro solvendo* não tem sua origem histórica no *pignus no minis* do direito romano, como quer a tradição allemã, e sim na evolução da *adsignatio pro solvendo*, parece fora de duvida^{^*}).

Em sentido contrario, o penhor de credito, a doação, não são espécies de cessão, como erradamente pensam alguns civilistas.

No primeiro, não ha transferencia de credito; na segunda falta a prestação de garantia.

Entre o pagamento com subrogação e a cessão é que não falta quem procure encontrar absoluta identidade (^{M,i}).

A diferença, porém, é radical. Na subrogação ha uma extineção do direito de credito operada em beneficio do deve-

^{C⁰⁹} TROPLONG, *ob. cit. n. 344.*

⁽⁸¹⁰⁾ Vide adiante o n. 514.

I ^(Mu) GIORGI, *ob. cit. Vi, MS. 152 e 153.*

I ^(18,s) Foi OLEA quem primeiro falou em *adsignatio prosolvenão*. Vide sua evolução ulterior em GIORGI, *ob. cit. VI, nota ao >i. 153 cit. (*•)* DEMOLOMBÍ, *COMI, et Oblig. IV, y18.*

dor, emquanto que na cessão ha uma aquisição feita pelo cessionário que corre os riscos do credito. O credor que recebe e subroga em outrem seus direitos creditórios, não é obrigado a garantia de juros e despêzas.como o cedente (*"). O subrogado só tem direito á quantia que desembolsou, ao passo que o cessionário tem direito de exigir todo o montante do credito. Por outro lado, a subrogação não depende da notificação para produzir seus efeitos (^{M15}).

E' preciso, outrosim, não confundir cessão com a novação.

Na primeira, o direito mantém-se fixo, invariável; na ultima, ellese extingue para renascer substituído. Por isso aque-lla respeita e deixa subsistir todas as garantias accessorias, emquanto que nestas ellas desaparecem por completo (^{wu}).

509.—As cessões *necessárias* ou *legafis* eram de um uzo extenso no direito romano (*"). Nosso direito a ellas apenas allude em certos casos.para lhes deferir o privilegio de isenção de instrumento para poderem ser oppostas a terceiros.

Não é possível, porém, sujeitar á regra de uma classificação os casos da chamada cessão legal. E' sobretudo falha a a-ffirmação de que em todos os casos em que o credor é obrigado a transmittir seu credito, este se transfira *ipsojure*, sem a manifestação da vontade do cedente (^{M18}).

O direito moderno é, pois, omisso sobre as cessões legaes, que ficam assim reduzidas a uma questão de pura doutrina. Onde a lei parece admittil-as, não consagra na realidade sinão uma verdadeira subrogação do direito cedido (*").

No direito romano, todas as acções úteis repousavam em seu presupposto. O systema actual, porém, não pôde mais se compadecer com aquella legislação, aliás lógica, neste ponto como em tudo mais, desde que partia da differença entre direito e acção.

O mandatário, o fiador, o *corréus debendi*, o devedor hypothecario, emfim, todos quantos se obrigavam por outrem,

(*»») Hoc, *ob. cit. ns.* 576-586; Foi esta sempre nossa jurisprudência. Entre ovtros o Acc. da Rei. de S. Paulo de 14 de Fevereiro de 1879, *Direito XIX*, 330, mesmo quando o pagamento é feito por terceiro em nome do devedor.

(^{ss.B}) Gioiioi, *ob. cit.* VI, 156.

(^{im}) ROSSEL, *ob. cit. n.* 1?8.

(ⁿⁱ) Vidí casos delias em MAYNZ, *nota 1 ao § 188.*

(sm) WINDSCHEID, § 339 n. 3 e *nota 12*; ROSSKL, *ob. cit. n.* 229 3.º; DERNBURQ, *ob. cit.* § 14).

(*») Hoc, *ob. cit. ns.* 293-297.

tinham a cessão legal da acção para reaver o que deram em solução das obrigações.

O uzo de taes cessões, em fim, experimentou nos últimos períodos do direito romano uma extensão abusiva pela regra da *lei 46 D* de partis*.

Essa lei concedia a acção *utilis* contra os devedores hereditários.

D'ahi em diante, os cessionários começaram a agir pelo *adio utilis quasiex jure cesso*. Cessou o rigor da necessidade de uma acção formal e indispensável, fundando-se, de então em diante, na lei.

Códigos modernos existem que consagram casos de cessão legal (^{181o}), Tal não vemos em nosso direito, sinão em casos mui restrictos. São elles : *a*) a cessão da acção de reivindicação que o reivindicante deve fazer ao possuidor de bôa fê que prestou o valor da coisa existente em poder de terceiro (^{182t}); *b*) a cessão da acção que tenha o vendedor da coisa perecida, antes da entrega por caso fortuito ao comprador (^{.8M}); *c*) a cessão que o locador deve fazer ao locatário em relação a coisa alugada, quando, na impossibilidade de restituir a coisa, prestou-lhe as perdas e danos (^{88ls}); *d*) na remissão da divida hypothe-caria (^{MU}); *e*) a cessão que os emittidos na posse dos bens devem fazer ao ausente que volta acerca de todos os direitos in-herentes á herança; *f*) a que deve fazer o possuidor de bôa fé de bens hereditários de todas as acções ao herdeiro. quando não tenha alguns dos bens (^{WM}).

Em todos esses casos, porém, os direitos que se dizem cedidos presuppõem direitos virtualmente preexistentes na pessoa do successor e a este inherentes, do mesmo modo que no mandato, na gestão, etc.

No direito moderno a obrigação de ceder só poderia manter alguma procedência si as convenções não fossem consideradas sufficientes para transmittir a propriedade e investir desde logo o credor no direito sem necessidade da cessão (^{.8M}).

(»«°) C. Civ. lud., arts. 933, 1149, 1851; C. Civ. Fr., arts. 1380, 1935, etc.

(***) C. TELLES, *Dout. das Acc.* § 102 ; MAYNZ, *ob.cit.* § 119 notas 201

21.

(****) 1. 33 D. deevict. : 1. 36 D. de cont empt.: Hcc, *ob. cit. n. 293 cit.*

(MS) l. 5 § 1 ; l. 17 §5 D. *commod.*

(*M) *Dir. Civ. Recopil., arts. 798-800, 81)4 e segs.* Confere LACERDA, *nota 21 ao § 13 cif*»

(»««) 1. 20 § 17 ; 40§2 D. de pet. hered. ; cit. LACERDA.

(1**) AUBRY ET RAO, *Droit Civ.* § 331 *nota S* : MASSÉ ET VEROB á ZÍCHARIA, § 576 *nota 3.*

A cessão formal para a transferencia de qualquer direito, pois, não é necessária nas obrigações *ex lege*, mas somente nas *convencionae*», salvo o caso do titulo primitivo conter em si direitos em favor do cessionário (^{WFT}).

5 IO.—Entre os casos de cessão judicial comprehendem-se: a) a que resulta de sentença no juizo divisório e a que, deferindo em partilhas créditos do *de cujw*t a um herdeiro, opera o transporte dos mesmos ; b) na assignação ao credor de um credito do devedor; c) a que resulta da sentença que suppre a declaração da cessão de quem é obrigado a emittil-a (^{MM}).

Esses casos são também difficeis de serem compendiados.

Todas as questões entre o mandante e o mandatário, entre o dono do negocio e o gestor, podem dar lugar a ser declara* do o direito de mandante ou do dono do negocio, de maneira a equivaler, em casos dados, a uma verdadeira cessão judicial.

511.—Como em todo o contracto, a cessão presuppõe *pessoas, consentimento, objecto e cama*. As pessoas que nella intervêm são além das duas essenciaes—cedente e cessionário—um terceiro—o devedor cedido.

512.—A cessão é um contracto consensual ("").

A lei não exige acto escripto para que a cessão se julgue completa e perfeita entre as partes e sim para que seja oppo-nivel a terceiro (^{a830}). E' esta a differença da cessão commercial, que se não effectua, sem a posse effectiva do titulo. I

No commercio, o titulo não é prova de obrigação, mas a própria obrigação materializada no titulo.

A dispensa do titulo da cessão entre as partes é inspirada pelo direito commum aUemão (^{1MI}), assim como a exigência

(*•) GIOBOI, *ob. cit.* Vi, ti. 163

<*••) *Consol. da» Leis Civis*, nota 57 fim «o art. 377; LâCEtDA, nota 20 ao § 13 ca. ; WiNDScHUD, *ob. ai.* § 330 u. 2; Huc, «». ai. «. 298.

(***) Huc, *Cession et transmission cies creances*, n. 244.

I (*) Huc, *ob. cit.*, ti. 285.

J

(****) Die Abtretung vollzieht sich grundsasslich formlos; auch mündlich selbst durchschlussige. *Handlungen*, DERNBORG, *ob. cit.* § 135 n. Vi.

delia para effeitos em relação a terceiros o foi no direito fran-cêz ("").

Criticando disposição idêntica do Código Federal Suisso, diz um juriconsulto, sem razão ao nosso ver, que ella só tem o mérito da obscuridade (**). Não encontramos razão para isso.

A excepção única á regra posta é para o transporte operado por lei ou sentença, ou todas as vezes que alguém é obrigado a ceder seu credito, casos em que a cessão se opera *ipso jure*, sem que seja necessária forma alguma para*que seja opponivel a terceiros (*^m).

O só consenso, pois, torna a cessão perfeita e acabada entre o cessionário e o cedente.

Seu principal effeito, desde logo, é o transporte do"direito cedido do cedente ao cessionário, sem dependência de documento escripto, pois que ella pôde ser effectuada sobre obrigações que sem elle se contrahem.

A solução, porém, não é geral.

Códigos existem que, não somente exigem titulo escripto da cessão, como aceitação do cedido para que o acto se repute completo (^{MM}).

Para aquelles que pensam ser a aceitação do cedido essencial á cessão.a noticia indirecta desta, ou mesmo sua notificação irregular não inibe o cedido de pagar ao cedente (^{isa8}).

Em nosso direito,essas subtilezas estão derimidas, porque não existem modos fixados sobre a forma da notificação ao cedido-, como em alguns códigos. A boa regra entre nós aceita é a do velho glozador.—*cessio fit invilo debilore* (^{M^s1}).

Ha, porém, graves discussões na doutrina acerca do laço entre o cedente e o devedor antes de denunciada ao ultimo a cessão.

Tem-se admittido que esse vinculo não se altera e que, portanto, antes da notificação, pode o cedente exigir o pagamento e o devedor validamente pagar, sem ter mesmo direito de invocar a cessão, comtanto que abandone o cedente o que

(¹⁸³ⁱ) Huc, *ob. cit. ns.* 299-323.

[*ta*») ROSSEL. *ob. cit. H.231* sobre o art. 184 do C. Fed. Suisso.

(*»*) Cod. Fed. Suisso das Obrig., art. 185; Proj. C. Rod., art. 494; Proj. Bevil., art. 1071.

(2886) Cod. Civ. Ali., art. 403; C. Civ. do Japão, art.467; C. Civ. do Chile, arts. 1901 e 1434 ; C. Civ. Fr., art. 1689. O Cod. Civ. Ital., 1538considera o contrcto feito sopeia convenção, mas faz depender a posse da entrega do titulo, pois equipara a cessão á venda.

(*»*) MOUKLON, *Reptittons Escrites*, III, 684.

(⁸⁸³⁷) CUJACIUS. *Recit. solen. Cod. lit.de obhg. et. act.* ; sobre as leis 3 do Cod. de hcred. vend. e 1 C. de novat Acc. do Supremo Tribunal Federal n. 242 da coll. «e 1899; Appell. civ. n. 503 de 28 de Out. de 1899.

tiver recebido em favor do cessionário (***) . Si, porém, o cedente intentar acção contra o cedido após a notificação, este não pôde validamente pagar si não ao cessionário, pois que esteja manifestou a vontade de aceitar o devedor (•"•). Ha quem avance até que, mesmo depois de informado da cessão, pôde o devedor pagar ao cedente, si este exigir por sua conta ou em nome do cessionário, ou com intervenção deste (^{184o}).

O que é certo é que, antes da notificação da cessão, o cedente retém a disponibilidade do credito. Entretanto, não deve se valer de tal direito. Dispor segunda vez do mesmo credito, ou exigir-o do devedor depois de cedido, são flagrantes violações do contracto de cessão, um verdadeiro dolo para com o primeiro cessionário.

Não pôde, igualmente, sem incorrer no mesmo vicio, o credor prejudicar a exigibilidade do credito por qualquer forma, viciando suas garantias, verificando condições resolutivas, etc.

O que é assentado é que entre o cedente e o cessionário, o contracto fica de tal modo completo que, si morre o cedente ou o cessionário, nenhuma alteração lhe sobrevêm. Morto o cessionário, o credito passa aos seus herdeiros com o resto do seu património e elles podem agir contra o cedido, como si fossem os próprios cessionários. Já assim o era no direito romano, a principio nas cessões a titulo oneroso, estendendo-se depois por Justiniano ás *donationis causa* C**¹).

Entendemos, porém, que a cessão da hypotheca inscripta abre excepção á doutrina por nós exposta neste numero.

Ella somente pôde ser effectuada: a) por escriptura publica ; 6) por termo judicial. O mesmo terá lugar quando a hypotheca tiver sido contrahida para garantia de uma letra de cambio ou títulos similares. A inscripção do cessionário fica dependente de tal titulo ("").

Nossas leis dizem que o cessionário de um credito hypothecario *tem direito* de fazer inscrever a cessão, á margem da inscripção principal (^{ms}). *Tem direito*. Realmente a averba-

is») J. 3C. m*nd velcont.; 1. 3 C. de novat; 23 § 1 D. de hcred. velact. vend : WINDSCHBID, §§ 331, Jj6 nota 2; Dig. Port. Ill, 658; C. DA ROCHA, § 155. I

(¹³⁹) WINDSCHBID, *Ob. Ctt.* § 831.

(«*•) AOBRY ET RAO, *ob. ctt.* § 359 bis, notas 38e39.

("***) 1. 33 C. de donat. j WINDSCHBID, *ob. ctt.* § 331.

(**•) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 798 ; LAFAYETTE, *ob. ctt.* § 251 HM. 3 e 4; Proj. Be vil., art. 139 n. II. -^

(*•*) LAFAYETTE, *ob. ctt.* §251, *texto notas* 8*9; Cod. Civ. da Hsp., art. 1526 ai. 2.»; Proj. Bevil. art. 1070 § único. ,

ção da cessão no livro de inscrição não é de necessidade em nosso regimen.

A publicidade firma-se pela inscrição da hypotheca. A cessão não acrescenta nem diminue os ónus do immovel hy-pothecado ; o conhecimento delia, portanto, não interessa a terceiros. A lei, pois, deixa a averbação da cessão á vontade do cessionário (^{8U}).

Isto nos foi transmittido pelo direito francêz.

Depois da inscrição da cessão, o cedente não mais pode fazer cancellar a hypotheca sem o acordo do cessionário. E' este o effeito essencial á inscrição, que fica sempre facultativa.

513.—A transferencia de um credito não pôde ser op-posta a terceiro, si não constar de instrumento publico ou particular ("").

Antes de tudo, convém bem fixar que se consideram *terceiros* na cessão de créditos, para todos os effeitos delia resultantes, todos aquelles que não intervieram no contracto e que, tendo adquirido direitos anteriores á notificação, correriam o risco de vel-os preteridos, si a cessão produzisse, em relação a elles, todos os effeitos, desde o dia em que ficasse concluída (^{184B}).

Em tal posição acham-se os credores do cedente, os quaes, antes da notificação, podem penhorar o credito nas mãos do cedido O I

E' em relação a esses terceiros, que não pôde ser opposta a cessão : a) sem o instrumento publico em todos os contractos em que este é de sua substancia, como na cessão de credito hypothecario e outros; b) sem o instrumento particular feito e assignado ou somente assignado por quem estiver no gozo da livre disposição e administração de seus bens, com duas testemunhas e transcripto no registro publico (^{ww}). I

(^{Mw}) Palavras de LAFAYETTE. *cit.* § 251 n. 5. I

(^{*»}) C. Fed. Suisso, art. 184; Proj. Bevil., 1070; o primeiro declara expressamente que a validade da cessão não depende de formalidade alguma. O C. Civ. Hesp., art. 1526 exige que a *data* da cessão se torne certa para valer contra terceiros. Cods. Civis : de Uruguay, arts. 1731 e 1732; de Nápoles, art. 1536 ; Proj. Fel., art. 2027 ; Proj. C. Rod., art. 493. ■

(¹⁸⁴⁶) MOURLON, *ob. cit.* III, 282; GIORGI, *ob. cit.* VI, 61 b) ; PACIFICI-MAZZONI, *Istit. di dir. civ. ital.* V, 270,

(^{*«}) LACERDA, *cit.* § 13.

(^{28M}) *Dir. Civ. Recopíl.*, art. 292; Dec. n. 973 de 2 de Janeiro de 1903.

I A dispensa do título da cessão, como deixamos dito, só se dá nos casos de transferência operada por lei ou sentença ("*•).

514.—A cessão de crédito também não produz efeito em relação ao devedor e a terceiro, não depois da notificação, mas terá igual efeito a declaração do devedor, feita por escripto publico ou particular de que teve sciencia da cessão realisada CJ").

Não só em relação ao devedor pois, como em relação-a terceiros, a cessão de crédito não produz efeito, não após a notificação.

Em relação ao devedor essa notificação tem como efeito único, impedil-o de prevalecer-se da ignorância da cessão, excluindo-o da allegação de boa fé. Eua é, pois, necessária, não para effectuar ou completar a cessão, mas somente para dar-lhe plenos efeitos diante do cedido. Não é, portanto, idêntica e sim apenas análoga á *denuntialio* romana.

A differença radical entre a antiga *denunúatio* ea modernanolição é que aquella tinha por fim consolidar o direito do cessionario em frente do cedente, ao passo que hoje é isso secundário e a notificação viza somente firmar os direitos do cessionário diante do cedido e de terceiros e proteger os destes O⁸⁵¹ }.

Um principio capital nas cessões é que, antes da notificação, a posição do devedor diante do cedente é a mesma que existia (*^{MU}).

O conhecimento da cessão por parte do devedor deve ser certo, nada valendo a informação de oitiva. nem a pre-sumpção de dever conhecê-la (****).

¹⁸⁴⁹ vjd. nosso numero 509. Die formlos Abtretung allein gewährt dem Cessionar bloss ein unfertiges Recht. denn der Schuldner ist nur verpflichtet, dem neuen Gläubiger gegen Aushändigung einer schriftlichen Abtretungserklärung oder im Falle einer schriftlichen Anzeige der Abtretung seitens des Gedenken zu leisten, DERNBURG, *ob. cit.* § 135 n. VI.

(MM) cods. Civis : Ital., art. 1539 ; Pori., art. 789 ; de Nápoles, art. 1536; do Japão, arts. 467 e 468; Fr., art. 1690 ; dos Bens de Montenegro, art. 604; o Arg. art. 1459, com a differença que por este Cod. o conhecimento que por outra forma tiver o devedor não supprime a notificação. O Cod. do Chile, art. 1902 quer que a cessão seja notificada e aceita. O C. Civ. Hesp., art. 1526, em vez de notificada diz : «do dia em que sua data deva ser considerada como certa. Vid. Proj. Bevil., art. 1072 ; Huc, *ob. cit.* t. 324e segs.

(⁸⁸⁵) GIORGI, *ob. cit.* VI, n. 63.

(28si a) Vor alien gilt bisherige Gläubiger zu Gunsten des Schuldners noch als dessen Gläubiger bis der Schuldner Kenntnis von Abtretung erlangt hat. DERNBURG, *ob. cit.* § 739 ». //.

(«852) Die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung muss eine sichere sein. Blosses Hörensagen kann in der Regel nicht ausreichen. DERNBURG, /«g. *cit.*

Si o cessionário quizer fazer extinguir os laços entre o cedente e o cedido, deve tomar a si a notificação. Si, porém, o devedor quizer revelar seu conhecimento da cessão, o direito allemão tem decidido ser sufficiente um simples escripto (^{8M}).

Qual, porém, a forma normal da notificação ?

A notificação pôde ser feita pelo cedente ou pelo cessionário. O interesse de ambos torna válido o procedimento. O cedente tem o interesse da garantia do direito a que é obrigado eo cessionário a fim de que o cedido não se desobrigue em mão do cedente ou para que este não faça nova cessão (^{wik}).

Quanto á forma, porém, que a notificação deva affectar, as opiniões variam. Ha quem pense que ella deva ser feita com as formalidades de uma verdadeira citação, pelo official de justiça do domicilio do cedido, ou do fero do pagamento (^{18M}).

Nosso direito não prescreve nenhuma forma especial e a nós parece que ella pôde affectar qualquer forma, uma vez que esta possa tornar certa a notificação effectuada.

Assim, pôde ser realisada a notificação:

a) por intimação em forma; b) por uma ordem de pagamento do credor cedente ao cedido em favor do cessionário ; c) por communicação feita pelo cedente, não ao cedido, mas ao cessionário, somente a titulo de prova da cessão, que este, por seu turno, communica ou transmite ao cedido (^{MM}).

Si o cedido é menor ou interdicto, a notificação deve ser feita ao tutor ou representante, pois do contrario estes poderiam pagar, expondo os representados a um segundo pagamento.

Si se tratar de divida solidaria, deve ser feita a todos os devedores ("").

O conhecimento que os terceiros possam ter tido da cessão por outra forma produz consequências em favor da mesma cessão ?

Tem-se decidido pela negativa. Entendendo, porém, como ficou dito, que a declaração do devedor é valida, devemos, com maioria de razão, affirmar a validade do conhecimento que qualquer terceiro manifestar. A cessão é para elles *res inter alios acta* somente emquanto não a conhecerem, ou para o ef feito de não os obrigar a conhecel-a. Uma vez, porém,

(Mes) E₃ genugt auch, das der bisherige Gläubiger de.n Schuldner die Ab-tretung schriftlich anzeigenthat. DKRNBURG. ob. cit. § 139 III. («*») GIORGI, ob. cit. VI, 65; Dig. Po/7 III, 658. (^{S855}) PACIFICI MAZZONI, ob. cit. II, 179 ; GIORGI, ob. cit. VI, 64, 68. (*85«) SALEILLES, ob. cit. «s. 96-99. í*⁸*¹) MOUTOR, ob. cit. M. 1219; Huc, ob. cit. n. 33^.

que tal sciencia exista comprovada, é uma questão de facto que não pôde ser alheia aos direitos que origina.

Outrosim, o direito allemão permite que a notificação possa ser feita ao legitimo procurador. Não achamos que essa decisão se conforme com o direito pátrio. Coinquanto não tenhamos forma legal para a notificação da cessão, a lei somente pode dar-lhe efeitos válidos, quando pessoalmente feita ao cedido; o simile com a citação inicial é perfeito. H

I A notificação ao devedor cedido não é uma condição para o cessionário adquirir direitos. O cessionário adquire direito próprio só pelo facto da cessão ;seu direito não fica subordinado áquella formalidade. Somente o credor primitivo retém seu direito de accionar o cedido, mas não de receber, mesmo antes da notificação. Feita esta, é que este ultimo direito se extingue. De modo que o efeito da notificação, como ja ficou dito, é fazer uma cessão completa, em relação ao devedor (⁸⁸⁸).

Entretanto, uma vez realisada a notificação,o cedente perde a inteira disponibilidade do credito e a cessão é opponivel pelo cedido ao próprio cedente, mesmo quando deixar de ter efeito e desde então só pode ser retractada a cessão com o consentimento do cessionário (⁸⁵⁹).

Outro efeito da notificação é passarem para o cessionário todos os direitos e acções creditórias com suas garantias, absolutamente no mesmo estado e latitude em que se achavam no cedente.

O cessionário é então, no rigor do termo, *erga omnes*, um successor a titulo singular. O *criterium* supremo é então que elle não exerce mais direitos do que aquelles que o cedente possuía, nem pôde piorar as condições do cedido (⁸⁶⁰).

A notificação, porém, não é da essência de toda cessão. Ella só é indispensável na cessão de créditos.

Seu fundamento é a presupposição da pessoa de um devedor. Estendendo esse principio, chegaremos mesmo a títulos de credito, cuja cessão independe da notificação, taes como as letras de cambio e, em geral, os transmissiveis por indosso, as acções de bancos e companhias, que se transmittem por averbações e registros nos livros, os títulos ao portador, as apólices da divida publica, etc. Todos esses títulos, porém, são

(^{8M}) WWDSCHIED. *ob. cit.* §331 notas 8 e 10. ■

(^{MM}) Cod. Civ. AU., art. 409 ; SUFFK»T, *Deutsches Bilrg. Gesetahuch* ao mesmo art. *vil. I, pa%.* 386.

C***⁰) *Naturalis enim. si mui et civilis ratio suasit, alienam condi tioncm meliorem quidem etiam ignorantis nos facere posse, deteriorem non posse ; / . j9 /> . de neg. gest. ; GIORGI, ob. cit. VI, n. 149.*

regulados por leis commerciaes, ou por disposições particulares.

Mas, como se dá o transporte dos direitos de credito, também podem ser transmittidos os direitos a uma prestação originada na violação de um direito real. Os princípios que dominam s&o idênticos em ambos os casos.

O objecto, como já o dissemos» pode ser um direito actual. Unto como um direito futuro e pôde ser contra um possuidor actual tanto como contra um nao actual. Quem adquire a cessão no ultimo caso, porém, não adquire o direito real correspondente, que continua com o cedente (^{mt})

Pois bem ; nos casos de cessão de um direito real, no do direito de usufructo ; emfim, em todos os casos que não sup-poem pessoa de um terceiro devedor, a notificação não é essencial (*").

BI 3.—Consideremos o caso de varias cessões do mesmo credito.

Decorrendo varias cessões do mesmo credito, deve prevalecer aquella que tiver sido seguida da tradição do titulo de credito transferida

A multiplicidade das cessões pôde ser *suecesnea*. emanando do transitio por diversos cedentes, ou *cumulativa*, decorrente de um cedente único.

A velha doutrina dava preferencia ao cessionário, que primeiro notificasse a cessão, deduzindo o principio da *L 3 C. de \norat*. I B* esta ainda a doutrina logicamente deduzida do art. 1600 do Código Civil Francêz, mesmo quando o que **não** notificasse tenha a posse do titulo (""*). O mesmo dá-se no direito Italiano

No caso de cessões, notificadas no mesmo dia, deve prevalecer a antecedente em hora, o que se pôde provar mesmo por testemunhas.

Somente no caso de impossibilidade de provar a precedência decidia se pela posse do titulo c, na falta ainda deste.

(■'') *Cotsot. Ai* Ltis, «<*• J ao art. §3t ; WufMCKWD, § 337 ; C. Chf.j Arg.. srt. 1448 ;C. Fed. S-iisso.art. 19S. O direito suizo reconhece A cessio de direitos a urna prestação real. mu defere MS regulamentação ao cantonal. Roeut, «S. cif. m.)43**

■ (*>> *Aost ST Ra». %Í9m*4s SJ; Gtoeot. •*. m. Vi,75.*

(*") *Hoc.eS. €Ú. m. 35»;* Mas» rt Vsseá A ZACKAR»*,§ 69Í *!»!« >J«* AOMV RT R*o, eS. eh. 13S9 nêi* tf.

(**) *GiotQt. e*. ctf. r, 1*5.*

dava*se a divisão do credito *pro rata*. Bem se vê a complicação de tal systema.

Os Códigos variam. O Federal das Obrigações dá preferencia ao mais antigo cessionário (*⁸¹⁵). O Portuguez tem a mesma solução, si a hora da notificação tiver sido declarada; em caso contrario, todos têm iguaes direitos (^{me}). O Argentino dá preferencia á primeira cessão notificada, ou á primeira aceita pelo cedido (*¹¹¹).

A opinião que reputamos melhor é a exposta. Ella é sem duvida derogatoria dos princípios geraes em virtude dos quaes a tradição e a quasi tradição só se applicam ao domínio e aos direitos reaes, pois que faz prevalecer a cessão que tiver sido seguida da tradição do titulo transferido. Essa solução, inspi-rada nas necessidades praticas, éraa do direito commum alle-mão (²⁸⁶⁸).

Ella perime a velha controvérsia si ao primeiro ou aos seguintes adquirentes do credito devia-se deferir o direito definitivo ao mesmo credito (^{1M9}).

Não é de mais lembrar que a preferencia aqui estabelecida visa os effeitos da cessão entre o cedido e os demais terceiros, porque, em relação ao cedente, a cessão produziu todos os effeitos desde a declaração de sua vontade ao cessionário. Dahi decorrem consequências importantes.

Si o cedente transfere simultaneamente o mesmo credito por quotas partes a diversos, claro está que aquelle que tiver a posse do titulo poderá receber, e os demais cessionário podem exigir o que no credito lhes couber. Nenhuma questão pode suscitar este caso, que é simples.

No caso, porém, de varias cessões successivas do mesmo credito, aquelle que tem delle a posse prevalece pelo principio firmado.

Nesse caso, qual é a situação dos cessionarios successivos?

Não vemos outra solução si não o direito regressivo destes contra o cedente, fundados na má fé do contracto (*⁸¹⁶).

Quanto ao devedor, assim como fica desobrigado aquelle que antes de ter conhecimento da cessão paga ao credor primitivo, a lógica impõe que, no caso de varias cessões do mes-

(²⁸⁶⁵) Cod. Fed. das Obrigações, art. 186.

(⁸⁸⁶⁸) Cod. Civ. Port., art. 790. I

(²⁸⁶⁷) Cod. Civ. Arg., art. 1470.

(⁸⁸⁶⁸) STOB BK. *Deutsche Privatrecht III*, p. 181.

(^{8M9}) WiNDSCNAID, *ob. cit.* § 331 nota 10.

(^{8<110}) Hoc, *ob. cit.* n. 358 *cit.* O Código Civil Alemão, art. 408 dá (solução diferente que não nos parece muito de acordo com os princípios do **direito pátrio**.

mo credito, se considere desobrigado o devedor que pagar áquelle dos cessionários que lhe exhibir, com o titulo de sua obrigação, o da respectiva cessão (^{18T1}).

I
Suscita-se, entretanto, uma duvida que não deixa deter seu interesse. Si, como já vimos, mesmo no civil existem transferencias de direitos em que é da substancia o acto material, escripto, como a hypotheca, doações etc, casos ha em que direitos sem títulos podem ser cedidos. Em taes circumstancias, como poderá o cessionário demonstrar a tradição que firma a cessão ? A opinião clássica admittia que se recorresse á prova testemunhal, si isso fosse necessário, para provar a precedência da notificação, quer quanto ao dia, quer mesmo quanto á hora (^{87*}). Tal prova deve, portanto, ser admittida para firmar a cessão sem titulo, provando-se a precedência da notificação.

Na transferencia a diversos de um mesmo credito hypothecario, qual o cessionário preferido—o que inscreveu á margem da inscripção principal e não notificou o cedido, ou aquelle que o notificou e não inscreveu o titulo ? Resolvemos em favor deste, porque a inscripção de que fala a lei já vimos ser puramente facultativa e visar unicamente os privilégios ligados ás garantias da divida, tendo por fim sobretudo que o cedente não prejudique a prioridade da hypotheca. Sua omissão, pois, não pôde invalidar accessão notificada.

Penhorado um credito não mais pode ser elle transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora ; mas o devedor que pagar, não notificado da penhora, fica desonerado, salvo o direito de terceiros contra o credor (^{1MS}).

Claro está que a cessão, uma vez notificada, não mais tem lugar a penhora, porque se deu a completa transferencia de direitos e o credor já não os tem mais sobre o titulo.

Mas si a penhora tiver sido effectuada, antes da notificação do cedido, não trepidamos em resolver que o credor exequente adquire com a penhora um direito sobre o credito.que não pôde ser illidido por uma cessão ainda insufficiente para produzir direitos contra terceiros. Nem se objecte que, sendo livre ao devedor do credito não notificado da penhora pagar ao devedor do executado» o credor exequente fica prejudicado em direitos seus.

^{1w}«) Cod. Ksd. Suisso, art. 187; C. Civ. Hesp., art. 1527; Cod. Civ. Hal., art. 1540; Cod. Civ. Port, art. 791; Cod. Civ. Fr., art. 1691 ; C. Civ. Arg., art. 1469 ; Proj. Fel., art. 2028; Proj. C. Rod., art. 496 ; Proj. Bevil., art. 1074.

{Mil} E' a opinião de OLGA, *De cessione Jurium til. Vlt. quest.* >^a. apoiada actualmente por GIOHGT, *ob. cit. VI, 56.* ■ (vnt) £od. Fed. Suisso, art. 196; Proj. C Rod., art. 505; Proj. Bevil., . art, 1080.

De maneira alguma ; fica sempre salvo ao credor o direito contra o executado, e o preço do credito por este recebido responde sempre pela execução.

516.—O effeito geral da cessão é transmittir com o credito seus accessorios e garantias, salvo disposição em contrario (""). I A regra referida é simples: todas as garantias assecutorias do credito passam com elle, por effeito da cessão. si a declaração da vontade das partes não dispuzer o contrario.

Questiona-se si entre os accessorios que acompanham o credito cedido e entre os quaes se comprehendem os privilégios do cedente, si estes são os *privilegia causae*, ou também os *privilegia personae*, como a restituição *in incolum*, etc. (⁸⁷⁵). Alguns autores conferem ao cessionário todos os privilégios quaesquer, adquiridos pelo cedente antes da notificação e só estes (⁸⁷⁶). A doutrina não é aceitável.

O cessionário não pôde gozar dos privilégios e benefícios jurídicos ligados á pessoa do cedente.

A regra contraria é illação do principio, de nenhum modo sustentável, que o cessionário, é representante do cedente e não age em seu nome, enquanto que, na realidade, a cessão importa alienação e transfere ao cessionário direitos que o cedente perde desde logo (*⁸⁷¹).

E' esta a solução que se vê adoptada pelos modernos códigos (C") e pelos civilistas mais notáveis (^{M19}).

E' o cessionário, ao contrario, quem pode fazer valer os

(2874) Cods.Civis : Ali., art.401 ai. 1; C.Fed. Suisso, art. 190comprehende até os juros atrasados, exceptuando os privilegios pessôaes do cedente; C. Civ. Hesp., art. 1528; Uai., art. 1541 exclue os juros atrasados; Port., art. 793; Argent., art. 1458 comprehende os juros vencidos e exclue os privilegios pessôaes; Chile, art. 1906 só exclue os privilegios pessôaes do cedente : Civ. Fr., art. 1692 ; Proj. Fel., art. 2030 exclue o que fôr pessoal ao cedente; Proj. C. Rod., art. 499 exclue os privilegios personalíssimos; Proj. Bevil., art.1 069.

■ (2875) MOLITOR, *ob. Cit. n. 1211.*

(2876) MAINZ, *ob. cit. § 189.*

(2877) WINDSCHEID, §332 n.º2 e no'.a 10 ; ROSSEL, n. 230 ; SALPIUS, *JVb-vation und DelegatOn § 64.*

(2878) Vide códigos citados na nota 2904.

(2879) DERNBUBG, *ob. cit. § 138 n. IV. Persönliche Vorechte, welche der Cedent bei Geltendmachung der Forderung gehabt hätte z. B. Kostenfreiheit, kommen dem Cessionar nicht zu gute.*

benefícios jurídicos que lhe assistam a menos que isso de algum modo venha piorar as condições do cedido (^{M80}).

Ha, entretanto, privilégios ligados á natureza do próprio credito, como os relativos ao processo e execução, que não podem piorar as condições do cedido e passam inteiramente com o credito ao cessionário.

517.—São effeitos da cessão em relação ao cedente :

I—Obrigal-o na cessão a titulo oneroso para com o cessionário pela existência do credito ao tempo da cessão, inda que por isso não se responsabilisasse, cabendo-lhe a mesma obrigação nas cessões a titulo gratuito, quando houver*proce-didodemáfé(^{*881}).

II—Não o obrigar a responder pela solvência do devedor, salvo estipulação em contrario ("*■).

III—A só responder ao cessionário pelo que tiver recebido com os respectivos juros, não até a concurrencia do montante nominal do credito e sim soamente até a concurrencia do preço da cessão (^{.8M});

IV—A indennisar o cessionaiio das despêzas da cessão e das que houver feito para a cobrança (^{M84});

V—A não responder pela existência da divida nem pela solvência do devedor, quando a transferencia do credito se operar por força de lei (^{.88S}).

VI—Sujeitai-o ás excepções que competem ao devedor no momento em que este teve conhecimento da cessão (^{TM^M});

(2880) WINDSCHKID, Cif. § 332' H. 2.

(2881) c. P. Suisso. art. 192 ;Hesp., art. 1529; Ital., art. 1542; Port., ars. 794 ; Arg., art. 1476; Chile, art. 1907 ; do Uruguay, art. 1736 ; P. Felício, art. 2031; Proj. C. Rod.,art. 501 e §§; Proj. Bevil., arts. 1076.

(2882) Huc, *ob. cit. n. 510*; Cods. Civis: da Ital., art. 1544; Port., art. 794 cit; do Chile, art. 1907 cit.; Arg. art. 1476 cit.; de Uruguay, art. 1736 cit.; de Nápoles, arts. 1579 e 1580; Francêz, art. 1694 ; Proj. Fel., art. 1694; Proj. Bevil., art. 1077.

(2883) C. Fed. Suisso, art. 194 ; C. Civ. Arg., art. 1477 ; do Chile, art. 1901 ; C. dos B. de Montenegro, art. 607 ; Proj. Fel., art. 2032 ; Proj. C. Rod., art. 503 ;Proj. Bevil.. art. 1078: Huc, *ob. cit. «. 492, em contrario. ■* (2884) Huc, *ob. cit. H. 479 e segs.* ^

(2885* c. Fed. Suisso, art. 195; Proj. C. Rod. art. 504; Proj. Bevil., art. 1079.

(2886) Cod. Civ. AU., arts. 404 e 405 ; C. Fed. Suisso, art. 18; 169 ai. 2>, C. Civ. Arg., arts. 1469 e 1474; Proj.C. Rod., art 498; Proj. Bevil., art. 1075.

Vil—Desobrigar o devedor que com elle solveu a divida antes de ter conhecimento da cessão (⁸⁸¹).

518.—Pela exposição dos efeitos da cessão em relação ao cedente, vemos que este tem por obrigação consignar e garantir.

Deve consignar os títulos da cessão nos quaes estejam todos os compromissos do cedido (¹⁸⁸⁸). Essa obrigação não é de rigor, pois que para os efeitos da cessão nem sempre é essencial o titulo (**•),

Quanto a garantia, ella é de facto—*nomen bonum*, ou de direito—*nomen verum*, como diziam os romanos ("").

Pela primeira o cedente, a titulo oneroso, fica responsável para com o cessionário pela existência do credito ao tempo da cessão, inda que por isso não se haja responsabilisado. A mesma responsabilidade lhe cabe, se tiver procedido de má fé (^{M91}).

Quanto a garantia de facto, o cedente, salvo estipulação em contrario, não responde pela solvência do devedor (^{WM}). O direito romano já dispunha da mesma forma (^{W98}).

A garantia de direito não é só material e relativa á existência do credito, mas sim também jurídica e relativa á sua subsistência legal ao tempo da cessão. E' preciso que o cedente seja effectivamente credor com poderes de disponibilidade e que o credito não seja atacavel por um vicio intrínseco, ou de forma, ou por excepções que o invalidem de todo (**).

Si o devedor invocar uma excepção tal que torne o credito inexigível, si sua excepção tiver tido existência antes do contracto da cessão, o direito á garantia vae até poder o cessionário annullar a cessão e repetir o que por ella desembolsou. E' então um caso característico de obrigação sem causa, ou objecto ("»).

(M<i> p<rd>, Bevil., art. 1074.

(²⁸⁸⁸) Cod. Fed. Suisso, art. 191.

(«889j PACIPICI MAZZONI, *ob. cit.* II, 200 ; GIORGI, *ob. cit.* VI, 132. N

(^{M90}) Hoc, na excellente obra *Tratté Theorique et Pratique de la Cession et de la Transmission Jes Creances*, que tanto temos Citado, faz um vasto es* tudo da primeira espécie de garantias do n. 479 a 515 e da segunda do numero 516 a 564. onde esgota as questões.

(Mi) vide numero 517 supra. MATNZ.í 189 A ; MOLITOR, *ob. cit.* n. 1214.

(2892) j)/g. p<rt. Ill, 659; C DA ROCHA, § 755 / ROS>SKL, *ob. cit.* tu. 2}}

235.

(2893) i. 6 D. de pact. dot.; 1. 22 §2 D. mandati.

(289*) i# 13 c. reg. jur.; MOLITOR, *ob. cit.* i2>4 *cit.*; MATNZ, *lug. cit.* (*895) AUBBY ET RAU, *ob. cit.* § j59 bis. ttotas 202, 204 ; PACIPICI MAZZONI, *ob. cit.* II, m. 202, 204 ; Hoc, *ob. cit.* n. 490.

Demais, a garantia não recáe sò sobre o credito, como so bre seus accessorios, taes como a hypotheca, o penhor, etc. (^{8M}). Esse principio é racional. Muitas vezes é precisamente pela segurança offerecida pelas garantias accessorias que o cessionário aquilata o valor de cessão. O cedente toma a si então unicamente a existência de taes garantias, sem poder assumir a responsabilidade de sua efficacia de facto. Na fiança, por exemplo, elle responde por sua existência, sem ser garante da solvabilidade do fiador.

O mesmo se daria com a hypotheca, por exemplo, no caso de prioridade de outra sobre ella. No direito romano já se dizia que o perigo da hypotheca é do cessionário. Tudo isso re-sume-se ainda, quanto aos accessorios, que o cedente só responde pela *veritas* e não pelas *bonitas* do cedido (^{2M1}).

Ha, todavia, quem affirme que, si ao realisar o contracto, o cedente não fizer menção de suas garantias accessorias, não se responsabilizará por ellas; que somente quando as mencionar será obrigado á sua existência, pois que é bem comprehensivel a validade de um titulo, apesar da insubsistência de suas garantias ("•").

E* certo que a extensão do dever de garantia, por parte do cedente, é uma questão de facto. As partes podem dilatal-o ou restringil-o. Desde, porém, que nenhuma manifestação da vontade exista em contrario, é impossível derogar o principio geral que une indissolvelmente o principal e o accessorio, o credito e suas seguranças de facto (^{28M}).

A regra inversa que a prestação de garantia não é dever do cedente na cessão gratuita, salvo o caso de ma fé, já era do direito romano (⁹⁰⁰). Tratando-se, porem, de um credito cedido que ainda não é exigi vel, si depende de termo ou de condição, o cedente deve prestar* garantia da solvabilidade, caso a convencie, até que o credito seja exigível (^{19<1}).

Si a garantia de direito é sempre subentendida, a conclusão é que uma vez que as partes assumam por termos vagos a garantia do credito, esta deve ser interpretada como uma clausula comprehensiva da garantia do facto (⁹⁰¹). j|

(«»») Hoc, ob. cit. n. 485.

(^{M9?}) L. 30 D. de pignor. et. hypot.

(*•») MOLITOR, ob. cit. n. 1215. ■

(«899; Huc, cit. n. 485.

(2900) L. 18 § 3 D. de donat.

f*⁹⁰¹) VOKT, ad Pandectas, XVIII, 4, n. 14. m

(^{iW>1}J São muito communs as cessões de ura recibo por um simples *pertence* nelle lançado—Acc. da Rei. da Corte de 17 de Março de 1876 no *Direito*, X, no. Na pratica do interior do Brazil temos visto a seguinte forma de transporte ' * *Pertence este ao Sr. F... a quem cedo, garantindo o devedor.* > Nada mais vago.

Verificada a insubsistência do credito, até onde vae o dever de prestar a garantia? Em muitas legislações ha lugar para controvérsia por omissão de disposições terminantes. Dahi affirmarem alguns civilistas que as obrigações do cedente são equivalentes as do vendedor no caso de evicção, pela analogia da cessão com a venda (^{Km}). Essa solução é injusta e contraria ao nosso direito.

O cedente só é obrigado a responder pelo que effectivamente recebeu com os respectivos juros, devendo indennisar ao cessionário das despêzas que tiver feito para a cobrança. Os juros têm, em tal caso, o character compensatório C⁹⁰⁴).

Outrosim, a isenção da garantia da solvabilidade do devedor soffre excepções em que o cedente é a ella obrigado : *a*) por pacto expresso; *b*) quando se verificar dolo de sua parte; *c*) quando a divida é dada a titulo de dote; *d*) quando a cessão é feita por administrador de património alheio ao próprio administrado para este ir demandar aquellesa quem o administrador emprestou quantias (^{Mot}).

Póde-se, porém, excluir a obrigação de garantia por convenção ?

Sim, quanto a de facto; não, quanto a de direito. Esta não pode ser illidida por clausula que a exclua, pois que a ninguém é licito enriquecer-se a custa de outrem, salvo no caso único exceptuado acima de ter sido a cessão operada por força da lei.

Dada a convenção das partes no caso admissível, os meios de que o cessionário deve lançar mão para provar a insolva-bilidade do cedido, afim de agir contra o cedente, devem ser de natureza a motivar plenamente esse direito regressivo. Assim, deve o cessionário excutar os bens do cedido e só com a prova resultante da inefficacia de tal procedimento poderá pro-seguir no seu direito.

Em tal caso, o cedente obrigado á garantia, tornou-se um fiador do cedido ? Algo existe, sem duvida, de commum nos dois institutos. Ambos comprehendem a garantia dos acce-ssorios da divida principal, incluindo as despêzas judiciaes desde a citação.

Mas o cessionário não tem direito de opção para accionar o cedente ou o cedido. Esse direito de excussão é característico da fiança.

Funda-se em que a obrigação do fiador é accessoria, em-quanto que a do cedente em relação ao credito cedido é prin-

(8908) GIORGI, *ob. cit.* VI, 135; Hoc. *ob. cit.* n. 489. ■

(-2904; D., *g. Port.* III, 660.

(2905) Momos, n. 127; MAYNZ, § 189 nota 9; LACERDA, £ 13 nota 17.

cipal. Não ha, pois, identidade e sim fraca analogia, como, de resto, têm entre si muitos institutos, sobretudo tratando-se de direitos reaes (^{MM}).

' 519.—São efeitos da cessão em relação ao cessionário: I—

Transferir para elle os direitos cedidos e as garantias accessorias;

II—Sujeital-o ás excepções do dever e que a este competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão, salvo simulação do cedente;

III—Dar-lhe acção contra o cedente para indennisal-o das despêzas da cessão e das que houver realizado para a cobrança ;

IV—Dar-lhe direito, tratando-se de credito hypothecario, de fazer inscrever a cessão á margem da inscripção principal ;

V—Dar-lhe acção contra o cedente na cessão a titulo oneroso, pela existência do credito ao tempo da cessão, ainda que por isso si não houvesse responsabilisado o mesmo, bem como a exercer a mesma acção, na cessão a titulo gratuito, si o cedente houver procedido de má fé :

VI—Desobrigar o devedor cedidoque.no caso de varias cessões do mesmo credito notificadas pagar-lhe, á vista do titulo da obrigação e da cessão.

52C—O cessionário tem direito de exigir do cedido todo o montante do credito, ainda que superior ao preço da cessão ("").

Solução contraria seria nociva aos interesses do credor e sobretudo prejudicial ao commercio, como um impecilio á circulação dos capitães. Modernas legislações repeli em as restri-cções da Constituição de Anastácio (^{M08}).

(2006) O contrario pensa GIORGI, *ob.cit.* VI, n. 179. ■ (Í9OT) p_{ACIE}jci MAZZONI, *ob. cit.* II, 193 ; WWDSCHEID. § 333 em contrario, ma§ com incoherencia, porque sustenta com razão que o credito é transferido tal qual se mantinha no cedente. LOBÃO, *Fascículos v. I, Diss.* 6.^a eC. DA ROCHA, § 156 e nota H, *final do vol. I*, discutem a questão por haver ainda quem affirme o inteiro vigor das restricções da Const. Anastaciana.

(1908) LACERDA, *nota Efinal*; SALEILLES, *ob. cit.* n. 103; DEBNBUBQ, *ob. cit.* § 138 n. Ke o próprio WINDSCHEID, § 333 nota 3.

Si, pois, ao cessionário assiste o direito de exigir a integridade do credito, por outro lado ficam a seu cargo todos os casos fortuitos desde o momento em que se completar a cessão entre as partes, como, por exemplo, si perde o credito, si o deixa prescrever, etc. I

E' uma consequência lógica dos direitos que adquire desde logo sobre os direitos creditórios.

Outra consequência do mesmo principio fundamental é que, na transferencia de um credito de divida alternativa, a escolha do credor, o direito de escolha transmite-se ao cessionário. Isso não vem piorar as condições do cedido; a obrigação subsiste inteiramente idêntica á que era antes da cessão, mudando embora de titular (²⁹⁰⁹).

Questão mais importante é decidir qual o prazo dentro do qual pôde o cessionário fazer valer seus direitos à garantia do cedente.

Convém antes de tudo ter em vista que a natureza especial do objecto alienado sujeita a uma interpretação restricta e rigorosa essa convenção derogatoria. Dahi a solução de muitos civilistas e de muitos Códigos de que a promessa de garantia de solvabilidade só comprehende a solvabilidade actual e não a futura (^{wlo}).

Outras ha que restringem o prazo a um anno, salvo convenção f").

Opinião mais coerente com os principios é que o recurso do cessionário contra o cedente astreito á garantir, dura, enquanto não prescreve o credito cedido. Esse direito, porém, como já tivemos oportunidade de dizer, pôde ser exercitado somente depois que a insolvabilidade tiver sido exuberantemente provada em acção contra o cedido (^{HW}).

Nossas leis não fixam regra a respeito e, deixando á doutrina e á jurisprudência a solução das duvidas, convém igualmente aqui lembrar que a acção do cessionário está também sujeita á prescrição, como qualquer outra.

A solução é lógica. O cessionário adquire direitos ao credito cedido. Logo, a melhor opinião é que o prazo da garantia perdura enquanto não prescreve a acção para o exigir e essa prescrição, sujeita á regra geral da prescrição das acções,

(^{M09}) MOUTOU, *ob. cit. n. 1188*.

(»«^o) MATMZ, § 759 no/a 75; MOLITOB, n- 7277; C. Civ. do Chile, art. 1907 ; C. Civ. do Uruguay, art. 1737; Cod. de Nápoles, art. 1581 ; C. Civ. Fr., art. 1695.

£ (**>) Cods. Civis: de Neufchatel, art. 1328; de Friburgo, art. 1528; Ital., art. 1544; Hesp., art. 1530 ; Port., art. 795.

(''''') ROSSKL, *ob. cit. n. 2)4 3.*"

conta-se do dia em que o cessionário pôde intentá-la, isto é, depois de demonstrada a insolvabilidade do cedido pela excussão de seus bens (^{19,s}).

5251. —São efeitos da cessão em relação ao cedido :

I—Obrigado a responder ao cessionário pelo crédito, seus acessórios e garantias, depois de notificado da cessão;

II—Poder desobrigar-se em mão do credor primitivo antes de ter conhecimento da cessão;

III—Poder desobrigar-se no caso de várias cessões notificadas em mão do cessionário que lhe exhibir, com o título de sua obrigação, o da respectiva cessão;

IV—Poder oppôr tanto ao cessionário com ao cedente as exceções que lhe competirem no momento em que tiver conhecimento da cessão, sem entretanto, poder oppôr ao cessionário a má fé do cedente;

V—No caso de penhora do crédito poder exonerar-se em mão do credor antes do conhecimento da penhora.

5252.—Quanto às exceções do devedor, claro é que, sendo o crédito transferido, sempre tal qual existia no cedente, o cedido pôde oppôr ao cessionário, como a este último, as exceções que lhe competirem no momento em que teve conhecimento da cessão (^{9U}), menos a da simulação do cedente, que não pôde ser opposta ao cessionário de boa fé (*•).

Tais são as de nulidade por vício do consentimento, a resolução e rescisão. Estas são sempre opponíveis porque affectam o próprio crédito e não a pessoa do cedente.

O essencial é que as exceções já existam ao momento em que o devedor tiver conhecimento da cessão. Assim, si o cedente, depois de realizada a cessão, tornar-se devedor do cedido, este não poderá oppôr compensação ao cessionário.

As exceções supervenientes após a notificação não podem ser oppostas ao cessionário em caso algum, A razão é que, antes delia, quem era credor continua a sê-lo—o que não se dá depois delia realizada •(*•).

(¹⁹) P. MAZZONI, *ob. cit.*, 214 ; AOBRY ET RAU, § 359 bis, nota 77. I

(^{9U}) *Dig. Port.* III. 657.

(^{Wii}) WINDSCHKIO, § 332 nota 7 ; GIOBBI, VI 149.

(¹⁹) WINDSCHEID e GIORGI, *cits.* na nota supra.

Relativamente às excepções pessoais do devedor, estas só podem ser por elle oppostas ao cessionário, quando este estiver para com o devedor na mesma relação em que estava o cedente (■•");

Pôde o cedido oppôr ao cessionário compensação da divida do cedente ?

A solução é fácil. A regra é que o devedor que, notificado, nada oppõe á cessão que o credor faz a terceiro dos seus direitos, não pôde oppôr ao cessionário a compensação que teria podido oppôr ao cedente antes da cessão. Si a cessão, porém, não lhe tiver sido notificada, poderá oppôr ao cessionário a compensação do credito que antes tinha contra o cedente

/1918\

O direito allemão, como o suíço, só admite que o cedido opponha ao cessionário compensação do que lhe deve o cedente, si o credito contra este já era exigível na data da cessão e não mais (²⁹¹⁹).

O Código de Costa Rica nega em absoluto ao cedido que aceitou a cessão sem reserva, o direito de oppôr ao cessionário a compensação de qualquer divida do cedente f**¹⁰).

No direito japonês, a cessão notificada e aceita extingue no devedor contra o cessionário as excepções que elle teria podido oppôr ao cedente. Elle pôde unicamente repetir o que ao cedente deu para se desobrigar e, si tomou compromissos com este, pedir que elles cessem de existir. Caso, porém, o devedor sò tenha recebido a notificação sem aceitar-a, subsistem suas excepções (*").

O direito montenegrino, ao contrario, admite todas as excepções, não só contra o cedente, como contra o cessionário, si existiam ao momento da notificação (**).

Notável civilista não admite que o cedido possa oppôr a compensação, porque não tolera que o credito possa vir assim a figurar como pessoal ao cedente e ao cessionário (ⁱ⁹²⁸).

Manifesto engano ; é precisamente porque exerce direitos próprios que o cessionário é passível de todas as excepções que lhe sejam pessoais e de algumas restrictas, próprias e pessoais ao cedente.

(«") MOLITOR, *ob. cit. na 1226.*

(»») Cod. Civ. da Bélgica, art. 1295; C. Civ. Ital., art. 1294. ■ ("••j C. Civ. AU., art. 406; DBRNBERG, *ob. cit. § 140 n. IV*; ROSSEL, *n. 241.*

(««) Cod. Civ. de Costa Rica, art. 813. (*»*)

Cod. Civ. do Japão, art. 468. (^{MM}) Cod. dos

Bens de Montenegro, art. 618. (^{MM}) GIORGI, *ob. cit. VI, 123.*

Visto como as condições do cedido não se podem ágrava-var com o facto da cessão, elle pôde prevalecer-se da transacção realisada com o cedente.da remissão concedida e da pre-scripção começada ou consumada em seu favor, de tudo, em-fim, que tinha a oppôr ao cedente antes da notificação (*"*)).

Além das excepções contra o cedente, pôde o devedor oppôr as que tinha contra o cessionário, posto que estranhas ao cedente, ou posteriores á notificação. Já assim era no direito romano, onde aliás o cessionário agia como mandatário do cedente, mas só pelo facto defazel-o *in rem suam* (*•").

5223.—A cessão de divida é um instituto eminentemen-te moderno, que nossas leis não regulam, como fez o Código Allemão (^{19M}).

Os juriconsultos allemães a definem **das Geschãft, durch welcher man sich dem Gläubiger ais Schuldner an Stelle dcs bishrigen verbindel** (^{16,B}).

Recorreu-se a diversos meios de construir a doutrina co-rrespondente com caracteres próprios sem ligal-a á novação-.

O *mandato de pagamento* foi desde logo repellido como deficiente, por não resultar delle nenhum laço entre o mandatário e o credor.

A *correalidade* tão pouco poderia servir de baze solida por não tolerar a liberação do primeiro devedor.

Outros consideram a cessão de divida como um caso especial de estipulação em favor de terceiro í*⁹""). Como taes encaram a substituição de deposito e do mandato, a partilha de dividas em inventario, as estipulações que nas vendas se fazem em proveito dos legatários, seguradores e do próprio vendedor, as que o Estado faz em proveito dos subscriptores de um empréstimo, o caso dos commissarios successivos do transporte, etc.

(¹⁹¹⁴) MOLITOR, «. 1218.

(1915) WINDSCBBIO, § 332 *ii.* 2/MoUTOR, «. 1225.

(^{1M6}) Cod. Civ. All.arts. 414 a 419. A obra suprema sobre o assumpto é a de DELBRÚCR, *DI» Uebernahme fremden Schulãen ttach gemeln unã preuss. Rechte*—1853. Tratam também com vantagem da matéria : UNOBR, *SchulUber-nahme* 1889, a preciosa obra por nós tão citada de DERNBORG, §§ 155 a 159 ; SALLEH.ES, *ob. cit. tis. 69,105 a 110* ; Huc, *ob. cit. ris. 218 a 228, etc.*

(^{29*7}) DERNBUBG, *ob. ctt.% 155 n. H.*

(¹⁹²⁸) GABEIS, *Vertrag au Gunsten Drttler p. 289 e segs.* no direito allemão : LAMBERT, *Du Contrat en faveur de tiers* §§ 199-207 no direito francèz.

Esse ponto de vista, porém, é especial á jurisprudência francêza e á doutrina allemã. A questão não é generalizada, quando aliás affirmam ter sido de uzo mui considerável na jurisprudência romana ("").

Apesar de tudo, no ponto de vista theorico, consideramos esse modo de ver de taes civilistas muito mais respeitável do que as conclusões extremas em contrario de outros que não concebem a cessão de dividas í*⁹⁸⁰).

524.—Matéria desconhecida ao direito romano P¹), foi Delbrúch o primeiro que tentou assentar as bases racionaes da theoria (^{WM}).

Segundo elle.as duas relações da obrigação decompõem-se em dois elementos dopatrimonio. O *crédito* faz parte do activo do credor, tanto quanto o *debito* o faz do passivo do devedor.

Um e outro podem em tal caractçr mudar de possuidor.

O possuidor do credito terá sempre acção contra o devedor nelle designado, assim como o possuidor de uma divida será sempre passivel da acção por parte de quem é nelle indicado como credor. Como desmembrações do patrimonío, esses dois elementos giram, têm um curso por meio da transmissão.

Pouco é preciso raciocinar para apprehender o lado fraco desse modo de ver. Basta pensar que a scisão proposta da obrigação em dois elementos, por assim dizer, antinomicos, desnatura por completo o *vincúitn júris* delia resultante.

O que parece, porém, fora de duvida é que o que consti-tue a essência da obrigação é seu conteúdo—a prestação e modo delia—que pôde ser considerado independentemente do sujeito.

E' isso somente que interessa ao credor.Uma vez que este dê seu consentimento, pouco importa que a prestação lhe ve-

(*•*) Autores cits. na nota supra.

(^{M30}) LAURKNT, *Princ. de droit. civ. XXV, 211* entre outros. Entretanto, mesmo na França, «le langage des auteurs et celui des arrêts, ainsi qu'on a pu le remarquei-, semble indiquer une tendance en faveur de la transmission du passif... On peut meme signaler dans la pratique certaines tentativos faites dans. ce sens», diz Huc, *ob. cif. u. 226*.

(»3i) WINDSGHKID, § yy8. O instituto romano mais semelhante ao de que tratamos é a *intercessão* que, segundo MOHLENBRUGS, *D. Pand. § 483*, era todo o acto- pelo qual se assume divida de outrem. MOLITOR, »s. 1111 *esegs.* estuda perfeitamente e»te instituto romano e ali pôde-se ver que elle não é a cessão de dividas. ■ (*■*) DELBRÚCH, *ob. cit. pags. 71, 72,117 etc.*

nha de seu devedor, ou de um outro que o substitua. A mudança do devedor não muda, não pôde mudar, a obrigação. E' esta ao nosso ver a base fundamental de uma verdadeira theoria da cessão de dividas.

525.—Tal cessão é um verdadeiro contracto real, cujo fim é um acto de disposição, porque transferir divida é dispor de um património,

Note-se, porém, que a cessão passiva não é uma prestação do credor, mas uma prestação ao devedor na pessoa do credor (¹⁹³⁵).

Ella pôde affectar duas formas accentuadas; *a*) pode nascer de um contracto entre o credor e o novo devedor, sem intervenção do devedor originário; *b*) ou de um contracto entre o devedor primitivo «s seu novo successor, com adhesão do credor que o revalida ulteriormente.

No primeiro caso, é uma espécie de *earpromissio* ("*") e jamais foi posto em duvida que alguém pudesse pagar a divida de outrem' ("•■).

E' uma simples convenção entre um terceiro e o credor, que racionalmente dispensa a presença ou acquiescencia do devedor.

Para o direito romano isso importava uma novação. No conceito moderno é uma simples successão, um transporte de dividas, emanado do credor—dono da prestação.

Na segunda hypotheze, uma vez declarada a vontade do credor, a transacção está perfeita e acabada (¹⁹³⁶).

Mas si o contracto se effectua sem elle, qual seu valor, emquanto a aceitação não é manifestada ? Será uma verdadeira estipulação por terceiro, em que o novo devedor promette amparar o primitivo contra a execução do credor ?

A resposta é difficil, mesmo perante o Código Civil Alle-mão que regula a matéria e pois que ali a adhesão do credor é essencial, emquanto que, nas estipulações por terceiro, este— que aqui seria o credor—adquire desde logo o direito independente de aceitação. A theoria lá dominante, de acordo

(^{9M}) DELBRUCH, *ob. cu.* pag. 48.

(*>*) O C. Civ. da **Áustria**, arts. 1345 e 1400 a reconhece. £J

(•ws) DERNBURG, *ob. cit.* § 156 n. I.

(¹⁹³⁵) **Hat de Gläubiger die Schuldubernahme in voraus gebilligt, so bedarf es keiner Genehmigung**, DEHNBURG, *lug. cit.*

com outros princípios do Código, é a de um dos grandes jurisconsultos (^{Mr}).

Para elle quem dispõe de uma divida dispõe do que não é seu.

Esse acto, porém, como a cessão de credito de outrem, não é *nullo* e sim somente *inefficaz*, podendo ser revalidado pela adesão do titular do direito, que aqui é o credor, e essa adhe-são retroage á data da disposição inefficaz para dar-lhe rigor.

A aceitação do credor então não recáe sobre uma *offerla* feita pelas partes que contratam o transporte de dividas e destinada a formar o contracto; ella é somente a *confirmação* que vem validar a disposição de um direito de outrem e essa faculdade só apparece para elle na occasião da proposta de ambos ou de um só dos contratantes. Si estes lhe dão um prazo e dentro d'elle não se effectua a aceitação, entende se ter sido esta recusada e as partes podem rescindir o contracto. A mesma consequência resulta da recusa expressa. Si, ao contrario, dá-se a aceitação, o contracto considera-se perfeito e acabado

/1938\

526.—No conceito moderno pois o effeito da cessão de divida é substituir a divida antiga a cargo do novo devedor. Ella, porém, só é admissivel, pela natureza das cousas, quando o implemento pelo substituto é objectivamente possível e quando não é excluído pela origem intima do debito. Por exemplo, não pôde assumir a obrigação de reparar o danno quem não o commetteu (^{BM}). E' isto que a distingue profundamente da *novação*, que presuppõe divida nova e da *delegação*, que é um caso da dação *in solutum*.

Ella opera, portanto, a transferencia com todas as excepções que podiam ser oppostas ao antigo devedor, excepto a compensação, e em geral, as que lhe são personalíssimas.

T or outro lado, o credor conserva todas as garantias da divida antiga, inclusive a hypotheca.

Dessa regra exceptuam-se, comtudo, a hypotheca com que um terceiro houvesse garantido o primeiro devedor, assim como a fiança, pois que esta, em seu caso ordinário, é um favor pessoal ao antigo devedor. Si, porém, o fiador prestava com

(«Mi) D, WINDSCHEID, § 338 nota 6. (^{ms})

SALLEILES, *ob. cif. n. 107.* (•••)

WINDSCHEID, *ob. cit.* § 340.

a fiança um serviço ao credor somente, a fiança acompanhará a dívida.

527.—Na transferencia de dívida garantida com hypo-theca, o que ha de importante a indagar é si o adquirente do immovei gravado, que assume a dívida tem contra si somente a acção real do credor, ou também o pessoal que resulte do credito ; em uma palavra, si o primitivo devedor fica inteiramente desobrigado. Parecem-nos aqui applicaveis os princípios das estipulações por terceiros, segundo os quaes o credor deve adquirir um direito pessoal, pelo effeito só do contracto entre o terceiro e seu devedor. Quem vende um immovel hy-l pothecado procura libertar-se da dívida que elle garante. Quem o adquire sabe que o *ónus* real acompanha o immovel adquirido. Desde, pois, que o credor tem aceito o novo contracto, parece fora de duvida que o primitivo devedor se desobriga, transferindo-se ao substituto na dívida todas as acções quaesquer de que aquelle era passível.

E' a solução mais de acordo com a índole do direito pátrio (M^{4o}).

1 (S^{9*o}) LAFAYETTE, *Cousas* §§ 17[^], 257 e 260

tractos entre o governo e o particular. 601—Em que o contracto differe da concessão.

SECÇÃO 8ª—602—A causa nos contractos. 603—Obrigaçõ sem causa, com falsa causa, com causa errõnea ou illicita. 604 —Interpretaçõ dos contractos. 605— Irrevogibilidade dos contractos. 606 — Obrigatoriedade dos contractos quanto às partes, seus herdeiros e suecessores. 607—Extensã da obligatoriedade. 608 —O que seja disracto. 609—Classificaçõ dos contractos.

SKCÇÃO 9.*—610—Actos do devedor em fraude dos credores.* 611— Annullaçõ desses actos Requisitos. 612 — *Evcntus dantmti*, ou danno pauliano. 613 — *Cousilium fraudis* e seus requisitos. 614 —Provas dos requisitos da aççõ pauliana. 615— Que credores podem exercer a pauliana. 616—Actos a titulo oneroso e a titulo gratuito. 617— Obrigaçõ do terceiro. Caracteres. 618—Obrigações do terceiro mediato. 619—Caso em que o adquirente paga o preço aos credores. 620—Credor que recebe a divida não vencida. 621 — Garantias de dividas não vencidas. 622—Actos que excluem a pauliana por não serem de má fé. 623—A pauliana é pessoal ou real ? 624—A revocatoria é aççõ de nullidade. Consequências. 625—Prazo da prescripçõ da revocatoria. 626 — *Da insolvência civil*.

SECÇÃO I

I

5«8.—Não existe em todo o corpo das instituições jurídicas idéa tão vulgar, tão geralmente conhecida, como a de contracto.

A obrigaçõ, o vinculo nascido do contracto, tendo por base fundamental a vontade humana, foi sempre uma concepçõ tão simples como acto jurõdico que uma celebre escola que presidiu a uma phaze passageira da evoluçõ da Humanidade, procurou os fundamentos da prõpria existência social em um pretendido contracto primitivo realisado entre os indivíduos.

Na época actual, diante dos ataques soffridos por todas as regras essenciaes da ordem humana, o direito derivado do contracto é o menos exposto asagressoes communistas.o menos odiado pelos proletários ("*").

(»*) SIDGWIGH, *Principies of Politicai Economy p. 435*. Eis, a titulo de exemplo, como se pronuncia um socialista inglez : «Now ali systems of law which we know have allowed private persons to contract with each other for the future performance of certains servic«»s, and have punished or allowed to be punished the breach of such contracts. Here as in the case of debts, or growing respect for personal liberty has made the law look jealousy on ali onerous agreements made eilher by the citizen himselfor for himbyothers»—GRAHAM WALLAS,/*VO-perty under socialism, nos Fabian Essay p. JjI* edited by BBRNARD SHAVV.

O phenomeno tem sido constante na evolução histórica.

Desde a mais alta antiguidade o respeito ás convenções era um preceito de religião. No *Zend-Ávesta* sua estricta observância, sua minuciosa classificação, estão consagradas. assim como preceitos severos eram decretados para a sua violação. No direito irlandêz bárbaro, até os puramente verbaes deviam ser religiosamente cumpridos ("**).

Apesar de tudo, não tem sido idêntica a sorte dos contractos.

No direito romano primitivo sua perfeição entre as partes tinha o nome de *lei*. *Legem dicere, legar e*, das XII Tabôas, assim como *lex mancipU, lex servilulis, lex lestamênû*, eram outras tantas expressões que continham o mesmo pensamento. Papiniano definia a lei *communis sponsio reipublicos* (*••). Ora, *sponsio* era o vocábulo com que os antigos romanos indicavam a convenção ou contracto. Todos os pactos privados eram *leges* ("**).

Isso demonstra, na realidade, que anteriormente á systematização de quaesquer regras jurídicas, a garantia primitiva dos contractos foi collectiva e prestada pela família, ou pelo burgo, pela cidade ou pelo Estado. A dilatação desse circulo restricto fez surgirem novas provas mais restrictas, menos penosas e deu lugar a novos contractos, ou fez saírem os existen-tesdo circulo da actividade collectiva para a independência individual.

Eis porque o desenvolvimento dos contractos dependeu essencialmente do desenvolvimento do individuo e da correspondente restricção da preponderância da comunidade. A-ssim, o empréstimo sob penhor, feito fora da tribu, devia ser uma das primeiras convenções que veio substituir o empréstimo gratuito, feito dentro da mesma tribu, com sua garantia collectiva (^{M45}). Essa lei tem sido tão constante que, em todas occasiões em que a comunidade, mesmo temporariamente, absorve o individuo, o contracto soffre uma limitação em seu desenvolvimento, como na idade media e nos tempestuosos dias da Revolução Francêza (^{i94í}).

De modo que os contractos augmentam em numero e se especialisam em seus característicos com o pregresso da civil-isação.

(»í) SUMNER MAINE, *Ancien Droit*, p. 51.

(^{WM}) l. 1 D. de legibus.

(^{MW}) COGLIOLO, *Filosofia dei Dir. Priv.* %4.° n. III.

(»») TARDE, *Transformations du droit* Cap. V n. II.

(²⁹⁴⁶) COGLIOLO, *ob. cit.* § 26.

Nos tempos primitivos a liberdade, que é o fundamento essencial das convenções, acha-se sempre comprimida pelo commando indiscutível dos chefes; a propriedade *commum* substituía a força nas relações de grupo a grupo.

O grande surto dos contractos somente poude ter lugar em uma sociedade já desenvolvida. Eis porque com razão a-firma alguém que os tempos modernos se distinguem dos primitivos, em matéria de contractos, não porque em uns sua fonte fosse as obrigações contractuaes e noutros as não contractuaes e sim porque as obrigações—contractuaes ou não —eram a principio decorrentes de fontes *vilães* e modernamente de fontes *ssociaes* ("").

Nas aggremações primitivas, mesmo já de certa forma disciplinadas, como as de que tratam os livros bíblicos, o contracto é raro.

O individuo ao nascer vê-se absorvido pela comunidade e põe-se desde logo em relações especiaes decorrentes de seu nascimento e inherentes á phaze de sua civilização. O chefe da família, o patriarcha, absorve o individuo. A propriedade *immoel commum* não se compadece com as múltiplas relações contractuaes que surgem e se destacam mais tarde. O regimen da troca directa não deixa subsistirem relações duráveis: os contractos implicitamente nelle comprehendidos surgem, produzem seus effeitos e se extinguem desde logo. I-

E' só a liberdade individual, reunida á propriedade privada, que poude crêar os elementos fundamentaes dessas relações juridico-moraes duráveis e estas só appareceram muito tarde no curso da civilização.

O desenvolvimento dos contractos—repitamos—foi um phenomeno que se seguiu á autonomia do individuo e á limitação da communhão. Ora, estas dependeram da extensão do commercio, das relações econemicas e industriaes, ou—o que é o mesmo—do conjuncto da civilização de nossa espécie (^{a9w}). Nas sociedades nascentes, o individuo não cria direitos, acha-cs preexistindo, lhes obedece, submete-se a elles. «O dever de manter a própria palavra é uma das mais lentas conquistas da civilização» (*^{ow}).

No decurso da historia humana, a obrigatoriedade dos contractos teve bases diversas. A principio era o *votum* de todos os povos aryanos, ou promessas que se faziam comendo

(*»«) TARDE, *ob. cit.* pag. 119.

(*^w) COGUOI-O, *cit.* § 26.

(»*) SUMNEB MAINE, *ob. cit.* p. 288 e 295.

e bebendo, pois que os deuses e os mortos estavam sempre presentes nos banquetes e libações.

Nas pousios romanas havia libações; nos matrimónios *acconfarreatio*; na *sodalitas* banquetes.

A antropophagia sagrada era uma cerimonia commum e tudo isso era o elemento divino que formava o cortejo da obrigatoriedade dos contractos. Além desse elemento, existiram symbolos da força individual, destinados a suscitar o terror da violação dos pactos. Tais foram a haste gueireira e mais tarde a *slipula* germânica e romana, a *vindicta*, assim como a assistência de vizinhos e testemunhas, que se prestavam como fiadores da palavra compromettida.

No antigo direito romano o *sacramentum* era inseparável do contracto. Em uma obrigação a contrahir, uma parte devia perguntar: *dare spondes?* e a outra responder *spondeo*, sem o que o contracto não se realisava. Era a formula só que gerava a obrigação, não o laço moral; o direito era um appenso da religião, o processo um ritual. Si um só vocábulo era omitido, o autor não tinha acção (^{19M}). Dahi a *mancipatio* na compra e venda, a *manas conscriptio* nas disputas sobre o domínio, uma systematisada pantomima judiciaria em tudo (^{MS1}).

Tudo isto, porém, já era uma forma jurídica muito anterior embora ao simples *consensu* *in idem placitum*.

Ao *sacramentum* nos contractos correspondia, como é natural, uma notável especialidade de preceitos. Os contractos tinham cada um de per si regras peculiares.

A generalisação de regras communs a todos, formando uma verdadeira theoria de obrigações, só se formulou muito mais tarde. I

Mesmo depois de uma tal generalisação a lei da persistência fazia com que os romanos mantivessem idéas differentes sobre *convenção*, *pacto* e *contracto*. A primeira era um género que comprehendia os dois últimos (²⁹⁵²). Ao pacto faltava a força coerciva do contracto, pois que não era civilmente sancionado (^{9S8}). O contracto, ao contrario, era a convenção sancionada por direito positivo.

Isso só dominou nos primeiros tempos, porque, nos últimos períodos da legislação romana, os pactos pretorianos, os legítimos e os adjectos tinham sancção legal.

(^{19S0}) GAIOS *Instit. IV, 11.*

(^{9M}) P# DB COO LANGES, *La Cite Antique Viv. III, Cap. XI.*

(⁹) L. 1 § 3 D. de pactis.

(^{*9}) L. 1 § 2 D. de pactis.

Elles limitaram o domínio dos pactos nús, que só podiam servir para fundamentar uma excepção (^{S914}). De modo que, mesmo em direito romano, essa distinção só tem valor histórico ("»).

529.—No terreno da pura theoria discute-se actualmente qual seja o fundamento philosophico do vinculo contractual.

Para uns, elle se encontra na veracidade natural ao homem reste mantém suas promessas pelo instincto natural de cumprir aquillo que disse (BELIME); outros o vêem no interesse (BENTHAM); ainda outros na consciência e nos dictames da razão (AHRENS), OU no abandono voluntário da liberdade por parte do promittente (KRUG), OU na occupação ou posse (HEGEL e KANT), ou no pacto de sociabilidade (GROTIUS e PUFFENDORF).

Tudo isso, bem se vê, é pura metaphysica.

O fundo moral do contracto é obra complexa e eminentemente social, aperfeiçoada lentamente na combinação do interesse individual com a utilidade social, conforme deixámos dito em outro lugar (^{W86}j).

530.—O contracto é um acto jurídico em sua mais am
pla comprehensão. ^{-*,;,;}

Na base de toda a relação jurídica, deve estar um factio. Factio jurídica é o acontecimento em virtude do qual as relações de direito nascem e terminam, como o nascimento, a morte, etc. (^{M57}).

Os factos juridicos dividem-se em factos juridicos em sentido próprio e em actos juridicos. Estes são os actos humanos que podem ser voluntários e involuntários. Os actos voluntários são os actos juridicos por essência. Todo o acto licito, que tenha por fim immediato adquirir, conservar, modificar ou ex-

(^{M14}) L. 7 § 2 D. de pactis.

(^{S953}) MACKELDBY, *Manuel de droit rom.* §§ 399 e 400; MARBZOLL, *Ins-titutionen des ROMisch. Recht* § 127.

(*»») Vide a *Introdução H. 9*: GIORGI, *Teoria delle obb\$g. 111, 17.* ("»)
SAVIGNY, *Obligationenrecht* § 10 d.)

tinguir direitos, denomina-se acto jurídico (*). Estes, pois, são os factos jurídicos voluntários, cujo fim e effeito é dar vida a uma relação de direito (MM).

Os actos lícitos quando dirigidos directamente á aquisição, modificação, ou extincção de direitos, só produzirão esse effeito em casos em que expressamente se o declarar C^o).

Occasiões ha bem frisantes em que os actos jurídicos se confundem com os negócios jurídicos. Estes, porém, são subespécie em a qual a vontade do sujeito tem por escopo e não somente por effeito dar vida a uma relação de direito (mi). O elemento fundamental do acto jurídico é a vontade de quem age ("»).

O fim a que elle tende determina sua natureza particular

/S983\

Si não ha manifestação da vontade, o acto jurídico só produz o effeito que a lei lhe attribue (m*j).

Dividem-se os actos jurídicos em unilateraes e bilateraes, lícitos e ilícitos, sendo que estes últimos não produzem direitos e sim obrigações a cargo de seus agentes (M65). Não é, pois, como objecto de direito que devemos aqui considerar os factos e sim como sua fonte.

Como taes, elles tanto podem ser actos humanos voluntários, como actos externos, taes como a morte, o nascimento e mesmo phenomenos naturaes, como accessões, etc.

Para a validade do acto jurídico exigem-se condições sem as quaes elle não existe. Taes a capacidade do agente, objecto lícito e forma prescripta ou não prohibida por lei (S966).

São estes os elementos *essenciaes* ao acto jurídico, cuja falta o annulla ou desnatura. Os elementos *essenciaes* se subdividem em *geraes* e *especiaes*. Os primeiros são communs a

(*958) ENDEMANN, *Einfilhrung in das Stuáium des BUrgerlichen Gesetzbuchs* I, § 37, 111; C. Civ. Arg., art. 896. 944 ; Proj. Fel., art. 216 ; Proj. C. Rod., art. 271 ; Proj. Bevil., art. 83. ■

(»»») *Dir. Civ. Recopil., art. 218.*

(«MO) Cod. Civ. Arg., art. 899.

(MM) ADOLFO BERIO, no *Diccionario Prat. di Dir. Priv.* de SCIALOU, v.

atti.

(»*) C. DA ROCHA, *Dir. Civ.* §94.

(*MJJ MAYNZ. *Droit Romain*, § 32. ■

(2964J Qt. c. DA ROCHA.

(»B5) *Dir. Civ. Recopil., arts. 219 e 222; WINDSCHEID, Pandektenrecht* § 69.

(2960) Cods. Civis : Fr., art. 1108 ; Ital., art. 1104; Hesp., art. 1261 ; do Congo, art. 8; do Hayti, art. 905 ; do Canadá, arts. 982 e 984; da Co-lumbia, art. 1508; do Uruguay, art. 1235; de C. Rica, art. 627; da Áustria, art. 869 ; Proj. C. Rod., art. 287 ; Proj. Bevil., art. 84.

todos os actos, como o consentimento; os outros são peculiares a alguns de entre elles.

Ha, além dos elementos essenciaes, os *naluraes* e os *accidentaes*. I

Aquelles são os que decorrem como consequências de-lles por lei, ainda que as partes hajam silenciado a respeito. Assim a evicção no contracto de compra e venda. Taes elementos são susceptíveis de serem alterados por convenção e nisso differem dos essenciaes. 9

Os *accidentaes* são relativos ás modalidades das convenções e como taes são da alçada exclusiva da vontade das partes, como as condições do contracto ^(M87),

O acto jurídico perfeito com todas as condições legais produz todos os seus efeitos, inda que ulteriormente um dos elementos de sua existência venha a desaparecer.

Em sentido inverso, o decurso do tempo não revalida jamais o acto nullo *ab initio*, salvo si isso só depender da declaração da vontade, inda que desapareçam as causas da nulidade inicial:— *quod initio vitiosum, non potest tractu temporis convallescere*.

Si a nulidade é apenas parcial, prevalece apenas na parte não viciada : *utile per inutile non viliatur*.

Do acto jurídico decorrem consequências *naluraes* e *immediatas*, isto é, que decorrem do curso natural das cousas sem nenhuma declaração expressa da vontade, e as *accidentaes* e *mediatas*, que resultam somente da conexão de um facto com um acontecimento distincto, e finalmente as *casuaes* ⁽⁹⁸⁸⁾.

As primeiras são sempre imputáveis ao autor do acto ; as segundas o são quando por elle previstas e as ultimas não o são jamais ^(MM).

531.—Quando o negocio jurídico depende da união de duas vontades é o contracto, que não deve ser concebido como uma coincidência de vontades, mas como uma reunião delias

WJ0\

(*»Bi) MACKELDEÍ, *ob. cit.* § 168; C. DA ROCHA, §§ 95-97, 103* 104 ; Cod. Civ. do Chile. art. 1444; Proj. Fel., arts. 221 e 222.

(1908) MAKNZ, *ob. cit.* § 32; Cod. Civ. Arg., art. 901. ■

(»«») Cod. Civ. Arg., arts. 903-905. ■ (Mio) WINDSCHUID, *ob. cit.* § 69 nota 2 e % 305 : BAODRT LACANTINERIE ET BARDE, *Obligations n. 27*; Cod. Civ. Hesp., art. 1262 ai. 1.» ; Cod. Civ. Ital., art. 1104.

Esse concurso, essa simultaneidade da oferta de uma parte e da aceitação da outra, ou, o que é mesmo, o consentimento recíproco, é a qualidade característica que distingue fundamentalmente o contrato de outros actos jurídicos ^(mi).

Feita essa nota, pôde-se definir o contrato como acto jurídico, por excellencia, em virtude do qual os homens constituem, regulam ou dissolvem um vinculo jurídico, creando apenas relações pessoas ("•").

Pothier não aceitou as definições romanas sobre pactos, mas sua definição de contrato como «a convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam para com uma ou muitas outras a dar, fazer ou não fazer alguma coisa» ⁽²⁹¹ⁱ⁾ tem sido justamente atacada por definir a coisa pela coisa, por conter um circulo vicioso.

Quasi todos os Códigos tem-n'a adoptado e reproduzido. Somente entre os mais antigos destoou o da Prússia que definiu o contrato o «consentimento mutuo para adquirir ou alie* nar direitos».

Convenção é um termo genérico que comprehende o contrato, tanto como o distracto, que é sua antitheze ; é uma situação de facto que existe immanente em todo o contrato ^(inK).

O contrato é, em summa, a forma jurídica da convenção.

E' da convenção em diante que se faz sentir a protecção da lei para tudo quanto as partes tenham por alvo conseguir e que se consubstancia em seu mutuo acordo.

Nestes termos pôde-se definir a convenção o concurso de duas ou mais pessoas sobre uma relação de direito que entre ellas deve surgir ^(291B).

A convenção, pois, é género e implica, como o contrato, o acordo de vontades, o consentimento. Entretanto ella pôde existir sem que haja ainda o contrato, mesmo o contrato preliminar de que em breve falaremos ^(ww). Como género que é, a convenção é vasta e manifesta-se no direito de família, na constituição dos direitos reaes, em todas as relações da vida, finalmente.

^(19T1) RAMOS, *Apont. Jur. sobre os contractos*, n 4 ; C. DA ROCHA, § 733 ; SALEILLBS, *Obligations* n. 275.

^(M71) MACCKUMCY, *ob. cit.* %391; RICCI, *Oblig. e Contrata*, n. 120; Cod. Civ. daltal., art. 1098; da Hesp., art. 1254; de Port., art. 641 ; Arg., art. 1137.

^(J3) POTHIER, *Obligations*, n. 3.

⁽¹⁹⁷⁴⁾ LACERDA, *Obrigações* § 50 ; POTHIER, *lug. cit.*; BAUDRT L. ET BARDE, *ob. cit.* n.7; Cod. Civ. do México, art. 1272 ; C. Civ. Port., art. 641.

(2975) i, 1 § 1 e 2 D. de pactis ; MACKELDEV, *ob. cit.* § 387 ; MOLITOR, *Obligations* n. 48; POTHIER, *lug. cit.*

⁽⁹¹⁶⁾ BOFNOIK, *Propriété et Contrais* p. 456 ; MATNZ, *ob. cit.* § 207.

Não é essa, porém, a convenção jurídica.

Para que esta exista é essencial que seu objecto offereça um interesse jurídico, consistente no poder de [exigir a prestação perante a justiça.

I Si a convenção não se reveste desse característico supremo da obrigatoriedade, nada tem de ver com ella o direito.

O caracter distinctivo do contracto é crêar, é dar lugar a obrigações. Donde jamais se devem confundir obrigação e contracto.

Entre uma e outro ha a mesma relação de causa e effeito.

O contracto é uma convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades ; a obrigação é um vinculo de direito que pôde se originar de um contracto (¹⁹⁷⁸).

No ponto de vista mais lato, a hypotheca, o uzo, a habitação e a emphyteuse, são verdadeiros contractos. Esses institutos implicam o acordo das vontades, criam obrigações uni-lateraes ou reciprocas para aquelles que ahi figuram como partes.

Ha, entretanto, linhas de demarcação fundamentalmente accentuadas que os delimitam dos contractos propriamente taes.

Em primeiro lugar, seu objecto não é sufficientemente abstracto para se afazer a todas as modalidades das obrigações. Elles são restrictos a um direito parcial e incompleto sobre a cousa alheia e por isso têm o nome de direitos reaes. Não visam a alienação de bens, e a bilateralidade da obrigação, mesmo quando parece ahi se manifestar, é incompleta e imperfeitíssima ; em uns é o senhorio directo que tem a primasia, em outros o do domínio útil parece preponderar. Um outro característico de taes contractos é que elles quasi sempre figuram como meros accessorios de outras obrigações,

E' esta mesmo a essência do penhor, da hypotheca, da antichrese etc. De modo que, si, por exemplo, for nulla a obrigação principal de que o penhor é garantia, nullo será o contracto accessorio.

Taes contractos pertencem a outra divisão do direito civil relativo ás cousas e, comquanto sujeitos ás normas geraes dos contractos no que diz respeito á capacidade e consentimento, seu fito não é crêar relações pessoaes e sim direitos reaes que vinculam a cousa.

Nisso divergem completamente as duas séries (²⁹¹⁸).

(¹⁹⁷⁸) Ricct, *ob. cij. ti. 187.*

(¹⁹⁷⁸) Vide *Ittrod.* «, 5. onde se distinguem direitos de credito e reaes.

532.—A proposta, *pollicilatio* (**), é o meio pelo qual se manifesta a volição ; é o movimento puramente psychico da formação dos contractos. Embora acto unilateral, uma vez realisada, ella produz desde logo effeitos próprios entre os quaes o de não poder ser arbitrariamente retirada.

A proposta para a realisação de um contracto obriga o proponente, excepto si o contrario resultar dos termos da proposta, das circumstancias ou da natureza do negocio (*⁹⁸⁰).

No direito allemão a manifestação da vontade do pollicitante tem uma existência jurídica independente antes do encontro com a do promittente ; já é a expressão da vontade e não pode ser revogada durante certo prazo. Até ahi, porém, não tem força obrigatória; pertence a quem a emite. Emquanto não chega ao seu destino, pôde o pollicitante retirar a offer-ta; seu effeito obrigatório começa da recepção, e a revogação só é efficaz si chegar antes da oferta ou ao mesmo tempo que ella C"). Isso não exclue os effeitos da promessa unilateral, nem collide com a doutrina especial aos contractos por correspondência, como veremos.

533.—A' proposta corresponde o consentimento como conclusão da phaze preliminar da formação do contracto.

Até ahi ha gradações, que acompanham, por assim dizer, a marcha psychologica que a operação vae seguindo. São as preliminares do accordo.

Nem sempre pode um contracto se formar de chofre. Ha pontos a discutir, bases a assentar ; o accordo pôde-se dar de prompto acerca de certas clausulas e não de outras. Essas pequenas divergências podem obstar o contracto, si versarem so-

(^{t*19}) No decurso deste capitulo diremos *proposta*, *offerta* e *promessa* como synonymos.

(^{w80}) C. F. Suisso, arts. 3-6; C. Civ. Ali., arts. 130 e 145; C. da Prússia, 1,5, §§ 90 esegs./C. Civ. da Áustria, art. 862. Em contrario ode Saxe, art.810. «Plusieurs Codes étrangers (Autriche. Baviere, Louisiane, Prusse, Argovie, Tessin) énoncent expressément une régie admise chez nous unanime-ment par la doctrine, c'est que la pollicitation n'engage que lorsqu'elle est acceptée» A. S. JOSEPH, *Concordance des Codes, Introd. p. LXVII*. A nossa Ord. liv. 4 tit. 63 pr. e tit. 37 § 2. • até certo ponto admite a obrigatoriedade da proposta, como já pensavam CARDOSO, *Praxe Jud. v. tabiHtãon.8* e CALDAS, *de Emptione, Cap. 34 n. 2*. Muito bem, pois, andou o Proj. Bevil., consagrando a doutrina em seu art. 1084.

(-?⁹⁸¹) WINDSCHEID, § 306 *notasS'e6* ; SOFFKRT *Bilrgerliches Gesetzbuch, ao art. 130, vol. I, p. 113* ; ROSSEL, *ob. ctt. ns. 22 e 26* ; SALEILLES, *of. cit. «. 138*; Cod. dos B. de Montenegro, art. 149 ; Cods. Ali., Suisso e da Prússia cits.; Proj. C. Rod., arts. 304 e 305.

bre um ponto essencial C*⁸¹). Tal-é o acordo que se costuma fazer sobre a forma jurídica do contracto, sobre a da própria prestação, ou sobre a clausula que uma das partes tenha como essencial ao contracto (^{19M}). Desde que haja acordo nos pontos essenciaes, presume-se concluído o contracto, embora tal a-côrdo não exista sobre pontos secundários. O juiz pôde até regular estes últimos, tendo em attenção a natureza do negocio.

Pacto *de contrahendo*, ao contrario, chama-se o acordo previu em que entram as partes sobre todas as clausulas da convenção. E' o justo meio entre a proposta não aceita e o contracto definitivo (*^M*).

Esse pacto inda pôde ser desfeito pelo arrependimento de uma das partes; mas, si houver pena convencional, ou sig-nal, tem a elles o direito a parte prejudicada (¹⁹⁸ⁱ⁵). Quando, por exemplo, o contracto exigir o instrumento publico, como prova, pôde qualquer das partes que o tenha feito arrenpen-der-se antes de assignal-o, pagando á outra a indennisação de perdas e dannon resultantes do arrependimento, sem prejuízo das arrhas.

Entendem certos autores que si o contracto visado no acordo prévio não tiver forma legal sinão para prova, o acordo ja é convenção e uma das partes tem direito a pedir ao juiz que o mande reduzir á forma legal (^{WM}). Si, ao contrario, a forma solenne é condição do contracto e si o acordo das partes fez-se desde logo em dar forma solenne á convenção, o pacto *de cunlrahendo* existe (**'); mas si fiseram a convenção dependente de um ulterior acordo, não houve pacto *de con-trahendo* O⁹⁸⁸).

Tudo isso constitue o *Vorvertrag*, contracto preliminar dos allemães (*⁹⁸⁹). E Ue dá direito a que seja concluido o contracto principal ou a prestação do que a parte teria com sua conclusão (^{2M0}).

(¹⁹⁸ⁱ) GIORQI. 06. *cit* III. 242.

(^{U8S}) 1. 18 § 1 D. de reb. cred.; § 23 Inst. de inútil, stipulat.

(***) GIORGI, *ob. cit.* III, 145 ; 1.75 D. de contr. empt.; 1. 21 § 5 D. de act. empt. et vend.

(^{WM}) WINDSCHBID, %312 M0/<> 11 / MOUTOR. *ob. cit.* ti. 51 ; C. TEU.ES, *Dout. das Acções* § 301 e *Dlg. Port.* I, 287.

(^{W86}) WINDSCHBID, *ob. cit.* § 310ns. 1 be2; GIORQI, *ob. cit.* III, 146. 2 (*W) Dizem outros que em tal caso já existe contracto. RICCI, 06. *cit. n.*\

188.

(1888) WINDSCHBID, *Ob. Cit.* § 312.

£«989J DERNBORQ, *Das Biirog. Recht*, vol. II, "P.» I, § 83 ; THOL, *Dtr. Comm.* I, § 62, *nota 1*; WINDSCHBID, § 310: Cod. Civ. AU., art. 610.

(¹⁹⁹⁰) WINDSCHBID, §310 *nota 2*.

No fundo o contracto preliminar é um verdadeiro contracto, cujo objecto é um *fare*, isto é, a formação do contracto definitivo ^(m)-

Isto, porem, é uma questão de theorica inda muito debatida.

Quanto as legislações a divergência é completa. Em umas o contracto preliminar não liga as partes, salvo disposição expressa da lei ^(MM).

Outras lhe assignam o effeito de obrigar as partes si concorrerem estas circumstancias ; *a*) que a promessa seja por escripto ; *b*) que o contracto primitivo não seja dos que a lei declara inefficazes ; *c*) que a promessa contenha prazo ou condição que fixe a época da celebração do contracto; *d*) que nella se especifique de modo tal o contracto que para ser perfeito só lhe falte a tradição da coisa ou as solemnidades exigidas por lei ^(m). Outras terminantemente dispõem que a promessa aceita produz a mesma obrigação que o contracto ^(m).

A promessa *de conlrahendo* não tem duração indefinida, uma vez feita. Ella dura somente o tempo em que, conforme as circumstancias do caso, seja necessário para a duração da obrigação ^(m).

A vontade de contratar deve ser definitiva. O contracto preliminar, *pacto de contraendo* ou *ineundo contractu* é que firma essa vontade.

SECÇÃO II

534.—Para que haja contracto, como para qualquer outro actojuridico, são requisitos essenciaes: *a*) capacidade do agente para consentir ; *b*) objecto licito ; *c*) forma prescripta ou não prohibida por lei ^(M98).

⁽¹⁹⁹¹⁾ BECHMANN, *Kauf II*, § 190. ^(m) Código dos B. de Montenegro, art. 495. (M») Cod. Civ. do Chile, art. 1554.

^(M9*) Cod. Civ. do Peru, art. 1222 ; C. Civ. da Áustria, arts. 861 e 885.

⁽²⁹⁰⁵⁾ GIORGI, *ob. Ctt. III*, 152.

⁽²⁹⁹⁶⁾ *Dig. Port. I, 219* ; GIORGI, *III*, 40; Outros Códigos, seguindo as pegadas do Civ. Francês, exigem como requisitos essenciaes do contracto : capacidade, consentimento, objecto e *causa* licita para se obrigar. São desse numero • oC Civ. Ital., arts. 1104,1119 esegs.; C. Civ. Hesp., art. 1274 e segs. ;C. Civ. Arg., art 499; C. Civ. do Chile, art. 1445; C. Civ. da Hollanda, art. 1372; C. Civ. do Hayti, art. 903; C. Civ. da Luisiana.art. 1891; C. Civ. do Congo, arts. 8 e30; C. Civ. do Canadá, arts. 982 e984; o daColumbia, arts. 1502 e 1524 ; o de C. Rica, art. 627 ; o do Peru, art. 1253. Sobre essa theorica da *causa* voltaremos tratando do objecto do contracto.

Bem se vê que a capacidade e o consentimento são condições subjectivas, próprias ao agente do acto, emquantoque as outras são objectivas. Das primeiras a capacidade só contribue para que o contracto seja valido e não para sua existência. O contracto para o qual não houve consentimento existe sempre, comquanto seja annullavel. As outras condições é que não podem faltar, sob pena de não existir o contracto

(1991)

535.—Todo o ser humano é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Para esse effeito a lei não reconhece distincção entre nacionaes e estrangeiros. A regra pois, estabelecida na lei é a capacidade. A incapacidade é a excepção (1988).

A incapacidade legal funda-se (a ou na presumida incapacidade natural com o fim de proteger as victimas delia, fornecendo-lhes fácil defêza; 6) ou no interessede terceiros e da sociedade.

A' primeira classe pertencem: i.º os menores de 14 annos ; 2.º os loucos de todo o género; 3.º os surdos mudos que forem inhibidos de fazer conhecida a sua vontade; 4.º os ausentes declarados taes em juízo.

A' segunda classe pertencem : i.º os maiores de 14 e menores de 21 annos; 2.º as mulheres casadas, emquanto subsistir o laço conjugal; 3.º os pródigos.

Por mais vasta que pareçam as previsões da lei sobre a incapacidade tratando-se de contractos, ellas ficam a quem das necessidades praticas. A melhor classificação actual é a do Código Civil Allemão (*»").

Tudo, entretanto, depende de verificar, em cada caso, a possibilidade de um consentimento valido. Assim, si a surdez e a cegueira, o sonambulismo, o hypnotismo, não entram nas previsões da lei, porque taes defeitos ou taes estados não implicam necessariamente a falta de intelligencia, todavia o contracto effectuado pela victima de qualquer delles é sempre annullavel quando as obrigações contrahidas tiverem dependido essencialmente das impressões e idéas que se achavam obliteradas de maneira a viciar o consentimento (3000).

Na incapacidade natural que têm os loucos, os menores, etc, a lei apenas reconhece um facto, constata uma situação an-

I (2907) Cod. Civ. da Hespanha, art. 1261.

(2908) GIOHGI, III, 76.

■ (2000) Cod. Civil Allemão, arts. 6, 104 e 105.

(3000) AUBRY ET RAU, *Droit Civil* § 86.

terior (^{>m}), cujo resultado é equivalente á falta de consentimento e, portanto, á ausência do contracto C^{00*}).

I
A incapacidade puramente civil da segunda classe referida, ao contrario, não affecta o contracto em seu. intimo, não annulla *ab ovo* tendo por inexistente o consentimento. Existem casos de incapacidade civil e certa ordem de contractos que não são destituídos de efeitos diante da lei. Esta admite uma certa retroação da capacidade para tolerar que se ratifi quem alguns contractos desde que cesse aquella.

53©.—A incapacidade dos menores de 14 annos já era reconhecida pelo direito romano. E Ue declarava os infantes como não tendo o desenvolvimento intellectual para contratarem e⁰⁰³).

O principio é modernamente o mesmo ("*).

Todavia essa incapacidade não é absoluta. Debaixo do pátrio poder é o menor representado por seu pae ; sob a tutela é representado pelo tutor quando impúbere, ou por elle assistido quando púbere, supprindo-lhe assim o consentimento. A autorisação do tutor é sempre essencial, desde que se trate de gerar ou extinguir direitos ou obrigações (⁸⁰⁰⁸).

537.—Ao estudar a incapacidade dos loucos de todo o género não nos sentimos impellidos a abordar as formas da loucura em geral, assumpto vasto e debatido entre os modernos autores.

I
O que nos interessa é affirmar que, independentemente de qualquer interdicção, o louco de qualquer espécie é um incapaz de contratar, pois que não pode produzir um consentimento valido. E' um principio universal (*⁰⁰⁸).

(8001) WINDSGHEID, *ob. Cit.* § 71 H. 1.

(3003) *Consol. das Lets nota 2? ao art. y26*; LAFAYBTTE, *Direitos de Família*, § 165 notas i e 2 ; Ricci, *ob. cit. n. 142*.

(8008) §io Inst.de inut.stipul.; 1. 1 § 13 D. deobrig. et. act., motivo no direito romano de muitas duvidas que se podem estudar em VBRNBT *Textes Chois* p. 172-185.

(3004) POTHIBP, *ob. cit.* 49; TOULLIEH, *Droit Civ. VI, 104*; AUBBTETRAU, *ob. cit.* § 84 j nota 2 ; GIOROI, *III. 48*; LABOMBIEBE, *Obligations. 1124, 11* ; LACERDA, *ob. cit.* §57 notas 9 e segs.

(3005) LAFAYETTE, *ob. cit.* § 144; BEVILAO.UA, *Famílias §§ 74 e 84 n. III*; Ord. liv. 3tit.41, §§8e9 ; *Dtr. Civ. Recopil., art. 96*: PER. DE CAB-VALHO, *Processo Orphanol. nota 226*. Cod. Civ. AU, arts. 106 a 113.

(8006) POTHIER, *ob. cit. ns. 46 e 126*; DBMOLOMBB, *Cont.et Oblig. I, 81* ; GIOBGI, *III, 61*; DUBANTON, *iDroit Civ. III, 782 eic.*

Entretanto era de desejar que todas as legislações generalisassem, como o Código Allemão—«incluindo entre ellesos que por fraqueza intellectual não possam cuidar de seus negócios» O-I Era um meio de abranger os estados de *demência apha-stca* e da *fraques a semi*. Infelizmente são em grande numero as legislações que melhor do que a nossa regulam este caso da incapacidade (^{im}).

Tem sido este entre nós um motivo de inexgotaveis questões.

A' variada terminologia das Ordenações (³⁰⁰⁹) succederam as confusões de nossos *Projectos de Código*, não escapando o do grande Teixeira de Freitas com sua velha classificação de mania, demência e imbecilidade C⁰¹⁰). Mais infeliz ainda foi Felício dos Santos (^{0H}). Ao nosso ver quem melhor viu a questão foi Coelho Rodrigues (^{MW}).

Um código, uma legislação bem ordenada, não devia se immiscuirno dédalo das classificações da loucura que os próprios cientistas não possuem ainda. O que é desejável é uma designação genérica e bastante comprehensiva, a fim de que, sem difficuldade e sem sophismas, nella possam entrar todas os casos de alienação mental.

Si no dominio da loucura e mesmo nos da alienação, não é possível comprehender todos os casos de insanidade mental que possam alterar a capacidade civil, então, confessemos, achamo-nos diante de uma difficuldade insolúvel (^{ow} v)•

A questão capital nesta matéria é saber si no lúcido in-teFvallo a sanidade mental é de natureza a poder restituir a faculdade de contratar.

A theoria dos lúcidos intervallos já era admittida na lei das XII Taboas e no direiao romano sempre se comprehendeu ser alguém capaz de contratar durante elles (^{30U}).

(3007) **Cod. Civ. AUemão**, art. 6§ 1.º.

[^]3008) **Cod. Civ. AU.**, cit.; **Cod. Civ. Port.**, art. 314 ; **Cod. Civ. Uai.**, art. 324;

Proj. C.Rod., art. 12.

(3009) **Ord. liv. 4 tit. 103** ; tit.81 pr. e§§ 1 e 2.

(3010) *Estopo arts. 41 % 3 ; 78 a 100.*

(WH) **Projecto Felício**, art. 77 §§ 3, 4 e 7; art. "04. ■ (8012)

proj. Coelho Rodrigues, arte. 11 §§ 2 e 3,12 a 14.

(3013) **Consulte-se BEVILAQUA, Famílias, % 90** ; *Gonsol. das Leis, arts. 311 e segs.*; LAFAYBTTE, *Famílias, § 164*; *Dir. Civ. Recopil., arts. 1683 e segs.*

(^{8o}i*) **Era a regra geral da 1. 2C. de contrah. empt.**

Nosso direito, juntamente com o de nações civilizadas, admittem igualmente a theojria C^{01*}).

No ponto de vista scientifico, os lúcidos intervallos comprehendem três estados diversos: 1.º) a *remissão*, ou remittencia que é uma simples attenuação dos symptomas da loucura; 2.º) os lúcidos intervallos propriamente que consistem na suppressão completa, posto que limitada, dos phenomenos da loucura; 3.º) aintermissão ou intermittencia que é o retorno á normalidade entre dois accéssos do mal.

Isto coincide com o que o direito romano sempre consagrou, distinguindo os estados de lucidez em *equivoca eper-fectissima*.

Todos os juristas de todos os tempos defendem a validade dos actos praticados durante os lúcidos intervallos (³⁰¹⁶j).

Todos, emfim, distinguem a *adumbrata quies* das verdadeiras intermittencias para reconhecer nestas a capacidade dos alienados ("•").

A incapacidade do louco para contratar é, pois, relativa.

538.—Entre os incapazes achão-se os surdos mudos que forem inhibidos de fazer conhecida a sua vontade.

O direito romano variava a este respeito. Encontramos textos em que se considera o surdo mudo capaz de perfazer certos actos e contractos (^m). Outros ha, porém, que as consideram incapazes de um modo absoluto (^{s019}). Outros, finalmente, existem em que a capacidade dos surdos mudos parece ser a regra dominante (^{vm}).

(3015) Ord. liv. 4 til. 103 § 3 ; *Coisol. das Leis*, art. 322 ; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 91 h); MARTINHO GARCEZ, *Nuhiá. dos actos jurid. p. 65 67.* ; Cods. Civis : da Hesp., art. 665 ; Argent., art. 3615 ; Allemão, art. 104 n. 2; C. do México *apud* GRASSERIE, *Le Code Mexicaln p 2ij.* OCod. Civ. Fr., arts.. 502 e 1352 nega a capacidade nos lúcidos intervallos. Assim obrou T. DE FREITAS, no art. 79 de seu *Esboço* com manifesta cantradicção, porque no art. 449 a admittre. FELÍCIO DOS SANTOS silenciou sobre o assumpto.

(^{30.B}) CAROZZI, *La vera teoria <lei contraiu, art. TV, § 6.*

(3onj) Combatem essa capacidade: KRAFT EBBING, *Trattato di psico-pato-logia forense, pag. 538 e* GIORGI, *ob. cit. 111,62 e seguintes*, mas com fun-damentos pouco convincentes.

(sois) i. 48 D. de oblig. et act ; 1. 33 § 2 D. de donat.; 1. 43 D. de proc; 1. 10 D. de manumiss. vind.; I. 73 D. de jure dot.; 1. 4 D. depactis ; 1. 1 D. de vcrb. oblig.

(8oi9) 1. 2 § 2 D. de judiciis.

(3o»o) i, 65 § 3 D. ad S. C. Tribel.; 1. ult. de bonor. poss.; 1. 93 D. de adq. velamitt.jl. 124 D. de reg. jur.; VSRNET. *Textes C/wisis ps. 165,169.*

A conciliação que se propõe nessa collisão de textos repousa na distincção do surdomutismo de nascença, ou adquirido ; dosurdomudo instruído e do não instruído.

No surdo mudo de nascença e no não educado presume-se a incapacidade para os actos da vida civil e, portanto, para contratar validamente. O contrario deve ser entendido a respeito do instruído ou do que tornou-se tal apóz o uzo pleno de seu cérebro, pois que nenhum, nem outro, está inhibido de fazer conhecida sua vontade C^{o.1}).

539.—Entre os absolutamente incapazes de contratar estão os auzentes declarados taes em juizo, isto é, aquelles que desaparecem de seu domicilio sem deixar procurador ou representante a quem caiba administrar seus bens e ignorando-se si é vivo ou morto (^{MM}).

A ausência deve ser provada de um modo irrefutável por quem a allegar (^{30M}).

Essa limitação á capacidade impõe-se e não demanda explicações.

540.—Entre os incapazes relativamente a certos actos figurão maior de 14 annos, emquanto não completar 21.

Aos 21 annos completos termina a menoridade e a pessoa fica habilitada para o exercíco de todos os actos da vida civil.

E' então que cessa completamente a incapacidade decorrente da idade.

Antes da maioridade ninguém* pode contratar por si.

Si está o menor sob o pátrio poder, é representado pelo pae; si sob a tutella, o maior de 14 annos, púbere, precisa de ter seu conhecimento suprido pela assistência do tutor.

Nada precisamos acrescentar a um assumpto pertencente aos direitos de família.

(^{30lt}) *Dir. Civ. Kecopl.*, art. 104; GIOBGI, *ob. cit.* IH, 5 e 67 LAROMBIERE, *ob. cit.* 1125. 15.

(^{30M}) Passado certo tempo, a lei presume morto o ausente para dar curador a seus bens—Ord. hv. 1, tit. 62 § 38 ; Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842, art. 12; Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 22; LAFAYETTE, *Família*, § 171 * *sega.*; BBVILAQUA, *Família* § 93•

(••*) Já era **este** o principio romano na 1. 14 C. de contrah. et committ. stipul.

541.—Amelher casada, enquanto subsistir a sociedade conjugal, não pôde dar consentimento para contratar, desde que as obrigações contrahidas possam importar alienação dos bens do casal sem autorização do marido. Essa autorização, porém, é presumida: *a)* para a compra de cousas necessárias á economia domestica, inda que seja a credito; *b)* para obter por empréstimo as quantias que a aquisição dessas cousas possa exigir; *c)* para contrahir obrigações relativas a industria ou profissão que exercer com autorização do marido, ou s upprimento do juiz.

Este caso de incapacidade é, portanto, eminentemente relativo. A autorização do marido pôde ser geral ou especial, e mesmo dada depois de completo o acto annullavel sem ella, o revalida.

Postoque tal autorização seja revogável, não o é de um modo absoluto, pois que pode, em casos dados, ser supprida pelo juiz e, uma vez perfeito o acto em virtude de uma autorização que venha a ser revogada, respeitão-se os direitos de terceiros e os effeitos necessários dos actos iniciados. Demais, a mulher tem capacidade completa em casos determinados em lei e que não nos é dado aqui estudar por transcender os limites do nosso assumpto C^{01*}).

5412.—Outro caso de incapacidade é o dos pródigos.

A tendência das legislações de toda a America latina é contra a curatella dos pródigos C^{**}). Apesar disso, ella é mantida em quasi todos os demais códigos e na nossa legislação O-

Era de desejar que a lei positiva, como um de nossos Projectos de Código, comprehendesse na disposição relativa a prodigalidade «as pessoas pródigas e dominadas por um vicio habitual, que as afaste frequentemente de seu domicilio,

^(WM) A respeito desse vasto assumpto no direito de família, alias muito assentado entre nos, vide *Dir. Civ. Recopil., arts. 106 e 1483* ; LAFAYETTE, *ob. cit.* §§ 41 a 49 ; BEVILAO.UA, *Fam.* § 28 ; M. Gaacftz, *ob. cit.* pag 95 a 107.

^(**) T. oe FREITAS, *Esboço art. 40* compilado do art. 413 do C. Civ. da Luiziana. No mesmo sentido os Códigos Argentino, Uruguayano e Mexicano. Fazem excepções os de Venezuela e do Peru.

[f (MM) c. Civ. AH., art. 6 §2»; do Japão, art. 11 ; da Hesp., art. 221 ; de Montenegro, arts. 653 e segs.; de Port.. art. 340; da Itália, art. 339; do Chile, art. 442 : Francez. art. 513 : do H.yti, art. 422; da Áustria, arts. 259 e 270 . ' da Holl., art. 511; lei federal suissa de 22 de Junho de 1881, art. 5 ; *liir. Civ. Recopil**, arts. 1691-1693; LAFAYETTE, *Família* §§ 167 e segs. ; BEVILÁQUA, *Família* § 92 ; *Consol. das Leis Civis*, art. 324 * **&•

ou arruine sua saúde, como a embriaguez; ou a sua fortuna como os jogos de azar e as apostas» C¹¹¹¹).

Seria mais moralizador.

São estes os casos de incapacidade previstos pela lei.

Não são, porém, os únicos e por menos casuístico que queiramos ser, não podemos deixar de compendiar outros.

Em matéria de capacidade nos contractos, o essencial é que o estado mental do contratante não vicie o consentimento de modo a annullal-o.

543.—Os embriagados não podem ser considerados incapazes de consentir sinão no ultimo período da embriaguez, o período lethargico, em que o moral e o physico se achão de todo deprimidos (^{ow}).

E', pois, uma questão de facto a endagar em cada occurrencia.

O que, porém, a nós parece fora de toda a questão, é que, si a embriaguez é provocada pela outra parte contratante para obter o consentimento, haverá lugar a applicar-se o que a lei dispõe sobre o dolo de que em breve trataremos C^{0*9}). Isto, porém, bem se vê, não constitue incapacidade natural.

O mesmo se dá com a ira provocada por uma das partes (³⁰³⁰).

De outro modo deve-se considerar o sonâmbulo. Uma vez que, dormindo, elle subscreva um contracto, não ha como poder affirmar que tenha agido com liberdade. Em tal caso o contracto não existe por ter faltado o consentimento valido

/3031\

Já o direito romano que tão • grande importância ligava ao formalismo, determinava que ninguém tomasse posse, si

(MU) projecto Coelho Rodrigues, art. 2300 § 2.

(*»») GIOBGI, *ob. cit.* IH, 68.

(«O») AUBRT ET RAU, *ob. cit.* § 343 nota 5 ; JÍURANTON, *ob. cit.* X, 10} ; LAROMBIBRE, *ob. cit.* 1124, 4.

J^{*080*} Códigos ha que consideram rescindiveis os contractos nas condições expostas, como o allemão. art. 105 e o de Montenegro, art. 522. No direito mulsulmano entre os casos de itullidade do contracto enumeram-se: «t loucura, a embriaguez, o erro, a fraqueza de memoria, a moléstia e a viagem. TARDE, *Transf.* p. 116.

(³⁰³¹) GIORGI, *ob. cit.* III ti. 51.

durante seu somno alguém collocasse qualquer cousa em sua mão (^{80M}).

544.—Não é aqui logar apropriado para entrarmos em em largas explanações sobre as pessoas jurídicas, pois que é assumpto especial e estanho ao nosso. Elia se dividem em pessoas jurídicas de direito publico e o de direito privado, sejam nacionaes, sejam estrangeiras^{30M}).

Pondo de parte a primeira classe. bastante é dizer aqui que a capacidade das pessoas jurídicas de segunda classe é restricta aos direitos e obrigações concernentes ao património. Nesse particular, sendo seus interesses privados com terceiros sempre regulados pelo direito commuin, sua capacidade é tão extensa e soffre as mesmas restricções que a das pessoas phisicas. Elia são sempre representadas por seus representantes le-gaes, quer activa, quer passivamente C^{08*}).

545. —Todos os casos de incapacidade são mais ou menos relativos, taxados em lei como uma medida de protecção ao proprio incapaz.

Eis porque só este ou algum interessado directo ou indirecto em seus direitos pôde invocar a nullidade delia resultante, restituindo o que houver recebido em razão do contracto. A incapacidade de uma das partes não pôde ser invocada pela outra em proveito próprio, salvo si for indivisível o objecto do direito ou da obrigação com m um.

SECÇÃO III

\

546.—Desde que as partes contratantes não se achem comprehendidas entre os incapazes, podem dar validamente em consentimento.

Este é naturalmente composto de uma parte interna, que é a vontade de assumir as obrigações decorrentes do acto, e de uma manifestação externa.

(^mJ 1. 1 § 3 D. de adq. vel amitt. poss.

(8«M) *nir. Civ. Recopil., arts. 146 e seguintes*

(^{308*}) *Recommenda/.os a quero desejar desenvolvimentos especiaes o Direito Civil Recopll. de CARLOS DE CARVALHO cit. na nota supra e a magisiral obra de AMARO CAVALCANTI, Responsabilidade Civil do Estado, Seca. Prelim. §7.o pag. 74 esegs.*

Para que surja, porém, o contracto, é essencial que o acto interno do proponente ou pollicitante, ao se manifestar, se encontre, se identifique, se harmonise, com o do aceitante. O Código Civil Francêz exige o consentimento «de quem se obriga» (⁸⁰⁵⁶). O da Itália corrigiu este erro manifesto, exigindo o de ambos os contratantes (⁸⁰⁵⁶).

O acordo das vontades gerador do contracto deve ser perfeito e abranger todo o objecto, sua natureza, as pessoas que intervêm, etc. (⁸⁰⁵⁶).

Essa vontade das partes é tão exclusiva na geração dos contractos, que não se compadece com as regras da equidade e mesmo as elimina. De modo que o juiz, em caso algum, pôde invocar qualquer destas para modificar o que as partes estabeleceram e firmaram (⁸⁰⁵⁶).

No direito romano, o simples consentimento só produzia o *nudwn pacturn*. Para que houvesse contracto era essencial juntar-se uma *causa civilis obligationis* (⁸⁰³⁹). O direito moderno perdeu esse formalismo para se preocupar com a génese psychologica desses actos importantes da existência material de todos os dias.

A parte interna do consentimento consiste na sciencia do que fazemos e na livre aceitação de fazel-o. Nos contractos uni-lateraes elle se revela pela promessa ou aceitação e nos bilate-raes por uma aceitação com mutua repromissão.

O consentimento pôde-se definir, portanto, a vontade seria e definitiva de se constituir devedor de outrem.

D'ahi se depreheende que quando uma das partes quer contratar e a outra gracejando, *aus Sckerz* e *im Sckcrz*, aceita o contracto, este não existe, falta-lhe o *duorum vcl plurimum in idem placitum*, falta-lhe o *voluntatis animi* de ambos (⁸⁰⁵⁶).

Quem assim brincando conseguiu enganar a outra parte que estava de boa fé. fica em culpa e responde pelo danno.

Todavia é esta uma das questões difficeis tratando-se de contractos, pois que devem ser pesados pelo juiz a qualidade e hábitos das pessoas, o tempo e o objecto das obrigações a con-trahir (⁸⁰⁵⁶).

(8035) Cod. Civ. Fr., art. 1108.

(3038) Cod. Civ. Ital., art. 1104.

(³⁰⁸⁷) BAUDRY LACANTINEHIE ET BARDB, *Obligations*, n. 41.

(^{WM}) RICCI, *Obblig.* «• *Conttatti*, n. 190.

(£039) VKRNET, *Textes Choisis* pag. 225.

(8010) l. 3 §2 D. deoblig. et act.; Cod. Civ. Ali., art. 118.

(3041) POTHIER, *H. 3* / LAROMBIERE, *Ob. Cit. 1101,4*; TOOLLIER, *ob. Cit. V?*, 8; GIORGI, *ob. cit. 111,143*; DEMOLOMBE, *ob. cit. í, lit'*, AUBRY ET RAU, *ob. cit. § 74?* nota 1; RICCI, *ob. cit. n. 121*; WINDSCHEID, § 75 nota 2.

A parte externa do consentimento constitue a forma dos contractos.

P

i

Quanto a esta, a regra que domina os contractos nos tempos modernos é que o consentimento das partes, qualquer que seja a forma em que se declare, gera um direito de credito

^{/804»\}

A forma é, pois, indifferente em regra. Pôde o consentimento ser manifestado por escripto, ou verbalmente, ou até por um simples gesto (^{9M}). As únicas excepções decorrem, ou da exigência da lei, quando esta exija forma especial do acto, ou quando as partes convencionam uma certa forma. Nesses casos, o contracto não existe antes de assumil-a e ellas poderão retractar o accordo, si não for redigido e assignado o instrumento (**»).

Eis por que a manifestação da vontade nos contractos pode ser expressa ou tacita, quando a lei não exige declaração expressa (^{04*}). O que o consentimento não pôde é ser presumido. Na duvida interpreta-se contra a formação do contracto, ou ausência do vinculo, porque a liberdade é sempre presumível.

O consentimento é facto positivo e por isso não é susceptível de ser presumido; o simples silencio de quem recebe uma proposta não o induz (^{80W}).

E' expresso o consentimento resultante de uma verbal manifestação, de um escripto, ou de qualquer modo inequívoco e certo de exprimir a vontade.

Tácito é aquelle que resulta de actos e factos que só poderiam ser praticados como consequência da aceitação da proposta, tal como a entrega da cousa, a pratica de um acto que constitua a prestação do prometido, etc. (³⁰⁴¹).

^(30M) WINDSCHEID, *ob. cit.* § 3/2 *texto e nota 5.*

(MM)1. 4 D. de fide instrum.; 1. 5 mesmo tit.; Is. 38, 52 §9, 10 D. de oblig. et act.; I. 17 D. de novat.

■ («o**») 1-17 C. de fide icst.; *D/g. Port. I, 285.* Sobre a forma dos actos jurídicos no estado actual do direito pátrio vide *Dir. Civ. Recopil., ar is. 248 a 268.*

^(104B) *Dir. Civ. Recopil., art. 225;* Cods, Civis; Argent., arls. 915 e 1145; de Montenegro, art. 494; do Canadá, art. 988; da Austria, arts. 863 e 883; Fed. Suisso, art. 1^o; Allemão, arts. 151, 154; Port., art. 647; C. Rica, art. 1008; Proj. Fel., arts. 226-228; Proj. Bevil., art. 1082; WINDSCHEID, *ob. cit.* § 309 «o/a I»; HUDELLOT ET METMANN, *Oblig. n. 38.*

(80*6) VALERY, *Contraí por correspondance, n. 88*; ROSSEL, *Ob. cit. n. 21*; RANELLETI, *li silencio negli atti giuridiei p. 25.* O contrario decide o Cod. Civ. da Luiziana, art. 1805.

^(30M) RAMOS, *Contratos* «s. 58 e59; Proj. Fel., arts. 228 e 230; Cod. Civ. Argent., art. 918.

O consentimento tácito é uma applicação que o direito faz da lógica do principio de contradicção (***)'

A manifestação tacita do consentimento póde-se dar por factos positivos e negativos. O direito antigo, como o moderno, reconhece inúmeros factos positivos que fazem presumir o consentimento (**•). Factos negativos nada mais são do que o silencio, nos casos em que o dissenso devia se manifestar (^{305o}).

Note-se que a aceitação, expressa ou tacita, só se pôde dar nos contractos de forma livre, porque os de forma solenne são prescriptos por lei.

A forma livre comporta a expressão mímica, ou falada
/SOM\

A linguagem falada pôde ser immediata—exercida pela própria parte, ou mediata—por meio de um intermediário qualquer, o interprete, o mensageiro, o mandatário, o commi-ssario, etc.

A linguagem escripta é também immediata, quando as próprias partes effectuam minutas de suas convenções, e mediata nos instrumentos públicos. A* primeira classe pertencem os annuncios em jornaes, as cartas missivas; á segunda o telegra-pho, etc. (^{SOM}).

O principio do consentimento reciproco, fundamento do contracto—é restricto ás obrigações contractuaes, pois que inúmeras obrigações existem nascidas da lei, do delicto, do quasi delicto, etc, em que elle não é essencial e nem mesmo considerado como elemento psychico (***)).

54T.—A validade dos actos jurídicos e, portanto, dos contractos, implica o conceito de sua invalidade.

Esta póde-se dar ou por nuHidade, ou por annullabilidade ou recisão.

A nullidade opera como si o acto jamais tivesse sido effectuado ; elle é nenhum *nullum est negotium, nihil aclum est*.

(^{30W}) Cods. Civis: da Áustria, *rt. 363; F. Suisso, art. 1°; AUBRY ET RAU, §743 nota 19; LAROMBIERE, 1101, 11 ; TOULUBR, Vi, 33.

("o*») 1. 4 9 1 D. quib. mod.; arts. 1738.e 1292 do C. Civ. Ital., art. 948 do Proj. Bevil. I

(^{8M0}) GIORGI, ob. cit. III, 189-190.

f*0*1) Assim é que os surdos mudos podem recorrer á mímica para revelar seu consentimento: LAURENT, Princip. Je droíticiv. XI, 123.

(^{3M1}) GIDRQI, ob. cit. III, 158—186.

(⁸⁰⁵³) TARDE, Transf, du ároit p. 117.

A annullabilidade, ao contrario, comporta certos effeitos até que o vicio seja declarado por provocação de uma parte interessada. ■

A falta de consentimento, ou o consentimento dado por incapaz, impede de se formar o contracto ; elle é nullo, in existente. ♪

Mas o consentimento de pessoas capazes mesmo pôde ser viciado.

Realmente, elle só é valido quando a liberdade em pres-tal-o não foi limitada, ou quando as cousas não se hajam representado á intelligencia de quem o dá de um modo diffe-rente do que ellas realmente o são. Assim, o erro, o dolo* e a violência deturpam as cousas aos olhos de quem consente e, portanto, actuam sobre a vontade, limitando-a C⁰).

O contracto formado em virtude de um consentimento viciado por qualquer desses motivos não é nullo de pleno direito.

Elles fundamentam apenas uma acção de rescisão C^{05*}).

Dahi se vê que a capacidade não é essencial para a existência do contracto e sim para sua validade. O contracto não é nullo, é só annullavel. Quando o consentimento falta, ao contrario, não existe o contracto (^{S056}); ali o contracto existe de facto e não de direito ; aqui elle não começou de existir ; ali pôdeser revalidado em muitos casos pela confirmação ; aqui não; é preciso novo contracto.

O contracto só é nullo relativamente á capacidade do a-gente quando este é absolutamente incapaz. Nos casos de incapacidade relativa, o acto é simplesmente annullavel assim como nos vicios de dolo, erro, coacção, simulação, fraude, ou lesão.

O que caracteriza o acto annullavel é poder ser ratificado pelas partes sem prejuizo dos direitos de terceiros e que, uma vez ratificado, elle retroage á data do acto. O acto da ratificação deve conter a substancia da obrigação e a declaração da vontade de ratificar. Quando a obrigação já tenha sido em parte cumprida pelo dever que conhecia o vicio do contracto.a ratificação expressa não é necessária.

(^{S04*}) A lesão no systema do Cod. Fed. Svisso, jamais vicia o contracto. Isso foi adoptado pelo Proj. Be vil. O Cod. AU-, ao contrario, a admite com este effeito. Vide RGSSBL, *ob.cit. n. 41*; C. Civ. AU., art. 138.

(^{S05B}) *Consol. das Leis nota 14 ao art. ySS ; Dir. Civ. Recopil. art. 275; Reg. 737 de 1850, art. 685 ; Cod. Civis; do Congo, art. 17 ; do Haytu art. 909 ; da Áustria, art. 869; do Canadá, art. 1000 , do Peru, art. 1244; de Montenegro, art. 523.*

* (^{S036}) *BUFNOIB, ob. cit. p. 637; HUDKLOT ET METMANN, ob. cit. n. 64.*

A ratificação expressa, bem como a execução voluntária da obrigação annullavel, importa renuncia de todas as acções e excepções que o devedor poderia intentar ou oppôr.

Todos os casos de annullabilidade, não só os concernentes á capacidade relativa, como os decorrentes do dolo, erro, etc, não têm effeito antes de julgados por sentença, nem peidem ser pronunciados *exofficio* pelojuiz. Somente podem ser allegados pelos interessados e só aproveitam aos que os alle-gam, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Nisso differe essencialmente o acto annullavel do acto nullo.

O acto nullo pôde ser arguido de tal, não só pelos interessados, como pelo ministério publico, quando a este caiba intervir. H

O juiz deve pronunciar a nullidade, quando conhecer do acto ou de seus effeitos e os encontrar provados, não lhe sendo permittido suppril a, inda que a requerimento das partes.

A nullidade parcial de um acto não prejudicará a parte válida quando esta for separável (⁸⁰⁵⁷). A nullidade da obrigação principal acarreta a das accessorias : o contrario, porém, não seda.

A nullidade do instrumento não induz a do acto, desde que este se puder provar por outro meio.

Quem tiver pago a um incapaz em virtude de uma obrigação annullada, não pôde reclamar, salvo si provar que a importância paga reverteu em proveito do mesmo incapaz.

Annullado o acto, as partes serão restituídas ao estado em que se achavam antes de pratical-o; não sendo possível a restituição, serão indennisadas de modo equivalente.

Tudo isso constitue matéria clara, incontroversa e sobre a qual não precisamos nos deter ("*).

Com mais delonga abordemos agora os vicios do consentimento.

548.—Do ERRO. As questões relativas ao erro hão de ser sempre o eterno escolho na pratica, porque muitas vezes os juizes classifcam como tal o que não é mais do que a resiliação por inexecução das condições do contracto.

(»o8') Em contrario o Cod. Civ. AU., art. 139 eodeSaxe, arts. 103 e 2083.

("»*) *Dtr. Civ. Recopil.. arts. 269 é segs.*

Entretanto é uma das matérias que mais devem ser esclarecidas, pois que o erro é o maior vicio das convenções por affectar profundamente o consentimento ; *non videntur qui errant consentire* f⁰⁸⁹).

Tudo quanto a lei dispõe sobre o erro, o dolo ea vioiencia não se destina somente á formação e dissolução dos direitos de credito.fundados nos contractos, e sim a todos os actos jurídicos que tenham por fundamento a manifestação da vontade. A lei não inibe por suas disposições relativas a essa situação psychologica que os actos e contractos se formem e se perfaçam ; ella somente torna-os rescindiveis e annullaveis nas cir-cumstancias previstas. As previsões da lei a respeito formam por assim dizer a *cárnea cognitio* com que o juiz deve comparar o caso em discussão (⁰⁶⁰).

Com muito critério as modernas legislações não se preocupam com o erro que exclua inteiramente o consentimento.

Realmente seria impossível conceber como possa existir uma cousa a que falte o elemento fundamental á sna existência. O contracto em tal hypotheze não poderia existir; quando o consentimento falta de todo, não existe tamhem acto jurídico. Si este se effectuou, é porque o consentimento foi dado de qualquer forma.

O que a lei considera nas disposições sobre o erro é um consentimenfo effectivo, mas viciado, obtido em virtude de uma situação de espirito da parte que não estava de acordo com a verdade objectiva que ella tinha em vista (⁸⁰⁴¹).

E' preciso ter-Se sempre em vista que a questão de saber si o erro é causa de nullidade do contracto é uma questão exclusivamente de facto a decidir em cada espécie. A lei sempre se contenta em firmar princípios mui geraes a respeito.

549.—Chama-se erro, no sentido estricto, uma idéa falsa sobre uma pessoa ou objecto, ou mais latamente, uma opinião contraria á verdade e mantida por uma das partes, que não contrataria si tivesse conhecido claramente a situação (*•').

(^{MM}) 1. 116 § 2 D. do regul. jur.; 1. 57 D. de oblig. et act ; POTHIK, M. 17.. I

(30eo) BUFJÓIB, *ob. cit.* p. 590.

(^{Wf}) COLMET DE SANTERRE a DEMANTB, *Cours analyt. dd Code Clv. V, n. 14 bis.*

(**>> Cod. Civ. AU., art. 119.

Ignorância é a ausência de toda a idca sobre uma pessoa ou objecto
(^{80M})

Vê-se, pois, que existe entre o erro e a ignorância profunda differença. Em um ha uma substituição da noção verdadeira por uma falsa; em outra, a falta completa de qualquer noçãc. Cumpre, porém, notar que a differença philosophica é sem consequência em direito ("•*). Com effeito, quem contrata jamais se pôde dizer que esteja na ignorância sobre o objecto do contracto. Pôde ter delle uma noção falsa, estar em erro, afinal; nunca, porém, em ignorância.

Por um injustificável preconceito decorrente do respeito ao direito romano, as legislações têm restringido as disposições, acerca do erro, somente ao erro de facto, tornando sempre inexcusavel o erro de direito.

Nada, porém, existe mais tyranico e menos compatível com a civilisação humana, do que o brocardo *nemiii licet jura ignorare*. I

A' medida que os officios humanos se especialisam para dar lugar a uma convergência de esforços mais efficaz, mais cresce a mutua confiança ea natural imprevidência que feliz-mente nos leva a não pretendermos tudo executar, embora podendo conceber tudo.

Com isso cresce naturalmente e cada vez mais a possibilidade da ignorância do direito. A forma politica federativa, com sua multiplicidade de disposições federaes, estaduaes e até municipaes, faz constante esse phenomeno, mesmo entre os prof issionaes. Quem poderá entre nós ter a pretenção de conhecer as minúcias do processo que prevalece em todos os Estados do Brazil ?

Felizmente contra a doutrina romana já se têm insurgido juristas de valor (^{aoBB}) e alguns códigos modernos (?**).

O erro de direito, pois, tanto como o erro de facto, pôde dar lugar á acção de nullidade*. A inexcusabilidade do erro de direito é um principio metaphysico C⁰ⁿ).

(^{*oM}) WINDSCREID, § 78 nota 1; HODELOT ET METMANN, n. 43 ; MOUTOB, ob. cit. H. 94; BEVILÁQUA, Obrig. § 59; C. DA ROCHA, § 700. I

(***) SAVIGMY, *Droit Rom. III, Append. VIII p- 338*; BAUI»RY L. ST BARDE, ob. cit. n. 50.

(*>*) MERLIN, *Repert. d* Jurisp. v. choix § / «. 10*: TOULUIB, Vi, 58 ; DURANTON, X. 127; MOURIOM, ob. ai. II pag. 533 ' ; GIORQI, IV, 44 a); LAROM-BIERB, 1110, 22 ; AUBRT ET RAU, § 343 bis e nota 7; LAUREMT, 2F, 503, 508 ; MBLLO FREIRE, liv. 4, tit. 4, § 10.

(«*•) Cods. Civis ; Fr., art. 1110; Uai., art. 1109; Port., art. 659; de Parma, art. 1084.

(³⁰⁸¹) ROSSEL, ob. cit. n. 42.

Muito commum é dividir-se o erro de facto em essencial e accidental (^{306B}).

O primeiro é definido como aquelle que recáe sobre a identidade da cousa—objecto do contracto, sobre a intenção das partes, ou sobre a forma do contracto. O segundo é o que versa sobre as qualidades accessorias do objecto ou da pessoa.

Esse *crilerium*, porém, não é absoluto, pois que, tratando-se das qualidades da cousa ou da pessoa, elle soffre alterações relativas a diversas manifestações do erro, dos contractos e da circumstancia de estar em erro uma só ou ambas as partes contratantes.

No fundo não é o erro que influe sobre os contractos. O essencial nestes é bem firmar que se deu o acordo das vontades C⁰⁸⁹).

Como porém, tal acordo deva versar sobre todos os pontos essenciaes da convenção e ser claramente expresso, a falta de taes requisitos é que annulla o contracto por erro.

Os modernos autores vão, pois, banindo tal divisão do erro, para adoptarem outra mais consentânea com a analyse dos phenomenos jurídicos.

Realmente estes muito melhor se accomodam com a distincção do erro, em *objectivo* e *subjectivo*.

Erro objectivo é a falta de conformidade entre as declarações feitas por uma das partes á outra com a realidade.

Erro subjectivo é a convicção em que uma das partes se acha, tendo por verdadeira uma situação falsa, ou vice versa. Só o ultimo é que cáe sob a regulamentação da lei C⁰⁷⁰).

Seja como for, esta ultima divisão não se quadra bem ainda com as disposições positivas do direito pátrio. Neste prevalece a outra acima referida. A consequência que o direito pátrio lhe attribue é que o erro essencial vicia o contracto e o segundo não fTM). O erro essencial é, em summa, caracterizado pela visível e sensível contradição entre a vontade e a expressão ou declaração da vontade (^{mt}).

(St"») i. 57 D. de oblig. et. act; MOUTOH, «. 94 ; MACKELDEY, § 394 »^c **■ ROCHA, § 100 ; LACERDA, § 52 ; Cod. Civ. Fr., art. 1110 ; Ital., cit.; Fed. Su-issa arts. 19 e 20.

(aos») Is. 52 e 65 D, de cond. indeb.

(^{80TO}) RICCI, *ob. cit. n. 152*. ■ (soij dij p_{orm}.j% 236; BBVILAO.UA, *Obrig. § 59*, LACERDA, § 52 ; MACKELDEY, MOLITOR e leia cits. na nota 2098 supra.

(⁸⁰¹²) ROSSEL, *ob. cl/*, H. 43 fim.

550.—Os actos jurídicos podem ser annullados quando as declarações da vontade houverem sido feitas por erro substancial.

Considera-se erro substancial aquelle que versar sobre a natureza do acto, sobre o objecto principal da declaração, ou sobre alguma das qualidades essenciaes do mesmo objecto. Considera-se igualmente erro substancial o que recáe* sobre qualidades essenciaes da pessoa a quem se refere a declaração (**).

Isto é conforme ao direito romano que compendiava como erro essencial: *a*) quando as partes não se haviam entendido sobre a natureza da convenção que concluíram (**): *b*) quando as partes se enganavam *in ipso corpore rei*, sobre a individualidade da cousa, objecto do contracto (**■).

Do exposto conclue-se que constituem erro essencial para o effeito de poderem ser annullados os actos jurídicos delle affectados, os casos de erro : *a*) que versarem sobre a natureza do acto ; *b*) que versarem sobre o objecto principal da declaração ; *c*) que versarem sobre alguma das qualidades essenciaes do objecto; *d*) que recaírem sobre as qualidades essenciaes da pessoa a quem se refere a declaração.

Examinemos successivamente esses casos.

551.—O erro tem effeitos diversos sobre os actos jurídicos : *i*) ou é exclusivo do consentimento e torna insubsistente o contracto e chama-se erro obstativo, ou erro obstáculo ; *2*) ou vicia o consentimento de modo grave sem o fazer des-apparecer e é causa de nullidade; *3*) ou é sem influencia sobre a validade do contracto por não affectar o consentimento.

Ao primeiro grupo pertencem :

O erro que recáe sobre a natureza do acto.

Seja exemplo:—Eu me proponho a vender um objecto e a outra parte o recebe como doação.

(3013) Acomp. Cods. Civis:Fr., arts. 1109, 1110, 1117: Iteliano, arts. 1108 e 1110; Hesp., arts. 1265 e 1266; Português, arts. 666 e 661 ; Holl.,art. 1357 ; da Luiziana, art. 1813 ; Argentino, arts. 924 e 925; do Chile, arts. 1453 e 1455 ; do Hayti, arts. 904 e 905 ; do Congo, arts. 9 e 10 ; da Áustria, arts. 871 e 872 ; do Canadá, arts. 991 e 992 ; do Uruguay. art. 1245 ; de Costa Rica, art. 1015 e do Peru, art. 1237; da Columbia, arts. 1510 e 1512; Fed. Suisso. aRts. 19 «20 ; Allemão, art. 119 ; de Saxe, arts. 95-96; 838, 841 e 841, Proj, Fel., art. 232 ; Proj. C. Rod., art. 321; Proj. Bevil., art 90.

(**) I. 18 pr. D. de reb. creditis.

(<*) Inst. liv. III, tit. XIX; I. 137 § 1 D. de verb" oblig.

O direito romano considerava já esse erro como essencial, e insubsistente o contracto (^{301f}). O pensar moderno é o mesmo (^{OT1}).

Em direito romano, porém, muito se discutiu si a propriedade que tiver sido transferida por contracto em que tenha se dado o erro sobre sua natureza ficava ou não validamente adquirida.

Tal seria, por exemplo, o caso de alguem transferir a outrem uma propriedade como doação e este outro a receber como mutuo.

A controvérsia surgiu entre Ulpiano e Juliano.

O primeiro opinava pela não traslação da propriedade

/3018\

O ultimo, ao contrario, affirmava que a convenção não existe de facto, porque não houve um acordo completo de vontades, mas que esse acordo foi perfeito quanto á transmissão ; ahi não existe divergência entre as partes—o *duorum consensus in idium placitum* nesse ponto foi irrecusável C^{01*}).

Esta questão não entra bem em um tratado de obrigações e pertence melhor a um de domínio e de direitos reaes (³⁰⁸⁰).

Ella importa, em summa, discutir quaes os efeitos do erro em relação á transmissão da propriedade.

Em nosso direito sua solução demanda distincções.

Assim, si uma das partes tem intenção de transferir o domínio e a outra não tem de o adquirir, si A entrega a titulo de deposito e B recebe por mutuo. não ha transferencia. Parece evidente.

Si ambas têm o intuito de operar a transmissão eacquisição do domínio, inda que haja erro no titulo, si A transmite como doação. B recebe por mutuo. a transferencia se opera. porque houve acordo de vontades do transmittente e do adquirente (»*).

Si o erro recair sobre a existência de um titulo que não existe ou é nullo, se A dér a C um objecto para pagar divida,

C³⁰¹⁶) 1. 18 pr. D. Jereb. cred.

(3011) POTHIEB, *oh. cit.* «, 17 ; MOLITOR, *ob. cit.* », 97 ; LAROMBIERB, *ob. cit.* 1U0. 2 ; DEMOLOMBE, *ob. cit.* I, 54 e 125 ; AUBRY ET RAI«, *ob. cit.* § 343 notas He 9 ; DURANTON, *ob. cit.* X, 108 e 114 ; BAOCTY L. ET BAUDH, *ob. cit.* ii. 52 ; ROSSEL, *ob. cit.* n. 43, 1°.

(ama) i. 18 pr. D. dereb. cred. citada.

(*m) i. 36. D de adq. vel amitt. poss: MOLITOR, *ob. cit.* «. 32.

(3030) PELLATI *Textes c/toisis eles Pandectes pag. 115 a '22*; VKRNET, *Tex-tes choisis sur les oblig.*, p>. 227.

(soai) E* o opinilo de JULIANO ; Cod. Civ. do Chile, art. 676.

cuja responsabilidade não lhe cabia, dá-se a transferencia e resta a A a repetição do indébito C^{08*}).

552. O segundo caso do erro acima referido é o que versar sobre o objecto principal da declaração. Vendo eu a X uma casa em Coritiba e elle entende que lhe vendi uma casa em S. Paulo. Contrato um serviçal para meu cosinheiro, em-quanto elle está persuadido que o tomei para meu cocheiro.

Nada mais claro: é um erro obstativo e o contracto não se pôde reputar existente. onde falta o acordo sobre o objecto da convenção (³⁰⁸³). E' assumpto por demais liquido para dispensar maiores desenvolvimentos.

553. A' classe dos erros que viciam de modo grave o consentimento. sem fazel-o desaparecer, pertence o que versa sobre alguma das qualidades essenciaes do objecto. Convém que a doutrina evite falar em erro sobre a *substancia da cousa*, como fazem cercos códigos. Effectivamente, é essa uma expressão vaga e que só serve para alimentar discussões vãs.

Entretanto, <7ita/i'2acZcs *essenciaes*, de que usam outros códigos não evita os mesmos sophismas e duvidas, pois que *substancia* ou *essência* é tudo muito ontológico. Procuraremos com-tudo esclarecer o assumpto.

Parece resultar dos textos do direito romano que para os jurisconsultos de antanho o erro sobre a substancia da cousa era o que recahia sobre as utilidades de que cogitavam as partes ao contratar (^{30M}). Apesar de tudo, parece não tem isso ali constituído uma doutrina bem assentada e positiva.

Dahi surgiu a grande corftroversia entre os modernos com montadores. Dizem uns que a qualidade essencial ou substancial é toda aquella que, não sendo susceptível de mais ou de menos, faz passar o objecto em uma ou outra espécie, conforme exista ou não essa qualidade (^{308S}).

^(im) LAFATBTTK, *Dir. das Cousas* § 46 c; *Dtg.Pnrt.J.* 236'. DURANTON, *ob. cit.* X, 110-111 MOLITOR, *ob. ctt.* 96; ROSSKL, O*. *cit.* «s. 43—44; BUFNOIB, \o&. *ctt.* p. 54.

^(30M) 1. 9 D. decont. empt.; 1. 57 D. deoblig. et.act.; GIOKGI, *ob. cU. jj* 1,245 , RossEt, n. 43,2; autores citados na nota 2107 supra.

I**») Is. 9 § 2; 11 § 1 ;■ 14 ; 41 §1 D. de cont. empt.; Is. *.1 §5; 21 § 2 D. de uct. emp. et vend.

^(a983) MARGADK, *ao ari. 1110 do Cod. Civ. Fr.*; BUFNOIB, *ob. cit.* pag. 597 ; BAUDRY LAGANTINKRIE KT BARDE, *ob. cit.* «. 54 e segs.

Entendem outros como tal, não só os elementos materiaes que compõem a cousa, mas também as propriedades cuja reunião determina sua natureza especifica e a distingue, conforme as noções communs, das cousas de qualquer outra espécie ; é uma *natura rei* (^{ã086}).

Outros ampliam a primeira opinião com distincções e subtilezas sem limites (^{5on}). Ha ainda quem pense dever-se abandonar a idéa de qualquer preceito genérico, deixando ao juiz apreciar, em cada caso, o que seja a qualidade essencial (^{SOM}).

Ha um quê de nebuloso em todas essas opiniões, contrastando com a pesquisa da clareza e da positividade do modo de ver moderno.

O que constitue a qualidade essencial da cousa não é essa essência metaphysica, essa *natura rei* que se reduz, afinal, a um jogo vão de palavras. E' sim uma qualidade considerada em relação á intenção subjectiva dos contratantes; uma qualidade, em summa, que os levou a assumirem a obrigação e que de facto a isso não os levaria, si per ventura não existisse ou existisse de modo differente do supposto (**).

Ha quem exija pacto expresso das partes sobre essa qualidade C^{0*}). Ha restricções a fazer a essa opinião.

Com effeito, em certos casos nos parece essencial esse pacto.

Desde, porém, que se possa deduzir que as partes só contrataram pela qualidade que suppunham no objecto, o pacto deve ser subentendido. Tal seria o caso da compra de um quadro de Kaphael—qualidade essa affirmada pelo vendedor e l que determinou a aceitação do comprador. Verificada a falta da authenticidade, o erro esta provado. Ao contrario, si adquiri um quadro vulgar e verifiquei ulteriormente ser um Ra-phael authentico, nenhum erro existiu.

O erro, pois, caracteriza-se pela falta da qualidade que le vou as partes a contratarem, embora no contracto não se de termine essa qualidade. Na desnecessidade desse pacto expresse, de resto, ha um certo acordo entre os autores ("). J

C") AUBRY BT RAU, 06. ctt. % 343 AM* nota 2; COLMKT DC SANTBRRB, 00. cit. V, n 16 bis fim ; TOOLUER, 06. cit. V, 5\$; DctâjrroN, 00. cit. X, 114.

C*) Hcc, *Drma Civ. Vil*, n. 21.

(*«") MOURLON, 00. cit. II, 10Í3 e segt 1 LAUREMT. oè. cit. XV, 488.

(*") Ricci, 00. cit. H. ISé ; GIOROI, 00. ctt. IV, 5/.

C") LAHOMBIBRB. oh. cit. 1110,8; THOPUÍNG. *Vente*, n. 15.

(""; MARCADB, 1110 ', COLMKT M SANTBKRR, 00. ctt. V, bit tV ; DKM->-LOMBB, 00. cit. I, 101; LAOBEHT, XV, 488; BUMNOIR, 00. cit. 599; Ricci, 00.

Inda mais : esta manifestação do erro é causa de nullidade, mesmo quando exista em uma só das partes contratantes. A lei não o exige em ambas e ha aqui a mesma razão que nos casos de dolo e de violência, que sempre viciam o contracto, quando mesmo existam sò de uma parte. Esta regra é geral e domina o erro, o dolo e a violência (^{30M}).

Este modo de ser do erro é muito commum na venda e, em geral, nos contractos commutativos, que frequentemente se inquinam por elle de nullidades (³⁰⁹³). Ella não annulla os contractos pignoratícios, nem os unilateraes em geral, pois que aquelle que tem de receber a prestação nenhum interesse tem em que o contracto seja nullo. Nos commutativos o erro produz a nullidade em virtude somente da contraprestação dependente da cousa recebida (^{10M}).

A nullidade do contracto decorrente do erro independe do danno que a parte tenha recebido. Si eu compro um objecto como antigo e estou em erro, o contracto é annullavel só pelo meu erro e não pelo prejuízo que soffri (^{80M}).

554.—A ultima classe de erro é a dos que recaem sobre as qualidades essenciaes da pessoa a quem se refere a declaração (^{10M}).

Esta espécie de erro caracteriza-se pelo facto de se confundir um contratante com outro individuo ; mas a simples auseucia de um qualidade natural, ou seja moral ou civil de uma das partes, ja o determina, si essa qualidade figura como movei do contracto (³⁰⁹⁷). A contrata com B, julgando este seu parente, quando de facto não o era ; de ter alguém alugado minha propriedade para um prostíbulo, julgando eu que era destinada a uma casa de commercio licito.

Bem se comprehende que esse principio não pôde ser absoluto, sínão em direito de credito. No casamento, por exemplo, o erro sobre a pessoa, ao contrario, só produz effeitos rescisórios quando implica uma falta de identidade, ou recaia sobre a personalidade civil completa.

(**•) BATJDY L. ET BARDE, ». 60 ; RIOCI, *ob. cit. n. 156.* (MM) POTHIER, *n. 10 :*

BIGAT PREAMENBU *apud* LOCRÉ, *Leg. Civ. Xli, p. 319 ;* RICCI, *cit. n. i51.*

(***) 1. 22 D. de verb oblig.; MOLITOR, «. 109\ WINDSCHEIO, § 76 a).

(3095) Rl_{CCP} *ob. cit. It. 157.*

(3098) Cod. Civ. da Áustria, art. 873; Proj. Bevil., art. 90.

(3⁹⁷) DURANTON.OÔ. *Cit. X126; CoLMBT DE SANTEHRE, ob. Cit. V. 17 bis III; BAUDHY L. ET BARDE, H. 63 ; LAROMBIERE, ob. CU. 1110 «. 20.*

O juiz tem sempre um certo arbítrio na apreciação do erro sobre a pessoa, pois que é uma questão de facto, dependente da manifestação da vontade das partes (⁸⁰⁰⁸).

Entretanto, tem a doutrina assentado certas regras que dominam a matéria. Repousam ellas na distincção entre os contractos gratuitos e onerosos. Naquelles, como o deposito, o mandato, o mutuo gratuito, o commodato, a caução, etc, e, em geral, na transacção, em que a consideração da pessoa é fundamento especial da convenção, a nullidade existe sempre que exista erro, acerca da pessoa com quem nós contratamos (^{80w}).

Nos contractos onerosos que consistem *in fadendo* e mesmo em outros, como a sociedade, a colónia parciaria, etc, o erro sobre a pessoa annulla a convenção quando estiver provado que, ao contratar, tomou-se em consideração a habilidade especial da pessoa com quem se effectuou o contracto (⁸¹⁰¹).

Nos demais contractos onerosos, como a consideração da pessoa não se presume essencial á existência do contracto, o erro sobre ella não têm força para tornar rescindiavel o contracto (^{M01}). Tais são os contractos em que o objecto seja um facto fungivel, exequível por qualquer individuo, como por exemplo, abrir um vallo, levantar uma cerca, etc; ou nos onerosos cujo objecto é a consignação de uma cousa, porque nada importa ao adquirente a pessoa do transmittente (^{M01}).

O erro sobre a pessoa e sobre a coisa é, em summa, erro sobre os motivos do contracto. E', pois, uma regra que o erro sobre os motivos do contracto dão lugar á sua rescisão, salvo si elles não foram a causa determinante do contracto (^{3.03}). A falsa causa, em resumo, só vicia o acto quando é expressa como razão determinante, ou sob a forma de condição (^m).

(3098) BACD BY L. KB BARDE, *ob. cit.* n. 66.

(3099) *l'lg. port. l. 2j7*; POTHIRR, n. 19; LADRENT, XV, 498; Rica, n. 155; GIOROX, IV, 58; MASSÉ ET VBRQÉ á ZACHARÍE, § 613 nota 18; DRMOLOMBR, *ob. cit.* J, 112; MOLITOR, *ob. cit.* n. 98.

(3100) BUFNOIR, *pag.* 595; LAROMBIERB, 1110, 8 e9; DEMOLOMBR, I, 108; AUBRY EY RAU, § 343 bis; Hoc, *ob. cit.* Vil, 27; C. DE SANTERRK, V, 17 bis, I; POTHIRR, *cit.*

(3101) WINDSCHKID, § 76 a) nota 11; LAROMBIERE, 1110, 17; DKMOLOMBB, I, 118; POTHIRR, *cit.*

(3102) MoUTOR, *ob. cit.* n. 98.

(3103) LAUENTR, XV, 500; GIORGI, IV, 61-62; Em contrario C. Fed' Suisso, art. 21.

(8104) Cods. Civis: Hesp., art. 1276, Port., art. 659, 660; Argent., art. 501; do Hayti, art. 923; do Peru, art. 1254; Proj. Fel., art. 236; Proj. C. Rod., art. 324; Proj. Bevil., art. 92.

555.—Em todos os casos em que o erro é causa de rescisão ao contracto, a parte que a elle deu lugar deve indemnizar aquella que com elle experimentou prejuízo.

Supponhamos o artista com quem contratei por erro um retrato, suppondo contratar com outro. Aquelle começou o trabalho; eu, porém, annullei o contracto pelo erro em que me achei. Devo indemnizar os prejuízos soffridos, não por uma obrigação *ex-contractu*, é claro, menos pela que resulta do *quasi ex-delicto* da imprudência que commetti em não me informar bem, como querem alguns ^(m8); mas pela culpa *in contrahendo* de que é este um caso característico ^(3.08).

550.—O erro invalida o contracto nos casos referidos, mesmo quando unilateral ⁽³¹⁰⁷⁾. De resto, nenhum argumento é aqui necessário adduzir para demonstral-o. Basta lembrar que a lei faz annullavel o acto por erro sobre a pessoa e este só é possível de uma só das partes ^(11*).

557.—Existem outras espécies de erros, taes como : a) sobre as qualidades não essenciaes da pessoa ou cousa; b) sobre o valor da cousa ; c) sobre um ponto accessorio do contracto ; d) sobre o nome da pessoa; e) os de calculo, etc, ⁽⁸¹⁰⁹⁾.

O erro sobre a indicação da pessoa ou da cousa a que se referir a declaração da vontade não vicia o acto, quando, por seu contexto e pelas circumstancias, se puder verificar a identidade daquellas ⁽³¹¹⁰⁾.

^(MOi) Por ex : BUFNOIR, *ob. cit.* p. 595 e s«gs. .

⁽¹⁰⁶⁾ Cod. Fed. Suisso, art. 23 ; C. dos B. de Montenegro, art. 521 ai, 3.» ; Cod. Civ. da Áustria, 877 ; BAUDRY L. ET BARDE, *n.88*; WINDSCHEID, *ob. cit.* % 78 ; Em contrario: GIORGI, *IV*, 69 ; ROSSEL, *M.* 45.

(3107) PACIFICI MAZZONI, *ob. cit.* *IV*. 54 ; DEMOLOMBE, *l.* 96 e 105 ; * DORAN-TON, *X*, 119 ; COLMBT DE SANTERRB, *V*, 16 bis *IV*; GIORGI, *IV*, 67 ; LAUHENT, *XV*, 502.

(3108) Cod. Fed. Suisso, art. 23 ; Cod, Civ AU., art. 119; MOUTOE, *ob. cit.* *H.* 98; BAUCRY L. ET BARDE, *H.* 67.

(3109) MARCADÉ, *ob. cu.* *IV*. 406 ; LAURBNT, *XV*. 499, 500 ; Huc, *VII*, 20 ; BUFNOUI, *ob. cit.* p. 592, 595 ; BAUDRY L. ET BARDE, «. 7t.

(8U0) i, 9 § 1 D. de cont. empt.; MOLITOH, «. 108 ; Proj. Bevil., art. 93.

O erro sobre a quantidade ou valor da coisa também não annulla a convenção e somente dá lugar a uma diminuição do preço, salvas as disposições relativas aos vícios redhibitorios (3111).

Quanto ao erro accessorio do contracto já vimos que o próprio juiz, tendo em attenção a natureza especial do negocio, pôde regulá-lo (3112).

Si o erro é simplesmente de calculo, pôde ser corrigido sem affectar o contracto (3113).

558.—O erro na manifestação da vontade pôde, nos casos referidos, alterar o consentimento, não só entre as partes, como também quando estas operam por intermediários.

Si o terceiro intermediário que transmite uma declaração de vontade contractual fal-o erroneamente, o contracto pôde ser annullado nos mesmos casos referentes á declaração directa e o autor da declaração è obrigado a resarcir á outra parte os danos soffridos por ter agido suppondo real a vontade que lhe foi transmittida (*11*), salvo si a transmissão errónea foi scientemente feita ou si se deu por circumstancias impossiveis de serem previstas.

Um dos intermediários em que mais frequentemente se verifica o erro na transmissão da vontade é o telegrapho.

Verdade é que já no direito romano se decretava que tudo quanto é feito além dos limites do mandato é nullo *ipsojure*, principio este em pleno vigor actual (3114).

Resta, porém, saber si o telegrapho é um mandatário.

Seja como for, as alterações que porventura possa transmittir o telegrapho, sem factio do transmissor, não podem ser nocivas á parte por não serem a expressão real de sua vontade.

E' esta, porém, uma matéria delicada e sujeita ainda a muitas discussões entre os juriconsultos. Entendemos de nossa

(3111) MOLITOR, *ob. Cit. HS. 104, 107*; HODELOT ET METMANN, *Ob. dt. ff. 46*; BUPNOIR, *ob. cit. p. 604*.

(3112) Vide supra nosso n. 533.

(3113) Cod. Fed. Suisso, arts. 22e23; C. Civ. Hesp., art. 1266 parte 2.º; C. Civ. Port., art. 665; C. Civ. do Uruguay, art. 1244; C. Civ. de C. Rica, art. 1016; Proj. Fel., art. 235; Proj. C. Rod., art. 322.

(3114) WINDSCHEID, *ob. cit. §309 nmtas 5 e 6*. ■ (3115) § 8 Inst. de mand.; 1. 5 D. mandati; 1. 5 §§ 11 e 12 D. de inst. action. jl. 10 C. de procurai.; Cod. Civ. Fr., art. 1898; POTHIBR, *Manntat* «. 361; DURANTON, *ob. cit. XVII, 2^3*; BEVILÁQUA, *Obrig. § 121*; RAMOS, *Contractos ns. 670 e segs.*

parte que ella deve ser regulada pelos princípios relativos á culpa e decidida pela minuciosa apreciação do facto pelo juiz

J116)

559. — Do DÓLO. Labeon definia o *dolo positivo*... *esse omnem ealliditatem, fallaciam, machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum allerum adhibitam*. Ulpiano, depois de referir essa definição, diz :—*Labeonis definitio vera est* ^(3m).

E' esta realmente a mesma concepção moderna.

O dóllo é, na verdade, um artifício astucioso, empregado com o intuito de conseguirmos a pratica de um acto de que se aproveita aquelle que o empregou, ou terceiro ^(M8). Isso é o dóllo positivo.

O dóllo negativo, ou reticencia intencional e de má fé, não dava, já entre os romanos, a *adio de dóllo* e sim somente a *exceptio doli*, posto que dous textos pareçam provar o contrario ^(MW). Não tem importância actual essa theoria romana do dóllo negativo.

Os romanos faziam ainda a distincção entre *dolus bónus* e *dolus malus*. O primeiro era aquelle que se praticava para defender interesses legitimos. O segundo era o de que tratamos, comprehendido na definição de Labeon.

Existia também ali o dóllo *Te ipsa*, equiparado á lesão ^(81ao), que o direito moderno aboliu de vez, mas que subsiste entre nós.

A lei civil somente pôde considerar reprovadas as manobras fraudulentas que ella pôde punir e não os factos de ordem puramente moral, dependentes das opiniões e dos costumes.

Assim, por exemplo, jamais se poderia qualificar de dóllo o exagero das qualidades ou defeitos da cousa que as partes respectivamente fazem ao negociarem uma venda ou uma troca. Leis ha que positivamente assim o determinam ^(IM). Nem

^(S.S) GIOROI *IJJ*, 282. Bem se entende que nos referimos aos funcionarios do Telegrapho e não á administração publica que, pelo Regulamento dos Telegraphos, jamais é responsável pelos erros de transmissão. Vide art. 96 e o art. 497 do Dec. n. 1663 de 30 de Janeiro de 1894 e art. 255 do Cod. Penal.

^(am) 1. 1 §2 D. de dóllo maio.

I

^(3m8) DOMAT *Lois Civiles liv. I, tit. XVIII, sec. Hl, n. 1* ; POTHIEB, *Obligations ns. 28 e 30* ; *Pig. Port. I, 248*.

^(»«») i. 45 D. de cont. empt. e 1. 11 §5 D. de action empt.

^(M.o) 1. 36 D. de verb. oblig.

(atai) C. Civ. Port, art. 667; C. Civ. do México, art. 1301 ; C. dos B. de Montenegro, art. 519, ai. 2 ; Proj. Felício, art. 246.

ha nisso uma immoralidade na lei (^{8m}). Essas astúcias, originadas na imperfeição da ordem moral, nenhum effeito produzem em direito e não dão lugar á indemnisação do danno que delias decorra.

O dolo presuppõe essencialmente o intuito de enganar. O essencial no erro é verificar que foi o artificio empregado que deu lugar ao contracto. No fundo, o dolo converge com o erro para os resultados jurídicos, porque seu emprego induz a parte a dar o consentimento, acreditando em uma situação que na realidade não existia. Mas o que annulla então o contracto não é o erro a que uma das partes foi levada e sim a má fé com que a outra o fez surgir (^{S.M}).

Com effeito, quando mesmo o erro determinado pelo dolo não fosse em si causa de annullação do contracto, ainda assim este seria nullo pelo dolo. Tal, por exemplo: o erro sobre qualidade accidental da cousa não é fundamento de nullidade; mas si a parte fosse a elle induzida por dolo da outra, esse dolo seria causa de nullidade. Eis a grande differença das duas theorias.

Divide-se geralmente o dolo, em dolo principal, *dolus causam datis* e dolo incidente.

Nenhum texto do direito romano consagra positivamente essa divisão. Apenas seus interpretes mais antigos querem deduzil-a de certas fontes e então affirmam que alguns textos se referem ao dolo principal (^{f^m}), e outros ao incidente (^{*^m}).

Seja como fôr, essa distincção tem sido tão geralmente recebida pela doutrina e pelos Códigos que não é com facil-ildade que lhe podemos negar assentimento (^{3,86}).

(^{s.^j}) «Riffletasi che il legislatore, nel dettare le sue leggi, non si propo-ne di scrivere un trattato di morale, beusi de provvedere agli interessi ge-nerali delia societá, ponendoli, quanto é piu possibile con i principii supremi di diritto. Il legislatore certamente non approva, né incoraggia, questo modo poço leale di procedere nelle contrattazioni; ma dal non approvarlo, ai farne causa di nullitá delia convenzione vi é un abisso di mezzo, che non puo col-marsise non sacrificandovi gl'interessi generali delia societá». RICCI, *ob. ctt. n. 160*.

(^{81SS}) BUFNOIR, *ob. ctt. pag. 609*; RICCI *ob. ctt. n. 159*.

(8124) Como: 1. 7 pr. D. de dolo maio : 1.16 § 1 D. de minor. vig.; 1. 3 § ult. pro sócio.

(^{MM}) Como: 1. 11 §5 D. de adq. velamitt. poss.

(^{31Sd}) MOUTOR, *n. 110*; MAYNZ, § 206; MACKBLDEY, § 392 *n. 2*; BUFNOIR, *p. 610*; HODELOT ETMBTMANN, *n. 59*; C. DA ROCHA, § 101; C. Civ. Fr., art. 1116; G. Civ. Ital., art. 1115; Cod. Civ. Arg., arts. 934, 935, 941, 943; C. Fed. Suisso, art. 25; Proj. C. Rod., art. 332. Outros autores de nota dizem, ao contrario, que essa divisão tem contribuído para a confusão da doutrina do dolo. Assim pensam DORANTON, *X, 169, 172*; BAUDKY L. ET BARDE, *n. 116*; LAROMBIERE, *1116, 3*; Ho, *VII, 37*; ROSSEL, «. 46.

Assim, principal é o dolo que é causa efficiente do contracto, aquelle que si não existisse, a parte não contrataria.

Incidente, ao contrario, é aquelle que recae sobre um ponto especial do contracto. Os exemplos clássicos do dolo incidente são as das leis 13 § 4 D. de action. empt et vend. e 45 D. de cont. empt.

560.—No dolo como vicio dos contractos são essenciaes os seguintes requisitos : o) a intenção de ser nocivo ; b) que o plano tenha sido sufficiente para sorprehender a bôa fé do contratante; c) um laço lógico de causa a effeito entre as manobras dolosas e o contracto que se tenha em vista ; d) a participação de um dos contratantes no dolo (^{m7}).

Mas a regra dominante é que o dolo principal annulla o contracto e o incidente dá lugar a perdas e dannos.

De maneira que os actos jurídicos podem ser annullados pelo dolo, quando este fôr causa do acto e o dolo accidental dá apenas lugar a indennisação de perdas e dannos. E' accidental o dolo quando, a despeito d'elle, o acto teria sido effectuado, embora por modo diverso. Isto é doutrina invariavelmente aceita (*"■).

A nullidade decorrente do dolo principal dá-se, quer acto produza effeitos úteis ao doloso, quer a terceiros, ou o prejuízo fosse immediato para o enganado, ou este prove que nenhum interesse lhe advinha do contratar.

O dolo, porém, não vicia o contracto desde a origem.

Dado o consentimento, a convenção está feita, quer fosse livre, quer extorquida fosse por dolo. Isto foi assim tão positivamente no direito romano que, antes da criação da *exceptio doli*, as convenções que repousassem nelle eram válidas.

Ainda actualmente nada impede que se opere a novação de uma obrigação contrahida por dolo. Já se vê que aquellas que nelle se fundam não são nullas de origem e sim somente annullaveis (^{8m}).

O dolo *causam dans* não opera, pois, de pleno direito; apenas faz rescindivel o contracto. A existência desse vicio não

(^{3m}) GIORGI. *ob.cit.*, TV, H. 94.

(««•) Cods. Civis: Fr., arts. 1109, 1116 e 1117 fitai., 1116; Hesp., 1265, 1266, 1269 ; Hayti, 909 ; Montenegro, 519 ; Congo, 16; Columbia, 1516; Canadá, 993; C. Rica, 1020 ; Peru. 1239 ; Argent.,932 ; Fed. Suisso, 24 ; AllemSo, 123; Saxe, 93.831,833; Áustria, 869. 871, 875; Proj.Fel., 243 ; Proj. C. Rod., 236 e 328 ; Proj. Bevil., 94 e 95.

(⁵¹⁸⁹) MATNZ *ob. cit.* § 203 bis.

é equiparável á falta de objecto ou a do consentimento. O contracto existe até o momento em que a parte prejudicada faça valer a nullidade com que a lei o fulmina f¹¹⁰).

Nos actos bilateraes, o silencio proposital de uma das partes sobre o facto ou qualidade essencial, que a outra tenha ignorado, constitue omissão dolosa, si provado fôr que, sem elle, o acto não se teria realisado. E' este um caso de dolo principal (•«•).

561. —Pode também ser annullado o acto por dolo de terceiro quando tiver havido sciencia de uma das partes (*^w), pensam alguns.

Em direito romano a solução era outra. A parte lesada pelo dolo do terceiro tinha contra este o *adio do li*, si não tivesse outra acção (^{3WS}), e tinha acção de perdas e danos contra aquelle com quem contratou até a concurrente quantia do que este lucrou com o dolo ("*).

A doutrina moderna citada é por demais severa em se contentar com a simples sciencia da parte para annullar o contracto pelo dolo de terceiro.

A melhor solução, a maia moral e consentânea com a Índole dos contractos, é a ensinada pela maioria dos autores, isto é, que para ser annullado o contracto por dolo de terceiro, é mister que tenha havido acordo entre esse terceiro e a parte que lucrou com o dolo. não bastando que a parte estivesse apenas informada do dolo.

I O dolo de terceiro não deveria annullar o contracto. conforme é corrente em direito francêz e italiano e somente dar ao lesado regresso contra o terceiro doloso (^{MM}).

Realmente, o dolo de terceiro não deve prejudicar o contracto por uma razão obvia que resulta da theoria acerca da violência.

A violência é equiparável á força maior; a victima delia é como a victima de uma força insuperável. Ella exonera essa victima de cumprir o contracto, mesmo quando praticada por terceiros.

(*¹³⁰) MUHLENBRUCH, *Doctrina Panáectarum* § 337 : MoiJTOR, m. 111. (*ⁱⁱⁱ)

Proj. Bevil., ort. 96.

(»») E- a rigorosa doutrina do C. Civ. Ali, art. 123 ai. 2 ; C. Fed. Suisso, art. 25; Proj. C. Rod., art. 332; Proj. Bevil., art. 97. (»^M) Is. 1 § 8 ; 2, 8, 9 § 1.o, 19 e 4 D. de dolo maio. (»«*) 1. 18 §3 D. cit.; MACÍELDKT § 392' (>^M) *Dig. cport, l, 250* ; Rica, *ob. dl. «. 161*; HHDELLOT ET MKTMAM. «. 58.

No dolo, ao contrario, não se pôde ver nada semelhante á força maior; ha sim um erro da parte da victima do dolo e portanto, si este é causado por terceiro, não pode prejudicar a parte contractante que não concorreu directa ou indirectamente para o dolo (^{8.M}). Ora, não podemos ver que a simples sciencia constitua concurso de uma das partes no dolo de terceiro (^{3m}).

Os effeitos do dolo são menos extensos do que os da violência, pois que esta é sempre motivo de annullação emane de quem emanar ; seu império é irresistível, o do dolo não o é.

/3138\

Essa differença, que o direito romano já fazia, fazem-n'a todos os Códigos modernos (^{818B}).

Si, porém, o terceiro é representante de uma das partes, seu dolo obriga o representado somente quanto a responder este civilmente até a concurrente quantia do proveito que auferiu.

Neste ponto a doutrina francêza não deve ser recebida

Nesta o dolo commettido pelo mandatário dá lugar á acção de nullidade contra o mandante; mas qualquer indenni-sação deve ser pedida ao mandatário doloso (^{8U0}).

A doutrina francêza é rigorosa ; a que adoptamos é mais equitativa (^{8m}/ I

562.—Si ambas as partes tiverem procedido com dolo, nenhuma poderá allegar-o para annullar o acto ou para pedir indennisação.

Conclusão : para que o dolo produza effeitos rescisórios é indispensável que tenha uma origem unilateral, que esteja

(8«36) BUFNOIR, *Ob. Cít. p. 617.*

(³¹³⁷) Nós não temos lei a respeito. Ha entre nós quem accete a doutrina que refutamos, mas sem argumento solido, por ex.. M. GARCEZ, *ob. cit. 140 e segs.* Mesmo no direito francêz ha quem a adopte até com o exagero de affirmar que a cumplicidade com o dolo de terceiro se pôde induzir até do silencio do contratante que o conhecendo não o revelar a outra parte. LAURENT XV, 529 ; BAUDRY L. ET BARBE, H, 109 : de acordo com o art. 24 do Cod. Fed. Suisso e ROSSEL, n. 46.

(^{8m}) Hus, VI 1,38: BAUDRY L. ET BARDE. H. 110.

■ (S'3»; Cod. Civ. da Holl. arts. 1359 e 1364 : do Chile, arts. 1457 a 1458 ; da Ital-, arts. llll e 1115; Hesp., arts. 1268 e 1269; Port. arts. 663 ai, l.a e 666 ai. l.a : do México, art. 1269 ; Fed. Suisso, arts. 24 e 26. O único em contrario é o Argentino, art. 935.

8j

(»*0) DURANTON, *ob. cit. X, 186* ; LAROMBIERE, *ob. cit. lliQn. 10*; LAURENT, *ob. cit. XV, 529* ; BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 112.*

(8i*i» Proj. Bevil., art. 98.

em uma só das partes contratantes.^(8U1) Si é reciproco compensa-se e o contracto não é nullo. *Dolus cum dolo compcmatur*

D). .

Si ha mais de um contratante, figurando de uma parte no contracto e só um procede «;om dolo, a victima deste não tem acção contra os contratantes de bôa fé para annullar a convenção e sim somente para pedir indennisação contra o autor do dolo ("**).

563.—O dolo não se presume; é preciso que se provem indícios graves para que elle seja presumido (^{3WS}). A prova plena não é exigida, pois que ninguém pratica um acto reprovado ás claras.

Dahi vem que o dolo se demonstra por conjecturas, indícios e presumpções. Isto não quer dizer que o dolo seja presumível ; ao contrario, os fundamentos da sua existência devem ser sempre provados por quem os allega. *Dolus non presumitur, nisi probetur.*

Elle precisa ser allegado por acção rescisória ou por excepção, e só o pode fazer a victima, nunca um terceiro, seus herdeiros ou successores singulares (^{U1}).

A ninguém é licito renunciar previamente a nullidade decorrente do dolo; mas, uma vez approvedo ou ractificado o contracto doloso, jamais poderá a parte, que o approvedo, invocar tal nullidade (TM).

564.—O dolo posterior á conclusão do contracto não é nem pode ser allegado como fundamento de sua nullidade (^{m8}).

(^{im}) 1. 7 pr. D. de dolo maio; POTHIEB, *Oblig. ns. 29 e 30*; HODELOT ET METMAN, M. 59; DURANTON, X, 177 *esegs.*; Ricci, n, 161; LAROMBIERE, 1U6, H. 8.

(•**•) 1. 49 D. solut. matrim.; 1. 36 D. de dolo maio; MACKEDDEY, *ob. cit.* § 392 ; Cod. Civ. Hesp., art. 1270.

(^{8,u}) BAUDRY L. ET BARDE, «. III ; Proj. Bevil., art. 99.

(3«45) i. 6 C. de dolo maio ; Ord. liv. 3.<> tit. 59 § 25 ; Dig. *Port. I, 249* ; VALASGO, *Consulta IS4 n. 16* ; C. DA ROCHA, § 101 *fim*; HODELOT KL METMAN, H. 61.

(^{im}) HODELOT ET METMAN, «. 64; BOFNOIR, *ob. cit. pag. 646*.

(^m) Cod. Civ. Port., art. 668; do Chile, art. 1465 *fim*; Costa Rica, art. 1021.

(3148) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 115*.

Em uma tal hypotheze, elle figura como um vicio de execucao e se regulará pelos principios relativos á culpa.

565.—DA COACÇÃO.—O erro e o dolo actua sobre a intelligencia; a violência sobre a vontade. Ella é, pois, uma causa de nullidade por atacar a livre determinação da parte.

Esse effeito, porem, é essencialmente variável e depende da impressao que a violência ou temor do mal possa exercer sobre o violentado. Um mal mui grave para um homem vulgar, pode produzir impressao insignificante em outro de tempera rija.

De modo que não é a violência que altera o consentimento e sim a impressao que ella produz (^{IIW}). Os romanos já não diziam *vis* e sim *metus* (^{8,w}).

O que é essencial é que a impressao se origine na violência, não physica, porque então haveria ausencia completa de consentimento, mas uma violência que altere o consentimento sem o extinguir (^{8W1}).

A primeira é a violência physica—*vis alrox* : a segunda é a moral—*tis compulsiva, metus*; a primeira decorre de maus tratos, a ultima de ameaças (*^M). E' o que melhor podemos qualificar *violência e intimidacao* (^{S1S8}).

A violência é uma coacção physica; a intimidacao é o receio de um mal próximo. O resultado moral, psychologico, é o mesmo em ambos os casos : em um existe o temor da continuacao de um mal actual; em outro o do apparecimento de um mal futuro ; mas em ambos é sempre o medo que actua como determinação da vontade.

Praticamente a distincção é sem valor e eis porque agrupámos todas essas figuras sob a denominação de *coacção*.

Na violência o contratante obra *in vilis* ; na intimidacao *coactus*, isto é, tem ainda o gozo da vontade e apenas obedece ao motivo mais forte. A lei pouco tem que ver com a violência, porque nella não existe de todo a vontade; o contratante exerce uma acção puramente mechanica. O dominio da lei é a intimidacao (•"*)).

(SU9j BAUDOT L. ET BARDE, M. 72'; ROSSEL, *ob. cit. n. 49*.

■ (siso) i. i. a D, quod metus causa.

B

(3i») BUFNOIR, *ob. cit. pag. 605*.

M («») C. Civ. Port., art. 666 § un.; C. Civ. do México, art. 1299 ; BAU-DRY L. ET BARDE *n. 73*.

■ (***) ComoosCods. Civis de Hesp., art. 1267 e do Uruguay, art. 1246.

(ais*) AUBHTETRAU, §3¥, *nota 10* ; PAC. MAZZONI, *IV, 48* ; GIORGI, *IV, 76*; LAKOMBIEHE, *ob. cit. 1114 n. 3*.

Psychicamente a coacção é o contraposto do dolo ; neste a parte é enganada, illudida, a contratar por um interesse próprio ; na coacção ella é vencida por um interesse de outrem. Quando ella não é physica ha ainda o contracto, pois que o consentimento existe embora viciado. *Voluntas coada estvo-lunlas. Coactus voluit atamen voluit* (^m). Isso é inspirado pela philosophia stoica e sancionado nos costumes romanos (^{MM}). No ponto de vista moral, é uma afirmação absurda, pois que, quem preferiu realizar um contracto a soffrer a continuação de uma violência, apenas escolheu entre duas soluções igualmente alheias á sua vontade e esta decidiu-se sem a livre ponderação do espirito. Seja como for, os Códigos modernos acceitaram-na (^{MS1}).

566.—Os efeitos rescisórios da violência dependem de caracteres typicos essenciaes. Assim, ella deve ser : a) a causa determinante do contracto e estar para com elle na estreita relação de causa e effeito ; b) deve ser injusta; c) deve ser grave (^{81M}).

A coacção para viciar a vontade deve ser tal que inspire ao paciente receio fundado de danno imminente á sua pessoa, á família ou aos bens, igual, pelo menos, ao que possa resultar do acto a que é coagido (^{31M}). Antes de tudo o effeito rescisório decorre essencialmente do facto de ter sido a coacção exercida com o fim de se perfazer o contracto (^{816o}). De maneira que—recordemos o exemplo clássico—si um individuo atacado por salteadores, promette uma certa somma a quem o salvar, ou que, no horror de um incêndio, promette algo a quem salvar sua família, nem o rigor do direito romano consi-

(^{SIM}) E' ai. 21 § 5 D. quod met. causa ; MAYNZ, § 203; POTHIER, n. 2/.

(^{*1M}) Isso vemos em uma celebre passagem da *Andria* de TERÊNCIO que seria longo e inoportuno citar na integra : « Coactus tua voluntas es.. » etc.

(^{»'''}) Vide por ex. Cod. Civ. Fr., arts. 1111, 1115, 1117, 1304 etc.

(³¹⁵⁸) GIORGI. *ob. cit.* IV, n. 77.

(«189) cods. Civis: Fr., art. 1113; Ital., art. 1113 ; Hesp.. art. 1267 ai. 2.»; Purt., art. 666 § único : Argent.. art. 937 ; do Hayti, art. 906, ai. 2.ae 3.» ; do Congo, arts. 11, 12 ; da Canadá, art. 995; da Columbia, arts. 1513 e 1514 ; de Costa Rica, arts. 1017 a 1019 ; da Áustria, art. 870; Federal Suisso, arts. 26 e 27 ; Proj. Fel., arts. 240 § único e 241; Proj. C. Rod., art. 349/Proj. Bevil., art. 100.

(^{816o}) I. 9 § 1 D. quod met. causa ; POTHIER, n. 24; TOUIXIER, VI. 85 ; DOBANTON, X, 149 ; Huc, VII, 30 ; Rica, n. 167; BAUDRY L. ET BARDE, «. 77.

dera ahi o contracto annullavel por medo (³¹⁸¹). O contrario pensam outros modernamente e talvez com razão (^{1.M}). Dizem elles que, em tal caso, a obrigação existe, não pelo consentimento que se achava viciado, e sim por tacto de outrem que se expoz para salvar o atacado.

Outros affirmam e é esta a nossa opinião, que nos casos figurados não existe o vicio da violência; o que ahi ha é o desespero, produzindo uma demência passageira. Esta colloca o promittente, sem duvida, em uma obrigação de consciência, em dever moral dos mais urgentes, mas não dá acção juridica ao que prestou o serviço para o exigir.

E' a solução mais de acordo com a moral (^{.M}).

A violência precisa ter fundamentos sérios para dar causa á annullação de contractos (³¹⁶⁴).

O *chlerium*, porém, da violência tem sido muito diverso.

O direito romano dizia que ella deve ser um *mclum prcesentem, non suspencionem inferendi ejus* (^{81M}), capaz de atemo-risar *non vani liominis sed qui in homine constantissimo ca-dat* {*"<}).

Ha nisso um exagero deshumano, um typo absoluto inaceitável.

Os Códigos modernos são mais práticos (⁸¹⁶⁷).

A coacção deve ser sempre relativa á situação pesscal da victima (^{81M}). O juiz não deve ter um typo abstracto de coacção, mas apreciar o que esta tenha sido no caso examinado

/3169\

Emfim, para annullar o acto, a coacção deve ser tal que inspire ao paciente receio fundado de danno imminente á sua pessoa, á família, ou aos seus bens, igual, pelo menos ao que possa resultar do acto a que é coagido, como ficou dito.. E' este um máximo. O juiz, porém, pôde descer delle na apreciação do factu, tomando em conta a idade, o sexo, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e quaesquer outras circum-

(^{MM}) 1. 9 § 1 D. quod metus causa cit.

(^{81M}) RICCI, *ob. cit. n. 163*.

(ates) Coutar DE SANTERRE, V, n. 20 bis.

(»>«*) *Dtg. Port, I, 238 a 240*.

(^{8.is}) 1. 9 D. quod metus causa.

(3166) I. 6 Dig. Cit.

(»««») Cod. Civ. Fr., art. 1112; C. Fed. Suisso, art. 27 ai. 1 ; Proj. Bevil., art. 100.

(M««) DOMAT, *Lois Ctv. /*.•/» III. XVHI, sect. H\ BAUDBTŁ. ET BARDE, ob. cit. n. 74; Huc, ob. cit. Vil, n. 31.*

(^{11M}) RICCI, *ob. cit. n. 162*.

stancias que possam ou não lhe imprimir gravidade (^{8.1º}). Preferimos dizer «receio fundado do dannoimminente» a falar no «mal presente». Aquella formula é do Código Federal das Obrigações ; esta do Civil Francêz.

Com effeito, o *mal presente* deste ultimo não exprime a verdadeira situação, pois que aquillo que é presente não é o mal e sim o receio surgido da ameaça. Quem ameaça incendiar-me a casa não me expõe a um mal presente esim ao receio presente de um grande danno.

Essa observação aliás é feita pelos próprios civilistas francêzes (^{SI71}).

O danno imminente a que nos temos referido não é só o defluente da violência physica e sim também o danno moral, como a diffamação,etc (^m). Realmente o temor da infâmia, em que peze á solução romana em contrario (^{317S}) e á opinião mais aceita modernamente.póde constituir uma violência que affec-te o consentimento (^{8.n}).

O duplo movimento de reconstrucção moral e de delírio anarchico que caracteriza nossa época, superexcitando o in-stincto destruidor sob as sinistras formas da calumnia e da maledicencia.colloca muitas vezes naturezas delicadas em frente da exploração de sua pureza para fins egoisticos. A imprensa é o vehiculo de taes escândalos.

O temor da macula em tal caso, junto a uma natureza pouco enérgica, póde levar ao contracto, que fica assim viciado por essa espécie de violência. E',pois, para nós uma questão de facto que o juiz deve apreciar e rescindir o acto, si se provar que foi elle obra de uma vontade determinada pelo temor da infâmia (⁸ⁿ⁸).

(^{8«º}) 1. 8 § 3 D. quod met.; C. TELLES. *Dout. das Acções §441 nota 1*; Cod. Civ. Fr.,art. 1112 fim; Ital., art. 1112 fim; Hesp., art. 1267 ai. 3.a; Argent.,art. 938; Fed. Suisso, art. 26; Proj. C. Rod.,art. 351 ; Proj. Be-vil., art. 101.

(³¹⁷¹) TOULUKB, *Vi*, 79; BAUDRYL. ET BARDE, *n. 75*; DURANTON, *X*, 251 ; Huc, *VII*, 31; BUFNOIR, *ob. cit. p. 607*.

(sm) Cod. Civ. Port.,666 § un.; Argent., art. 937; Fed. Suisso, art. 27 ai. 1 ; México, art. 1299 ; Huc, *Vil*, 31; BUFNOIR, *«t.; BAUDRY L. ER BARDE, *n. 76*.

(^{8,7S}) MOLITOR *oh. cit. n. 117* com fundamento na l. 7 D. quod metus causa.

(•*) *Dir. Civ. Recopil., art. 228 d*); ROSSKL, *ob. cit. n. 49—4.⁰* ; Cod. Civ. Argent. 937.

(^{M78}) DEMOLOMBE, *ob. cit. I, 143* ; GIOHGI, *IV*, 88.

567.—Nãoconstituecoacção a ameaçado exercício normal de um direito ("•). E' preciso que o uso do direito que se ameace fazer seja normal e não envolva um caracter abusivo

So as circunstancias de facto poderão esclarecer a situação.

Como regra geral, porém, póde-se affirmar que si a via de direito vae além de seu fim, ella se transforma em verdadeira via de facto (sm)

Assim, supponhamos que um credor ameace seu devedor, não para haver seu credito, mas com o fim de forçal-o a uma reforma do mesmo credito, com juros mais elevados. O acordo é geral; haverá nisso violência que vicia o consentimento e faz annullavel o acto (^{8,TO}).

568.—Não constitue coacção igualmente o simples temor reverenciai (^{31W}). O temor reverenciai não é somente o sentimento de veneração, respeito, reconhecimento e condescendência para com as pães e sim também para com qualquer outra pessoa a quem se deva.

A lei não pôde punir aquillo que, ao contrario, deve ser animado e por isso sempre aceitou essa doutrina (^{8W1}).

Si o temor reverenciai é acompanhado de violência, claro é que o consentimento é então variado ; mas aí já não é o temor reverenciai que actua e sim a violência.

^{O118}) Cods, Civis; Fr., art. 1114 ; Ital-, art. 1114;Hesp., art. 1267, ai' 4; Arg.,art. 940; da Sardenha, art. 1201; do México, art. 1300; do Chile, art. 1456 ai. 2 ; do Hayti, art. 907, ai. 2 ; do Congo, art. 14 , do Canada, art. 997; Proj. Fel., art. 242 : Proj. C. Rod., art. 351; Proj. Bevil., art. 102.

(^m) Hoc, VII, 26 ; DURANTON, X, 144.

³¹¹⁸) BAHDBY LACANTINEKIE ET BARDE, HS. 8í, 84.

(8H9) POTHIER, *ob. cit. n 26*; COLMET DE SANTERRE, *ob. cit. V, 22 bis li; fim* ; AUBRY ET RAU, *ob. cit. % 34j bis nota 1* } ; LAROMBIERE, *ob. cit. 1H4, 10 a 12* ; GIOBOI, IV, 81; LADRENT, XV, 516.

(MM) *consol. das Leis Civis, art. 355, nota 14 fim* ; C. DA ROCHA, § 702 , *Dig. Port. 1,2Al*; POTHIER, m. 27 ; HODELOT ET METMAN, H. 56' ; MOURLON, *ob. cit. 1053*; Códigos citados na nota 2206 supra.

(8181) DOMAT, *ob. cit. P.e l. *iv. 1.º tit. XVIII, sectioH 2 n. 9.*

569.—Ainda quando exercida por terceiros, a coacção vicia o acto ou contracto (^{81M}). A questão para a lei é que a coacção actue no animo do contratante, ou venha da outra parte, ou de terceiros.

D*onde se vê que coacção tem efeitos mais efficazes do que o dólce ; ella não precisa ser praticada pelo contractante ou com sua equiscencia e produz efeitos rescisórios, mesmo quando não seja este seu autor. ^ Isto já era um principio romano (^{1M}).

Ha, porem, distinguir dous casos diversos na coação exercida por terceiro. Si ella tiver sido previamente conhecida da parte a quem aproveitar, responderá esta solidariamente com seu autor por todas as perdas e dannon. Si a parte prejudicada com aannulação do acto não tiver tido conhecimento da coacção exercida por terceiro, será este responsável por perdas e dannon ("").

570.—Em sentido opposto, a violência produz efeitos rescisórios, mesmo quando dirigida contra terceiros determinados, a membros da familia, assim como a amigos Íntimos, ao pupillo, á noiva (^{st85}).

O *criterium*, emfim, deve ser o que fornece um grande civilista—«*ou une personne de qui le mal doioe le touchem.* (^{1M}). O juiz é quem deve bem apreciar o facto para aquilatar a existência e o grau da violência.

5T1. —A violência dá sempre lugar á rescisão ; nenhuma defesa se lhe pôde oppôr. Defende-se do dolo; nunca da violência (^{st87}).

(^{8.*}«) Cod. Civ. Fr., art. 1111; Ital.. art. llll ,Hesp.. art. 1268; Port., art. 666 ; Argent., arte. 941 e 942; de Nápoles, art. 1065 ; do México, art. 1298; da Sardedha, art. 1198; Fed. Suisso. art. 26; da Holl.J art. 1259; Allemão, art. 123 ; do Japão, art. 96 ; da Luiziana, art. 1844 , do Chile, art. 1457 ; do Hayti. art. 906; do Canadá, art. 994; do Peru, art. 1241 ; da Áustria, art. 875; Broj. Fel., art. 240 ; Proj. Bevil., art. 103 ; C. DA ROCHA. § 102 ; POTHIER, «. 24: Ricci, n. 164 ; WÍNSCHEID, § 30.

(¹⁸⁵) 1. 9 § I.º D. quod mel ns causa.

<*•) Cod. Civ. Arg., art. 943; Proj. Bevil., art. 103 e §§.

(•188) POTHIER, n. 25al. 2; BAUDRY L. ET BARDE, n. 92 : ROSSEL, *fiag*, 57; Cod. Fed. Suisso, art. 29ai. l; Proj. Bevil., art. 100. [(sm) DOMAT, *ob. et. P.* « 7ª liv. 1.º XVIII, *secl. II*, «. 5.

(¹⁸¹) 1. 1 D. quod metus ; 1. 5 C. de hisquaevi, metusvecausa gesta sunt.

Convém apenas lembrar que ella não opera *ipsojure* e é somente causa de rescisão (¹⁸).

Nada, porém, inibe que o contracto feito com o vicio da coacção possa ser confirmado pelo consentimento posterior, mesmo tácito, do contratante victimado por ella, uma vez que se ache livre da pressão (*¹⁹).

5T2.—Os effeitos da violência reflectem sobre os terceiros detentores e seus herdeiros ; em uma palavra, a acção de rescisão do contracto é real e *rei persecutória* no caso de se transmittir a terceiro bens cuja aquisição seja annullavell pelo vicio de violência. Ella annulla a vontade e pois destróe todos os effeitos trasladvativos do domínio (*¹⁹⁰).

Este effeito é quasi unanimemente reconhecido em relação ao erro e á violência. Ha algum dissentimento acerca do dolo.

Aceitamos, porém, a melhor doutrina que estende até os contractos viciados de dolo effeitos amplos que attingem aos terceiros adquirentes a titulo singular, ou a titulo universal

573.—E' opportuno indagar agora qual o valor do contracto effectuado quando uma das partes soffria a acção da suggestão hypnotica.

E' uma questão árdua, já mui debatida em nosso direito e sobre a qual nenhum accordo existe.

(8188) § 2 Inst. de except.; 1. 21 § 5 D. quod metus; 1. 116 D. reg. jur.; *Consol. das Leis art. 355 nota 14 ctt.*; Cod. Civ. Fr., arts. 1109 e 1304; Ital., art. 1111, 1300; Port. art. 690; Hesp., art. 1186 ; MOLITOR, *M. 118*; Proj. Bevil., art. 100.

(8180) *Dig. Port. l. 245* ; COLMET DE SANTERRE, *V, 25*. Discute-se si é valido o contracto que faz o credor com o devedor prezo a seu requerimento, nos casos possíveis, como o de deposito, etc Al. 22 D. quod metus o considerava valido. Entre nós a Ord. liv. 4 tit. 75 pr. adtnitte esse contracto com licença previa do juiz, que deve examinar o contracto e ver si elle é razoável, não le> sivo e livremente acceto pelo prezo. RAMOS, *ob. cit. n. 96*.

(3100) is. 2 § 8 ; 9 § 1 ; 14 pr. e § 3 D. quod met.; C. TELLES, *Acções § 447 notr 2* ; MOUTOP, *», 119* ; HODELOT ET METMAN, *n. 49*; C. DE SANTERRE, *V, 27 bis III*.

(8101) LAROMBIERE, *ob. cit. 1116 «. 12* ; BAUDRYL. ET BARDE, *ob. cit. n. 126* ; LAURBNT, *XIX, 75 76* ; Huc, *Vil, 41* ; BOFNOIR, *ob. cit. pag. 613 a 619* ; HODELOT ST METMAN, *ob. cit. n. 64*.

« Entre os meios da coacção moral comprehendem-se as suggestões hypnoticas ou magnéticas quando a pessoa a quem forem attribuidas tiver o habito de as praticar »^(1M).

« Entre os meios de coacção moral, comprehendem-se as suggestões hypnoticas »^(m).

Taes foram os dois Projectos de regulamentação da matéria que têm surgido em nosso paiz. Nada temos, pois, de positivo; mas a questão pode surgir na pratica e é forçoso que a theoria a esclareça.

A questão é difficil e a luta hade existir sempre para saber principalmente onde se a deva collocar ; em uma palavra, si se deve considerar o contracto obtido pela suggestão hypno-tica entre os viciados por dolo ou por violência. O autor de um dos Projectos vacilla na solução theorica (⁸¹⁹⁴).

5T4.—A questão do hypnotismo e das suggestões hyp-noticas é daquellas sobre as quaes ainda reina uma quasi completa obscuridade ; cm que o especialismo dispersivo dos sci-entistas, por falta de uma syntheze verdadeiramente geral, ainda não disse nem dirá provavelmente tão cedo a ultima palavra.

As reacções do physico sobre o moral, as do meio, sobretudo social, sobre o individuo, hão de ser um assumpto inter-dicto á sciencia official, emquanto esta não se entregar á influencia e direcção da doutrina fundada por AUGUSTO COMTE.

Eis porque achamos o assumpto inoportuno nos Códigos Civis.

Aquelle que modernamente se organisou com mais critério—o Código Allemão—não abordou a matéria e só compre-hendeu os casos possíveis na pratica na genérica disposição de seu artigo 105 alinea 2? Não é que achemos a questão insolúvel.

O que pensamos é ser imprudente pretender fixar regras legaes, que são artificiaes, em matéria em que a lei natural não é conhecida.

Achamos isso tão descabido, como si os códigos, ao lado da regulamentação do transporte terrestre e marítimo, tentassem fixar regras ao transporte aéreo.

(8102) Proj. Coelho Rodrigues, art. 350.

(8188) Proj. Beviláqua, 115 § único que desapareceu na revisSo da Camará dos Deputados, fundindo-se no art. 100. (3194) BEVILAQUA, *Obrigações* § 46.

575.—Todavia não queremos encerrar o assumpto sem expor o nosso pensamento.

I Partamos dos dados positivos actualmente adquiridos para indagar como diveríam as legislações qualificar o pheno-meno.

Antes de tudo cumpre fazer uma grande differença entre suggestão e hypnotismo.

O estado hypnotico é um effeito da suggestão e ao mesmo tempo uma condição para tornar possiveis as suggestões durante elle.

A suggestão independe da hypnóse e póde-se dar, tanto durante o somno hypnotico, como fora d'elle no estado de vigília.

O hypnotismo é, em summa, um estado psychico que exalta a suggestibilidade, emquanto que a suggestão nada mais é do que o acto pelo qual uma idéa é introduzida no cérebro e por elle aceita (⁹¹). Ora, esta se dá também no estado de vigília e é tão irresistível como as que se operam no somno; não existe entre ellas differença de grau. O suggestionavel em vigília é tão passivo como o individuo adormecido: obedece e segue a impulsão recebida cegamente, fora do estado normal

³¹⁹⁶

Ha, pois, uma primeira divisão a fazer-se das suggestões em *hypnoticas*, *post-hypnoticas* e *no estado de vigília*.

Além destas, existem as duas grandes classes geraes das *suggestões artifieiaes ou provocadas* e as *normaes*.

Consequentemente, a primeira difficuldade para um Código seria um termo preciso, claro, conciso, para poder abranger todos esses ancenubios do mesmo phenomeno. Todas as denominações geraes pi opostas pelos scientistas para que um Código possa bem abranger todos esses estados, têm esclarecido mui pouco a matéria (^{8m}).

Dizer «suggestões hypnoticas», como pretenderam os Projectos citados, não resolvia o problema, pois que essas expressões têm um sentido genérico e outro restricto. No primeiro, ellas exprimem as suggestões artifieiaes ou pathologicas em opposição ás habituaes ou normaes. No sentido restricto, ellas differencam entre as pathologicas ou artifieiaes, as que são provocadas em estado de somno hypnotico, das produzidas em vigília.

³¹⁹⁵ DFJERINR, *Semiologie du système nerveux*, pag 387 e segs. (^{9,116}) OTTOLENGHI, *La suggestione e la faculta psichiche occulti in rap-porto alia pratica legale e medico forense*, pags. 293—294. («») OTTOLKNGM, /Mg. cit.

Não ha, portanto, uma expressão bem precisa que em um texto de lei possa abraçar todos estes estados derogatorios da integridade da volição.

576.—Quando, porém, assim não fosse; quando uma expressão bem precisa pudesse ser encontrada, surgiria a questão de direito muito mais importante de saber si um contracto obtido por meio do hypnotismo devia ser classificado entre os que têm o vicio do dolo ou da coacção.

Sem duvida desde que um individuo se determine a obter um contracto por tal forma, seu estado psychologico é de quem se acha exercendo machinações dolosas com o intuito predeterminado de tornar-se sujeito activo de um direito de credito.

Desde, porém, que, sahindo desse domínio puramente intencional, elle chegue a obter de sua victima o estado hypnotico, elle fica senhor de sua vontade e então, si consegue que o contracto se complete, claro é que exerceu positivamente uma coacção.

De modo que, ou devemos affirmar que o acto contem dolo e coacção simultaneamente, ou que a solução é outra.

Nossa opinião é que é preciso procurar outra solução.

Vejamos qual deva ella ser.

O que catacterisa o e&tado hypnotico éa exclusão da consciência e da vontade ; é uma alienação provisória. O estado em que devem estar os indivíduos para serem passíveis da influencia da suggestão é de um desarranjo intellectual, segundo a melhor e a mais corrente opinião (^{IM}). A vontade cede á uma força irresistível da tendência suggerida e a victima tende a effectuar actosdeapparencia voluntários e que, entretanto.não são aprovados por sua razão (^{MM}).

Acresce que a suggestão pôde ser ainda post-hypnotica, isto é, o individuo, uma vez passada a operação do somno provocado, não conserva a lembrança do que se passou e lhe foi suggerido.

Este estado pôde durar de dez dias a seis mezes. Entretanto á medida que se aproxima o tempo preciso em que elle deve cumprir o acto suggestionado, a victima, com toda a appa-

(3196) Nous voyons avant tout, chez les hypnotiques, une paralysie plus ou moins grande de leur propre conscience et de leur volonté. grace á laquelle s'elimine completamente tout le domaine des mouvements volontaires... TARCHANOFF. *Vhypnotisme et Suggestion. trad. JAUBERT, />ag. 76.*

(*') TARCHANOFF, *ob. cit. pag. 43.*

rencia de normal, se apresta, sem saber porque, a effectuar o actos suggerido e o cumpre sem hesitação no momento e no lugar determinados, apesar de todos os obstáculos e a despeito de sua luta interior (^{8,00}).

O estado da hypnóse manifesta-se por um desarranjo completo dos centros psychicos, perda de consciência e da vontade, tendência a illusões e hallucinações, aos tetanos musculares ; emfim, é um quadro de perturbações nervosas que muito se approxima da alienação provisória e que acaba por deixar os hypnotisados atacados de affecções pathologicas do systema nervoso e das funções da própria vida vegetativa (^{SMI}).

Quaesquer, porem, que sejam os phenomenos concomitantes á hypnóse, o que há principalmente a considerar é a abolição completa da vontade (³¹⁰²).

A .vista desse estado moral do hypnotisado, como deve o direito considerar seus actos ?

Não hesitamos em affirmar serem nullos *ipso jure* por serem actos de um incapaz. A coacção presuppõe um individuo no gozo integral de suas faculdades (⁸²⁰¹); o hypnotisado não o tem, é um insão de mente. Todos os actos do suggestionado por suggestão, pathologica ou artificial, com ou sem hypnotis-mo, emanão de um estado mórbido inda que transitório. Logo, são actos de um incapaz e não somente um resultado do dolo ou da coacção.

A este respeito nada melhor conhecemos como disposição legislativa do que o que estatue o artigo 105 do Código Civil Aliemão : « é igualmente nulla a declaração de vontade dada em estado de inconsciência ou de perturbação passageira de espirito » (^{S104}).

Um autor de renome chegou quasi que ás mesmas conclusões (^{320S}).

Para elle os actos praticados durante o som no hypnotico, ou em estado de vigília mas em virtude da suggestão recebida no somno hypnotico, são actos de um incapaz.

Nas suggestões indirectas, porem, em que o suggestiona-

(8100) TARCHANOFF, *ob. cit.* pag. 40, Resumi nos suas próprias palavras.

(MOI) TARCHANOFF, *ob. cit.* pag. 50.

(^{8,01}) Par quels phenomenes intellectuels se manifeste cet etat particulier chez rhomme ? Ce qui frappe avant tout, c'est l'abolition complete ou partielle de la conscience et par consequent de tous les actes volontaires... TARCHA-NOFF *ob. cit.* p. 7.

(8203) Cod. Civ. da Itália, art. 1112 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1456.

(8204) Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit abgegeben wird.

(8205) CAMPILI, *Il grande ipnotismo e la suggestione ipnotica nei rapporti col áirito penale e civile*, n. 118 a 128.

do não perde a volição—diz elle— ha um caso de dolo quando se consegue a pratica de certos actos. Haverá então um duplo resultado da acção penal contra o hypnotisador e de um direito a rescisão contra o acto ("o*).

Ia Nossa opinião é mais extrema e estamos convencidos ser a melhor.

577. — Ao terminar o que tínhamos a expor sobre a coacção lembremo-nos a evolução que tem feito a moralidade humana a respeito delia e do dolo.

Na idade media este era mais estigmatizado do que aquella. Dante colloca seus fraudulentos de toda a espécie nas *malbolge*, as fossas malditas. habitação de delinquentes mais odiosas:

.... *stan di solto*

Gli frodolenli: e piu dolor gli arrobe.

Quanto á violência, porem, fundado nas doutrinas de S. Thomaz (^{M01}), elle queria que a vontade fosse absoluta e não cedesse a ella em caso algum :

I

Ché volontà, se non vuol, non s'ammorza,

Ma fa come natura face in foco,

Se mille volte violenza il torza;

Per che, s'ella si piega assai o poço,

Segue la forza.... (^{MM})

Modernamente o interesse social soffre um ataque muito maior com a violência do que com o dolo. É' ainda um poeta quem diz:

Che fatio per timor nullo é il contratto C^{10}.*

578. — Da SIMULAÇÃO. Muitos Códigos modernos existem que não tratam da simulação. Entre estes contam-se : o Italiano, o Portuguez, o Hespanhol, o Chileno, o do Hayti, o de Montenegro e o Francêz.

(32oe) La questione civile resta intimamente connessa, oolla criminale. Cioé quante volte l'un contraente abia mercê f opera ipnotica talmente raggialo l'altro contraente da indurlo alia conclusione d'un atto... l'azione civile e compenetrata coll'azione penale. Cit. CAMPILI, *pa%*. 125. \

B (⁸¹⁰⁷) S. THOMAZ, *Summa Theologia I*, 82,1.

3

(SÍO8; DANTE, *Inf. XI*, vs. 22—27 ; *Paradiso IV* vs. 76-80.

(^{M109}) ABIORTO, *Orlando Furtoso*, c. XX%, st. ^3. '

Outros, como o Federal suíço e o Alemão, occupam-se muito pouco com a matéria.

A simulação differê do dolo em que este é pessoal, é obra de um só dos contratantes, enquanto que a simulação implica o acordo de mais de uma pessoa para enganar um terceiro.

Se a define a contradicção deliberada entre o acto interno da vontade e sua manifestação externa. E', emfim, tudo que tenha por fim encobrir o character jurídico de um acto, dando-se-lhe a feição de um outro que não tem os mesmos effeitos, com o fim de se realizar o acto que a parte não visava ou não queria praticar.

Assim, ella manif esta-se : a) quando se constituem ou se transmittem direitos a pessoas diversas daquellas a quem realmente se contituem ou sé transmittem ; 6) quando os actos contiverem alguma declaração, confissão, condição ou clausula que não for verdadeira (³²ⁱ⁰).

Estes casos já erão conhecidos e contemplados no direito romano (^{Mli}).

As duas espécies referidas de simulação podem apparecer em todos os actos jurídicos, *inler vivos* ou *causa mortis*.

Nos actos entre vivos em especial ella divide-se em *absoluta e relativa*.

Diz-se absoluta a simulação quando as partes tiverem celebrado um contracto sem intenção de realizar o acto appa-rente, ou qualquer outro. Relativa é a simulação ; a) quando as partes tiverem desfarçado o acto na intenção de realizar outro de diversa natureza; b) quando a data dos instrumentos particulares não for verdadeira (^{S212}).

A simulação em si não é uma causa de nullidade dos actos jurídicos. Quem tem a livre disposição do que é seu e capacidade contractual pôde perfeitamente praticar, por forma indirecta, aqui lio que o pôde fazer por forma directa. E' pois, somente a transgressão da lei ou o prejuízo de terceiro que dá á simulação o character rescisório (^{M.f}). A própria lei assim o declara.

(3<0) c. Civ. Arg., art. 955; C. Civ. da Áustria, art. 869; Proj. C. Rod., art. 336; Proj. Bcvil., art. 104.

(^{'''}) 1. 64 O. de oblig. et act.; Is. 36. 39 e 55 D. de cont. empt.; Is. 2 e 4 C. plus valere; Is. 5 e 6 C. si quis alteri ; 1. 16 C. de donat inter vivos ; MACKELDEY, *ob. cit* § y95.

(^{MM}) Cod. Civ. Ali., art. 117 ; C. Civ. Arg., art. 956; Proj. Bevil., art. 105.

(>"*) *Consol. das Leis Civis, nota 17 ao art. 358 / MACKELDBT, /Mg. cit»* BUFNOIR, *ob. cit. pag. 507 e 5&1*; HODKLOT ET METMAN, *n. 148*.

A simulação não se considera defeito «m qualquer dos casos referidos quando não houver intenção de prejudicar a terceiro ou de violar disposição de lei (***)

A lei reconhece e tolera casos de simulação. Assim é que, admittindo a excepção *pretii nondum soluti e non wur meratce pecuniw*. ella presuppõe que se possa dar como recebido o preço da venda não pago, mas dado como tal, ou o não recebimento effectivo do dinheiro no empréstimo, no dote, etc.

De maneira que devemos concluir que a simulação não influe sobre a validade do contracto de um modo absoluto.

570.—Terceiros prejudicados pela simulação, ou os representantes do poder publico, no interesse da lei ou da Fazenda, poderão demandar a nullidade dos actos simulados.

Os contractos simulados não são nullos e sim sómenie annullaveis, deixamol-o dito. Para isso, porém, é preciso a existência de um terceiro prejudicado, ou uma violação da lei.

As partes que o perfizeram, estas jamais poderão invocar tal nullidade. Sempre que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei, os contratantes nada poderão requerer, ou allegar em juizo sobre a simulação dos actos, quer em acção de um terceiro contra o outro, quer contra terceiros (^{Wli}).

580.—Si a simulação for absoluta sem que, entretanto, tenha havido intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei efor isso provado a requerimento de algum dos contratantes, se julgará o acto inexistente (^{M"}).

Nas mesmas circumstancias, sendo a simulação relativa, os actos não valerão com o character apparente que tiverem, mas com o verdadeiro, desde que assim possam prevalecer

(»»»*) Cod. Civ Arg., art. 957 ; Cod. Fed. Suisso, art. 16; Proj. Bevil., art. 106.

(»^{MB}) *Consol. das Leis Civis. art. 368 nota; Pig. Port. I, 260; Cod. Corom., art. 129 § 4; Reg. 737 de 1850, arts. 385 e 686 § 5.o, AOBRY ET RAU. ob. dt. § 115e § 323; DUKANTON X, 350; Cod. Civ. Arg., art. 959; Proj. Bevil., art. 109.*

(»"«) Cod. Civ. Arg., art. 968; Proj. Bevil., art. 107.

(3M7) cod. Civ. Ali., art. 117. ai. 2.»; Cod daSaxe. art. 829; Cod. da Prússia I, H, §§ 70 e segs. / Cod. Civ. da Áustria, art. 916 ; Cod. Civ. Arg. oit. art. 959; Proj. Bevil., art. 108.

581.—A simulação, como o dolo, em caso algum, pôde se presumir.

Quem a allegar deve proval-a cumpridamente, podendo para isso lançar mão de todo o género de provas, sem excluir os indícios e presumpções.

582.—DA LESÃO. E' um instituto decadente e antipa-thico ás legislações modernas. Não o contemplam os Códigos da Kollanda, o Portuguez, o Argentino, o Hespanhol, o Suisso das Obrigações, o de Montegro, o de Zurich, o Allemão e até mesmo alguns que copiam fielmente o Francêz, tal como o do Hayti. Nosso Código Cómmercial só admite rescindir um contracto por lesão quando esta é acompanhada de erro, dolo, ou simulação (^{III⁸}).

No próprio direito romano este instituto teve uma existência oscillatoria e muito custou a ser definitivamente fixado.

E' certo que de muito tempo constituía officio do juiz, nas acções *bonce fidei*, agir pela equidade e procurar deferir ás partes litigantes direitos proporcionaes, conforme se vê em certas fontes (^{MW}). Essa regra de processo, porém, não fazia da lesão um instituto independente.

Talvez porque este arbitrio do juiz não produzisse o resultado desejado, ou por motivo que é hoje impossível descortinar, o que é certo é que, com o fundamento invocado de reprimir a uzura, uma Constituição de Diocleciano e Maximiano veio dar ao vendedor de bens immoveis, e somente a elle, o direito de rescindir o contracto já perfeito e acabado, no caso de ter recebido pela sua cousa menos da metade de seu justo valor, si o adquirente não preferisse compôr-lhe esse valor.

Aquelles imperadores assim procederam por simples equidade :— *kuman um est*, diz o Rescripto. De maneira que, na phrase de um civilista actual, a rescisão por lesão foi «la déro-gation la plus large qui ait été apportée au droit strict par l'equité» (^{ma}).

Theodosio, porém, expressamente aboliu esse remédio rescisório (^{WM}). Elle cahiu assim em desuzo em todo o occidente, mormente na Gallia, onde nunca havia creado raizes.

O Cod. Comm., arts. 120 n. 4 e 220 ; Regul. n. 737 de 1850, art. 685.

C^M) 1. 3 C. comm. utrius-que jud.;ls. 77 a 79 D. pro Sócio; 1.-16 § 1 D. de minorib. ; 1. 6§ 2 D. jure dot. ; 1. 6 C. solut. matrim.

(•**») MOLITOR, *ob. cit. n. 522. I* (***) *Lex Romana*

Wistgothorum, liv. 5." tit, 4fi l. 7.

Ao executar sua codificação, porém, Justiniano restabeleceu a autoridade da Constituição de Diocleciano e Maximiano, que se tornou a lei 2ª do Código *de rescindendo vendi-lio ne*.

Desde o renascimento do direito romano, iniciaram os glossadores uma viva discussão em torno dessa lei. Mas na evolução jurídica da península ibérica ella manteve-se sem discussões e appareceu a *Lei das Sete Partidas* da Hespanha.

As *Ordenações Affonsinas* do livro 4.^o titulo 45, não somente incluíram a lesão, como applicaram-n'a a quaesquer contractos commutativos, sempre que o valor da cousa fosse excedente de seu preço.

As *Ordenações Manoelinas* do livro 4.^o titulo 30 confirmaram as anteriores e marcaram o prazo de 15 annos á prescripção da acção de lesão.

A revizão dessas Ordenações, ou as *Ordenações Philippi-nas* do livro 4.^o titulo 13 nada alteraram das anteriores, mas introduziram a distincção de lesão enorme e enormíssima, dando á victima, neste ultimo caso, o direito de receber o objecto vendido e seus fructos desde a época do contracto.

Desde o principio do século XVIII em França, não só a authenticidade do Rescripto imperial romano, como a procedência racional da lesão, foram vivamente combatidas (^{MMJ}).

A opinião dominante lhe era desfavorável e a lei de 14 fructidor do anno III aboliu-a completamente da legislação francêza.

Mas, ao discutir-se o Código Civil Francêz, o desejo de igualdade e a opposição aos privilégios civis dos primogénitos de um lado e de outro lado a continuação da crise financeira que já havia feito revogar a lei de 14 fructidor pela de 3 germinal anno V, levaram aquelle Código a manter a lesão como causa de rescisão das partilhas e quando houvesse um prejuízo de mais de sete duodécimos, somente nas vendas de bens de raiz (^{8M1}). Tal foi, em rápidos traços, a evolução da lesão.

Não é justo nem é de utilidade social que se declarem nulos os contractos pela desigualdade das obrigações assumidas e cumpridamente prestadas pelas partes,

Antes de tudo, essa desigualdade só poderia ser devidamente computada si a cada contracto commutativo precedesse uma justa avaliação dos objectos que constituem a prestação.

(^{MM*}) TROPLONG, *Vente ns. 784: e segs.*; Giottoi, *ob. cit. JV, 120 e tfti*.

(^{SMS}) Antes desse Código dois mantiveram a lesão, mas sem character systematico. Foram o da Prússia. I, il, §§59, 60 e 250 e o da Áustria art. 934. Vide Cod. Civ. Fr., art. 1674 e segs.; C. Civ. Ital., art. 1529 e 1531 ;da Sardenha, art. 1679; do Chile, art. 1888 e segs.

Além de que tal valor é eminentemente variável e relativo ao tempo, á utilidade pessoal, ao gosto e ás necessidades das partes, a liberdade dos contractos achar-se-ia restringida em taes avaliações prévias, como de facto já o é hoje nos casos de lesão.

Realmente, todo o contracto repousa essencialmente em uma desigualdade consciente no dado e no recebido e que só é equilibrada por essa operação subjectiva da utilidade pessoal de um dos contratantes.

Depois, a celeridade das operações modernas só teria a perder com a necessidade de uma tal avaliação preparatória.

E', pois, mister que encaremos o vicio da lesão como o mais atenuado dos vícios do contracto (^{Mw}). A acção que d'elle resulta não é mesmo uma acção denullidade e sim somente de rescisão, pois que ella visa a retractação ou desfasimentb de uma obrigação em si válida.

Ha quem diga que o fundamento racional da lesão é o vicio de consentimento, uma restricção da liberdade, decorrente do constrangimento moral, da oppressora necessidade de dinheiro, que leva a parte a vender o que é seu por menos de seu preço (*"■)

Ha erro manifesto neste pensar. Foi proteger esses necessitados, sem duvida, o motivo da lei romana ; não, porém, o fundamento da lesão. Este reside exclusivamente na desproporção entre o valor e o preço (^{8Me})

Demais, aquelle modo de ver somente toma em consideração o vendedor, emquanto que por nosso direito, tanto pôde invocar a lesão o vendedor, como o comprador (^{M27}).

Duvida não ha que a lesão possa ser determinada por erro, dolo, ou violência ; mas então figura como effeito destes e a parte agirá com mais segurança invocando os principios que lhes são relativos.

A lesão divide-se entre nós em *enorme* e *enormíssima*. Aquella é a que soffre a parte em mais de metade do valor que por comrr.um estimação devia receber, por se presumir o dolo Cⁿ⁸). A lesão enormissima não é definida a lei.

Querem muitos que prevaleça para fixal-a o bom arbítrio do julgador. A opinião dominante, porém, é que como tal se

("■"M LAURENT, *ob. cit.* XV, 485.

(^{slzi}) BOFNOIK, 06. *cit.p.* 623; BAUDOT L. ET BARDE, *ob. cit. n.* 124. *• |

(^{Me}) Ord. liv. 4.0, tit. 13 § 9 ; WIMDSCHIED, § 396 *nota 6* ; POTHIER, *Oblig. H.* 3j ; HUDELOT ET METMAN, *ot. cit. n.* 63.

fSMi) Ord. liv. 4.o, tit. 13 pr. : *Çonsol. das Letsarts.* 560 e 562; *Dir. Civ. Recopil ; art.* 1071.

(8iM) Ord. liv. 4.o, tit. 13 pr. ; *Dh. Ctv. Recoptl. ; art.* 232; *Dig. Tort.* 1,252; *Cod. Civ. Uai.*, art. 1529 ; *Cod. Civ. do Chile*, art. 1889.

qualifique quando alguém receber o terço do justo valor de sua coisa (^{MM}). A lesão é enormíssima equivale ao dolo: é o dolo *rei ipsa*. I

A acção de lesão enorme prescreve em 15 annos e é alternativa (^{313o}), pois que visa rescindir o contracto, ou obter indemnisação do valor não recebido com os fructos desde o litigio C¹). E\ além disso, uma acção pessoal, por isso mesmo que o comprador pôde inteirar o preço justo da coisa.

Essa obrigação de inteirar o preço se dará também para o comprador, si este tiver alienado a coisa e não a puder restituir ("»).

A acção de lesão enormíssima, ao contrario, é real e pode ser intentada contra o contratante, ou contra o terceiro possuidor (^{MM}). Esta prescreve em 30 annos. Por isso que o responsável é presumido em dolo, é obrigado á restituição dos fructos desde o contracto (•**).

O vicio da lesão só pôde ser invocado nos contractos a título oneroso, commutativos e de character civil unicamente (^{818S}), não nos commerciaes, salvo a restricção acima feita. Não se excluem da regra da rescisão por lesão os contractos sobre moveis, como em direito f rancêz.

A melhor regra é que só seja excluída a lesão naquelles contractos em que seja impossível conhecer-se o valor das cousas que constituam seu objecto (^{s,s6}).

Assim, não podem ser rescindidos por lesão: a) os contractos aleatórios (^{82s7}) ; b) as vendas de herança, si forão feitas pelo herdeiro ao seu coherdeiro sem fraude e correndo o risco por conta deste (^{MM}); c) as arrematações em hasta publica

(^{8M9}) *Dig. Port., I, 253 ; Doutrina das Arções % 361 nota 1.*

C^{32s0}) Pensão contrario LACERDA, *ob. cit.* § 56 nota 19.

(«»J Ord. liv. 4.o, th. 13 §§ 4 e 5 ; *Consol. das Leis ar is. 564 nota 64', 565 e 568 ; Dir. Civ. Recopil. arts. 1073 e 1075 ; Dig. Porl. I, 257 ; C. DA ROCHA § 187.*

(•»«) Ord. liv. 4.o til. 13 § 4.o ; *Consol. das Leis art. 566 ; Dir. Civ. Recopil., art. 1074.*

(MM) *Q_{onsol} das Leis art. 667 nota 67* contra a opinião de LACERDA, § 56 nota 17 fundado este no *Dig. Port., I, 256.*

(^{M34}) Ord. liv. 4.o th. 13 § 10 ; *Dir. Civ. Recopil., art. 232% 2 ; Dig. Port., I, 255.* I

(^{W35}) *Gnnsol. das Leis, art. 159 ; Dir. Civ. Recopil, arr. 232 ; Dig. port. I, 252 ; LOBÃO, Obrig. Reciprocas § 570 ; MELLO FREIRE. Itv. 4.º tit.*

3.º §17. -

(^{3S36}) *Consol. das Leis, art. 359 nota 19 ; CÂNDIDO MENDES, Código Phih-pinopag. 79 f nota 3 ; PoTHiBR, Vente, n. 37.*

(MT!) £)j, *civ. Recopil., art. 1077 ; MoMT'R, ob. cit. n. 523.*

(8«8) Cod. Civ. Fr., art. 889 ; Cod. Civ. Ital., art. 1040. O contrario decidiram entrenós os Accordãos da Rei.da Corte de 16 de Outubro de 1874 e de 16 de Maio de 1875. na *Gazeta Jurídica vol. III pag. 366 e segs.*

(^{S13B}); *d*) os contractos de locação de serviços, ou de cousas, compreendendo os que se fazem com os mestres e empreiteiros de obras (^{M0}); *e*) as transacções de cambio; *f*) a transacção (^{ml}).

Ninguém pôde renunciar o beneficio da lesão inda que declare fazer doação do excesso do valor da cousa (^{MM}).

Entre nós, no fundo, a lei não admite rescisão da partilha por lesão (^{8!W}). Mas si o herdeiro opponente mostrar que soffreu lesão além da metade de sua quota hereditária, os outros lh'o devem inteirar, ainda que a lesão não sejasinão da sexta parte. A regra, pois, é contraria a do direito francêz : a lesão não annulla a partilha ; apenas obriga á reposição dos herdeiros em favor daquelle que foi nella lesado ("**).

Essa lesão na partilha, sendo enorme, prescreve em 15 annos; sendo da sexta parte em 1 anno (^{WM}).

A lesão para os menores amplia-se até a restituição *in integrum*, que pôde ser pedida até quatro annos depois da maioridade ("*•), com as excepções das leis (^{m7}).

(*»>) Dec. 848 de 11 de Out. de 1890. art. 283 ; Dec. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 25; *Consol. art. 369 nota 60 / Dir. Civ. Secopil., art. 1076.*

(^{MW}) *Consol. art. 359 nota 19 e art. 679; Rev. n. 8097 do Supremo Trib. deJust. do Império de 14 de Setembro de 1872, no Direito, II, 3'3.*

(^{32U}) A acnullabilidade da transacção por lesão era doutrina das Barto-listas. Em França uma *Ordenança* de Carlos IX de Abril de 1560 (chamada *Edito das Transacções*) decidiu que a transacção não era rescindivel por lesão. A opinião dominante entre nós é em contrario -MELLO FBBIRE *liv. 4 tit. y § 17 f CONSOL. art. j59 nota 19 da 3.^a ed.*; REBOUÇAS, *Observ. a Consol. das Leis Civis*, ed. de 1867, pag.. 90—93; FERK. BORGES. *Dicc. Jur. Comm. v. lesão*; BEVILÁQUA, *Obrig. pag. 201, nota 1*, etc. Apesar disso, pensamos, como no texto, com LACERDA, § 56 *nota 10*, pelas excellentes razões deste : «A faculdade de rescindir transacções *ex capite lessionis* quer por direito romano, quer pela Ord. não pode ter lugar sinSo nos casos em que alguma cousa de valor determinado ou havido por determinado se dá a titulo de paga ou em troca de cousa ou de direito a que se renuncia, cousa incerta, illiquida, direito sujeito aos eventos de uma demanda, litigioso no sentido vulgar da palavra. .. Sob esse aspecto não só a lesão como também o erro e qualquer outro vicio do consentimento pode annullar a transacção, a qual entre os elementos illiquidos e duvidosos contem cousas certas ou encaradas como certas, e ninguém dirá que sobre estas o erro v. g. não tenha influencia...»

(^{Mw}) Ord. liv. 4tit. 13 §9; *Dig. Port. 1,258*; C. Civ. do Chile, art. 1892 ; C. Civ. Ital., art. 1529. OC. Civ. da Áustria, art. 934 admite a renuncia.

(••*) Ord. liv. 4.o tit. 96 §§ 18 a 20.

(^{3S44}) *Consol. das Leis, arts. 1180 nota 40 ; 1181 a 1182; Dir. Civ. Re-copil., arts. 1873 e 1874.*

(8145) ord. liv. 4.o tit. 90 §§ 18 e 19 cit.; *Consolidad. das Leis arts. cits.*

(»«•> Ord. liv. 3.o tit. 41 § 6 ; Resol. de 39 de Outubro de 1831.

(^{mi}) Cod. Comm. art. 26; *Consol., arts. 13, 22 e 159; BEVILÁQUA, Família § 95.*

Essas duas materias.de resto, exorbitão de nosso assumpto e pertencem a outro ramo do direito civil. R

SECÇÃO IV

583.—Vimos que com a convergência das vontades das partes temo contracto sua phaze inicial. Elle passa, por assim dizer, do domínio psychico ao dos factos jurídicos com a proposta. Esta já produz uma serie de effeitos jurídicos em relação á parte solicitada e não pôde mais por isso ser retirada á vontade do proponente ou pollicitante. Já deixamos isto estudado, bem como acabamos de ver que essa elaboração pode ser viciada, não obedecer a um conjuncto de circumstancias que escoime o contracto de causas do rescisão.

A matéria da offerta e acceitação deve ainda ser objecto de nossas pesquisas por outras faces que restão a ser examinadas.

A regra que as domina, como a todo o acto jurídico dependente da declaração da vontade, é que o contracto e, portanto, a offerta, a acceitação, todas as suas phazes, emfim, podem ser executadas por terceiros (^{MW}).

Ha intervenção de terceiro, ou para transmittir propostas e decisões, como sejam os interpretes, Ob telegraphistas, ou para elucidar o negocio, como os advogados ; para authenticar o acto, como o tabellião; ou um intermediário imposto por lei, como seja o corrector. Não são estes, porém, os verdadeiros terceiros intermediários de que aqui devemos tratar, pois que estes agem mais ou menos em presença do representado. Os de que aqui tratamos são os intermediários autorizados para prefazerem os contractos.

O telegrapho nos apresenta um dos casos modernos mais característicos da communição da vontade por um terceiro intermediário (^{mi}). Apenas o telegraphista que traduz o recado em signaes e o que os recebe e os reverte á escripta corrente.são officiaes públicos e como taes têm a seu favor a presumpção da fidelidade, ou fé publica, até um certo ponto, di verso sem duvida da do tabellião. ■

El porém, fora de discussão que se não pode equiparar o telegramma, nem á carta missiva, nem á escriptura publica.

Elle diverge da primeira em serem nesta os signaes directamente executados pelo remettente e chegarem desse modo

(^{WM}) WINDSCHEID, *ob. eit.* § 73. (""
WINDSCHEID, § j09 nata jl.

às mãos do destinatário. Diverge da segunda porque o tele-graphista nada authentica; não tem de saber si é a própria parte quem lhe entregou o recado a transmittir, ou si esse recado exprime alguma cousa conforme á vontade das partes; nada se passa em sua presença, nem de testemunhas instrumentarias que elle precise attestar ou possa fazel-o.

Entretanto é o telegrapho um intermediário de transmissão da vontade contratual. De modo que são validos os que por elle os effectuarem, si sua authenticidade for verificada.

Essa authenticação é essencial na hypotheze, porque o telegramma não é mais nada do que uma simples copia ditada pelo transmissor ao receptor e cuja única valia jurídica só se pôde aferir de sua conformidade com a minuta do expeditor. No caso de duvida, esta só pôde ser illidida pela comparação com a minuta (■"•J.

Quanto ao momento da formação do contracto por telegramma, é o mesmo que por carta e reservamos o assumpto para dentro em pouco.

A infidelidade do intermediário em transmittir a vontade dos pactuantes altera substancialmente o contracto e não vincula as partes (""), e isso quer se trate de um intermediário escolhido por qualquer delias, quer daquelles que a lei impõe, como o tabellifto, o corrector, quer de um simples commissa-rio, quer de um procurador revestido de poderes de representação (■■}.

Si o erro for uma alteração vai untaria da parte intermediaria, além da nullidade da convenção, ha para o lesado o direito de reclama perdas e danos. Esse direito existe igualmente si o erro do intermediário, mesmo não proposital, der lugar a prejuízos de quem á bôa fé com elle tratou.

O autor do recado é então obrigado a indennisar si tiver havido de sua parte culpa em se fazer explicar nas instrucções que deu, em não ter escolhido um intermediário competente, ou em não ter bem ponderado aquillo que propoz ("").

De modo que o contracto realisado por um representante autorizado é absolutamente idêntico ao realisado pelo próprio representado (·^m).

^(M50) SERAFINI, *Il telegrammo in relazione alla giurisprudenza civile* g commerciale*, § 25 « sega. »; GIORI, *tit.*, 188 ; CARLOS DE CARVALHO no *^Dimrio Oficial n. 180 de 5 de Julho de 1894. Vide art. 93 do Dec. n. 1663 de HO de Janeiro de 1894.*

(**■>) WINDSCHRO, § 309 *notas 3 e 5 a*); Proj. Bevil., art. 91.

(»••») Cod. Civ. AUemáo, art. 120. I

(•»") GIORI, *ob. cit. III*, 273.

(""") Cod. Fed. Suisso, art. 36 ; Cod. Civ. do Chile, art. 1448 ; Ros-SKL, *ob. cit. n. 66.*

Si, porém, o representante contrata sem autorização, a validade do contracto fica dependente de ser elle ratificado ^(mk).

I A ratificação em tal caso retroage á data da convenção.

Si a ratificação for parcial, sò terá o valor de uma offerta que a outra parte pôde ou não aceitar.

Si a ratificação é recusada, é um caso característico de promessa de acto de terceiro não cumprido e, nesse caso, cabe aparte exigira indemnisação de perdas e danos de quem com ella contratou ^(MM). I

Si o erro da transmissão for commettido por telegramma, qual seu effeito ? Seu effeito é absolutamente idêntico ao do erro em qualquer outra circumstancia; annulla o contracto sem responsabilidade, todavia, para o autor do telegramma, que nenhuma intervenção tem em sua transmissão, salvo si ficar provada culpa sua.

Quando mesmo o destinatário executasse o contracto erroneamente transmittido, nenhuma culpa poderia ser attribuida ao autor do recado.

Acarreta nesse caso com o prejuízo o destinatário, pois que a administração publica por sua vez nenhuma responsabilidade assume de prejuízos decorrentes dos erros da transmissão telegraphica.

O telegrapho offerece realmente especialidades bem dignas de nota. A primeira é que quem delle se utiliza não exerce um direito, mas goza de um favor. O que desde logo delimita a correspondência telegraphica da postal é que esta é feita e assignada pelo expeditor, é a obra original remettida ao destinatário, emquanto que no telegrapho isso não se dá.

Isto não inibe, entretanto, a formação do contracto por telegramma.

Basta que por elle se haja manifestado o consentimento.

Tratando-se, porém, do telegramma como meio probante de contractos, a questão torna-se mais séria.

E' fora de duvida que a força probante do telegramma deve ser menor do que a de uma carta.

Ha quem veja no telegramma recebido a expressão original da vontade do expeditor, um verdadeiro autographo, sem o que o destinatário não contrataria. De maneira que, em tal opinião, o telegramma tem a mesma força probante de uma carta. Ha nisso um errado exagero. Basta lembrar quanto pôde ser deturpada a vontade do expeditor pelo transmissor, pelo

(»«») Cod. Fed Suisso, art. 46.

1 ^(MM) Cod Fed. Suisso, arts. 36 e 48; C. Civ. Hesp., art. 1259 ; C. Civ. Port., art. 646; C. Civ. do Chile, art. 1450, C.dos B. de Montenenro.art. 515; C. Civ. AU., arts. 164 esegs.e 177; Proj. Bevil., art. 932. ~\

receptor e pelas estações intermediarias (^{3.}). Supponhamos, porém, uma transmissão errada e, para resumir, imaginemos todo e qualquer erro que deturpe a intenção do expeditor. Claro fica que o contracto não se forma. Podem d'ahi, porém, resultar prejuizos graves. Quem os supporta ?

Expeditor e destinatário são inteiramente alheios a esse erro.

Entretanto os civilistas collocam os prejuizos ora a cargo de um, ora de outro (^{MM}). A melhor opinião é a que aceitamos, posto que haja quem admitta deverem elles recair sobre o expeditor por ter escolhido o telegrapho como meio de trans-mittir sua vontade (^{LM}). Segundo este modo de ver, cabe ao expeditor acção regressiva contra o Estado ou Companhia que explora o telegrapho, que obrou, em relação a elle, como contratante na locação de serviços. E' verdade que não se pôde equiparar o telegrapho ao mandatário do expeditor (•"••). Entre nós, porém, como em quasi todos os paizes, os Regulamentos do Telegrapho declaram expressamente que o Estado não se responsabilisa pelos erros telegraphicos.

Nenhuma acção, pois, existe contra o Estado. E' força convir que essa disposição é injusta, pois que, além do monopólio do Estado, cobra elle uma taxa não pequena pela transmissão. E' uma clamorosa d «rogação do direito commum. O único meio de sair da difficuldade que suscita esse socialismo fiscal (^{mi}), é dar ao prejudicado acção regressiva contra o empregado do telegrapho pelo erro da transmissão.

Este é, de facto, responsável, não *ex contractu*, porque não é um mandatário do expeditor, mas *ex delicto*. E' autor de um facto todo pessoal, caracteristicamente culposo. Não ha nisso somente uma falta ou irregularidade do serviço pelas quaes responda o funcionario perante a administração, mas um verdadeiro delicto civil de onde pode decorrer prejuízo de terceiro («").

(**ⁿ) GIRAULT, *Contract par correspondance*, pag. 149—151.

(***) Discussão interessante que se pôde ver em GIRAULT *ob. cif. pag. 156.*

(•"••) GIRAULT, *lug. ct.*

(^{3M0}) GIRAULT, *ob. cit. pags. 1*7—158.*

(^{Msl}) PICABD, *Droit Pur., n. CXCII.*

(>*) GIRAULT, *ob. eit. pag. 162.* A opinião do texto tem seu fundamento no ait. 497 do Dec. n. 1663 de 30 de Janeiro de 1894 e no art. 295 do Cod. Panai.

Entrenós o telegrapho é um serviço a cargo da União. Os Estados podem ter um serviço telegraphico especial, posto que os telegraphos estaduaes estejam sempre subordinados á clausula de desapropriação por utilidade publica federal. (arts. 9 § 4 comb. com o 34 n. 15 da Conat. Federal).

Os contractos reálizados pelo telephone não se consideram effectuados por intermediário e sim entre as próprias partes.

De modo que as convenções por seu meio effectuadas são consideradas perfectas, desde que as partes se houverem en-

Este serviço é hoje regulado pelo Decreto n. 1663 de 30 de Janeiro de 1894. A superintendência da União é de uma necessidade irrecusável em um serviço que reclama a assignatura de tratados e Convenções com potencias estrangeiras, como bem observa nosso illiustre JOÃO BABBALHO no seu *Commentario* ao art. 34 citado.

De acordo com o Decreto 1663, o exercício do direito de explorar as linhas telegraphicas e telephonicas pode ser pelo governo central concedido a emprêzas particulares.

Quanto ás redes telephonicas, os próprios Municípios fazem concessões a particulares e a União, que, com muito bom critério não tem centralizado esse serviço, cuja utilidade é mais local do que geral, parece legitimar tal procedimento (art. 256 do Dec. n. 1663).

Não temos ainda uma regulamentação do serviço radiographico, como em França, onde elle è subordinado ao Ministério da Marinha.

Para completarmos o assumpto desta nota damos abaixo algumas das conclusões do DR. CARLOS DE CARVALHO no trabalho apresentado ao *Instituto da Ordem dos Advogados*, a que alludimos, resumindo-nos ás que interessam ao nosso assumpto.

Eil-as:

a) O direito de correspondência por meio do telegrapho está reconhecido pela legislação brasileira, pelo menos desde 1860, garantido o segredo e assegurados a identidade do expedidor, a authenticidade e exactidão da minuta, despacho ou recado telegraphico, sua transmissão e entrega (Decreto n. 2614 de 21 de Junho de 1860 ; Dec. n. 3288 de 20 de Junho de 1861 ; Dec. n. 4653 de 28 de Dezembro de 1870 ; Dec. n. 6701 de 1.º de Outubro de 1877 que promulgou os actos diplomáticos motivados pela accessão do Brazil a Convenção Telegraphica Internacional de S. Petersburgo de 22 de Julho de 1875 ; Dec. n. 8354 de 24 de Dezembro de 1881 ; Dec. n. 372 A de 2 de Maio de 1890 ; Dec. n. 847 de 11 de Out. de 1890 ; Cod. Penal arts. 189, 193, 255 ; Dec. n. 1663 de 30 de Janeiro de 1894);

b) Os usos commerciaes, legislação subsidiaria (art. 2.º do Regul. n. 737 de 25 de Nov. de 1850) consideram a correspondência telegraphica, modo de formação e prova de contracto, equiparado assim o telegrapho ao *nuntius*. Nas obrigações *quae consensu contrahuntur* o momento da formação do contracto por correspondência telegraphica, isto é, de contracto *inter absentes* (1. 2 § 2 D. de oblig. et action.) determina-se pelo art. 127 do Código Commercial, regra geral de direito, fundada na theoria da *expedição*, subordinada a retrac-tação do consentimento nos arts. 165 e 167 do Dec. 1663 de 30 de Janeiro de 1894, que reproduzem o disposto no art. 39 do Regul. do Serviço Internacional annexo á Convenção de S. Petersburgo.

c) A data da transmissão é a que constar da Estação transmissora ; a do recebimento a do recibo de entrega, salvo prova em contrario.

d) O telegramma. resultado de um modo especial de transmittir á distancia, manifestação de vontade ou declaração de consentimento expresso por escripto, deve ser equiparado á copia do documento original e fará prova nos termos dos artigos 153 e 154 do Regul. n. 735 de 1850.

e) Provada a identidade do expedidor ou a authenticidade do despacho, minuta ou recado, isto é, do escripto particular, cujo conteúdo foi transmittido e

tendido, como si presentes estivessem (^{ms}). A distancia physica das partes não neutralisa taes característicos e pôde, quando muito, dar lugar que a se questione sobre o foro do contracto. Dahi a necessidade de fixar o lugar onde elle se forma.

Ha quem julgue essa questão insolúvel ea deixe á vontade das partes. Na falta desta, opina-se pela competência do lugar da execução (⁸²⁶⁴). Para nós a questão é liquida, uma vez que consideramos tal contracto como feito entre presentes. O foro competente, o lugar do contracto, é aquelle em que foi feita a proposta (**').

A questão, porém, é controvertida, pois que uma grande corrente de civilistas consideram o contracto effectuado pelo telephone como realisado entre ausentes ("*•).

Os contractos realisados pelo phonographo devem ser considerados como realisados entre presentes, si as partes se acham no mesmo lugar, de maneira que a offerta e a aceitação não soffram o *tractus tcmporis*. Desde, porém, que se achem separadas e enviem uma á outra discos, chapas, cylindros, ou quaesquer outros meios de gravar o phonogramma,

communicado pelo telegrapho, o telegramma constitue prova nos termos dos arts. 141 a 150 do Regul. n. 737 de 1850.

f) O despacho, minuta ou recado original não assignado, constitua começo de prova por escripto.

g) Não existindo mais nos archivos do telegrapho o despacho, minuta ou recado escripto e assignado, o telegramma por si é simples presumpção commum (art. 187 e 188 do Regul. 737 de 1850).

h) O despacho, minuta ou recado telegraphico revestido das formalidades da lei n. 79 de 26 de Agosto de 1892, e, quando for preciso, da legalisação consular, deve produzir os effectos jurídicos ahi estabelecidos.

i) Procuração feita segundo a regra *lex loci regit actum* pode ser transmittida pelo telegrapho, com a declaração de estar devidamente authenticada ou legalisada, servindo o telegramma de instrumento de mandato e militando em favor do mandatário presumpção legal condicional de legitimidade de mandato (art. 186 do Regul. 737 de 1850).

J) As irregularidades da transmissão applicam-se as regras geraes da culpa, não podendo ser imputada ao expedidor que tiver usado das precauções estabelecidas nos regulamentos telegraphicos (arts. 111, 205 e 206 do Regulamento n. 1663" de 30 de Janeiro de 1894 que reproduziram disposições do citado regulamento internacional).

(³«3) Cod. Gv. AU., art. 147 ; Proj. Bevil., art. 1085 ; MKILI, *Das Telephonerecht* pag. 202; ROSSEL, *ob. cit. n.* 28; BIANCHI, *l'contraiu conclusi por telefono*, pag. 28; MARGHERI, *Il diritto commerciale esposto sistematicamente III*, § 3.º; DASQUER, *Des cont. par correspondance ps. 11 e segs.*

("*•) ROSSEL, n. 28 Ul.

(mi) Proj. Bevil., art. 1091.

(MM) T_{aez} gijo VIDAL, *Le Telephone au point de vue juridique*, pag. 92— 9c; GIRAULT, *ob. cit. pag. 250* ; GIOHQI, *ob. cit. Hl, 186 bis.*

tem inteira applicação o que prevalece acerca dos contractos por correspondência (¹⁸⁷).

584.—Já deixámos expostos os effeitos da proposta para a realisação de um contracto. Resta-nos estudar suas modalidades entre presentes e ausentes.

Entre presentes forma-se o vinculo contratual pela aceitação immediata, ou significada dentro de um prazo breve

A presença não implica permanencia material, *animo et corpore*, e basta que as partes troquem suas declarações de modo que a offerta e a aceitação succedam sem interrupção. Tal é o caso do telephone.

De modo que a proposta feita entre presentes deixa de ser obrigatória si não foi immediatamente aceita.

Aqui predomina a regra: o momento do concurso das vontades gerador do contracto é aquelle em que a offerta feita pelo futuro credor ou futuro devedor é aceita pela outra parte. É' ahi que a pollicitação se transforma em contracto.

585.—Deixa a proposta de ser obrigatória : a) si, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo sufficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente (""); 6) si, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo ("•).

Bem se deve perceber que nos referimos sempre á offerta expressa, pois que também ella pode ser tacita, como a do conductor de vehiculos de aluguel só com o facto de estacionar em uma praça publica ("T¹).

(3967) vide a preciosa monographia de OLIVEIRA COUTINHO — *O Phonogra-pha e suas combinações fias relações jurídicas*, S. Paulo 1903.

{***) C. Civ. Port., art. 650 ; C. Civ. Arg. arts. 1144 e 1151; C. Fed. Suisso, art. 4; C. Civ. do México, art. 1289; Cod. Civ. AU. art. 147 ; Cod. Civ. Hesp., art. 1262 ; Proj. Bevil., art. 1085 n. I.

■ (8M9) c. Civ. de C. Rica, art 1011 ; C. Federal Suisso, art. 5; G. Civ. Ali., art. 147 ai. 2.»; Cod. de Saxe, art. 817 ; C. Civ. do México, art. 1292 í C. Civ. Port. art. 652; C. Civ. do Japão, art. 524 ; C. Civ. do Chile, art. 98 ai. 2 ; Proj. Bevil., art. 1085.11.

(32W) C. C.AU. art. 148; C. F. Suisso, art. 3.» ; C. Civ. do Japão. art. 521 ; C. dosB, de Montenegro, art 496 ; C. Civ. da Áustria, art. 862 ; C. Civ. do Chile, art. cit.; C. Civ. Port., art. 651 ; C. Civ. da Itália, art. 36, ai. 1.«; Proj. Bevil., art. 1085 n. III.

(MTM) BAUDBT L. ET BARDE, *ob. ctt. n. 48*.

E' principio mui racional que, quando haja um prazo para aceitação da proposta, a expiração deste resolva de pleno direito a mesma proposta. Durante o decurso delle o proponente fica adstricto a manter a offerta. Leis ha que marcam o prazo dessa obrigatoriedade para o proponente (^{f*}).

Si este não mantiver sua proposta responderá por perdas e danos.

Si, porem, o prazo se exgotar sem se dar a aceitação, a offerta não mais tem consequências para o proponente e o vinculo obrigacional não se forma.

Sobre tal motivo não ha difficuldade nem controvérsias.

I 586.—Deixa ainda de ser obrigatória a proposta si, antes da resposta, ou ao mesmo tempo que esta, chegar ao conhecimento da outra parte a retractação do proponente (^{8.n}). As ofertas podem ser em regra retractadas, emquanto não aceitas, salvo si quem as faz renunciou a faculdade de retractar, ou si se obrigou a mantel-as por tempo indeterminado (sm).

Tanto o pollicitante que envia a offerta, como o aceitante, que a acolhe, pode mudar de opinião.

Deve-se distinguir em primeiro lugar si a revogação chegou antes do consentimento primitivamente dado, ou mais tarde, ou ao mesmo tempo.

Si é o pollicitante quem retracta a offerta, o contracto não se forma. A primeira carta é neutralizada pela segunda. Nem si quer haverá lugar para a indennisação de perdas e danos ao destinatário, porque a carta do pollicitante nenhum direito lhe podia crear e isto quer a retractação chegue antes, quer ao mesmo tempo que a offerta (¹¹⁵).

Si, porem, houve prazo para a aceitação, pode a offerta ser retractada antes deste prazo ?

Ha quem decida affirmativamente, dando direito á reclamação de danos áquelle a quem tiver sido dirigida a offerta (^{3TM}).

Si, porem, o pollicitante se obrigou a manter a offerta,

(sm) CodCiv deC. Rica.arts. 1012—1013; C. Civ. da Áustria, art. 862.

(^{•*}) Comp. C. Civ. Arg. art. 1155 e Proj. Bevil., art 1085 n.IV. («»*) C. Civ. Arg. art. 1150, C. Civ. do Uruguay. art. 1238 ai-2. (**">) GIRAULT *ob. cit.* pag. 93. (^{fV} LABOMBIBRB, *ob. cit.* U0í, n. 11.

uma distincção se impõe. O prazo ás vezes é fixado em lei (^{3S71}) ; outras vezes funda-se na vontade das partes.

Correndo o prazo não pode o pollicitante retirar a pro-4 posta. Dahi a conclusão que a offerta pode ser aceita no curso do prazo, a despeito da retractação do pollicitante (^{m*}).

Como bem se argumenta, o pollicitante, ao manifestar a sua vontade, empenhou-se em manter a proposta até o fim do prazo e a aceitação equivale ao encontro de vontades C*^{1*}).

A obrigação surgiu desde a declaração unilateral do pollicitante e, portanto, a retirada da proposta antes da terminação do prazo para aceital-a não exclue o vinculo. Ha o contracto de proposição e o aceitante é o único senhor da situação, nada podendo fazer o pollicitante no sentido de neutralisar a proposta sem seu consentimento.

Expirado o prazo para a aceitação, a retractação é livre ao pollicitante. Neste caso si o prazo se concluz, a aceitação apoz elle equivalle á nova proposta. A este respeito aventam os civilistas uma hypotheze que todo o dia apresenta a vida pratica.

Supponha-se que o pollicitante por carta conceda ao a-ceptante um prazo de cinco dias para aceitar. Este responde no ultimo dia, mas sua carta soffre um atrazo de dois dias e o pollicitante, não a esperando mais, faz sua offerta a outro.

Pode-se igualmente dar o caso da proposta chegar depois do prazo que ella mesmo marca. Ora, nem o correio, nem o telegrapho, tem por isso responsabilidade : nada têm a in-demnisar.

Conseguentemente, a victima daretardação é equiparada á victima de um caso fortuito.

Mesmo na doutrina francêza, em que o pollicitante é livre de retirar a proposta, pode ser que quem a recebeu, ignorando sua retirada ou extincção da offerta, tenha agido de modo que esse facto lhe acarrete graves prejuízos. Tudo isso é muito commum nas propostas para compra ou venda em que o individuo pode deixar de comprar ou vender em melhores condições do que as da proposta.

Não existe então o direito a indemnisação do damno sof-

(32") Cod. Eed. Suisso, art. 5 ; Cod. Civ. Ali., art. 148 ; Cod. Civ. da Áustria, art. 862;

(»M8) c. civ. do Chile, art. 99 ai 1 ; Fed. Suisso, art. 3 ; C. de Montenegro, arts, 496 e 497 ; do Japão, art. 521 ai. 1 ? VANOUBROW, *Pandekien III*, 60^{int.} 1; BUENOIR/» 479.

]

(3*J») DKMOLOMBE, *ob. cit* XXIV,64-65; BAUDHT L. ET BAHDE, *ob. cit* U\vi, 33; GIRAULT, *ob. cit. pag.* 98.

frido ? Parece evidente ^(MS0). E' ahi que tem inteira applicação a *culpa in contrahendo* cujos princípios já foram expostos.

Ê' a opinião dos juriconsultos allemães. Segundo sua theoria, de todo o ponto procedente, desde que uma offerta é aceita, surge um pacto entre o aceitante e o pollicitante, em virtude do qual este se obriga a responder por qualquer culpa por elle commettida quanto á formação do contracto, caso este se annulle.

De maneira que, no caso em discussão, desde que o pollicitante retire a offerta e com isso prejudique aparte, deve-lhe indennisar si a retirada chegou ao conhecimento do aceitante apoz a expedição da aceitação.

Essa solução não é geral. O direito francêz não a admitte emtheze^(m1).

E' força convir com esta doutrina que, si a offerta é retractada antes da aceitação, o pollicitante age sem dever de indennisar; ainda não existe contracto, não ha concurso de vontades, não se applicam então as regras da culpa contractual.

Si, porém, a aceitação foi expedida, embora retardada, a indennisação se impõe. Esta nos parece a doutrina mais da acordo com o direito pátrio.

587.—Entretanto parece lógico que si a aceitação chegar tarde ao conhecimento do pollicitante, ella é considerada como desobrigando-o de tudo. Ao pollicitante caberá então somente communicar o facto ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos ^(318f).

Essa providencia tem por fim deter qualquer gasto do aceitante realisado na supposição da existência do contracto e que poderia ser reclamado do pollicitante, como dissemos, si este não fizesse o aviso.

Si o pollicitante deixa de fazer o aviso, nem por isso o contracto fica formado, mas deve indennisar as perdas e danos decorrentes de sua falta ^(3,85).

O silencio do aceitante a uma offerta deve dar lugar a

(»»80) G. Civ. Port., art. 655; C. Civ. Arg., art. 1156 ; C. Civ. do México, art. 1285 ; C. Civ. do Chile, art. 100.

^(m1) BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 32*.

(•••) C. Civ. Arg., art. 1155; Cod" dos B. de Montenegro, art. 497; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1240, Cod. Civ. do Japão, art. 527 ; Cod. Fed. Suisso, **art. 5** ai. 2; Cod. Civ. Ali., art. 149; Proj. Bevil., **art. 1086**.

^(WM) Isso de acordo com o C. Fed. e com o nosso Proj. Bevil., porque pelo Cod. Civ. Ali., o contracto fica perfeito.

decidir que o consentimento não foi dado, ou, o que é o mesmo, que o contracto não se effectuou. Este éo principio (^{m*}).

Entretanto muitas situações de facto se apresentam que o podem modificar. O silencio do aceitante pôde ter muitos motivos. O que, porém, é fora de duvida é que elle pôde aceitar a proposta e, entretanto, silenciar para com o pollicitante. Nesse caso o cantracto só se considera perfeito depois que o aceitante se manifesta por actos inequívocos.

Isto é da indole de toda a offerta, pois que, mesmo aquel-las que se dirigem a pessoas indeterminadas.operam o contracto desde que alguém realise o acto proposto (^{fm}).

O silencio do pollicitante, como o do aceitante, constitue questão de facto sobre a qual não é muito prudente estabelecer princípios fixos (^{9im}). I

Si, porém, o silencio do aceitante decorre do uzo em certa classe de negócios, que não exigem aceitação expressa, ou quando o proponente a dispensar, o contracto se reputará concluído, si a recusa não se fizer a tempo C*⁸⁷).

Nos casos não raros de uma offerta alternativa, a aceitação de uma delias conclue o contracto. Si, porém, as cousas não se puderem separar, a aceitação de uma delias constitue nova proposta (^{3m}).

588*—Constitue igualmente uma nova proposta a aceitação fora do prazo que contiver addições, restricções, ou outras modificações (^{M9}).

Nesse caso o pollicitante deve immediatamente accusar, recusando as modificações, porque seu silencio importa em annuencia a ellas, em plena aceitação, por se presumir que persevera em seu propósito anterior de perfazer o contracto. Si o não fizer, gera no accitante tardio a convicção de que aceitou por sua vez o contracto modificado e, portanto, deve-lhe indennisação das perdas e danos que de seu silencio resultarem (""•).

("•") RICCI. *ob. cit. n. 146.*

(MN) C. Civ. Ali., art. 657 ; do Japão, art. 529 e 532; de Montenegro, art. 586.

(^{3,M}) Cit. RICCI ; GIRAOLT, *ob. cit. pag. 122.*

(^{3M7}) Cod. Fed. Suisso, art. 5 ai. 3» ; Proj. Be vil., art. 1088.

(^m) C. Civ. Arg., art. 1153 ; T. DE FREITAS, *Esboço, art. 1849.*

(³¹⁸⁹) Cods. Civis :Port., 654; Argent., 1152 ; AUemão, 150, ai. 2 ; do Japão, 528; do Chile 102 ; de Uruguay, 1241 ; da Áustria, 869; da Itália, 36 ai. 1.» fim ; T. DE FREITAS, *Esboço 1847*; WINDSCHEID, § 301 *nota IS.*

(»»°) C. Civ. do Chile, art. 98, ai. 3, BAUDRTL. ET BARDE, *ob. cit. n. 36.*

A esse principio liga-se um phenomeno jurídico constante na pratica e relativo ao cruzamento das propostas. São feições, do mesmo facto que bem se esclarecerão com um exemplo. A offerece a B objectos mercantis a 1.000\$, ao mesmo tempo que B, precisando delles, se offerece a comprar-os de A pelo mesmo preço.

O acordo de vontades existe ; o contracto está feito.

Muitas hypothezes especiaes podem surgir e que são perfeitamente elucidadas por notáveis tratadistas ^(M91).

589.—A accei tacão também pode ser retractada.

Considera-se então inexistente a mesma aceitação, si antes, ou ao mesmo tempo que ella, chegar sua retractação ^(8.M).

Quando essa retractação chega antes ou ao mesmo tempo que a aceitação, o contracto deixa de se formar sem dar lugar á indennisação de perdas e danos. Essa solução é geralmente aceita ("*"). E

Donde claramente se deduz que a carta do aceitante que revoga a aceitação é inefficaz si chega ao pollicitante depois que este recebeu a aceitação. Ahi já existe o vínculo e não mais é possível fugir ás consequências do contracto.

SECÇÃO IV

590.—Chegamos á questão magna dos contractos—decidir qual o momento em que ficam completos e perfeitos os que se effectuam por correspondência, isto é. por cartas e pelo telegrapho.

O symbolismo do direito romano não se compadecia muito com o desenvolvimento dos contractos por correspondência. As condições económicas de Roma não exigião mesmo esse meio indirecto. Bj

Apenas nos contractos consensuaes e reaes as regras do mandato, do *constitutum* e da delegação começavam a introduzir os contractos entre ausentes, posto que com as restri-cções próprias ao systema geral dominante C**).

^(SM) Vide GIRAULT, *ob. cit. n. 123 e segs.*

⁽³¹⁹¹⁾ **Cod.Fed.** Suisso, art.7 ai. 2 e art. 320; Proj. Bevil., art. 1089.

^(3,9S) ÓIHAULT, *Ob. cit. ti. 94.*

^{(819)*J} GIRAULT, *oft. cit. ns. 14 a 21.*

A stipulatio era inadmissivel entre ausentes (^{im}), salvo si se apresentasse um escripto em que se constatasse a mesma estipulação (***)).

Todavia é um erro a affirmação absoluta de que os romanos desconheciam as obrigações contrahidas por cartas missivas, ou, em geral, por correspondência. O contrario verifica-se em inumeros textos C*¹).

O que jamais se cogitou naquella legislação foi do momento em que o contracto effectuada por tal meio ficava completo. Essa questão é iminentemente moderna. O Código Civil Francêz só se occupa delia a propósito da doação (■*").

Os Códigos e autores recentes abordam-n'a e a resolvem de maneiras differentes e, no domínio da doutrina, não menos de seis theorias existem, entre as quaes se partilham os Códigos.

E isso não é uma questão puramente theorica; ella tem consequências praticas importantes, relativas ao risco da cousa, á determinação do lugar do contracto, etc.

Todos os systemas architectados têm só por fim os contractos por correspondência. O momento em que taes contractos ficam completos é uma controvérsia fundada na natureza abstracta do consentimento.

A hypotheze é sempre esta :—A, o pollicitante, residente no Rio de Janeiro, escreve a B, o acceitante—*der Oblat* alle-mão—em Coritiba, propondo comprar-lhe uma partida deher-va-matte. B aceita a proposta com todos os detalhes.

A questão reduz-se a saber quando fica o contracto concluído entre os dois, a saber, quando A cmeça a dever o preço e B a cousa.

Bem se vê que, apesar da natureza especial do contracto de compra e venda, o exemplo apresentado é susceptível de generalisar a questão para os casos em que ella pôde se apresentar.

Essa limitação é aqui essencial, porque existem contractos que, por sua natureza, não se podem effectuar por correspondência.

Taes são, por exemplo, a doação, o casamento, a hypothe-ca, a súbrogação consentida pelo devedor, a letra de cambio, etc.

(^{S,9S}) Is. 12 e 17 Inst. inut. atipul.

<•"•) § 17 Inst. cit.

(»»7j i# 2 §2 D. de oblig. et act.; 1. 2 D. de pactis ; I. 1 §§ 1 e 2 D. mandatl; 1. 1 § 2 de cont. empt.; I. 84 D. pro sócio, etc. <■"•) Cod. Civ. Francêz, art. 932.

591.—Ha dois grandes systemas geraes sobre a questão —o da cognição e o da agnição.

O SYSTEMA DA COGNIÇÃO, também conhecido por sys-tema da informação, da percepção, da rescisão, ou *Vorneh-mungslheoric* dos allemães, é aquelle, segundo o qual, o vinculo só se forma quando o pollicitante tem conhecimento da a-ceptação da outra parte. E' preciso que o pollicitante tenha lido a carta de aceitação, não bastando tel-a recebido. Em summa, para que a obrigação surja do encontro das vontades, é preciso que os contratantes conheçam reciprocamente a vontade de contrahil-a. Mesmo entre presentes, a expressão da vontade não é nem pôde ser simultânea : uma parte a exprime apoz a outra.

Não ha, pois, ahi, no fundo, differença nos contractos entre presente e ausente, a não ser a que decorre do lapso de tempo para a manifestação da vontade. Mais longo em um caso, mais breve em outro, os princípios que dominam a matéria devem ser os mesmos; isto é, o conhecimento do acordo das vontades é o elemento essencial á existência do contracto. Sendo assim, o aceitante pôde retirar sua aceitação, emquanto esta ainda não é conhecida do pollicitante, si para este não resultar danno.

A carta é, por assim dizer, um mandatário mudo e ao mandante é sempre livre revogar o mandato.

Assim como o pollicitante pôde retirar a proposta, pôde o aceitante retirar a aceitação, no caso referido (*^).

Estes systemas tem suas variantes.

Pensam uns que, nos actos de pura liberalidade, basta que se dê a aceitação e que nos onerosos é essencial que a aceita-çooseja conhecida (^{850°}).

Essa modificação não tem razão de ser ; ella contem pura questão de facto. Realmente, si é natural que se imagine mais fácil e mais rápida a aceitação na caso do contracto gratuito, não é menos verdade que, de acordo com o systema, o pollici-

(^{""}) Essa theoria é do Cod. Civ. Hesp., art. 1262 ai. 2.»J do da Áustria, art. 862;do Cod. Comm. da Hungria, art. 316 ede grande numero de autores taes como : RICCI, *ob. cit. n. 147* ; TBOPLONO, *Vente I, 2§*; MÚHTAN-BRCCH, *Doct. Pana. §331 nota 3* , GABBA, *Retroattività IV, pag. 298*; MBR* LIN, *Repertoire v. vente § l.»* ; TOUÉL:EB, *ob. cit. III, 29 e IV 29* ; MATMS, *Droit Som. § 284 nota 10* ; LAURENT, *ob. cit. XV, 479* / Vide WWDSCHBID,§ 306 nota 3 e GIRAULT, *ob. cit. H. 49*. Além disso, é a doutrina seguida nos tribunaes belgas, allemães e em alguns da Itália.

(^{M0°}) GaOTIOS, *De jure bel li ac pacis* ; VANGKROW, *Pandekten § 603*.

tante somente adquire certeza da aceitação depois de ler a carta que a transmite (^{mt}).

Pensam outros que do conjuncto do systema se devem exceptuar o mandato e a commissão mercantil (^{MM}).

Outra variante é que, si uma das partes morrer ou tornar-se incapaz apoz a aceitação, mas antes delia chegar ao pollici-tante, o contracto subsiste (^{880S}). Essa modificação, como bem se vê, destroe pela baze o próprio systema que pretende melhorar C^{80*}).

As serias objecções levantadas contra o systema da cognição suscitaram o outro, da AGNICÃO, declaração, manifestação, ou omissão—A *usserungslheorie* segundo o qual o contracto entre ausentes, por correspondência, começa a produzir effeitos do momento em que a aceitação é expedida, ou da recepção da offerta não recusada, quando a aceitação expressa não é necessária.

Só então é que a vontade do *Oblat* se reúne a do pollici-tante

E' o systema que conta maior numero de partidários C**).

Apezar disso, é • o que tem mais variantes das quaes exporemos as mais importantes:

I—Entendem uns que o contracto se forma desde que é escripta a carta (SM). E', como bem claro se vê, um modo de pensar pouco consistente, pois que, embora escripta, a carta pôde bem não ser expedida.

De resto, nenhuma legislação adoptou essa variante (^{nm}).

II—Querem outros que o contracto seja concluído desde que a aceitação chegue ao pollicitante. E' a chamada theoria

(^{M01}) GIRAULT, *ob. cit.* n. 52.

(^{M02}) VACHTER.CU. por GIRAULT. «. 53 nota ; DELAMARRE ET LEPÔITVIN, *Droit Comtn. I.* ws. 104 *esegs.*

(»*») LAROMBIERE, *ob. cit.* 110', 19 e 20.

(33ot) GIRAULT, n. 54. Quem quiser conhecer uma excellente refutação desse systema da cognição consulte GIOHGI, *ob. cit. Hl.* 217-226.

<""") POTHIER, *Vente* n. 32 ; SAVIGNY, *Droit Rom. VIII*, § 731; SERAFIM, *Le Telegraphe âans ses rapports etc.* §§ 20 e 21 ; CUJACIUS, *Observ. XIII, Cap. XXXI, B*; DEMOLOMBB.*ob. cit.* XXIV ns. 72 e *segs.*; DURANTON, XVI, h. 45 ; AUBRY ET RAU, IV, §343 nota 25 ; ZACHARI*, *Droit Civ.* § 613 ; GI-RAULT, *oè- cit. tu.* 55 a 65; MOUTOR, n. j9; PUCHTA, *Pandekten* § 251 moita c 1 SINTENIS, *Das praktische gemeine Civil Recht, II*, § 96 ; HKPP, *De la correspond. privée*, i03; PACIFICI MAZZONI, *ob. cit.* IV, 5. E'também o da jurisprudência ingieza e um dos mais aceitos em França, como a (firma BUFNOIR, pag. 469.

(^{M08}) PUCHTA, *IVQ. cit.*

(^{M07}) GIRAULT, *ob. cit.* n. 66.

da *recepção*—*Empfangshcorie*, que tem seus partidários, autores e legislações (³³⁰⁸), e é uma das mais recebidas em França. O consentimento a uma proposta precisa ser participado ao proponente, E' dahi que se verifica o encontro das vontades, que o contracto se forma. Sem esse effectivo conhecimento da proposta e de sua aceitação, impossível é affirmar que houve encontro de vontades, o consentimento gerador do contracto.

Póde-se dar o caso da simultaneidade de proposta e aceitação no caso figurado já de alguém que se proponha a vender um immovel ao mesmo tempo que alguém se proponha a compral-o (⁸¹⁰⁹).

Nesse caso não ha contracto enquanto taes propostas não sejam conhecidas e conformes. Si não o são, é preciso que uma seja conhecidas e conformes. Si não o são, é preciso que uma seja aceita para que se julgue perfeito o contracto (³³¹⁰).

III—A terceira variante é a dos que dizem que o contracto se forma quando o aceitante se desapossa de sua resposta, uzando de um meio que não mais possa deter : pondo a carta no correio, ou fazendo expedir o telegramma. Eis porque se a denomina theoriada expedição—*Ucbermitlelungstheorie*.

E* a melhor theoria e aceita por bons autores (^{83U}) e muitas legislações.

Essa theoria applica-se aos contractos formados no estrangeiro, qualquer que seja a lei da nação dos contratantes, isto é. o lugar do contracto é aquelle de onde expediu-se a resposta contendo a aceitação (^{mr}).

Além desses systemas geraes e suas variantes, existem theorias independentes de que nos resta dar ligeiro conhecimento.

A primeira é de Koeppen (³³¹³). Para elle o contracto fica completo desde que a proposta é feita. A aceitação nada mais é do que a realisação de uma condição suspensiva que se ligava á proposta para a existência do contracto (^{33U}).

⁸³⁰⁸) DERNBURU. *Pändekten II, % 11* e outros citados por WINDSCHEID, § 306 nota 4, que não conhecemos directamente. C. Civ. de Saxe, § 815 : C. Civ. Ali., art. 130 ai. 1 ; Proj. C. Rod. art. 307.

³⁰⁹) LAROMBIERE, *ob. cit.* 1101, 2.

⁸³¹⁰) GIORGI, *III, á/2*. Este autor faz uma critica completa do systema da recepção, vol. cit. ns. 227—228.

³³¹¹) DUVERGIER, *Vente I, n. 58* ; HEPP, *ob. cit. n. 106* ; BCFNOIR, *ob. cit. p. 471-478*; VALERY, *COM. por Corresp. n. 135*; GIRAULT. *ob. cit. n. 68*; Code Federal des Obligations, art. 8; Cod. Civ. Arg. arts. 1154 e 1155; Cod. Civ. do Japão, arts. 526 e segs.; Cod. Comm. Brasileiro, art. 127 ; Proj. Bevil., art. 1090

³³¹²) BEVILAQUA, *Obrigações, § 66*; Cod. F. Suisso das Obrig. art. 84 ; ROSSEL, *ob. cit. n. 26*.

^{MW}) Exposta no YAHBCCHER de IHBRINQ sob a epigraphe—*Dte obltgatoris\ che Vartrag unter abwesenden*, Yena 1871.

(MU) WINDSCHBIDJÍ 3Q6 nota 4; GIRADLT, *ob. cit. n. 72*.

Outras duas theorias intermediarias dos systemas geraes expostos e que aqui comportam um exame de conjuncto, pela analogia que entre si mantêm, são as de Windscheid e de Gi-orgiodei Giorgi.

I O primeiro toma como baze da solução a distincção entre proponente e aceitante. Quanto ao proponente. logo que a aceitação seja manifestada, embora elle não a conheça, o contracto está perfeito e acabado. Relativamente ao aceitante, o contracto só fica perfeito quando sua aceitação chega ao proponente ; até esse momento só ha contracto para o proponente, não para o aceitante (^{M,s}).

Por sua vez, Giorgi (^{Mle}) faz uma dupla distincção de contractos unilateraes e bilateraes e si a aceitação parte do credor ou do devedor. Nos unilateraes si o devedor declara aceitar a convenção, esta não se reputará perfeita sinão quando o credor tem conhecimento da aceitação. Eis o ponto de contacto com Windscheid.

Em sentido opposto, si o credor aceita a proposição do devedor, este fica desde então vinculado, salvo ao credor o direito de retirar a aceitação, si o devedor não teve ainda conhecimento delia (^{Mll}).

Isto importa decidir, como no systema da informação, sempre que n'um contracto unilateral a proposta emane do futuro credor ; ou com a theoria da declaração, quando a proposta vem do promittente (^{8m}). Tratando-se de contractos bilateraes—continuam os mestres que estudamos. desde que sua carta é enviada, o proponente está vinculado; o aceitante, ao contrario, só o fica quando sua resposta chega ao pollicitante; mas o aceitante conserva o direito de retirar a aceitação, si o proponente não tiver tido delia noticia.

Tanto a oferta como a aceitação nesse systema pode ser revogada, aquella até a declaração da aceitação e esta até sua chegada ao pollicitante. Tal revogação produz logo seus e-ffeitos independentemente de ser conhecida e desde a expedição.

Como bem se vê, o vicio capital dessa theoria repousa precisamente nessas distincções entre as diversas naturezas de contractos e das partes que nelles figuram, pois que, qualquer que seja a espécie de contractos, ha sempre estipulante e promittente e o ponto capital em discussão é saber qual o motneo-

(«315) *Pattdekte*nrechte §§ 73 e 3 05 a 308. (MM)
GIORGI. *ob. cit.* III, 232-240. (•)" WINDSCHEID,
§ 3 06 notas 6 e 3 07 n. 1. («>») GnuoLT, h. 70.

to em que o consentimento é dado e isto em contractos de qualquer natureza.

Taes são os systemas existentes sobre o grande assumpto.

592.—O systema aceito em direito pátrio é o da *agnição* na sua variante conhecida por *theoria da recepção* (""). Os contractos por correspondência epistolar ou telegraphica tor-nam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida.

Neste principio abrem-se as três seguintes excepções :

i.º) si antes, ou ao mesmo tempo que a aceitação, chegar sua retractação ;

2.*) si o proponente se houver comprometido a esperar a resposta;

3.ª) si sem a resposta tiver decorrido o prazo convencionado.

Já examinamos estes pontos dediçeito.

Pelo systema adoptado fica sem effeito a offerta si uma das partes fallecer ou perder a capacidade jurídica contractual: o proponente antes de haver sabido da aceitação e a outra parte antes de tel-a aceitado (^m).

Pelo direito allemão, ao contrario, a perfeição do contracto não é impedida pelo facto da morte ou incapacidade do pol-licitante, salvo & si se pudesse provar uma vontade contraria nelle O-

Sempre nos pareceu mais lógica esta ultima solução.

Com effeito, desde que se pense que a retirada da proposta antes da terminação do prazo para aceital-a não exclue o vinculo contractual, é porque implicitamente se reconhece que obrigação surgiu desde a declaração unilateral da vontade da pollicitante.

Consequentemente, a morte ou a incapacidade superveniente do offertante deve ser um facto indifferente ("").

Deve-se, porém, bem entender as restricções que a matéria comporta no systema adoptado.

(••) Código Commercial, art. 144.

(M<0) ^{Coñ} civ. Arg., art. 1149; C. Civ. de Uruguay, art. 1242 ; C Civ. de C. Rica, art. 1014 ; T. I>E FREITAS, *Esboço*, art. 1844 : DURANTON, X, 4\$; TOOLUER, VI, 31', TROPLONG, *Vente I*, 27; LAURENT.ZF, 470; GIRAULT, «. *ÍIS* * se%*s*.

B (•») C. Civ. AU., art. 153; C. Civ. da Prússia, I, 5 §§ 106- 108; C. Civ. de Saxe, art. 818.

(^{MM}) BAUDRY L. ET BARDE, OÔ. *eit. n*, 34.

No systema da expedição, si uma das partes morre antes da remessa da carta de aceitação, a convenção não se formou, é claro. Supponhamos, porém, que o pollicitante tenha se em-nhado em manter a offerta durante um cert^ prazo. Si uma das partes morre ou torna-se incapaz antesjjjfla conclusão do contracto definitivo, mas apoz a proposta, ffiS^ahi direitos e obrigações reciprocas transmissíveis a herda

Si foi o pollicitante quem morreu seiífff padeiros devem executar o contracto si o aceitante resolveu Crefítro do prazo : si foi o aceitante, seus herdeiros têm o direito,de_ aceitar o contracto até que termine o prazo concedido pá©*" Isso C").

Ao assumpto dos contractos por correspondência liga-se uma questão secundaria que pôde apparecerê pratica.

Entre o expeditor e o destinatário, quebro proprietário da carta missiva ?

Para uns é o primeiro, sendo o ultimo fio^ somente seu depositário.

Um outro modo de ver, já consagrado pelo direito romano, decidia o contrario (^{MM}). Força é convir que é esta a opinião mais aceita.

O expeditor é, sem duvida, o proprietário^ emquanto com elle permanece a carta. Desde, porém, que elle^a expeça, trans-mitte ao destinatário essa propriedade por n#é da inscripção no invólucro.

Uma tal propriedade apenas não é absolaj pe soffre uma restricção decorrente do principio da invioJajgBjflade da correspondência.

O destinatário é o proprietário das cartas Ifécebe, mas as confidenciaes só elle pôde publicar com o^Bren ti mento do autor.

Uma outra restricção é relativa ar autoridade que sobre o destinatário exerça o expeditor. Assim é que sempre se considerou propriedade das casas de commercio as cartas por ellas recebidas ou endereçadas aos seus caixeiros viajantes Ç***).

Como proprietários das cartas podem o destinatário e seus herdeiros produzil-as em juízo para provarem suas a-sserções, e principalmente as convenções com elles firmadas. Não o podem fazer si ellas tivedsm algo de confidencial.

Entretanto só ao julgadorjfém cada espécie, compete apreciar o caso. Com effeito, iiaçã mais fácil do que o expeditor

vã?

^(13*3) GRAULT, *Ob. Cit. H. ffiÈ,*

^(sm) l. 65 D. de *acquir. rerujii dom.*

^(MM) GIHAULT, *ob. cit. ns. 135—138; Dir. Civ. Recopil., art. 897 c seus*



introduzir, por Verdadeira e bem pensada fraude, certas confidencias en?4gujta carta, com o fim de obstar sua publicação ulterior.

Um terceiro jamais poderá exhibir uma carta sem o assentimento do proprietário, ou deste e do expecitor, si for confidencial (^{MM}).

SECÇÃO VI

593.—Temos esgotado tudo quanto diz respeito ao sentimento nos contractos.

Examinemos seu objecto.

E' preciso não confundir objecto do contracto com o objecto da obrigação, como fez o Código Civil Francêz (^{3m}).

Objecto do contracto é o direito que as partes querem fazer nascer ao contratarem— um *darc*, um *facere*, um *prcestare*.

Objecto da obrigação é a coisa, o facto, a prestação, era-fim, a que se adSSÊca aquelle direito, aquillo a que o devedor se obrigou—o\$[md debetur, em summa r³⁸⁸).

Objecto imímediato do contracto é afinal a obrigação ; o objecto medialPi o mesmo objecto da obrigação contractual /SS19\

Ora, a obrigação contractual pôde ter por objecto uma *cousa* e esta deve ser: i.º existente em natureza; 2.º estar em commercio; Adyjíonstituir objecto certo e determinado, ou ao menos deterrnojvel.

A obrig^S contractual pôde também ter por objecto um *fado* eeste dll Rser ; i.º licito : 2.º possível; 3.º útil ao cre-

&&

594.—*Quanto a coisa*, muitas legislações prudentemente não falam em «cousas que não existem», que «estão fora de commercio», etc. (^{8M0}). O que é essencial é não confundir as que não existem ainda com as que de todo não existem. Como se vê, é questão de theoria.

(»») GIRAULT, *ob. cit. ns.* 119—140.

(M«) Ctd. Civ. Fr., arts. 1126 a 1128, 1129 a 1130.

(»•») BAUDRY L. ET BARDE, *ob. cit. n.* 243; HODELOT ET MBTMAN, *ob. cit. n.* 130; RICCI, *ob. cit. H.* 168.

(^{MW}) GIORGI, *ob. cit. III n. cit.*

(»»«») Cod. Civ. deSaxe, art. 793; Cod. Civ., AU., o Federal e o nosso Proj. Bevil., esposam o mesmo modo de ver.

As cousas futuras, como a colheita, a obra a executar, podem ser objecto de obrigações—é a *emptio rei sperattè*, um direito não deferido. Póde-se, por exemplo, vender a colheita total e sujeitar-se aos riscos naturaes, ou convencionar-se tanto por tanto da colheita futura. E' um contracto sujeito á condição da existência futura da colheita. Si ella vier a existir, o contracto está feito; si, ao contrario, desapareceu por um accidente natural, o contracto deixa de se formar por falta de objecto.

Não se deve confundir a *emptio rei speratos* com a *emptio spei*.

Neste ultimo caso figura bem como exemplo a compra que A fizer do lanço da rede que B vae executar. O contracto tem então por objecto coisa presente incorpórea e fcrma-se, mesmo quando o producto, *ojactus retis*, fosse nullo. Pode ser um contracto de risco, aleatório, como pôde também ser subordinado á existência futura da coisa. E' uma questão de facto que o juiz deve bem ponderar, interpretando sempre a duvida contra o vendedor (^{1M1}).

Quanto aos casos de perda total ou parcial nas obrigações de dar ou restituir coisa certa, temos dito o sufficiente no lugar apropriado.

E' muito difficil comprehender numa formula precisa o que sejam *cousas fora do commercio*.

Apesar disso, ha accordo em encarar como taes ; o ar, o mar, qualquer força natural não apropriavel, em razão de sua natureza; as cousas do dominio publico, como as fortalezas, as vias publicas, terrestres e f luviaes, em razão de seu destino; as substancias venenosas, certas armas, as funcções publicas, as medalhas e distincções honorificas, diplomas académicos, títulos de nomeação de funcções publicas, clientela forense ou medica, os bens de successões futuras, em razão de considerações de ordem moral e social.

Em geral, porém, dizem-se fora de commercio bens que não são susceptíveis de livre alienação, ou por expressa disposição de lei, ou por disposição de ultima vontade, ou pela convenção das partes (^{88M}).

Todas as cousas compendiadas como taes não podem ser objecto de obrigações.

(8331) POTHIBR, *Vente*, n. 5 ; TROPLONG, *Vente I*, «. 204; RICCI, *HS. 170 e 171*; LAROMBIERE, *1130*, 7; C. Civ. do Peru, art. 1249; de C. Rica, 29; da Áustria, arte. 878 e 880.

(sssi) £),•,.. *Civ. Recopil.. art. 193* detalha o que sejam causas fora de commercio.

Entre ellas releva mencionar em especial as successões inda não abertas. Não pôde ser objecto de contracto a herança de pessoa viva (^{SSM}). São os *pacta corvina*, que, por implicarem um *volum morlis*, sempre foram prohibidos, ainda mesmo quando nisso concordasse o individuo a quem se deva succeder. Essa excepção foi admittida pelo direito romano (^{33M}). O direito romano prohibia os pactos que o successivel fizesse com terceiros acerca da herança a que elle devia ser chamado. Prohibia igualmente os que alguém quizesse fazer sobre sua própria herança. A razão da primeira prohibição era o perigo de vida para o *de cujus*; a da segunda a perda da liberdade de testar. Os pactos da primeira espécie, porém, eram admittidos, si o *de cujus* concordasse.

O direito moderno considerou sempre taes pactos como immoraes e perigosos, não somente annullaveis, como nullos e inexistentes ().

Inda mais: essa prohibição dirige-se, não só aos futuros herdeiros, como ao próprio dono do património que pode vir a constituir a futura successão, não podendo ser confirmado em tempo algum. A disposição é genérica (^{MM}).

No fundo, é sempre licito contratar sobre cousa que ainda não está, mas que ha de estar em nosso património. Ora, a successão futura está nesse caso. A utilidade social, porém, fundamenta a excepção.

E' porém, necessário bem definir o que seja a successão futura.

EUa é para terceiros uma parte de bens de outrem que actualmente constituem um direito eventual do contratante.

Não são, pois, como tal classificadas: a disposição entre vivos de todos os bens presentes; as promessas que se devem realizar apoz a morte do promittente (^{88a1}). Assim, A tem contra B um credito exigível apoz a morte deste. A pôde dispor de

(***) Códigos Civis: da Itália, art. 1118 ai. 2.*; Fr., arts. 791, 1130 e 1600; Hesp., art. 1271 ai. 2.*; Argent., art. 1175; de Nápoles, arts. 708 e 1084; daHoli., arts. 1109 e 1370; do Chile, art. 1463; do Hayti, art. 921; do Congo, art. 29; do Canadá, art. 1029 e 1064; da Columbia, arts. 1518 e 1520; do Peru, art. 1252; da Áustria, art. 979 n. 4; Allemão, art. 312; Proj. C. Rod., art. 290; Proj. Bevil., art. 1093.

(3334) I. 30 C. *de pactis*.

(8385) POTHIER, *Oblig. M. I* 2; DUKANTON, *XIII*, 271; LAROMBIERE, *1304*, 56; LAURENT, *XVI*, 106; BAUDRY L. «T BARDE, *M. 261*.

(^{3MB}) *Consol. das Leis*, art- 353; RAMOS, *Contractos n. 115*; LAFAYETTE, *Família*, nota 4 final; C. DA ROCHA, nota H H final; T. DE FREITAS a C. TELLES, nota 222.

("">> LAROMBIERE, *1130*, a. 10; LAVRsm, *XVI*, 101.

seu direito, ainda em vida de B, sem que haja pacto successorio, pois que tal direito já se achava em o seu património C⁸³⁸). Para que se diga haver pacto successorio é essencial: 1? que elle se effectue na expectativa de uma successão inda não aberta ; 2? que a cousa, objecto da prestação, esteja, no momento do contracto, fazendo parte effectivamente da successão ; 3? que o pactuante tenha direito a receber tal successão, ou tal objecto ("»).

A prohibição da lei applica-se á universalidade da herança, ou a uma quota parte delia, ou a objectos determinados a ella pertencentes (^{M*o}).

Ella se estende do terceiro e do individuo de cuja successão se trata a um herdeiro presumível ou legatário eventual, uma vez que o objecto tenha character de bens hereditários (^{mt}).

Ainda mais : si a convenção tiver por objecto bens da futura successão e outros presentes, ella é inefficaz no todo quando tiver sido concluída por um só e mesmo preço, salvo si aquelle em proveito de quem se houver realisado uma tal convenção consentir em fazer recahir a totalidade do preço sobre os bens presentes (^{mt}).

Ha, todavia, excepções notáveis a esse principio.

Assim, ninguém pôde prohibir que, em vida, os pães partilhem seus bens entre os filhos com certos encargos para estes relativamente ás suas pessoas, emquanto viverem. Existem doações *causa mortis* ; as de bens futuros nas estipulações reciprocas entre esposos, por contracção ante-nupcial, para depois da morte. etc. (^{8S*8}).

O terceiro requisito da *cousa* é que seja um objecto certo e determinado, ou ao menos, susceptível de o ser. E' uma exigência de muitas legislações. Sem isso era impossivel fixar os termos da obrigação, pois que o devedor poderia fazer uma prestação irrisória, ou o que é o mesmo, sem ónus para elle e sem utilidade para o credor.

Tal seria a obrigação de dar «um animal», ou «trigo», sem determinação da qualidade em um caso e da quantidade em outro (^{33M}).

Já deixámos estudo feito sobre isto em outro lugar.

(35S8) R_{CC1}/ 06. Cl. «. 172.

(^{MM}) TOULLIER, V7, llò ; DKMOLOMBK, I, 324 ; GIORGI, III, 333 ; AUBRY ET RAU, ob. cit. § 344 notas 16 e 17.

(^{384o}) Cit. AUBRY ET RAU ; LAROMBIERE, 11)0, lj-

(33*¹) Cit. AUBRY ET RAU.

(³³⁴ⁱ) Cit. AUBRY ET RAU.

(^{33M}) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 235.

(»*) POTHIER, *Oblig. n.* 131.

595.—*Quanto ao facto* que visa a obrigação, elle deve ser, em primeiro lugar, *licito*»

Prestação illicita é aquella que viola a lei moral, ou jurídica.

A violação da lei jurídica, como objecto de um contracto pôde dar á prestação o character de impossível, ou de illicita.

Realmente, a lei pode ser preceptiva e prohibitiva, ou meramente declaratória.

Aquellas constituem normas impostas, á vontade; estas, princípios impostos á intelligencia.

Dahi resulta que a prestação que collide com as primeiras é illicita sem ser impossível. Tal o caso de alguém prometter matar um homem.

A contradicção á norma declarativa é por um lado impossível sem ser illicita. Tal o caso de alguém prometter dar a posse do mar, ou fazer uma transmissão válida de immoveis sem escriptura publica. Especificar casos é uma inutilidade casuística (•**■).

São também illicitas as prestações contrarias á- ordem publica e offensivas aos bons costumes (^{884c})

Taes são, exemplificativamente: o pacto *ne dolus prcustc-lwr*, abrangeu do a culpa lata; o contracto de *quota litis* ; o "*pa-clum inofficiosum mediei cum cegrotum*, ou feito entre o medico e o cliente antes da cura; os relativos a casas de prostituição : o do adúltero com o cônjuge innocente em relação ao adultério ; o de mudar de religião ou de idéas quaesquer ; as associações de monopólio; o de contrahir segundas núpcias ; a pratica, enfim, de qualquer acto imffloral, posto que não punível, como a recompensa do concubinato, negociar em casamento (^m); os que tem por fim subtrahir bens próprios ou de terceiros â penhora e sequestro ; os que restringem o exercício de qualquer profissão, emprego, ou commercio ; os que obrigam a não se exercer uma acção judicial, ou não revogar um mandato, ou receber remuneração para exercer acto de officio, etc.

(^{MW}) La notata distinzione non sempre é facile ad applicarsi, né ha in pratica un grande interesse; giacché le conseguenze deli' impossibile giuridico e deli' illicito. nel senso rigoroso delia parola non si distinguono quasi mai dagli effetti di cui si ragiona. GIOKGI *ob. cit.* III, j II.

(^{MW}) C. Civ. da Columbia, art. 1519—1521.

(^{33H}) O negocio de casamentos— *proxeneticum tnatrintoniale* dos romanos -é tido por alguém como licito. Tal é ROSSEL, ». 39 e a doutrina francêza dominante. A opinião mais de acordo com a moral, adoptada em nosso texto, é apoiada por TOULLIEP, VI, ?0? ; LAURENT, XVI. *ISO e segs.*; DURANXON, X, 309, 319 ; FADDA e BENZA, *notas a WWDSCHEID, vol. I, pag. 989 ns. 11 e 12* ; C. Civ. da Áustria, art. 979 n. 1.

Impossível seria prefixar todas essas situações em que o interesse mal esclarecido pôde levar a um contracto, cuja obrigação collide com os bons costumes e com a ordem publica.

E' uma questão de facto, vária em seus ancenubios, mais de um repertório de jurisprudência do que de uma obra de doutrina O.

O *fado* deve ser, em segundo lugar, possível. I

Entre as prestações impossíveis, que por isso não podem ser objecto de contracto, devem se incluir : a) as naturalmente impossíveis: õjas que são taes juridicamente.

Pertencem á primeira classe: i.º as que têm por fim a consignação de individuo, espécie, ou género não existente; 2.º as que tem por fim consignação de cousas insusceptíveis de occupação. como o ar, o mar, os rios, etc.; 3.º as prestações de trato successivo, siellasse estendem além do tempo natural da existência da cousa; 4.º as de facto pessoal, superiores ás forças humanas.

A' segunda classe pertencem todas as prestações incompatíveis com a lei expressa (^{MM}W).

A impossibilidade temporária não invalida o contracto, mas fal-o condicional e subordinado ao desaparecimento do obstáculo que se oppõe á sua execução (^{MM}). A convenção de dar ou de entregar cousa que ao tempo do contracto não esteja em nosso domínio, não é prestação impossível. Si nos empenhamos em dar uma cousa pertencente a outrem, ou podemos obtêl-a afim de satisfazer o promettido cumprindo a o-brigação contrahida, ou não a cumprimos e somos obrigados a satisfazer as perdas e dannos da inexecução (^{MM}).

O *facto*, finalmente, deve ser *útil ao credor* e não ficar á discrição do devedor. .

A regra que o objecto deve ser útil ao credor é uma questão de facto deixada ao julgamento do juiz e impossível de se sujeitar a preceitos.

Que um objecto puramente moral, de mera affeição, possa ser objecto de obrigação, já o deixámos amplamente provado.

Foi a influencia da concepção utilitária do direito que por demais prejudicou o principio da responsabilidade contratual, só fazendo seu objecto aquillo que fosse susceptível de computo pecuniário.

(^{38W}) Consulte-se **com vantagem** GIOHGI, *111,374 a 407*.

("•••) GIORGI, *ob. cit. Hl, 290-293*.

(MM) **Cod. Civ. Ali.**, art. 308; **CoJ. Civ. Hesp.**, art. 1272 ; **C. Civ. de C. Rica**, art. 631 ; **Proj. Bevil.**, art. 1095. (^{MM}) **MATKZ**, 06. *cit.* § 199obs.2.*

A consideração moral dos tempos modernos modificou tal doutrina, pois que é a própria sociedade a primeira interessada em que toda a prestação qualquer seja fielmente executada.

A obrigação que fica á disposição do devedor é nulla por; falta de vínculo. A essência da obrigação é a coercibilidade que obriga o promittente a cumprir ("").

Os contractos, em summa, podem ter por objecto todae qualquer prestação, salvas as restricções que a lei impõe (^{83SS}), incluindo até o facto de terceiro (sm).

SECÇÃO VII

596.—O ultimo requisito do contracto é a forma pre-scripta ou não prohibida por lei (^{Mn}).

Em regra os contractos entre nós são de forma livre (^{MBfl}).

Assim como, porém, é esta a regra, outras existem que se fundam quasi que essencialmente na forma legal, ou por outra, em que esta implica a existência de um accordo anterior.

Então a solennidade é, ora um escripto publico ou particular que prove o contracto, ora a tradição que o completa.

Não se pense, porém, que a lei impõe a forma solenne, porque o contracto a que ella se applica só se effectue por aquelle meio, mas sim como um principio de garantia de sua existência, como uma prova de que elle se effectuou.

Entretanto essa regra não é absoluta. E

A fôrma solenne pôde ser da substancia do contracto, ou só exigida para sua prova (^{MW}).

O acto que deixar de revestir a fôrma especial que a lei determina, é nullo, a menos que tenha sido estabelecida sanção differente contra a preterição da forma exigida. Mas a nullidade do instrumento não acarreta a do contracto, quando o instrumento não é da substancia delle e o contracto puder ser provado de outro modo.

(M5t) POTHIER, *Oblig. HS.* §7 e 48.

■ (MBS) MfrRBZOLL, *Ob. dt.* § 126.

^{l^{mk}} VINNIUS, *ao% 3.º da Inst. de inut. stip.; Dig. Port. I, 278*; Proj. Bevil., art. 932:

(8368) *oi>. civ. Recopil., art. 223*; Proj. Bevil., art. 84.

(MS») Lei de 26 de Agosto de 1892; *Dig. Port. I, 281*; C. Fed. Suisso, art. 9; C. Civ. Fr., arte. 1341 — 1348; Port., art. 686; Arg., art. 974; Hesp., art. 1278; Proj. Bevil., art. 134. *Dir. Civ. Recopil., art. 267.*

(8857) Não nos cabe, estudando direitos de credito, entrar em detalhes sobre os casos em que a escriptura publica é da substancia dos actos, pois que, quanto aos contractos, elles se reduziram diante da lei de Agosto de 1892. Todavia consulte-se '*Dtr. Civ. Recopil. art. 268'*, M. GARCEZ, *ot. cit. p. 75 e segs. Consol. das Leis, art. 366—370*; Cod. Comm. art. 124; Ord. liv. 4.º tit. 19 etc.

O instrumento particular feito e assignado ou somente assignado por quem estiver no gozo da livre disposição e administração de seus bens e subscripto por duas testemunhas, prova obrigações contractuaes de qualquer valor, mas os seus effeitos, bem como a cessão em relação a terceiro, dependerão de sua transcripção no registro publico ^(MM).

A prova que induz o instrumento particular pôde ser suprida por confissão e por outros meios de prova legal.

Os escriptos de obrigações que forem feitos em lingua estrangeira, para produzirem effeitos legaes, deverão ser traduzidos ao idioma nacional.

As declarações constantes de documentos assignados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. As enunciações, porém, que não tiverem relação directa com as disposições principaes ou com a legitimidade das partes, não dispensam de outras provas as pessoas interessadas na verdade das mesmas enunciações ^(MM).

O assentimento ou autorisação de alguém, necessária para a validade de algum acto, deverá ser provado do mesmo que este e constar, sempre que for possível, do próprio instrumento.

Quando as partes celebram um contracto com a clausula de não valer sem instrumento publico, este será da substancia do acto ^(M6o).

597. —Qual é a lei que regula o contracto ?

A lei que regula o contracto, dentro do paiz ou no estrangeiro, é sempre e invariavelmente, a respeito da forma e da capacidade dos contratantes, a que vigorava ao tempo em que elle foi concluído, inda que outra posterior venha se oppôr á sua existência ^(SMI).

Tratando-se, porém, de ratificar um contracto nullo diante da lei existente ao tempo em que foi concluído, mas validado por lei posterior, a controvérsia surge.

Nossa opinião é esta : A lei não pôde ter effeito retroactivo ; logo, a lei nova não pôde revalidar o que era nullo e insubsistente* De modo que, a convenção nulla somente pôde ser ratificada ou confirmada de acordo com os princípios em vigor ao tempo do concurso das vontades.

(33»8) Cit. lei de 26 de Agosto de 1892.

(8859) Proj. Bevil.art. 136.

(3»^{8o}) *Conaol. das Leis, arts. 267 e 513* ;Proj. Bevil., art. 137 e 138.

(»⁸⁶¹) Constituição Federal, art. 11 n. 3.

Da mesma forma, todos os effeitos e consequências jurídicas de um contracto regulam-se exclusivamente pela lei do tempo em que elle teve existência jurídica. Isto pelo principio da irretroactividade.

Quaesquer que sejam as consequências que uma lei nova attribua a um contracto dado, ellas seriam estranhas á vontade das partes anteriormente manifestada e modificariam o vinculo existente, ferindo de inconsistência as obrigações contrahidas no vigor da lei anterior, revestida de autoridade social (^m).

Regulam-se igualmente pela lei do tempo do contracto os factos que se apresentarem em sua execução. Assim, o pagamento deve ser feito no lugar que tal lei designava e não em outro que a lei nova determinar. Do mesmo modo, a mora, cujos effeitos são sempre decorrentes da retardação na execução do contracto, está sujeita ás normas que o regulam.

598.—Relativamente aos contractos realizados no estrangeiro, a capacidade contratual é regulada pela lei do país dos contratantes.

E' a formula:—o estatuto pessoal rege a capacidade nos contractos (^{M8S}).

Quanto à forma extrínseca dos contractos, autentica ou privada e qualquer que seja o objecto delles, domina a lei local — *lex loci íegit aclum* (*•*).

Supponhamos, porém, que, apesar da legislação do Brazil exigir a forma solenne para as doações que devem ser insinuadas, um dos Estados da America do Norte não a exija. Imaginemos que em tal Estado se haja feito uma doação da-quella natureza e de bens existentes no Brazil. E' valida a doação?

Sim, sem duvida; do mesmo modo que o testamento feito no estrangeiro com as formalidades que a lei local prescreve vale para a disposição de bens existentes aqui; do mesmo modo que entre nós é valido o casamento realizado por uma forma differente do nosso. Em uma palavra, o acto revestido das formalidades *legti loci* tem inteira validade ahi, como em

(^{SSM}) RICCI, *ob. cit. ns. 128 e 129*. Em contrario pensa GABBA, *Retroattivita, J, p. 361*.

(3363) RICCI, *ofc. cit.* «. 131 ; Cod. Civ. do Congo, art. 23, etc.

(3864) RICCI, *n. 132*; C. Civ. **Fr.**, arts. 47, 170, 999; C. F. **Suisso**, art. 823; C. Civ. Arg., art. 12; C. Civ. Hesp., art. 11 ; C. Civ. do **Chile**, tit. preliminar., art. 18; C. Civ. da Itália, desp. **prel.** art. 19.

qualquer território, embora divirjam as leis deste. Este principio tem seu fundamento na soberania interna das nações (^{im}).

O que se exceptua do estatuto local são os factos transladativos da propriedade ou constitutivos de direitos reaes, que pertencem então ao estatuto real, isto é, á lei do lugar em que estes direitos são exequiveis, bem como a transcripção e inscripção delles (^{MM}).

I Quanto á substancia das obrigações, sua natureza e effeitos, prevalece ainda a *lex loci* : a) no silencio das partes a respeito ; b) si as partes contratantes são nacionaes no lugar do contracto; c) si ambas são ahi estrangeiras; d) si uma é nacional e outra estrangeira (^{im}). Si ambas são estrangeiras no lugar do contracto, presumem outros civilistas que quizeram regular a convenção pela lei de sua pátria (⁸³⁸⁸). O que porém, é certo é que as partes gozam a esse respeito de uma certa liberdade para determinarem na convenção a lei a que querem se sujeitar.

H

Os contractos ajustados empaz estrangeiro. mais exequiveis no Brazil são regulados pelas leis brazileiras. É principio geral ("").

Não produzem effeitos entre nós os contractos immoraes feitos no estrangeiro, nem os que, uma vez executados, offendam os direitos do Brazil ou de seus cidadãos ou directamente violem nossas leis, posto que não sejam vedados no lugar onde se originaram (^{M10}).

599. — Os contractos passados em alto-mar, si alguma cousa em contrario não fôr nelles convenciona, serão regulados pela lei da nação a que pertencer o navio, que é uma prorrogação do território da nação de sua bandeira (*").

("») *Dir. Civ. Recoptl.*, art. yj ; RICCI, n. 133 ; RAMOS, *ob. cit.* n. 129.

(3366) Rica, H. 134. Sobre todas essas questões vjde BEVLAQ.UA, *Dir. Internacional Privado*, §§54—56 e o *Dir. Civ. Recopil.*, arts. 33—41.

(3361) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 37.

(3368) Arg., do art. 5 do Reg. 737 de 1850 ; *Consol. das Lets*, art. 410 ; PASQUAL FIORE, *Dir. Int. Prive*, n. 239.

(336B) p# FIOHK, *ob. ai.* n. 240 ; SAVIGSY, *DrottRom.* § 572 ; *Dir. Ctv. Recopil.*, art. 38.

(3310) rjec. 6982 de 27 de Julho de 1878, art. 2.º ; C. Civ. Arg., arts. 1207 e 1208 ; BEVLAQ.UA, *Obrigações* § 78.

(•!)» RICCI, *ob. cit.* 140.

GOO.—O contracto celebrado com o governo—federal, estadual ou municipal—embora autorizado por lei, ou por lei posteriormente approvado, não constitue lei e está sujeito ás mesmas disposições de direito *commum* que regem em geral a interpretação da vontade das partes. A lei tem o caracter de universalidade—*semper et ubique*—que, em caso algum, pôde ter o contracto C⁸⁷¹). O governo, quando contrata, está sujeito, como qualquer cidadão, ás normas exclusivas do direito *commum* ; nenhuma funcção publica elle exercita, nenhum privilegio lhe assiste (^{MM})

601.—Não se deve, outrosim, confundir contracto com concessão.

Aquelle suppõe acordo de vontade, prévia e voluntária escolha da pessoa com quem se contracta e envolve obrigações reciprocas.

Nesta, na maioria dos casos, a concorrência publica que a precede e que constitue principio fundamental na administração republicana, colloca a escolha no terreno das vantagens de preço e condições. O característico da concessão é a cêdência que a administração publica faz ao particular ou companhia para executarem uma obra determinada, com o direito de cobrar, durante um certo prazo, taxas e contribuições destinadas a satisfazer o custeio da obra, sua conservação, remunerar o capital empregado e pagar a fiscalisação. I

Esse limite ao prazo da percepção é da substancia¹ a das concessões. Elías representam o custeio das obras e estas revertem á administração, findo o prazo, posto que o governo possa sempre resgatar as obras, decorridos os dez primeiros annos (^{MU}). E' que o concessionário não fica com a propriedade do que executa; elle é simples usufrutuário.

Sem duvida a concessão sujeita-se ás regras geraes dos contractos nesse sentido que á administração jamais é licito revogai-a depois de feita, ou modificar-lhe as clausulas *ad li-bitum*, sem sujeitar-se á indennisação de todas as perdas e danos que de seu acto decorrerem.

(331t) Ri_{CCt} ob^o c^o n^o Ul,

(***) Av. de 26 de Janeiro de 1867 sob Consulta do Cons. de Estado na *Rev. dolnst. da Ová. dos Advogados*, vol. *ífl*, p. 121 ; RIBAS, *Dtr. Admi-nist. pag. 52*; VISCONDE DK URUQUAY, *Dir. Administrativo Cap. XV* pag. 86 edição de 1862; Acc. do Sup- Trib. Federal, n. 201 da Coll. de 1898,

(•«V Lei n. 1749 de 1869.

Ha mesmo um contracto bilateral no fundo de toda concessão. Esta, porém, não surge perfeita do acto que a constitui. Uma vez feita, a concessão exige ainda um contracto que a complete, que defina os direitos e deveres recíprocos do concessionário e da administração.

Não podemos dizer que a proposta em concorrência publica seja uma espécie de pollicitação ou offerta e que a concessão seja a aceitação, porque realmente o acto inicial, a verdadeira offerta, parte da administração com o facto de abrir a concorrência. O que com mais acerto se pôde affirmar é que o contracto de concessão é em seu conjuncto um contracto *sui generis*, pertencente ao direito administrativo e, portanto, ex-orbitante do nosso assumpto (^{337B}).

(^{381B}) Nosso texto trata da concessão no sentido administrativo restricto e não no sentido geral em que o vocábulo pode ser empregado em direito. Neste ultimo elle abrange a concessão da cidadania, as que se fazem como premio para o progresso das artes, industrias, etc. As de que tratamos têm por fim o uso de cousas publicas e, portanto, excluem qualquer disposição dos bens patrimoniaes, quer da Nação, quer dos Estados.

Por isso que não raro as discussões a respeito dos direitos levam á necessidade de delimital-os das concessões, fixemos, inda que perfunctoriamente, o conceito moderno destas.

Ponhamos de parte, antes de tudo, o abandono que por vezes possa fazer a União em favor dos Estados, ou qualquer destes em favor do Município, de algum de seus bens patrimoniaes, pois que isso importa um acto de remuneração ou doação, no qual falta uma relação jurídica e só dependente da vontade legislativa. Tratamos, pois, de actos restrictamente administrativos tendentes ao uso de cousas do dominio publico.

Nesses actos a theoria costuma fazer innumeras distincções que seria inútil ao nosso fim reproduzir.

O que ha de essencial é que quasi todas se fundem na principal, consistente enrencar a *função* a que se destinam os diversos actos.

Uns, com effeito, têm por fim eliminar certos entraves que a utilidade social sóe oppôr ao exercício de certos direitos já existentes nos particulares. Esses constituem as *autorisações*, *Erlaubnisserteilungeu*, ou *Ermítchtungen* dos allemães. ■

Outros são actos do poder publico que têm em vista crear no particular direito ou faculdade que elle não tinha e que só cabia á administração. Estes são as *concessões* propriamente, ou *rechtsbegrilnden.de Acte*.

Comquanto defiram nas consequências praticas a tirar dessa distincção fundamental, os juristas francêzes, italianos e allemães estão de acordo em admittil-a. (Sua fonte é mesmo francêza. Vide entre outros : BATBIB, *Droit Administrai*. ; MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, vol. I, pag. 27 e 65 e segs.; RANELBTI, *Teoria generale delle autor iaaaaioni e concessioni amtinistrative p. 16 e segs.*)

Eis limitado o terreno de que trata esta nota : eis o conceito das concessões.

Na determinação da natureza jurídica das concessões as opiniões divergem de um modo completo. De facto, a matéria não é fácil.

São contractos de direito privado, de doação, de compra e venda, de locação, conforme o concessionário é ou deixa de ser obrigado a um correspectivo, dizem uns, PANDBCTES BELGES, *Encyclopedie de legisl., de doctrine et dejw risprudence* ôe/ge—Bruxelles—1889—por PICABD e HOFFSCHMXDT, vol. V v.

SECÇÃO VIII

6021.—Tratando-se dos requisitos essenciaes do contracto deixámos de enumerar a *causa*. Poderíamos mesmo

action possessoire ns. 578—579). Entretanto, dizem, esses actos são revogáveis, pois são subordinados ao direito superior e imprescriptivel do Estado que faz a concessão (lug. cit. n. 583).

São actos administrativos unilateraes—*Verfügungen*— e nem sequer são um contracto de direito publico—affirmam os allemães e inglezes.

São actos de império unilateraes que dão lugar a relações estranhas ao direito publico (BATBIE, *nb. cit. V, pag. 342 e segs.*; MANTELUNI, *Lo statoe il Codice Civile II, p. 508'*, opinam outros.

Podem ser actos de império, estranhos ao direito civil, revogáveis *ad nutum* quando recaem sobre o uso extraordinário das cousas publicas ; ou podem ser contractos bilateraes, onerosos aleatórios com obrigações reciprocas de direito civil quando tratam de serviços públicos. E' o que dá lugar á distincção de concessões—licenças e concessões—contractos (GIORGI, *Dottrina deite persone giuridiche, III, ns. 171—173* ; DAIXOZ, *Repertoire v. concession ns. 98 — 99*).

Affirmam outros finalmente :—é um acto de império quando emana e emquanto emana de um Decreto; é um contracto logo que este se completa com um contracto (HAURIOU *Prects de Droit Admimst. pag. 535*). Esta ultima opinião, de origem francêza, dominou muito na Itália (E é a de Ranelletti, *ob. cit. ns. 22 e 31*).

Tal é a variação da doutrina.

Não ha duvida que a theoria do contracto deve ser rejeitada, pois que as concessões só são feitas em relação ás cousas publicas, *extra commercium*, e os contractos, ao envez, só se fazem a respeito de cousas que estão m *commercium*. A própria forma em que a concessão é feita—o Decreto—repugna a concepção do contracto. Depois, obrando *iure imperii*, com o intuito do interesse publico, a administração não se vincula de um modo irrevogável. Ella mantém na concessão o mesmo *Jus imperii*, pode modificar as clausulas, a modalidade dos direitos concedidos e isso exclue ainda a idéa de um contracto no qual é de substancia que um dos contratantes jamais fique á mercê da vontade de outro.

Demais, si se tratasse de contracto, este seria bilateral. Ora, si nestes realmente não existem duas obrigações mas apenas o cumprimento de uma das prestações é a condição da iaculdade de reclamar o adimplemento da outra (*Vide nosso texto ns. 699 e 632*), restaria a indagar que prestação assumiu o poder publico para o concessionário, quando, na realidade, o movei da concessão jamais é a pessoa deste e sim o interesse publico.

Que a concessão seja um acto unilateral da administração, creando obrigações unilateraes do concessionário, é também doutrina difficil de ser sustentada. Os partidários delia convêm que a concessão possa crear direitos para o concessionário, masque estes não se regulam pelas regras geraes dos contractos e sim pelo dispositivo da lei da concessão ; que quando o concessionário assume obrigações existem dois actos distinctos, dos quaes um decorre da vontade unilateral da autoridade publica no acto da concessão e outro da vontade unilateral do concessionário, que é de direito privado.

Tudo isso pôde ser sustentável em thooria pura, ou mesmo perante certas, organizações estranhas que mantêm a jurisdicção lata do contencioso administrativo . Diante de nossa lei pátria e de nossa pratica constante, certamente é que não o é.

Entre nós, toda concessão é invariavelmente composta de um Decreto e de um contracto administrativo que traça a modalidade dos direitos conferidos. Ahi o concessionário obriga-se sempre a umas quantas imposições, mediante certos favores taxados que o poder publico se obriga a respeitar. O mínimo desses fa-

passar em silencio sobre o assumpto, sem deixar com isso incompleta a noção que procuramos esclarecer.

vores é o prazo do gozo dos direitos decorrentes da concessão. Sejam embora estes favores fundados em leis anteriores, ou na lei especial da concessão, a garantia que delles dá a administração não pode deixar de produzir um verdadeiro *vinculam júris* entre ella e o concessionário, creando para este uma acção *ex contracta*.

Vê-se, pois, que a ultima theoria exposta é a que se coaduna com o nosso systema de legislação.

Qualquer que seja a natureza da reclamação de um concessionário contra os actos administrativos attentatorios de direitos creados em seu favor poruma concessão, ella tem de ser levada aos tribunaes judiciários, e estes não podem julgar sinão encarando as relações reciprocas das partes como verdadeiros contratantes, embora o limite das obrigações de ambas deva ser a lei da concessão.

Pouco importa que as obrigações assumidas tenham sua origem remota na vontade unilateral da administração, porque essa vontade afinal só tem vigor quando se corporisa no contracto, que é quando a concessão é perfeita e completa. M

Já vimos que o concessionário não adquire propriedade, nem servidão, nem posse prescriptivel, nenhum direito real emfim e sim somente uma faculdade pessoal e precária (GIORGI, *ob. cit.* III, 272).

Em regra a concessão é revogável, pois que o interesse social pode vir a se chocar com os direitos que ella confere. I

Essa revogação, porém, implica sempre um direito de indennisação ao concessionário ? E' uma questão de facto, muitas vezes dependente do título da concessão. H

Entretanto a matéria não resiste á determinação de regras fixas.

Assim, o concessionário não tem direito de reclamar a indennisação, si a revogação decorrer : *a*) de culpa, por inexecução ou execução incompleta das obrigações assumidas, regulando-se a culpa pelas regras geraes a ella relativas, com as modificações do caso fortuito e força maior ; *b*) de mudanças realmente sobrevindas na possibilidade ou na capacidade.

A incompatibilidade da concessão com o interesse publico e sua consequente revogação não é um motivo que exclua o direito de pedir indennisação de prejuizos. Ha em tal caso um equivalente da desapropriação por utilidade geral.

Concessões existem em que se marca o prazo fatal com a comminação da caducidade. Claro é que, em tal caso, a revogação se opera *ipso jure*, sem direito á indennisação.

Nos casos em que tem lugar a indennisação, esta deve, em regra, comprehender os lucros cessantes e os danos emergentes. Nas hypothezes de resgate ou de desapropriação, porém, a indennisação deve ter outro critério e somente comprehender o valor venal actual da cousa no momento delias, sem nenhuma outra consideração de danno emergente ou lucro cessante. E' que o resgate só pôde ser effectuado, depois de decorrido o prazo que a lei julgou necessário para que o concessionário resarcisse o capital empregado e seus juros.

Quanto a transmissibilidade, quer *inter vivos*, quer *mor tis causa*, tem-se admittido ser ella a regra nas concessões, salvo prohibição expressa da lei que a criou.

Ha, porém, distinguir: esta é, sem duvida, a regra nas concessões feitas *intuitu rei*, mas si forem feitas *intuitu personae*, a transmissão depende da acquiescencia da administração.

O assumpto é vasto, mas o que deixamos dito é o que comporta esta nota, só restricta ás relações que elle mantém com o das obrigações. As obras citadas porão o leitor curioso ao facto das particularidades da matéria.

Não devemos, entretanto, fazel-o, afim de que a expressão usada em muitos códigos não represente um enigma indecifrável.

0

As disposições do Código Civil Francêz relativas ás condições essenciaes dos contractos, seus effeitos, espécies e extincção, com modificações muito insignificantes, são imitadas por todos os Códigos.

Em seu art. 1108 exige aquelle Código «uma causa licita pela qual se obriga». E' esta exigência que se vê em muitos outros Códigos (*•).

Outros, embora filiados ao systema francêz, procuram definir *causa*, tendo em vista diversas espécies de convenção

/MTT\

De outro lado, existem muitos outros Códigos em que se não encontra essa exigência. Taes são, entre outros, os da Servia, da Áustria, de Portugal, do México de Montenegro, do Japão, da Suissa, da Allemanha e do nosso ultimo Projecto. A divergência das legislações apresenta-se também entre os civilistas.

I

Para que exista o contracto não basta a capacidade e o consentimento, dizem uns; é ainda essencial uma causa da obrigação (^{MI8}).

I

A causa da obrigação è essencial neste sentido que não basta querer se obrigar, mas é preciso que ao acordo das vontades se reúna uma causa, um resultado para quem se obriga ou para outrem.

Ella é o elemento intencional inherente ao contracto, implicado por sua natureza e, portanto, deve ser conhecido das partes e não somente de uma só. E' no momento em que a obrigação se forma que a causa é necessária, a menos que tratemos de obrigações de trato successivo, como o aluguel, em que o preço deixa de ser obrigatório pelo perecimento da cousa, em que, afinal, deixa de existir a causa (^{3SI9}).

Aquelles que melhor têm interpretado esse requisito, dizem que elle não se refere á *causa do contracto*, pois que esta pôde ser múltipla e, no recesso insondável do cérebro das par.

(»M) C. Civ. daHoll., arts. 1856, 1871 e 1873; C. Civ. da Bolívia, arts. 1128 e 1130; C. Civ. do Chile, arts. 1445 e 1467; C. Civ. da Itália, arts. 1119 e 1122; C. Civ. de Guatemala, art. 1406; C. Civ. Arg., art. 499; C. Civ. da Luisiana, art. 1891; C. Civ. doHayti, art. 903; C. Civ. do Congo, arts. 8 e 30; C. Civ. do Canadá, arts. 982 e 984; C. Civ. da Colômbia, arts. 1502 e 1524; C. Civ. de Costa Rica, art. 627; C. Civ. do Peru, art. 1253 etc.

(MTiyri) £ 0 typo do Cod. Civ. Hesp., art. 1274.

I

(^{33TM}) Dig. Port. I, 264 e 266. 274; WINDSCHEID, § 7/S.

(WW) DEMOLOMBE, *ob. tat. I*, 358; LACERDA, *ob. cit.* § 64.

tes, pode mesmo existir um fundamento immoral sem que por isso deixe de existir o contracto, mas sim á *causa da obrigação* contratual; não se trata, em summa—dizem—do *cur COW-traxil*, mas do *cur se obligaml*.

Definem-n'a então o motivo jurídico pelo qual alguém se obriga contratando ^(m^o). I

Esse modo de ver é erróneo, segundo pensamos. I

Ojecto e *causa* da obrigação constituem uma e mesma cousa ^(^{ml}).

Realmente, o objecto considerado em si, objectivamente, é a causa do contracto; considerado subjectivamente, é o motivo determinante da vontade de contratar. Já se vê, que o essencial dos contractos é o consentimento e o objecto. Aqui-11o que se chama *causa* é compreendido, ora no consentimento, ora no objecto ^(^{S3M}).

Causa efficiente é o elemento gerador de um effeito. Nesse sentido *causa de obrigação* seria suas fontes» geradoras—o contracto, o quasi-contracto, etc. Ora, não é nesse sentido que se pôde dizer que a causa é essencial á validade da convenção, pois seria uma petição de principio.

Causa occasionalé o motivo dos actos humanos.cousa com que a legislação nada tem que ver. Logo, não é nesse senti do ainda que se pôde falar em causa da obrigação. I

Dahi, dizem alguns civilistas, causa no sentido da lei é o *porque* da obrigação, o fim immediato em vista do qual se contrata ^(^{88M}).

De modo que, para achar a causa, basta indagar *porque* contratamos, porque devemos; para achar o objecto é preciso pesquisar o *que* devemos. Portanto,affirmam,é preciso não confundir causa com objecto. Como exemplo invocam a venda.

Na venda, continuam, o objecto da obrigação do vendedor é a coisa vendida e o do comprador é o preço, enquanto que a causa da obrigação do vendedor é o preço e a do comprador é a coisa vendida.

Tudo isso só serve para confundir asidéas e tornar ultrame-taphysicas essas noções ^(^{39W}). Acresce que, no exemplo citado, vêm-se duas obrigações distinctas no contrato bitateral—o que é um erro, como veremos no capitulo seguinte.

(MM) GIOKGI, *ob. cit. Hl, 437 esegs.*; COLMET DE SANTERRB, V, n. 46 bis.

⁽³³⁸¹⁾ **La scienza non sa neppur trovare una ragione qualsiasi per distinguire l'oggetto dell'obbligazione dalla causa di essa, essendoché oggetto e causa dell'obbligazione non sono in fondo che una sola cosa, RICCI, *ob. cit.* «. 176.**

^(MM) GIANURCO, *Istit. di dlr. civ. i/al. § 56.*

^(SSM) BATJDHY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 297*; MOURLON, *ob. cit. II, líQi. ■*
C³³⁸⁴) BATJDHY L. ET BARDE, *ob. cit. n. 321.*

Supponhamos agora que tenho necessidade de tijólllos para construir minha casa. Compro esse material a tanto por milheiro. Porque me obriguei a pagar esse tanto? Para obrigar o vendedor a entregar-me os tijólllos, ou para construir minha casa? ■

1 A primeira razão seria a causa; a segunda o motivo, dizem. I

I Seja, porém, motivo, ou causa, ha um fim no contracto com que a lei não se pôde immiscuir, que pertence ao mundo moral e, portanto, alheio ao direito.

A exigência da causa é, pois, uma inutilidade no direito para a existência do contracto. Bastante é que a lei fale em consentimento e objecto (⁸³⁸⁸). Tudo o mais é confusão, como bem o mostram a doutrina e a jurisprudência francêza (,"").

O que os romanos chamavam causa *civilis* era mui diverso do que se chama hoje causa (^{Mri}).

Em seu systema especial, elles exigiam a *causa civilis* no sentido de fórmula solenne e externa que fazia o pacto exigível, quando o contracto não tinha *nomtn* que se dessem certas condições originadas na convenção e que formavam essa *causa civilis*.

Mas os romanos não conheciam *causa* no sentido metaphisico e nebuloso moderno de motivo jurídico do contracto. Si elles tinham suas *conditiones—sine causa, ob turpem causam cie.*—não era como requisito especial á validade dos contractos, sim somente como um complemento á theoria especial do consentimento; a causa ali não se desmembrava da vontade para constituir uma entidade á parta, como no Código Civil Francêz.

Apesar de tudo, inútil é dizel-o, o que os romanos denominavam *causa civilis* é também inconciliável com o espirito do direito moderno em que toda a convenção repousa no consentimento.

Aquillo que hoje se quer chamar causa é o fim immediato pelo qual se contrata. Este, porém, não falta nunca, não pôde faltar jamais (sm); mas é estranho ao domínio da lei.

(*■*) TIMBAL. *De lo cause datis tes contráis et les obligatiours e* dtou ratnain et eu droit fçaneais p. SOO—203.*

(8^{ab*}) O que é certo é que a palavra *cause*, tratando de obrigações, entrou no direito francês por um erro. BRAUHANOIR, antes de DOMAT, exigia, como elemento do contracto, *cose*, traducçfto do francês de seu tempo do vocábulo *rw*, objecto. Mais tarde tomou-se *cose* por *cause*. Isso demonstra TIMBAL, cif. e Huc, o*, etí. 1//, 77. > <

I (***) VKKNET, *Text* choisis sur les oblig. p.8 t segs.* ■

(**) Buntotn, *Propneté et Couitats* > p. 526 e sega.

Eis porque, a par de Códigos que excluem a exigência da causa, civilistas de mérito a combatem como elemento do contracto (^{MM}).

603.—Os Códigos e autores, quer os que exigem, quer os que repellem a causa, declaram, entretanto, sem effeito, inexistente e não somente annuavel, a obrigação sem causa, com causa falsa ou errónea e com causa illicita. Não ha nisso contradicção.

Já vimos que o direito romano, sem conhecer a theoria da caus, tinha também suas *condiliones*.

O que estas exprimem na realidade é uma série de motivos de enriquecimento injusto que o direito condenna e que fundamenta o direito de repetição. I

Com effeito, a falta da causa nada mais é do que o contracto sobre objecto futuro que não chegava a se realizar.

A causa falsa é um vicio de consentimento, equiparável ao erro ou á simulação.

A causa illicita é o mesmo que o objecto illicito C⁰).

A causa falsa pôde ser *errónea* ou *simulada* (^{MM}). I

Exemplo da primeira:—Pago a um legatário de meu pae *tanto*, em vez de um legado deixado. Verifico mais tarde que o legado foi revogado. Posso reclamar o que paguei, ou exonerar-me de pagar por não haver causa para minha obrigação— ella era errónea (^{M,s}).

Causa simulada dá-se sempre que as partes assumam obrigações por causa que saibam não existir. Tal uma divida de jogo, sobre a qual se subscreva um documento de empréstimo. I

A causa simulada, porém, não induz obrigação sem causa, nem com causa illicita. A lei presume causa, embora seja ella diversa da verdadeira, e, presumindo-a, presume-a licita. I

A causa simulada só constitue motivo de nullidade do contracto quando tem por fim crear causa onde esta não existe, ou tornar licita uma que de facto não o é f") I

Causa illicita é a prohibida por lei, ou contraria aos bons costumes e á ordem publica. Taes, por exemplo, a promessa

(33te; Vide mais: LAURKNT, XVI, IH ; BAUDRT L. ET BARDE, M. 322; Hoc, /Mg. cf/t.; BEVILAGLUA, *Obrigações* §56. "■ ;s

(3390) GIORGI, *ob. cit.* III, 44S.

I ("") Rica, *ob. cit.* n. 179.

M

(3391) POFFIER, *Ob. Cit. H. 42* / LAROMBIERE, *Ob. Cit. 1131 H. 5.*

(M»») RICCI, *ob. cit.* M. 179 ; Proj. Bevil., art. 179.

de praticar um acto criminoso ou immoral (^m) e outras semelhantes que em outro lugar deixámos estudadas.

Quem allegar a falta de causa deve proval-a (^{MM}).

604.— Nossas leis bem pouco dispõem relativamente á interpretação dos contractos e nisso só ha louvar. As regras que a respeito consagra o Código Civil Francêz foram copiadas de seu modelo (^{I,M}), posto-que este as consagrasse como simples conselhos de doutrina e não como preceitos imperativos ("").

Num Código não devem ter lugar definições nem regras de interpretação das obrigações e contractos.

Quando muito deve-se estabelecer que sejam interpretados de acordo com a boa fé e os usos, como fez o allemão C*⁹⁸).

Um Código nem é um compendio de doutrinas, nem uma obra popular. Todas as controvérsias a que elle dêr lugar tem seu termo fatal na decisão de um julgador. Ora, neste deve-se suppôr a plena liberdade, que é o único meio de fazer e-ffectiva uma plena responsabilidade. Nas decisões a proferir deve elle fazer entrar em contribuição sua experiência e seu saber em todos os pontos de doutrina sujeitos á controvérsia.

Dae a essas definições e a essas regras o character legislativo e tereis tirado ao juiz sua liberdade, restringido a sagacidade de seu espirito, obliterado sua experiência de julgar e ani-quillado toda a sua rebponsabilidade.

A essenciajuridicadeum contracto, sua denominação legal, seus effeitos, dependem exclusivamente da lei. A's partes é licito toda convenção de facto ; mas, si derem a um mutuo o nome de mandato, o juiz deve applicar as regras deste, si ellas resultarem de factos regulados na convenção. Qualquer que seja o nome que as partes dêem a um contracto, ao juiz cabe definil-o, tendo diante dos olhos os princípios estabelecidos em lei.

(^{im}) LAROMBIERE, 1133, 110 ; Ricci, ns. 181 a 186 ; LAURENT, XVI, 153'. *Dir. Civ. Recupil, art. 20*; Nada mais difficil em direito do **que bem deter* minar** theoreticamente o que sejam actos contrários aos bons costumes. Vide o **que diz a respeito** nosso MARTINHO GARCEZ, *ob. cu. § -i.º l>. 17 e segs.*

(^{339a}) BUFNOIR, *pag. 551 e segs.*

(»96) POTHIER, **OWig. MS. 71 e segs.**, copiado pelo **Cod. Civ. Fr., arts. 1156 a 1164.**

■ (3397) HUDELLOT ET METMAN, *ob. Cit. H. 169.*

(^{M98}) **Cod. Civ. AU., arts. 133,157,242 e329.** Vide a **Ord. liv. 1, tit. 62 § 53; Cod. Comm., art. 131 n. 1.**

Isso não é interpretar o contracto. A interpretação não depende da lei e sim somente da vontade das partes ; é esta que regula a matéria de facto. I

Respeitar a vontade das partes é, pois, a regra única de interpretação compatível com a liberdade individual nos contractos.

Nesse particular achamol-a essencial.

Nossa praticado foro tem-nos demonstrado que, ao contractarem, tendo só em vista o conjuncto dos fins a que visam, as partes estipulam clausulas sobre as quaes mais tarde ellas próprias têm duvidas particulares. £' ahi que se faz mister a capacidade do jurista para apprehender o fim geral, a vontade dominante, afim de verificar a significação especial da clausula, então posta em duvida.

Apesar de tudo, é preciso ter o juiz sempre em lembrança, quanto ás obrigações : a) que os contractos benéficos devem ser interpretados estrictamente; b) que sobre as palavras devem prevalecer a intelligencia simples e adequada que fôrj mais conforme á boa fé e natureza do contracto ; c) que os casos duvidosos se interpretam a favor do devedor (^{MM}).

005.—Os contractos são irrevogáveis e só • se destroem ou se modificam por outra convenção (^{3M0}).

Uma vez formados, elles fazem logo surgir todas as acções que competem a cada um dos contratantes. Em algumas espécies, como nos commutati vos, essas obrigações surgem com tal reciprocidade que uma das partes não pôde demandar a outra, si por ventura não cumpriu por sua vez o contracto (^{34M}).

O contracto é, pois, uma lei entre as partes (^{3IM}).

606.—A obrigatoriedade dos contractos só diz respeito ás partes contratantes, nunca a terceiros. Estes não podem invocar, nem contra elles podem ser invocadas as obrigações

(3899) *Dtt. Civ. Recopil.*, arts. 284—289.

(Moo) *ll pr>* D. de pactis ; 1. 39 C. de transact.; art. 1134doCod. Civ. Fr., art. 702 do C. Civ. Port.

(8*oi) MACKELDEY, § 398 «. B,2 ; WINDSCHEID, g 321 nota 10.

(8*0*) 1. 5 C. deoblig. etact; 1 39 C. de trans.; 1. 23 D. de reg. jur.j Cod. Civ. Fr., art. 1134 ;Cod. Civ. Port., art. 702; POTHIBB, ws. 85 a 90.

contractuaes em que não intervieram; é a respeito *délles—rcs inter altos acta* (^{4M}).

Taes obrigações, porém, passam a herdeiros e successo-res unívnersaes, não aos singulares, salvo si a transferencia se opera O

Casos ha em que, por excepção, os effeitos dos contractos se restringem aos contratantes e não passam a herdeiros; isto dá-se quando taes effeitos são da natureza da convenção, ou quando assim expressamente se estipula. Do primeiro caso são exemplos o usufructo, o mandato, a sociedade e a locação de serviços.

Casos também excepçionaes existem em que um terceiro pode ser obrigado por uma convenção em que não tomou parte, como quando alguém estipula em nome de terceiros ou para terceiros (^{8*05}), quando o terceiro e os contratantes são encarados como uma só pessoa, ou quando o objecto da convenção redunda em proveito de terceiro (^{MOd}).

607.—O contracto tem força obrigatória para o que nelle expressamente se contém, como para todas as consequências que a equidade, a lógica, o uso ou a lei, fazem decorrer da obrigação contrahida (^{8M7}).

608.—Tendo nós caracterizado o contracto, podemos definir o que seja o distracto.

Pelo distracto dissolve-se um vinculo jurídico. Eis porque, num sentido genérico, o distracto e todas as formas ex-tíntivas das obrigações constituem também um contracto /Stoñ

Solvendo um vinculo preexistente, as partes se impõem uma nova obrigação, qual seja a de consideral-o extincto (³⁴⁰⁹).

(^{84M}) 1. 27 § 4 D. de Pactis ; POTHIBR, *ob. cit. n. 85 cit.*

(•«*) POTHIBR, 61-63; C. Civ. Ital., art. 1127; Hesp., art. 1257; Port., art. 703; Argent., art. 503, 1196; Hayti, art. 914.

(8WB) i, 12, 14 e 15 D. de pactis. ■

(^{8*o}«) MACKKLDEY, *ob. cit. § 397.*

(3*07) Cods.- Civis; Fr., 1135; Itali., 1124; Hesp., 1258; Port., 704 ; Arg., 1198; Chile, 1546; Hayti, 926 ; C. Rica, 1023; Canadá 1024eProj. Fel. 223..

(8*0») DERNBURG, *Das Bilrg. Recht, vol. //P.« /, § 88 e segs.* (»*«»)

Ricci, *ob. cit. n. 120.*

O distracto è, pois, também a lógica consequência da actividade volitiva. O acordo das vontades que opera o contracto, do mesmo modo o destróe; *nihil iam naturale est quam eo genere quidque dissolvcre quo colligatum est.*

O distracto, porém, produz efeitos *ex nunc* e não *ex lunc*, para o futuro e não retroage aos efeitos anteriormente produzidos, quer em relação ás partes, quer a terceiros.

Tal principio tem consequências praticas importantes, tratando-se de certos contractos.

Supponhamos uma venda desfeita pelo distracto. Como os efeitos deste não retroagem, elle equivale a uma revenda, uma transferencia da propriedade a quem a perdera de facto e de direito anteriormente. Por consequência, tem o fisco direito de haver segunda vez os direitos de transmissão, e o primitivo devedor, retomando o immovel, é obrigado a respeitar os arrendamentos, bem como os ónus reaes de que elle vier gravado.

Convenções existem que o mutuo dissenso não pôde dissolver, como o casamento ; outras que podem ser extinctas sem elle, como o mandato, o deposito e, em certos casos, a sociedade ; outras que o podem pela lei, como a venda na falta de pagamento, as doações revogáveis, etc. I

Apesar de todas as semelhanças, existem differenças que não de sempre extremar o distracto do contracto. Assim: a) no distracto não existe promessa propriamente: b) elle pre-supõe contracto anterior ; c) o distracto depende de novo consentimento.

O que ha de inteiramente commum entre o contracto e o distracto é serem actos jurídicos voluntários, espécies de um só género e para os quaes exigem os mesmíssimos requisitos, relativos á capacidade e ao consentimento. Só a vontade dos contratantes dissolve o contracto.

A forma do distracto deve ser precisamente a mesma de que se revistiu o contracto, mas a quitação vale, qualquer que seja a forma por que for dada (^{W10}).

609.— Classificam -se os contractos de differentes maneiras, conforme a feição em que são encarados. Assim, são elles:

(««) *Dir. Civ. Recopil., art. 1177 ; Proj. Bevil., art. 1097.*

I —Os de *forma livre*—*quolibet modo mani/estum*—e os de *forma solenne* (**"):

II —Os *materiaes* e *for mães*, ou puro e abstracto e individualmente caracterizado^{1*}).

III—Os *consensuaes* e os *reaes* (*"). A noção dos contractos consensuaes opposta a dos reaes, sendo aquelles os fundados no simples consentimento e estes os que se completam pela tradição, é hoje combatida. Ha, entretanto, autores modernos que sustentam essa divisão, porque, dizem, alguns contractos existem em que não basta o simples consenso e é essencial a consignação de uma cousa, objecto do contracto, taes como o mutuo, o commodato, o penhor e o deposito (^{MU}). Nosso direito suffraga esse modo de ver (^{341S}).

IV—Os *bilateraes* (impropriamente chamados synallagmaticos), como a venda, a permuta, a locação, e *unilateraes*, como o empréstimo, o deposito. Os primeiros criam obrigações reciprocas, os últimos as suscitam para uma só das partes

n V —Os *benéficos*, como a doação, o deposito, o mandato e *onerosos* como a venda (^{M"}). Um contracto pôde ser a titulo oneroso e unilateral, tal como o empréstimo a juro, em que o mutuário só deve restituir com o juro convencionado. E', pois, sem fundamento a opinião que affirma serem todos os contractos a titulo oneroso bilateraes e os a titulo gratuito unilateraes ("");

VI—Os *comniutativos*, como a venda, o aluguel, a troca, e *aleatórios*, como a aposta. Estas duas classes são subdivisões dos onerosos (•*");

(»*) POTHIER, H. 15.

(^{Mlt}) WINDSCHEID, § 319 notas 1 e 2.

(^{M^s}) RAMOS, *Conl.* n. 12; POTHIER, n. 10; BAUDRY L. ET BARDE, n. 21; C. Civ. de Uruguay, art. 1226; C. Civ. da Colmbia, art. 1500.

(MH) GIORGI, *Ob. Cit.* III, 29.

(MU) *Consol. das Leis*, ait. 511; RAMOS, *lug. cit.*

(^{M1^s}) RAMOS, *ob. cit.* ». 7; WINDSCHEID, § 320; GIORGI, III, 25, • POTHIER, H. 9; BAUDRY L. ET BARDE, M. 10; C. Civ. de Uruguay, ait. 1222; Columbia, art. 1496; C. da Áustria, art. 867.

(^{S"}) RAMOS, *ob. cit.* n. 8; POTHIER, n. 12; BAUDRY L. ET BARDE, n. 12; Cod. Civ. do Uruguay, art. 1223; C. Civ. da Columbia, art. 1497.

(•**•) GIORGI, *ob. cit.* III, n. 26 b.

(***) RAMOS, n. 9', POTHIER, H. 13; BAUDRY L. ET BARDE, n. 17; C. Civ. do Uruguay, art. 1224; C. Civ. da Columbia, art. 1498.

VII—Os *nominados* e os *innominados*, em relação a de
nomação theorica ou legal (^{1M0});
VIII—Os *principaes* e os *accessorios* (^{3tsl}).

R

SECÇÃO IX

610.—Temos estabelecido que o contracto faz lei entre as partes e que só regula as relações entre ellas.

Dahi decorre como consequência um certo laço que prende, não só a palavra e a honra do devedor para com o credor, como também uma tal ou qual restrição daquelle quanto á disposição de seus bens, dadas certas circumstancias.

Isso decorre do principio que os bens do devedor são o penhor commum dos credores C**),

Assim, pôde o credor annullar certos actos do devedor insolvente praticados em seu prejuizo.

A acção usada para isso, conhecida por Pauliana ou revocatoria, foi introduzida pelo Edito do pretor Paulo, não se sabe em que época (*"). Pôde-se apenas af firmar que ella era conhecida ao tempo de Cicero (³⁴²⁴) e constituía com o *inter'*

(^{3W0}) Estas duas classes vêm de glozadores: os romanos não as conheciam. Nos tempos modernos vemol-as apoiadas por uns como : MELLO FREIRE, *liv. 4.o tit. 3 § 73*; T. DE FREITAS, *Esboço, art. 1895* ; BEVILAQUA, *Obrtg. % 71 n. VI*; MOURLON, *Rcpetitions li, ns. 1033 e 1034*; GIANTURCO, *ob. cit. § 55 n. 4.o*; DURANTON, *cit.*; BAUDRY L. ET BARDE, *cit.*; HCDELLOT ET METMAN, *ns. 22 e 29*; VERNET. *ob. cit. pags. 97 a 108*; C. Civ. da Itália, art. 1103 t C. Civ. Arg., art. 1143 etc. e rejeitada por outros, como POTHIER. M. 9; RICCI, *n. 126* ; GIORGI, *III, 28 d* ; LACERDA, § 66 nota 26. Na doutrina e na pratica do Brazil foram ellas sempre aceitas.

(^{8W1}) RAMOS, *n. 10*; POTHIER, *m. 14*; C. Civ. de Uruguay art. 1225; C. Civ. da Columbia, art. 1499. Em uma obra mui pouco conhecida no meio jurídico de nosso paiz intitulada *Compendio para a Cadeira de Direito da Escola Militar* pelo DR. VICENTE ANTÓNIO DO ESPIRITO SANTO, vê-se, no vol. I, Primeira Secção, Tit. II. Cap. IV, §5.º, a seguinte e originalíssima classificação dos contractos; « I—Considerados em si mesmo dividem-se em *troca, venda e compra*. II—Quanto ao modo pelo qual são celebrados dividem-se em *condicionaes e incondicionaes*. III—Quanto aos effeitos em *obligatórios e liberatórios*. IV—Quanto as relações que estabelecem em *principaes* ou independentes e *accessorios* ou relativos. >

Eis ahi : é mui natural que, imbuídos de noções tão imperfeitas acerca do direito pátrio, os militares estejam sempre dispostos a encarar os *ãireiteiros* como preocupados de estudos fúteis.

A boa regra é que possamos tudo conceber com justeza, mas nem tudo executar. O verdadeiro concurso implica uma boa divisão de officios para tornar útil a convergência de esforços.

CHJCUH son metier...

Bt les vaches seront bien gardées

(•*") C. Civ. Fr., art. 2093 ; Proj. Bevil., art. 1562. ■

(UM) L. 38 D' de usuris et fructibus.

(^m) CÍCERO, *ad Atticum, I, l.º*

dicium fraudalorum o remédio contra os actos do devedor praticados em fraude de seus credores. Esses dois remédios em nada differiam entre si senão no processo (■**).

Nem todos os Códigos modernos regulam em especial esta acção (•*").

611.—O credor que não exige do devedor garantias especiaes do credito, obrando assim com inteira confiança pessoal em sua honorabilidade, não perde com esse facto o direito de se defender da má fé com que o devedor possa obrar para illudir o cumprimento da obrigação assumida.

Apesar das dividas de que se veja oberado, o devedor é sempre administrador do que é seu, mas administra seu património em nome de seus credores, sem poder de qualquer modo lesal-os.

Dahi vem que os actos de transmissão gratuita de bens, ou de remissão de dividas, praticados pelo devedor já insolvente, ou tornado tal em consequência de sua liberalidade, poderão ser annullados pelos credores chirographarios, como lesivos de seus direitos (^{1M1}).

Para isso é essencial o concurso de dois requisitos : a) que o acto tenha diminuído o património do devedor ; éo *evcnlwt damni*; b) é preciso a fraude aos credores, ou a intenção fraudulenta no momento em que teve lugar o acto : é o *animus*, ou *consilium fraudis* (^{8m}).

Examinemos separadamente taes requisitos.

(***) SAVIGNY, *ob. cit.* V, §208; VANGBROW, <Pand. § 697 ; WINDSCHKID, § 463 nota 1; DEMANGEAT, *D. Rom. II*, p. 526.

(^{4M}) Não a regulam especialmente o C. Civ. Fr., o AU. e o Suisso, sen do que este ultimo a remette para a lei especial de fallencia e aos Cantões. O laconismo do C- Civ. Fr., é devido ao de POTHIER, *Dela communauté n.* 533 e a razão do deste é que o direito francèz anterior, dando ao credor vá rios remédios contra o devedor, pouco usava da Pauhana. Tratam delia os Cods. Civis: Port . arts. 1030—1045; do México, arts. 1683—1699 ; o Arg., arts. 961—972 ; o do Japão, arts. 424—426; oHesp., arts. 1291,1292; 1297—1299 e o nosso Proj. Bevil.

(^{34sí}) Cods. Civis: Fr., art. 1167; Ital., art. 1235 ; Hesp., art. 1291 n. 3.o ; Port., arts. 1030,1033 ; Argent., art. 961 ns. 1 e 2 ; do Japão, art. 424 ; do Canadá, art. 1032 ; do Hayti, art. 957 ; Proj. C. Rod., arts. 339, 340; Proj. Bevil., art. 111.

(>"<) l. 1 pr. e § 2 ; 1.10 pr. e §§ 6 a 8 e 15 D. quoe in fraudem credito-rum; WiNDscHBID, § 463 n. 2 e nota 12 ; CAMINHA, *De libellts p. 7, notas 10 3.*

612.—O danno pauliano éa insolvência do devedor (^{a4M}), quer decorra ella do acto, quer com elle se agrave, cora-tanto que perdue na época do exercício da acção.

Dá-se insolvência, quando a somma dos bens e créditos do devedor estimados no justo valor, não iguala á somma de suas dividas (^{*a0}). Dahi se deduz também que para ser qualificado dannoso não deve constituir o acto o exercício de um direito inherente exclusivamente á pessoa do devedor (^{Mf1}).

E' a insolvabilidade do devedor que prejudica os credores.

Emquanto seus bens bastarem para o pagamento integral delles, não ha como justificar a procedência da acção revo-catoria.

A insolvabilidade, porém, deve, para fundar a acção, existir quando o acto foi praticado.ou quando delle resultou como consequência lógica e immediata (^{"*M}).

E\ pois, na condição do danno para o credor que reside o fundamento primordial da acção. Si elle não existe, o credor não tem interesse ea falta deste derime a acção em sua origem.

Esse danno, porém, não é vago e mal definido. Elle só existe quando origina a insolvabilidade, ou augmenta a já-existente, prejudicando de modo positivo os credores, desde então privados de garantias {***% I

Dahi se vê também que si a insolvabilidade existente na época do acto lesivo vier a desaparecer ulteriormente, a acção perde sua razão de ser (^{*m}).

Por outro lado, porém, as alienações lesivas, sujeitas á revocatoria, têm um sentido de algum modo amplo.

Alienar ou transmittir é aqui tomado num sentido lato de disposição effectiva e também no da renuncia de um direito de credito ou de um direito real, a simples omissão, como quando se deixa prescrever a cousa ou a servidão activa, a doação, etc.

A regra dominante, em summa, é que *ncmo liberal is nisi liberalus* (^{>n:}).

(^{w19}) I. 10 § 1 D. quoe in fr. cred.; VOKT, *aa Pana XLII*, 8, 14 ; LAROM-BIERE, *ob. cit.* 1167, 15, 16 e 18; TOULLIER, VI, 44 ; COLMET DE SANTERRE, V, 82 bis III; AOBRYET RAU, § 313 nota 1) ; LAORBNT, XVI, 434 e 435.

(»W0) Cod. Civ. Port. art. 1036.

(³⁴³¹) GIORQI, *ob. cit.* IH, 119 b.

(»M) COLMET DE SANTERRE, V, 82 bis VII.

(»M3) LAKOMBIERE; *ob. cit.* i'67, 16 ; />EMOI.OMBE, XXV, ti. 176', LAURENT, *ob. cit.* XVI, 4)4 fim.

(^{f'm}) LAROMBIERE, *cit.* 1167, 18; DKMOIOMBE. XXV n. 177 fim.

(^{S4M}) I. 1 § 1 ; Is. 2 a 5 : 10 § 13, 17 pr. e 18 D. quoe in fr.; WINDSCHE:D, § 463 n. 1; COLMET DE SANTERRE, V, 82 bis IV; HUDELLOT ET METMAN, «. 189 ; C. TELLES., *Acções* § 109; T. DE FREITAS a C. TELLES, § 54 notas 169, 170 e segs.

Assim, é revogável pelos credores a renúncia a uma sucessão já aberta, bem como de um legado. Não era assim no direito romano, porque lá a adição à herança era requisito indispensável à aquisição pelo herdeiro e por isso a renúncia era um acto pessoal e voluntário. Hoje assim não é e a herança é logo parte do património do herdeiro, apenas o-corra a morte do *de cuius*.

Conseqüentemente, sua renúncia é uma disposição lesiva e é revogável desde que acarrete dano creditório (*¹³⁶).

Iguaes razões existem para se revogar a renúncia a uma prescripção consumada. Estes principios se acham consagrados em vários Códigos (³⁴³⁷), que só dão ao devedor a faculdade de renunciar direitos puramente pessoais.

Entretanto não é lesiva a renúncia de doação ainda não aceita, nem do usufructo que compita ao devedor por direito de família (^{3M8}).

O património pôde ainda diminuir pela recusa em cumprir uma condição potestativa. A verdade suprema, finalmente, acerca de tão vasta pesquisa é que as omissões de aquisição são actos sempre inherentes à pessoa do devedor e, portanto, insusceptíveis de revogação. A esta só estão sujeitos os actos de efectiva diminuição do património exercitáveis pelos credores.

Com effeito, a administração dos bens não pôde passar do devedor ao credor. Si estes pudessem atacar como fraudulentos os actos do devedor que implicam o desprezo de augmentar seus haveres, isto implicaria uma verdadeira administração.

Os actos do devedor que a lei torna atacáveis são unicamente os actos jurídicos lesivos ao credor e não as intenções de devedor.

O direito romano já era claro a esse respeito (^{S4S9}). Assim,

(***) T. DE FREITAS a C. TELLES, *nota 169 cit.*; Huc, *Vil, n. 278*; BAU-Diur L. ET BARDE, *n. 658*; COLMST DE SANTERRB, *V, 82, bis III*; GIORGI, *III, 329*,
'(»W) Cod. Civ. Fr., arts. 788, 622 e 2225; C. Civ. Port., art. 1038; Cod. Civ. Arg; art. 964; Cod. Civ. do Hayti, arts. 509 ai. 2.», 647 e 1993; Cod. Civ. da Ital., arts. 680, 949 e 1422 e 2112; Proj. Felício, art. 263.

(^{8W8}) Proj. Fel., art. 263 ai. 2; Proj. C. Rod., art. 348. Este jurisculto estende ahi o direito de renúncia á successão e ao legado, com o que dissentimos.

(³¹⁸⁹) *Pertinet edictum ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur—1. 6 pr. D. quoe in fr.; Non fraudantur creditares, cu.n quidnon adquiritur a debitore; sed cum quidde bonis diminuitur—1. 134 de reg. jur.*

ali a restituição de um fideicomisso ou de uma herança sem a deducção da *Trabellianica* ou da *Falcidia* não era reputada um desfalque do património e sim uma negligencia em augmental-o e era resguardada da revocatoria, tanto como a recusa de uma doação, ou de uma convenção vantajosa. Essa doutrina é geral modernamente (^{3M0}).

©13. — O segundo requisito da pauliana é o *consilium fraudis*.

A fraude no sentido da acção pauliana é o prejuizo causado com conhecimento de causa. Não se indaga si o prejuizo foi causado com o fim de ser ou não nocivo; uma vez que o devedor teve delle consciência (^{SWI}). A intenção defraudará presumida pela consciência da insolvência (•**"). A fraude do devedor resulta, pois, do acto praticado com a consciência de seu verdadeiro estado no momento da pratica do acto.

Não se indaga do animo de ser nocivo ; bastante é que o seja de facto aos interesses dos credores, isto é, que o devedor tenha consciência da insolvência que seu acto produz ou agrava.

Nisso differe a fraude pauliana do dolo, pois que este su-ppõe manobras dolosas aqui desnecessárias como requisito da figura jurídica (■**").

614.—Esses dois requisitos precisam ser provados pelo autor da acção, ou, o que é o mesmo, pelo credor (^{8*u}).

Do que acima ficou dito resulta que a prova do *consilium fraudis* pôde resultar da certeza que o devedor tinha de sua situação (•**•).

Entre os meios de provas da fraude pauliana incluem-se

(jwoj DKMOLOMBE, II, 164 a segs.; AUBHY ETRAU, § 313 nota 16 ; BAUDRT L. ET BARDE. n. 636; Hoc, VII, ri. 218; GIORGI, II, 270 a 272, 326 a 330; CoLMET DE SANTERRE, V, 82 bis II \ BuFNOIR, Ob. Cit. p. 438.

(«*»«) BUFGMOIR, ob. cit. p. 438.

(3*42) c. Civ. Port., art. 1036 ai. 2.*; C. Civ. Arg., art. 969. ("*•)

LAROMBIERE, 1167, 6; Hoc, VII, n. 220.

(3*44) ^ 79D, de reg. jur. jl. 15 D. quce infraud.; COCMET DE SAMTEERR, V, 82 bis VIII; HUDEIOT ET METMAN, M. 190.

(•**•) 1.17 § 1 D. quce In fraud.; MAYNJS, §.300 ; WINDSCHEID, § 462 nota 10.

os indícios e conjecturas (•**•). A apreciação dos indícios dessa fraude é delicadíssima e depende exclusivamente de lógica judiciária (⁸⁴⁴⁷). Apesar disso, tem a doutrina assentado alguns princípios reputados seguros, a saber : *a*) a pouquidade do preço da alienação ; *b*) a proximidade da insolvência ; *c*) a alienação de todos os bens. Tudo isso, porém, pode falhar si o juiz não tiver a lógica sufficiente para bem ponderar todas as circunstancias do facto.

O que fica fora de duvida é que todos os meios jurídicos de prova podem ser utilizados para a prova da fraude, uma vez que fique bem claro : *n*) que o devedor conhecia o debito ; *b*) que já sabia ser insolvente ou fazer-se tal com o acto de disposição.

A prova da insolvabilidade, bem se vê, não exige que o credor precise o *quantum* exacto do passivo de seu devedor

^{134*8\}

Elle deve apenas estabelecer que a insolvabilidade existe no momento da acção. E' isto substancial, porque a insolvabilidade, mesmo posterior a essa época, illide a acção (⁸⁴⁴⁹).

615.—Somente os credores que já o eram ao tempo dos actos lesivos podem pedir sua annullação (³⁴⁵⁰).

Esse requisito de anterioridade do credito é universalmente exigido.

E' essencial que os direitos creditórios sejam firmados antes dos actos arguidos de fraudulentos, pois que, si estes precedem áquelles, é obvio que o património do devedor inda não constituía uma garantia de seu credito (³⁴⁵¹).

Podem todavia exercer a acção os suecessores universaes ou singulares—herdeiros, legatários, subrogados, etc— por-

(•**•) C. TELLES, *Acções*, § 107 nota 206 ; T. DE FREITAS a C. TELLES, § 54 nota 166 / LAROMBIERB, 1167. 41 ; BONNIEH, *Preuves*, n. 1j2.

(^{84M}) «... Impossibile affatto remane alia dottrina di dettare opportunamente criteri astratti e generali»—GIORGI, //, 274.

(³ «⁸) LAVSSHT. XVI, n. 436fim.

(^{Mw}) AUBRY ET RAU, § 313 nota 8; DEMOLOMBE, //, 177 ; LAROMBIERB, 1167, 18; Cod. Civ. Port., art. 1040.

(M^o) C. Civ. Arg., art. 2 n. 962 ; Proj. Fel., art. 257 ; Proj. Bevil., art. 111 § un.

(»*«) Is. 10 § 1.º, 15 e 16 D. quce in fraud.; C. TELLES, *Acção* § 106 nota 204 ; COLMET DE SANTERKE, V, 82 bis VI TOULLIER, Vi, n. 331; DORANTON, X, n. 573; LAROMBIERB, 1167, 20 e 30; DEMOLOMBE, //, 232; Huc, Vil, 219; AUBRY ET RAU, § 313 nota 14 ; LAURENT, XVI, 460.

que ella é uma garantia do credito, uma vez que este seja anterior á acção (*").

No exercício dessa acção age o credor em seu próprio nome.

Não temos em direito pátrio a disposição do direito fran-cêzem virtude da qual pôde o credor exercer as acções do devedor (^{MM}).

O direito actual só dá ao credor a revocatoria contra os actos do devedor (*"). Antes desta poder ser utilizada, o devedor administra seus bens representando seus credores. I

Desde, porém, que a revocatoria tenha sua razão de ser, tal ficção se desfaz e o credor é reputado terceiro em relação ao devedor e obra em seu próprio nome.

A pauliana pertence a todos os credores e a cada um de per s» individualmente, sem que seja necessária a maioria de créditos, como na fallencia commercial (*"). I

No direito francêz esta acção é exercitável, tanto pelos credores chyrographarios, como pelos hypothecarios. Assim nãoé entre nós, pois que os segundos têm uma acção mais efficaz que acompanha a coisa em mão de quem estiver e qual quer que seja seu titulo de aquisição. Nosso systema é mais lógico e mais racional (^{4M}). I

Um credor a termo pôde, sem duvida, exercer a acção pauliana, porque, embora seja esta mais do que uma medida puramente assecutoria para ser também executória é toda via indubitável que a fraude do devedor não pôde impedir um direito certo, qual o de que é sujeito activo o credor a termo (³⁴⁵¹). I

A mesma solução não se pôde dar para o credor condicional, porque este ainda não é sujeito activo de um direito certo e somente pôde exercer actos conservatórios, em cuja comprehensão por certo não se inclue a acção revocatoria. No character de credor puramente eventual, falta-lhe o interesse que justifique a acção (³⁴⁵⁸).

(••!) Leis rom. cit na nota supra ; DEMANGEAT, //, />. 603; GIOBOI, //, 266.

(*••) Cod. Civ. Fr., art. 1166.

(••*) ROSSEL, », 144.

■ (3W5) p_{roj.} Fel., art. 261 ; COUJKT DE SANTERRE, V, 82 bis V. ■

(^M) T. DE FREITAS a C. TELLES, nota 17) e add.

(K¹) DEMOLOMBB, XXV, tis. 609 e 610; BAODRY L. ET BARDE. M. 685; LAURENT. XVII, n. 187} LAROMBIERE, 1167, 56.

(••*) LAOPENT, XVI, 459; Hoc, VII n. 219 fim.

610. —Existe uma solução diferente para os actos lesivos aos credores, conforme elles decorrem de actos ou contractos a titulo gratuito, ou a titulo oneroso.

Em regra, todo o acto lesivo que repousa na fraude do devedor justifica o exercicio da revocatoria (^{34M}) e isto, quer se trate de um acto a titulo gratuito, quer a titulo oneroso. Os Códigos, porém, fazem uma distincção nos requisitos constitutivos da procedência dessa acção, conforme se trate de uns ou de outros.

Assim, exigem que nos actos a titulo gratuito somente exista a insolvência do devedor, sem que seja necessária a cumplicidade do terceiro que com elle contratou (^{M0}).

Tratando-se, ao contrario, dos actos a titulo oneroso, a cumplicidade do terceiro é essencial (**").

O terceiro de que se trata pode ser immediato ou mediato, sendo aquelleo que directamente contrata com o devedor ou aproveita de sua renuncia e o ultimo o que succede ao primeiro a qualquer titulo, singular ou universal.

Fraude de terceiro entende-se a participação no acto do devedor com a consciência de *damnum* aos credores deste (^{348I}).

Essa consciência pôde não existir no acto e só ter lugar na época da tradição, quando esta se fez depois daquelle.

Ainda nesse caso, é ella annullatoria do acto (^{8MS}).

A fraude do terceiro, cúmplice do devedor, decorre do facto de estar elle informado da insolvabilidade existente, ou que ella decorre da pratica do acto. De maneira que, a má fé do terceiro e do devedor presume-se quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida da pessoa que contracta (^{mk}). Si o terceiro adquiriu os bens a titulo gratuito, como na doação, basta a fraude do devedor e não importa que o donatário a ignorasse ; nesse caso a restituição do terceiro só se deve estender *quatenus locupletior factus est* (^{MW}).

(^{4M}) ... quoe fraudationis causa gesta erunt —1. 1 §2 D. quoe in fraud.

(^{3W0}) Cods. Civis: do Canadá, art. 1034; Arg., art. 967; Port., art. 1035 ; Hesp., art. 1297 ; Civ. Fr., arls. 622, 788 e 2225; Ital., art. 1235 ai. 2.»; Hayti, art. 509 ai. 2.»; Proj. Fel., art. 254 n. 2; Proj. C. Rod., art. 341; Proj. Bevil., art. 111.

(»») Cods. Civis: do Canadá, art. 1035; Arg., art. 968; Port., art. 1034 ; Hesp., art. 1297 ai. 2; Ital., cit. ; Proj. Fel., art. 254 n. 1 ; Proj. Bevil., art. 112 p. 1.»

(•••) Is. 1, 6 § 8, 10 § 2 D. quoe in fraud.; 1. 5 C. de revocandis; ACBRY ET RAU, § *lij nota* 22.

(•••») 1. 6 § 8 D. cit. na nota supra.

(****) **Huc**, VI *í*, M. 220 ; BAUDRY L. ET BARDE, M. 662 ; C. Civ. Arg., art. 969 ; Proj. Bevil., art. 112 p. 2.»

(SMS) c. TELLES, *Acções* § 108 *nota* 207; T. DE FREITAS a C. TSXLHS, § 54 *nota* 167.

Á acção pauliana.é pois, exercitável contra quem concluiu: o negocio lesivo com o devedor, estando de má fé—*particeps Jraudts* ou mesmo de boa fé si delle retirou vantagens (•*''•).

A differença é que este ultimo só é responsável até a concurrente quantia do que houver adquirido no momento da acção (''').

Taes princípios reagem sobre a natureza dos actos de tal forma que, si a alienação é a titulo oneroso, a pauliana só pode ser exercitada contra terceiro, provando o credor : a) o prejuízo; b) a intenção fraudulenta do devedor *ec*) a cumplicidade do terceiro.

Si a alienação é a titulo gratuito, a cumplicidade do terceiro não é essencial (^{8M8}). A lei, portanto, é mais rigorosa para os adquirentes a titulo de gratuito, porque estes pugnam *ile lucro captando* e a ninguém é licito enriquecer com prejuízo de outrem.

O que adquire a titulo oneroso pugna somente *de darnno vitando*, e como o credor de seu lado trabalha também *de darnno vitando*, a lei applica a esta ultima situação o principio de que *in pari casu melior est conditio possidentis* (^{8WT}).

A fraude do devedor é, portanto, sempre um requisito essencial, quer nos actos gratuitos, quer nos onerosos.

Si o terceiro que tratou com o devedor adquiriu deste por titulo gratuito, a acção pauliana é procedente ainda, com fundamento na fraude do devedor, sem necessidade da cumplicidade do terceiro (^{8M0}).

A presumpção da fraude é doutrina f rancêza, mas contra os princípios do direito romano (^{Hl}) e contra a doutrina de muitos autores (•*''').

£' necessário que o juiz na applicaçãoda lei seja realmente mais rigoroso para o adquirente a titulo gratuito pelas razões expostas; não.porém.porque deva nelles presumir a fraude.

Demais, nos actos a titulo oneroso a pauliana tem por base a prestação do damno do credor pelo terceiro, não poden-

(•*••) WINDSCHBID, § 46J nota 1j.

C*61) Cit. WINCSCHBID, notas 16 e 18 ; C. TELLES, *Acções* § 108 nota 208; ICOLMET DE SAHTERRE, V, 82 bis XI fim ; LAROMBIRBE, 7767, 29; Hoc, Vil, 221 fim ; BAUDKY L.»T BARDE, «. 661; GIOBGI, //, 242.

(^{uu}) 1. 1 pr. I. 10 pr; D. quoe in fraud.; MLIHLRNOBUCH, § 174 nota 13; P. BAPTISTA, *Proc. Civ.* § 24 ; C. Civ. Uai., art. 1235. Q

(*«») COLMET DE SANTEBRE, V, 82 bis XI. T. DE FREITAS a C. TELLES, nota 157 *eadâ.* chama isso uma '*luminosa e pratica distincção.*» g (»wo) CoiJ«T DE. SAKTBRBK, V, 82 bis XI; Hoc, Vir, 220 • 221; BAODRY L. ET BARDE, n. 660; LAROMBIEHK, 1167, 20*30.

(•*■'') 1. 1 D. quoe in fraud.

C*TM) TOULLIEP, VI, ?ÔV, DEMOLOMBB, //, 190,195; MABCADÉ, 1167, II, 497.

do a revogação do acto ter effeito somente quanto ao devedor : o terceiro adquire também direitos que deve perder com ella.

Ora, essa perda só deve ter fundamento em sua culpa, que, portanto, deve ser provada e não tão extensamente presumida. I Nos actos a titulo gratuito, ao contrario, surge logo clara a regra que ninguém pode se enriquecer a custa de outrem e é esta desde logo sufficiente razão da acção, desde que o acto do devedor produza esse effeito em favor de terceiros contra credores.

617. —A obrigação do terceiro pode ser *ex delicto*, si elle é *particeps fraudis*—a titulo oneroso ou gratuito; pode ser *injusta locupletatione* si o terceiro é de bôa fé e adquiriu por titulo gratuito,

A primeira fonte o obriga a resarcir o danno ; a segunda a supprimir um ganho injusto (^{sua}).

D'ahi logicamente se concilie que o terceiro de bôa fé, perdendo o lucro que havia percebido antes da revocatoria, não é a mais obrigado para com o credor que depois a propõe, pois que elle não é obrigado por facto illicito, como o de *mà fé*, e sim somente pela locupletação por elle adquirida de bôa fé. Não é, outrosim, obrigado á restituição dos fructos percep-tos e consumidos antes da contestação da lide. B Quando se trata de um acto a titulo oneroso, tem o terceiro que soffre a acção direito de demandar do credor o preço que fez entrar nos haveres do devedor ? Si esse preço não existe mais, parece claro que sobre elle não mais se possa disputar.

Supponhamos, porém, que elle continue no património do devedor. O direito romano era vario na decisão, ora resolvendo que o credor devia ser embolsado e ora não (^{M14}).

Entre os modernos existe a mesma divergência.

A melhor opinião é a que nega ao terceiro o direito de reembolso, assumpto sobre o qual voltaremos opportunamente

Indaga-so, outrosim, si o terceiro obrigado a restituir ao credor a causa alienada, ou sem valor, pode pedir ao devedor os danos soffridos.

(•*•) GIORGI, *Ob. Clt. II. JJ2.*

(^{8W}) Is. 7 e 8 D. *quæ in fraudem etc.*

(^W) GIORGI, //, 336; LAROMBIERE, 1167,58 ; Proj. Bevil., art. 118.

Si a aquisição de terceiro foi a título oneroso, a acção por elle soffrida dá-lhe o direito á garantia contra a evicção e, portanto, á restituição do preço, salvo si assumiu o risco da evicção. A' satisfação do danno, porém, não terá direito pela sua má fé, pois, que em se tratando do contracto a título oneroso, a revocatoria só attinge ao terceiro quando este está de máfé^(m).

Si, ao contrario, tratar-se de contracto a título gratuito, o terceiro tem somente direito de exigir garantia do devedor, quando a revocatoria acarretou-lhe uma perda real e não quando apenas privou-o de um lucro (**").

618.—Discute-se si o terceiro mediato que recebe do immediato a coisa sujeita á revocatoria responde com a mesma extensão que o ultimo si o succedeu a título universal.

Ha quem faça umas quantas distincções doutrinarias.

Dizem então: Si se trata de alguém que recebeu do terceiro a título singular, é preciso saber si o terceiro transmittente era passível da revocatoria ou não. No primeiro caso, si o adquirente mediato está em condições pessôaes de soffrer a acção, isto é, si estiver de boa fé nos actos a título gratuito, ou de má fé nos onerosos, elle é sujeito á pauliana por ter estado quem lhe transmittiu. Do contrario, não ^(8m).

Esta é a solução da doutrina. Os Códigos variam. Uns admittem a acção contra os terceiros mediatos quando estes adquiriram a título gratuito e nos onerosos somente quando foram cúmplices da fraude ^(am).

A solução dominante é que si o adquirente de má fé transmittir a outrem o bem alienado em fraude de credores, estes não podem annullar a segunda alienação, mas o primeiro adquirente de má fé responderá para com elles pelo valor real do mesmo bem ^(848o). Isto quer dizer que a acção rescisória somente se poderá intentar contra o devedor insolvente e a pessoa que com elle celebrou estipulação considerada fraudulenta ⁽³⁴⁸¹⁾.

^(1WB) G:OBGI, II, 347.

^(84T) GIORGI, *ob. cit.* II, 348.

^(8W8) 1.9 D. *quæ in fraudem*; LAROMBIBBE, 1167, 46; GIOBOLII, 309; COLMBT DE SANTBBBB, V, 82 *bis XII*; MABCADE, 1167, 499 *bis IV*.

^(**") Cod. Civ. Arg., art. 970.

^(348t) T. DE FREITAS a C. TELLES, *nota 168 aetd.*; Cod. Civ. Port., art. 1037; C. Civ. da Ital, art. 1235 ai. 3; Cod. Civ. Hesp., art. 1298; Proj. C. Rod., art. 343.

^(8*8i) Proj. C. Rod. cit.; Proj. Bevil., art. 114.

619.—Si o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, approximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com citação edital de todos os interessados. É realmente doutrina aceita que o terceiro, ainda que de má fé, pôde reter o curso da revo-catoria satisfazendo ao credor (^{1W}).

Esta solução, porém, decorre como consequência de se não encarar a pauliana como uma acção de nullidade na qual se respeitem direitos de terceiros. Partimos de principio oppo-sito, só admitindo a consignação do preço no caso restricto de não ter sido elle ainda pago e ser mais ou menos o corrente.

Solução diversa admite que, uma vez satisfeito o credor pelo adquirente, o restante do valor da cousa a elle alienada permaneça na propriedade do ultimo (^{MM}). Para nós jamais isso se dará, porque todas as vantagens revertem em proveito da massa.

620.—O credor chyrographario que recebe do devedor insolvente o pagamento da divida inda não vencida, fica obrigado a repor á massa tudo quanto recebeu (^{34W}).

A razão é obvia e dispensa commentarios.

A divida inda não vencida não é exigível e, portanto, seu pagamento não constitue cumprimento da obrigação.

Conseqüentemente, seu recebimento defrauda os demais credores.

62 J.—O devedor de divida vencida e, portanto, exigível, que constitue uma hypotheca para garantir seu debito, não pratica evidentemente um acto fraudulento aos demais credores, pois que dá apenas aquillo que em direito já lhe podia ser exigido.

O *crileriuni* nesse caso é estar ou não a divida vencida.

E' só no caso de não estar vencida a divida, que se poderia taxar o acto como fraudulento.

(•*V) C. Civ. Port., art. 1041 • C. Civ. Arg., art. 966 : Proj. C. Rod., art. 343; Proj. Bevil., art. 113; DKMOLOMBK, //, 266; AUBRT BTRAU, § 11 letra b, notas 41 e 42.

(³⁴⁸⁸) Assim pensa o Proj. Fel., art. 260 ai. 2.*.

(•***) Proj. C. Rod., art. 344 ; Proj. Bevil., art. 116.

Em direito commercial uma tal hypotheca, constituída dentro do período suspeito, é presumida fraudulenta, independentemente da condição da insolvabilidade, ou mesmo a despeito da solvabilidade. No eivei tal presumpção não existe.

Entretanto tudo é relativo.

M

A garantia hypothecaria em favor de um só dos credores, sinão é uma presumpção de fraude, não é incompatível com ella. E' uma questão de facto que merece um exame detido. Em todo o caso, quem offerece tal garantia ao seu credor não se pode dizer ter pago uma divida e sim ter praticado um acto de livre vontade que vae melhorar as condições do credito.

Si a garantia é contemporânea com a divida, claro é que deve seguir a sorte desta. No caso, porém, de lhe ser posterior, a revocatoria pode ter lugar (⁸⁴⁸⁵).

Isso não contraria a doutrina de nosso direito. Sempre entre nós foram presumidas fraudulentarias dos direitos de outros credores as garantias de dividas inda não vencidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor chyrographario.

A solução, pois, é radical.

Não se pôde qualificar cumplicidade de terceiro o acto de um credor que procura de preferencia aos outros acautelar seus legítimos interesses com o devedor commum (^{IM6}).

622.—Presumem-se actos de bôa fé e valem para o effeito de excluir a acção pauliana:

1º—Quando os credores de um modo positivo prestaram seu consentimento ao acto do devedor (^{M1}):

2º—Si o devedor paga divida vencida a um credor de preferencia a outros (^M). O pagamento de divida vencida não constitue danno; é um acto irrevogável, incompatível com o *consilium fraudis*.

3^e—Os negócios ordinários indispensáveis á manutenção do estabelecimento mercantil, agrícola ou industrial do de*

(^{iw}) WINDSCHEID, §463 nota 30.

(^{348B}) LAROMBIBRE, H67, 40 ; LAURKNT, XVI, na, 480 e 481. E' o que bem caracterisam BAODRYL. ET BARDE, «.663 : «Lorsqu' un non commerçant en deconfiture paie un des ses creanciers par preference aux autres, lui fait une dation en paiement, ou lui confere une hypothèque. cet acte ne peut pas être attaqué par faction paulienne, bien que le creancier que en a profité ait connu l'insolvabilité du debiteur.

(^{w7}) L. 6 § 9 D. quoe infraud.; LAROMBIBRE, 1167, 49.

(«a») C. Civ. Port., art. 1039 ; C. Civ. Hesp., art. 1292; Proj. C. Rod., art. 346 : Proj. Bevil., art. 117 n. II; GIORGI, ob. cit. II, 279 a.

vedor. Este principio decorre, como lógica consequência, do que defere ao devedor a exclusiva administração de seus bens, acima exposto.

4.^o—Os actos pelos quaes o devedor contráe novas dividas ainda que estas sejam garantidas. O contrahir dividas ainda é um acto de administração de negócios e bens do devedor. Ora, é claro que ao exercel-o pode elle firmar suas obrigações com qualquer pacto de garantia accessoria. Nem essa affirmação collide com a que fizemos de ser fraudatoria dos demais credores a hypotheca feita pelo devedor a um dos credores. Esta disposição só diz respeito a credores chyrographarios já existentes em idênticas circumstancias, das quaes um é collo-cado em melhor situação por acto do devedor. Aqui, ao contrario, a hypotheca pode ser uma condição imposta á nova obrigação e esta pôde ser contrahida como meio indispensável á boa marcha dos negócios do devedor na administração e progresso de seus negócios.

5.^o—Si o devedor paga a divida em virtude da condição resolutive realisada, pois que é então devedor certo. Não assim tratando-se da condição suspensiva (³⁴⁸⁹).

6.^o—A entrega da cousa certa devida (^{8M0}).

7.^o—A divisão dos bens pelo ascendente por disposição testamentária. Não assim por acto *inter-vivos*, porque neste caso, é uma verdadeira alienação actual, uma doação.

623.—A acção revocatoria é pessoal ou real ?

Eis uma questão puramente theorica e sem consequências praticas importantes.

A controvérsia vem desde o direito romano, pois que textos ha que a têm como pessoal (^{mi}) e outros como real ("") ;o Digesto ainclueentre as *adiones in personam*, a Instituta entre as *actiones in rem* (^{S4M}).

Modernamente não é a discussão menos calorosa e cheia da subtilezas.

Ha quem a tenha como real quando dirigida ao possuidor da cousa alienada em fraude do credor.e como pessoal quando dirigida contra o próprio devedor (sm).

(8W9) **ls. 10. 16 §§ 1,17 e 18 í>. de cond. indeb.**

(^{M0}) DEMOLOMBE, *ob. cit. II, 226.*

(•••) **1. 38 D. de usuris.**

(⁴⁹*) **1. 14 D. quæ in frand. cred.**

(****) **1. 38 D. cit.; § 6 Inst. de actionibus.**

(>>>*) **M. FREIRE, liv. 4 tif 6% 15 nota ; P. BAPTISTA, Proc. § 24**

Outros pensam que é real de domínio, opinião que conta muitos partidários no direito francês (*").

Outros, finalmente, é a opinião dos melhores romanistas modernos, que é uma acção pessoal *in rem scripta* ("M).

Quanto a contradição dos textos romanos, outros a desfazem considerando a acção como *penonalis arbitraria in factum*. I

Essa pesquisa só tem como consequência que, si a acção é pessoal, deve ser intentada no domicilio do terceiro e si real, no da situação da coisa.

624.—No direito francês a acção revocatoria só produz resultados para o credor que a intentou (^{WOT}), e a quem tratou com o devedor resta sempre recurso contra elle pela acção que soffreu, si por ventura lhe vier melhor fortuna ulterior.

Ha Códigos que expressamente dispõem nessesmesmo sentido (^{M9S}). Ahi mesmo, porem, inúmeras opiniões existem em apoio da solução contraria C⁴⁹⁹).

Esta ultima é a dominante em direito pátrio.

O effeito essencial da revogação do acto fraudulento é fazer reentrar os bens alienados na propriedade do devedor e não attribuir aos credores direitos especiaes sobre elles.

Seria absurdo que os credores tivessem sobre taes bens direitos mais amplos do que sobre os que não sahiram do domínio e posse do devedor. O effeito da acção não pode ser si-não exclusivamente o de desviar a ingerência de terceiros e collocar os bens nas mesmas condições de outros restantes. S

Não é possível constituir um privilegio apenas para o credor que intentou a acção, obrigando-se os outros a se prejudicarem. Seria isso uma errónea applicação dos princípios da coisa julgada. Uma vez desfeito o acto fraudulento, entram de novo os bens na propriedade do devedor para garantia de todos os credores, salvas as prelações que a cada um delles couberem. O acto desfeito não era fraudulento somente a respeito do credor que requereu sua annullação, mas a respeito

(***) E' a de T. DE FREITAS a C. TELLES, «O'S 164 e 175 add. (MM) C. TELLES, *Acções* § 111 nota 2'5 ; BAUDRT L. ET BARDE, N. 707.. ("" BAODBY L. ET BARDE, H. 715 ; ACBRY BTRAU, M. 35. («*98) Cod. Civ. do Chile, art. 1690; C. Civ. Arg., art. 965. ■ (MM) Exemplo: MARCADÉ, IV, ». 501 ; TOULLIER, IV, p. 313; MASSÉ ET VESQÉ A ZACHARLE, UI, P. 413; COLMET DE SANTKRKB, V, 82 bis XIII t XIV; LAUEENT, XVI, 488 e 490.

de todas ^(880o). E', em summa, uma acção cujo fim é a nullidade e não a restituição ou reparação de danos ^(S501), portanto, an-nullados os actos fraudulentos, a vantagem resultante reverte em proveito da massa ^(850S).

O beneficio da revogação estende-se a todos os credores e é isso quanto basta para se ver que a acção revocatoria é uma acção de nullidade. Si assim não fosse, a revogação do acto limitar-se-ia ao interesse do credor que empregou o remédio pauliano, mantendo-se valido *erga omnes*.

Fazendo reverter em beneficio da massa as vantagens da revogação, a lei excluiu os terceiros nella envolvidos como ficou acima doutrinado. Dahi pôde-se logicamente concluir que, revogado um acto do devedor com um terceiro, as relações juridicas entre estes não mais subsistem pelo facto de haver o credor resarcido seu prejuízo ^(M0S).

Si os actos revogados tinham por único objecto attribuir direitos de preferencia por hypotheca, antichrese, ou penhor, a sua nullidade importará somente a perda da preferencia

○

625.—Qual o prazo da prescripção da acção pauliana?

No direito pátrio ella só dura o anno útil, a contar da verificação judicial da insolvência ^(ism). E' também o que dispõe o direito portuguez ⁽³⁵⁰⁶⁾.

Para outros Códigos prescreve : *a*) em dois annos depois que o credor conheceu os actos annullaveis ; *b*) em vinte annos depois do acto praticado ^(*507). Outros dão-lhe o prazo de quatro annos ^(S508). O Código Francêz e o Italiano nada dispendo a respeito, entendem seus interpretes que a acção prescreve em trinta annos—prazo da prescripção acquisitiva or-

^(850o) ; COLMET DE SANBRRB, *cit. bis XIV*.

^(3m) Cit. LAURENT ; GIORGI, *II, j5y* ; LAKOMBIERE, *1167. 62*.

«o*» Cod. Civ. Japão, art. 425 ; Cod. Civ. Port., art. 1044; Proj. Fel, art. 260; Proj.

C. Rod., art. 347; Proj. Bevil., art. 118.

^(3ioS) GIORGI, acha irracional essa consequência ; *ob. cit. 11,338*.

«s*o» C. Civ. Port., art. 1042 ; Proj. Fel., art. 262 ; Proj. Bevil., art. 118 § un.

(8io5) T. DE FREITAS a C. TELLES, *nota 174 add.*; arg. do art. 828 do

Cod. Comm.; Proj. Fel., art. 264.

^(S506) Cod. Civ. Port., art. 1045.

«s*«» Cod. Civ. do Japão. art. 426.

^(MW) Cod. Civ. Hesp., art. 1299, imitado pelo Proj. Bevil., art. 181 § 9 n. V letra b.

dinaria, que deve dominar em todas as acções que por lei não o tenham menor.

62G.—Qualquer, porém, que seja a protecção que os credores possam encontrar na pauliana para garantia de seus interesses, ella é deficiente e perigosa. Em primeiro lugar, é essencial a demonstração da fraude, o que nem sempre é fácil quando esta é de antemão concertada com desígnio,

Eis porque a regulamentação da insolvência civil é um ideal, completamente amadurecido pela propaganda (^{S5M}).

No direito romano ella já existia.

A acção revocatoria era então uma particularidade da *venditio bonorum*. A insolvabilidade resultava da *missio in possessionem* e o *curator bonorum* nomeado pelo pretor repre-sentava a massa.

Todos os credores sem distincção de commerciantes ou não commerciantes, de posteriores ou anteriores á fraude, participavam das vantagens da massa para o embolso de seus créditos.

A idade media accentuou a differença entre os commerciantes e os não commerciantes para o effeito de particulari-sar a estes últimos os preceitos relativos á fallencia.

Princípios differentes deviam ter aconselhado o movimento que só a época moderna pode considerar como uma osci-llação, ou antes, uma verdadeira perturbação, no evoluir do instituto.

O direito romano encarava não o património, mas a própria pessoa do devedor como o garante das obrigações contra-hidas.

O surto da personalidade individual na idade media retirou a esse principio seu antigo valor.

Por outro lado, o começo da expansão das artes e industrias, a transmissão dos productos de povo a povo foram cre-ando privilégios para certas classes, regras e preceitos realmente necessários a certas profissões em especial. Eis porque a distincção que obtiveram os negociantes, os preceitos jurídicos a elles especiaes foram se accentuando crescentemente desde os fins da idade media até o grande intercurso que a

(^{MW}) CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.) *Falle,ias, ns. 18 a 24,-C. DE CARVALHO, Dir. Civ. Recopil., httrõã p. LVfII a LXI; F. DE CASTRO, Da insolvência civil* (monographia).

navegação veio estabelecer entre os povos da Europa e os do oriente.

Entre essas medidas teve papel saliente a fallencia. Era o instituto protector dos haveres dos credores contra a espécie de devedores mais aventureiros e mais sujeitos ás influencias arruinadoras do et edito e da fazenda. As grandes navegações, as altas especulações que tinham em vista enormes riquezas em uma ou duas longas e penosas viagens, arriscavam capitães immensos que exigiam por isso protecção particular.

Hoje assim não é. A equiparação dos devedores é a melhor e mais solida protecção que na época actual se pôde de cretar em favor do credito. ^

Adistinção entre commerciante e não commerciante, a linha que separa aquelle das demais classes produtoras da sociedade em relação ao credito é tão subtil, quão subtil, me* taphysico e incongruente o conceito jurídico de actos de co-mmercio.

O problema, pois, é reconduzir o instituto das fallencias para o direito civil, eliminando-o de vez do cotnmercial e penal.

E isso não é um retrocesso ; é o termo de uma evolução.

A applicação das regras de fallencia somente aos commerciantes em vez de ser um principio dominante na origem, constituiu precisamente uma inovação deplorável nos tempos modernos, introduzida pelo Código Commercial Francêz de x808 e mantida em sua reforma de 1838. A este systema fi-liaram-se os da Bélgica, Itália, Portugal, Romania e os Códigos da America do Sul (^{551o}).

Essa solução, porém, não é geral. Muitos paizes têm regulado a insolvência civil, postoque de maneiras differentes. Ha um typo completo em que a fallencia abrange commer-ciantes e não commerciantes. A' essa classe pertencem : a Inglaterra (""), a Allemanha (^{15.f}), os Payzes Baixos C^{8m}), a Croácia—Slavonia—Dalmácia (^{35W}), a Escossia (^{85IB}), a Irlanda (³⁵¹⁶), a America do Norte e o Japão.

Outro systema torna a fallencia extensiva aos não commerciantes com attenuações em relação ao rigor do processo e da pena que applica aos commerciantes.

(•»■•) C. Comm. Belga, arte. 437 a 614; C. Comm. Ital., arte. 683 a 867; C. Comm Port., arte. 692 a 749 ; lei da Roumaniade 25 de Junho de 1895. (M") Lei de 25 de Agosto de 1883 ; 46 e 47 Vict. C. 52. (**M) Lei do Konkurz Ordnung de 10 de Fevereiro de 1877. O^{M3} Lei de 30 de Setembro de 1893. («514) Lei de 28 de Março de 1897. (3515) Lei de 1856. (8516) Lei de 25 de Agosto de 1857 reformada a 30 de Agosto de 1889.



A este filiam-se: a Hungria (""), a Rússia (^{Mu}), a Áustria (■"•), a Hespanha (^{M0}), os paizes Scandinavos (•").

Vem, finalmente, o systema suisso que estende os ónus e vantagens da fallencia aos não commerciantes, si estes se inscreverem no registro que é obrigatório para os commerciantes (^m).

Entre nós dominou sempre o direito francêz da exclusão da fallencia para os não commerciantes (^{MW}).

Entretanto nada tem faltado á propaganda em contrario. No Projecto de Código Civil de Coelho Rodrigues a insolvência civil entrou francamente (^{rs4}). Ultimamente deu-se o mesmo no Projecto Beviláqua ("").

Ambos collocaram a matéria logo apoz o direito das obrigações.

A Commissão nomeada pelo governo para examinar este ultimo manteve as disposições relativas ao assumpto respeitando o plano inicial (^{15,B}). Sujeitando-se, porém, a matéria á discussão da Commissão dos vinte e um deputados, apesar do Parecer favorável que sobre a matéria formulou o Relator (""), foi ella excluída da discussão (""). Baldados foram os intelligentes esforços do autor de Projecto C"*).

Foi assim que este sahi manco e inteiramente abolida a parte relativa a insolvência civil. Mais uma vez, pois, ficou o assumpto uma parte do direito a constituir, não exigindo aqui, portanto, maiores desenvolvimentos do que a formulação de sinceros votos para a sua realisação legal.

(8617) Lei de 30 de Maio de 1881. (3518)

Cod. do Proc. Civil, de 1864.

(8519) Lei de 25 de Dez. de 1868 completada pela de 16 de Março de 1894.

(8520) c. Comm. arts. 870-941; Cod. Civ. arts. 1913-1920.

(3531) Lei sueca de 18deSet. de 1862 modificada pelas de 13 de Abril de 1883 e de 5 de Julho de 1884. Lei norueguense de 6 de Junho de 1863. modificada pela de 3 de Junho de 1864. Lei dinamarqueza de 25 de Março de 1872, modificada pela de 15 de Abril de 1887.

(3522) Art. 865 do C. Fed.; lei federal de 11 de Abril de 1889.

(«eí») Cod. Comm. de 1850 N HI; Dec. 917 de 24 de Out. de 1890; lei n. 859, de 16 de Agoato de 1902; Cod. Penal, art. 337.

(3524) Proj. C. Rod., arts. 1271 e segs

(KM) Proj. Bevil., Primitivo, arts. 1681o 1714.

(3526) Proj. Bevil., revisto pela Comm. de Ictos., arts. 1848 a 1880.

O*¹⁷) Parecer SÁ FREIRE, *Trabalhos do Cod. Civ-vol. III, pags, 156— 161*, sustentado no vol. VI pag. 230.

(*^M) Discurso do SR. ANDRADE FIGUEIRA, nos *Trabalhos vol. VI pags. 192, 198*.

■ (36*9) Discurso de CLÓVIS BEVILAO.UA *versus* ANDRADE FIGUEIRA, nos *Trabalhos, vol. VI, pags. 224 a 230*.

CAPITULO II

DOS CONTRACTOS BILATERAES

Summario.—627 Acto bilateral e contracto bilateral. Natureza do ultimo. Divisão em perfeitos e imperfeitos. 628—Um contracto unilateral pode-se transformar em bilateral. 629 —Ha uma ou duas obrigações nos bilateraes ? 630—E' a exacta reciprocidade que caracteriza os bilateraes. 631—Excepção *non adimplett contractas*. A quem compete a prova. 632—Essa excepção demonstra a unidade das obrigações nos bilateraes 633—Excepção *HOH rite adimplett contractas*. 634—Do dupio inadimplemento. A quem incumbe a prova. 635 — Diminuição do património : remédio legal. 636—Rescisão. 637 — Inadimplemento fortuito e o culposo. 638 -E'essencial a constituição em mora ? 639 — Da clausula resolutoria expressa. 640—Do pacto commissoric' tácito. 641 -Continuação: systemasj francêz e o suiso—allemão. 642—Comparação dos systemas. 643—Effeitos da rescisão.

6—7. — Bem accentuada é a differença que existe entre negocio ou acto jurídico bilateral e contracto bilateral.

Acto jurídico bilateral é o contracto quando implica a reunião de duas vontades: ha bilateralidade de consentimento.

Contracto bilateral é uma espécie particular de contracto, em que são essenciaes a prestação e a contraprestação ^(MM).

Nestes contractos o fim é uma troca de prestações e por isso elles são commutativos e recíprocos. De modo que ha contracto bilateral sempre que as partes se obriguem reciprocamente[^]—*ultra ciproque obligalionum*, na phrase de Ulpiano

/SS8t\

^(8SS0) E' o que os allemães bem exprimem com os vocábulos *Gegenseitige Verträge*, WINDSCHEID, § 69 *texto e notas 2 e 4* ; RICCI, *ob. cif n. 122*; GIÖBGI *ob. cit. Ill H. 25 a*).

^(Msl) 1. 19 D. de verb.signif.

Ha quem denomine esses contractos *synallagmaticos*. Tal denominação deve ser banida da technica jurídica. Ella vem do grego *sunallagma* que significa contracto. De modo que, contracto *synallagmatico* deve ser entendido « contracto contratual»— expressão que carece de sentido.

Autores também existem que dividem os bilateraes em *perfeitos* e *imperfeitos* (^{S5M}). Os perfeitos são aquelles em que a acção de cada uma das partes contratantes surge immediata e directamente com a conclusão do contracto; em que este, logo que se perfaz, produz obrigações reciprocas exigíveis. Taes são, por exemplo, a compra e venda, a locação, a sociedade, o compromisso, etc. Chamão ao contrario imperfeitos os que não engendram obrigação sinão para um dos contratantes, mas podem eventualmente produzir o mesmo effeito em relação ao outro: ou melhor, quando produzem duas acções, das quaes uma *directa* e outra *contraria*, como o deposito, o commoda-to, o mandato e a gestão.

O Código Civil Francêz, que tão de perto seguiu Pothier, não incorporou essa distincção. Entretanto a maioria dos civilistas francêzes a adoptam e muitos outros extranhos a acolhem (^{MM}).

Tal distincção, realmente, só poderia ter valor no systema francêz que admitte a condição resolutive tacita, si esta não fosse applicavel aos sedizentes imperfeitos (^{353*}). Desde, porém, que essa condição é ali subentendida, ou desde que, conforme outro systema, qualquer contracto, bilateral ou unilateral a titulo oneroso, ou actos de disposição, possam ser rescindidos logo que uma das partes deixe de executar a prestação que lhe incumbia, tal distincção nenhum valor doutrinário tem (^{3a8B}).

Dirão entretanto que ha de facto nos contractos exemplificativamente citados uma perfeita distincção quanto ás acções que geram.

Ha: não se pode negar. Preferimos, porém, ver na acção contraria dos chamados imperfeitos uma obrigação *quasi ex contractu* produzida *ex post facto* (³⁸³⁶).

(853*) *Vollkommene oder unvollkommene gegenseitige Verträge*, DERNBURG, *Das BÜrg. Recht*, II, Pfi 1 § 91; POTHIER, n. 9.

(⁸⁵⁵⁵) MOLITOR, n. 16; POTHIER, «. cí.; DEMANTK et COLMET DE SANTERRF, V, 5; LAROMBIERE, 1101, 2; GIOBQI, III. 25 a; GIANTDRCO, § 55, 1; ROSSBL, n. 20» etc.

f*^{56*}) Como bem entendem AOBRY ET RAU, V, p. 82 nota 79.

(•••») DSMOLOMBE, ob. cit. XXV, tis. 492—494; BAUDRY L. ET BARDE, H. II.

(SM») BUFNOW, *. 458; LAURENT, XV, 435.

6228. — Nada inibe que as partes transformem um contracto de índole unilateral em outro bilateral. Para isso basta que imponham a um dos contratantes não obrigados originariamente de pleno direito, uma contraprestação qualquer. Assim, pela própria lei, a doação feita com encargo é a transformação do contracto unilateral em bilateral e pôde então ser revogado pela inexecução do encargo C**⁷).

Isso não se dá, entretanto, no mandato, no deposito e em casos análogos, em que só uma das partes é a principio obrigada e a outra pode vir a sel-o. Ahi a essência dessa mutação é definida pela própria lei e dispensa toda a estipulação.

Para que ella se effectue por vontade das partes é essencial que na época da formação do contracto seja creada uma obrigação principal, que não represente um requisito legal do mesmo contracto, mas exclusivamente um producto do encontro das vontades das partes (^{M8}).

629. — Ha no contracto bilateral duas obrigações diversas e independentes entre si ? Ha quem assim o pense (^{sb89}).

Esse modo de ver origina-se na errónea theoria da causa das obrigações, pois que então uma das prestações é a causa da outra, muito embora decorrentes de uma convenção única (^{>^m}).

Essa doutrina é igualmente errónea e voltaremos a demonstral-o. Basta, por emquanto, a titulo de adiantamento de princípios, estabelecermos que não existe tal independência de obrigações.

Apenas o adimplemento de uma das prestações é a condição da faculdade de reclamar o adimplemento da outra.

Ha, por assim dizer, obrigações principaes e correlatas a cargo das duas partes (^{m1}); duas prestações, das quaes uma é o equivalente, mas não a garantia da outra (*■**). É' por assim ser que, si uma parte cumpre sua prestação, pôde reclamar o cumprimento da outra e que aquella que não cumpre a que lhe cabe não pôde exigir a contraprestação (^{MM}).

(^{3B37}) BAUDRY L. ET BARDE, *n. 12.* \^m)

RICCI, *ob. cit.* M. 122.

\^m) MAYNZ, *Droit Rom*, § 197; MADAI, *Teoria della mora*, pags. 277— 284 ;

GiohGi, *ob. cit.* IV, 199.

(^{35o}) HIIDELOT ET METMAN, *Qb. Ctt. MS. 2j e hf.*

(^m) BAUDRY L. ET BARDE, *H. 10.* (^{8B**}) SALBILLBS,

Teorie des obligations, n. 171.

(^{>>**}) Vide esse interessante assumpto theorico em WINDSCHEID, § 327, *no-a 16 e* em SALEIXES; *ob. cit.* n. 168.

630. —A exacta reciprocidade é a essência dos contractos bilateraes ("**) A prestação de uma das partes depende .tão intimamente da de outra, que, si uma delias quizer accionar seu co-contratante, deve, antes de tudo, não ser passível da arguição de ter faltado á obrigação que assumiu, sob pena de ser repellido pela *exceptio non adimpleti contractas* (**•).

A execução deve, pois, ser simultânea, *donnant donnant*, como dizem os francêzes, *Zug um Zug*, como ensinão os allemães (^{ms}).

Nos contractos bilateraes é, portanto, uma regra inflexível que nenhuma das partes pôde exigir da outra o cumprimento da obrigação sem que tenha cumprido a sua (^{3S47}).

De outro modo pode sempre a outra parte, até que isto se realise, recusar-se a executar, salvo si clausula contraria impuzer regra diversa (^{MW}).

631.—A excepção *non adimpleti contractús* é consagra da em nossas leis. Consiste esta excepção em que uma parte demandada pela execução do contracto pôde excluir a acção invocando o facto de não ter a outra também satisfeito a prestação e, portanto, propôr-se a cumprir, executando-se deste modo por ambas o contracto.

E' o que os allemães denominam *Erfüllung Zug um Zug*

Essa excepção é por alguns civilistas impropriamente denominada direito de retenção (^{35S0}). E' denominação viciosa, porque não dá conta exacta da reciprocidade das prestações e só exprime com justeza o que se passa no pagamento por compensação em que as obrigações são independentes. A retenção em tal caso é um beneficio, ao passo que, no caso sujeito, a

(^{M*v}) MOLITOR, *H.17*; Man hat dies so ausgedriickt, dass Forderungen und Gegenforderungen miteinander verwachsen seien, wie Glieder eines Leibes—
DERNBORO, *ob.Ct. Tf, P.º .I.º* § 92 n. *IT.*

(•»*») is. 13 § 8,25 D. de act. empt. et wendit.; MACÍKLDBT, § 398; WINDSCHEID, §321 *Ct.*

(•»«) Cod. Civ. AU., arts. 320 e 322. Daswesendes zweiseitigeo Geachäftes vor aliem darin.dass aus deselben Vertrag gegenseitige Verbindlichket-en hervorgehen, DBRNBURG, § 92 •.it- princ.

(^{mm}) Cod. dos B. de Montenegro, art. 538 ai. 1.» { C. Civ. Arg., art. 1201 eCod. Civ. Ali., art. 320; Proj. Bevil., art. 1096.

(MM) Cit. Cod. de Montenegro, ai. 2."

(»^{SW}) Cod. Civ. AU., art. 320, ai. 1.*

(^{MM}) AOBBT ET Rau, § 256 bis nota 2.

excepção *non adimpleli* é um conseqüentio logicamente decorrente da bilateralidade das prestações ^(m).

Quem apresenta essa excepção não é obrigado a mais prova além da que áiz respeito á existência de seu direito de credito. Ao autor compete provar que sua prestação foi feita. E' a doutrina allemã⁸⁵⁾. Em uma palavra, a prova deve ser feita por quem pretende ter cumprido o contracto.

Ainda mais : quem acciona deve provar a obrigação do inadimplente. Este, por sua vez, deve provar que executou, pois que é um caso de pagamento e este não se presume ^(M).

632.—A excepção *non adimpleli contractes* é uma prova de que as obrigações bilatras não são independentes; que cada uma das partes subordinou os encargos que assumiu ás vantagens que estipulou a seu favor, verdadeiras dividas connexas, das quaes uma é o equivalente da outra.

E' porque as obrigações reciprocas são equivalentes recíprocos, que uma das partes não pôde exigir o que se lhe deve sem ter feito aquillo a que é obrigada.

Uma das dividas não é garantia do pagamento do outro credito, mas uma verdadeira equivalência ^{^m)}.

E' uma excepção commum a todo o contracto que suscite obrigações reciprocas e por isso especial aos de indole bilateral.

O essencial para que ella se dê é que haja connexidade entre as duas obrigações, ou por outra, que ellas se originem num só contracto ^(MM).

633.—Como não é admissível o pagamento parcial, a-ssim também, além da excepção *non adimpleli contractus* para o caso de inexecução de uma das partes, existe a excepção *non rité adimpleli contractas* para o caso de exigir o contracto

(3551) BATJDRY L. ET BARDE, n. 965 e segs.

(•••) SAI-EILLES, H. 178 ; BBUDRY L. ET BARDE, M. 967.

^{8W} ») Rioci, n. 39; WINDSCHEID, § 321, texto e notas 3 a 7. Vide adiante o numero 634.

^(8M*) SALKILLES, <. 171.

^{C*5)} GIOROI, ob. cit. IV, 201. Si a *non adimpleli* é uma verdadeira excepção, ou uma negação directa, vide WINDSCHEID, § 321 nota 2 que a tem; como nosso texto, por verdadeira excepção.

a parte que não tiver executado completamente as obrigações de que era devedora ("").

634. — Supponhamos, por outro lado, que a parte inadimplente seja autor da demanda contra a outra parte também por inadimplemento,

O demandado invoca o inadimplemento do autor. A quem incumbe a prova ? A afirmação do réu colloca o autor na necessidade de provar que cumpriu sua prestação, ou deve elle réu fazer a prova da inexecução do autor ?

Ao réu nesta hypotheze incumbe a prova, pois que, ou se trate da *non adimpleli* ou de *non rite adimpleli*, é sempre livre ao autor offerecer a execução do contracto que lhe toca prestar para obter a prestação equivalente (^{M1}). Eis porque o Código Allemão consagrou a doutrina que quem oppuzer a excepção *non adimpleli* nada mais pode obter além da con-denação do autor á execução (^{3S88}).

035. —Uma outra consequência da equivalência e exacta reciprocidade das prestações, no contracto bilateral, é que, si depois de concluido este, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu património, capaz de comprometter ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar re-cusar-se a esta até que a outra satisfaça a que lhe compete, ou dê garantia bastante de satisfazela (^{MM}).

636.—Vimos que a parte que tiver cumprido sua prestação pôde exigir a da outra. E' uma das alternativas que tem o credor adimplente nos bilateraes: fazer executar o contracto.

Entretanto a parte prejudicada pelo não cumprimento do

(M)»6j WINDSCHEID, § 321 nota 5 ; DERNBURG, *vol e pfi cits.* § 94; SAUHIXES, *ob. cit. n.* 173.

(W5i) WINDSCHEID, § 321 nota 3 ; GIOBOI, *IV.* 230.

(»^{BS8}) Cod. Civ. AU., art. 322.

(MM) Cod. Civ. AU., art. 321; Proj. Bevil., art. 1096 ai. 2.

contracto pode também requerer sua rescisão com perdas e danos.

Em uma palavra, a execução do contracto é só o que está *in obligatione*; a resolução está *in facultate solutionis* ⁽⁸⁵⁶⁰⁾.

Ninguém jamais pôz em duvida que só tenha direito de requerer a rescisão nos bilateraes a parte que, tendo cumprido, não recebeu a contraprestação. Esse direito, porém, não decorre só da inexecução da outra parte. E' essencial que quem o pretenda exercer não tenha dado causa ao inadimplemento. Embora sua acção tenha sido secundaria e parcial, ella neutraliza o direito de pedir a rescisão ⁽⁸⁵⁶¹⁾.

O inadimplente por outro lado não pôde pedir rescisão por inadimplemento. E' um caso característico da compensação da culpa, em que as duas acções se illidem e nenhuma das partes pôde contra a outra tirar vantagem da culpa que lhes é commum ("•"). I

O direito de rescindir apparece na maioria dos Códigos como um direito de escolha, isto é, a parte lezada pôde escolher entre exigir a execução ou a resolução com indemnização do prejuízo ⁽⁸⁵⁶²⁾.

E', pois, necessário indagarmos si quem demanda a execução do contracto fica inhibido de requerer a rescisão.

De modo algum. Da mesma maneira pode voltar a pedir a execução aquelle que antes propuzera a rescisão.

Com effeito, a rescisão é subsidiaria, introduzida pela lei precisamente como um remédio mais enérgico para o caso de poder a parte obter a prestação que tinha em vista.

A renuncia desse direito, como toda a renuncia, não se presume; deve ser expressa e, portanto, não se pôde presumir que alguém tivesse renunciado a faculdade de exigir seu direito ⁽⁸⁵⁶³⁾.

(8560) LAURENT, *ob. cit.* XVII, 136 e segs.

⁽⁸⁵⁶¹⁾ LAURENT, XVII, 125 e 126; LAKOMBIERE, 1184, 6'. Non solo la própria inadimpienza non puó formare titolo a nessuu contraente per domandare la risoluzione, ma anche un inadimpimento qualunque, per quanto parziale e secundario fa decadere dal diritto di domandare la risoluzione contro l'altra parte. GIORGI, IV, 213.

⁽⁸⁵⁶²⁾ Ricci, *ob. cit.* n. 40.

⁽⁸⁵⁶³⁾ ... e juro nos dois casos, acrescentam os Cods. Civis: Hesp., art. 1124, ai. 2.º; do Chile, art. 1489 ai. 2.º; Port., art. 707; Uai., art. 1165 ai. 2.º; Fr., art. 1184 ai. 2.º; do México, art. 1350; do Hayti, art. 974 ai. 2.º; Proj. Fel., art. 428 § 1.º; Proj. C. Rod., art. 408, § 1.º.

⁽⁸⁵⁶⁴⁾ LAROMBIERE, 1184 n.96; COLMET DE SANTERRR, V, 104 bis II; Huc, VII, n. 270; BAUDRY L. ET BARDE, n. 911; LAURENT, XVH, 139; RICCI, n. 32.

Si a parte pediu a resolução, não é porque não queira a execução do contracto e sim porque não acreditou poder obtel-a.[^]

De modo que, si mais tarde ella entender ser isso possível, sempre lhe será licito intentar os meios de realisal-o. Em resumo, póde-se voltar a execução depois de haver pedido a rescisão, ou a esta depois de intentada aquella.

Essa regra só não tem lugar em absoluto tendo já havido decisão judiciaria de qualquer instancia sobre uma das vias escolhidas ("").

Não se pode considerar illicita a clausula pela qual se obriguem as partes a não rescindirem o contracto na caso de inexecução.

E' uma renuncia de direitos e por isso constitue matéria dependente da vontade das partes, com o que a lei nada tem de ver ("••).

637. —Uma grande parte de autores francezês affirmam poder ser demandada a resolução do contracto bilateral, mesmo quando o inadimplemento de uma parte decorra de causa fortuita (^{Me}):

E' preciso distinguir. Si se trata de corpo certo e este perece sem culpa, claro está que o devedor se libera. Não ha nesse caso direito de demandar a resolução.

Este principio é ainda, mais ou menos, extensivo ás obrigações de fazer ou não fazer, originadas nos bilateraes.

O direito de demandar a rescisão é uma arma que a lei fornece contra a má vontade do devedor. Este não pôde, por tanto, soffrer que como tal se lhe impute o resultado do fortuito em que sua acção não entrou de modo algum. H

A regra é que nos contractos bilateraes as partes só respondam pela culpa (^{s568}).

Si, porém, a obrigação torna-se impossível nos bilateraes, o devedor por esse facto exonerado, deve restituir o que recebeu á outra parte em consequência do vinculo obrigacional extincto, salvos os casos em que os riscos são por conta do credor desde antes da execução (³⁵⁶⁹). Si não restituir, tem a

^{C8865}) GIOHGI, *ob. cit.* IV, 124.

■ (35BB) BAUDRY L. ET BARDE, M. 962.

(^{88H}) Ex: LAROMBIEBR, 1184, n. 6; Huc, VII, 270. I⁸⁸⁶⁸) BAODRY L. ET BARDE, H. 914; Proj. Bevil., art. 1060. (⁸⁵«9) C. Fed. Suisso, art. 145; C. Civ. AU., art. 323, ai. 3*.

outra parte o direito de repetir; é a *condilio indebili*, ou a mais vasta *condilio 06 rem datam* ^(w^o).

Isto, porém, quando a prestação é impossível absolutamente. Si é apenas transitória e relativa, não invalida o contracto. Km tal caso a obrigação que se extinguiu por falta de objecto resurge si a causa que interrompeu sua possibilidade era inherente á natureza da prestação ^(M¹¹). Si a impossibilidade provem de circumstancias pelas quaes deva a parte responder, então pôde a outra demandar perdas e danos por inexecução, ou rescindir o contracto.

Ainda mais : si a impossibilidade tornou-se parcial por culpa, a outra parte pôde exigir perdas e danos pela inexecução da obrigação por inteiro, ou rescindir por inteiro todo o contracto.

638.—Muito se discute si a constituição em mora é essencial como preliminar á rescisão dos contractos bilateraes por inadimplemento de um dos contratantes.

Si existe prazo fixado para a execução, não é necessária a constituição em mora: domina o *dies inlerpellat pro homine*.

Si tal prazo não existe, opinam os francêzes e italianos que a constituição em mora é a própria intimação judicial para a resolução ("""). Em doutrina não é esta a melhor opinião. Na ausência do prazo, deve-se constituir o devedor em mora por interpelação, protesto, ou notificação ^(357a). Todavia a solução contraria e x posta acima é dominante em nossa pratica judiciaria.

639.— A. resolução do contracto pode se dar em virtude de uma clausula resolutive expressa, ou pacto commissorio expresso, inserto no contracto. Não precisamos definir tal clausula ;é matéria já estudada.

E' controverso em direito francêz si o pacto commissorio expresso no contracto bilateral opera de pleno direito, embora

(MT>) WINDSCHEID, % 321 nota 10 ; SALKILLES, HS. 174—176.

(^{w7}>) WINDSCHEID § 360, nota 2.

(MM) Hoc, Vil, n. 278; COLMET DE SANTERRK, V, 205 bis I; BAUDRY L. ET BARDE, n. 928 i LAUBKNT, XVII, 1 }2 ; GIOROI, IV. 2/5; RICCI, n. 38.

(^{M1}») C. F. Suisso, art. 122; Altemão, 326 e 361 ; Proj. Bevil. 963 ai. 2.*; ROSSEL, /» . 158.

assim não tenham declarado os contratantes. Uns exigem essa declaração (^{M*}). Dizem outros, ao contrario, que elle opera sempre de pleno direito quando é expresso (^{3B75}). E' esta a solução mais racional por ser a que mais se conforma com a presumida vontade das partes.

Uma vez pactuada a resolução do contracto por inadimplemento, a parte que cumpriu e, portanto, a cujo favor foi verificada a resolução, não pôde de preferencia a esta exigir a execução.

Com effeito, a resolução pactuada opera de pleno direito e não mais é licito reviver aquillo que deixou de existir. I Tudo, porém, nos contractos depende precipuamente de se interpretar a vontade das partes. E' muito vulgar a introdução da clausula resolutoria como matéria de uso e portanto supérflua. Importa por isso verificar sempre sua significação real em cada caso examinado (⁸⁵¹⁶). _J

G4Õ7— Códigos existem que, partindo do systema fran-cêz, admittem nos contractos bilateraes a condição resolutive sempre subentendida para o caso em que uma das partes não satisfaça a sua prestação (^{M"}). Outros ha que não a admittem com tal character (⁸⁵¹⁸).

Expliquemos, porém, mais detidamente a differença dos dois systemas. Em todas as legislações o pacto commissorio, ou clausula resolutive tacita, existe e nosso direito a reconhece (⁸⁵⁷⁹).

A única differença nos systemas é que os primeiros dão-lhe um effeito *legal*, a subentendem no caso de inexecução, ao passo que o outro systema o reconhece como um direito que precisa ser reclamado por acção. Em um a clausula resolutoria é *legal e judiciaria*; em outro é dependente do arbítrio da parte.

(^{M7}) LABOMBIERB, 1184, 53; AUBRYBT RATJ, § 302 nota 83.

(8515) TOULUER, VI, 554; LAURENT, XVII. 157 *esegs.*; GIORGI, IV, 209, I.o I

(^{M76}) RICCI, *ob. cit.* n. 37.

(35if; Cod. Civ. Fr., art. 1184; C. Civ. Ital, art. 1165; C. Civ. Holh. art. 1302; C. Civ. do Chile, art. 1489; C. Civ. do México, arts. j 1349, 1350; C. Civ. Hesp., art. 1124; C. Civ. Port., art. 709; C. Civ. da Luiziana, art. 2014; de Nápoles, art. J137; Proj. Fel., art. 428; Proj. C. Rod., art. 408; D/g. *Port. I*, 99.

(3618) c. Fed. Suisso, art. 123; C. Civ. Ali., arts. 325 e 349; C. Civ. Arg., art. 1203; C. de Montenegro, art. 548; C. Civ. da Áustria, art. 919.

(^{M"}) *Dtr. Civ. Recopil.*, art. 242; *Consol. tias Leis*, art. 530 nota 23^_

No systema francêz essa clausula funda-se philosophicamente na vontade presumida das partes e em razões de conveniência, mas nunca em princípios de equidade natural, tanto assim que a lei não a impõe e somente a subentende e as partes podem desprezar-a e não considerar o contracto resolvido, mesmo em caso de inadimplemento (³⁵⁸⁰).

Nesse systema a clausula expressa distingue-se da tacita em que aquella opera *ipsojure* e não dá lugar a indennisação dos prejuízos (*^{M1}).

Por isso que a resolução do contracto bilateral é um favor introduzido pela lei, é que o pacto commissorio tácito não opera de pleno direito e fica dependente da acção de rescisão (^{M8i}).

Como a parte tem direito de exigir o contracto ou resolvê-lo, essa opção só se faz certa pela interpellação (^{MM}).

A parte inadimplente então é que não se pôde offere-cer a cumprir a obrigação quando tenha sido interpellada judicialmente para a resolução, salvo si a outra parte consentir (^m).

Esse systema é próprio a suscitar na pratica inúmeras questões que a doutrina procura em vão resolver. Entre ellas ha a opinião que a clausula resolutiva tacita só se applica aos contractos bilateraes chamados imperfeitos. E' um meio de evitar as controvérsias theoricas que o systema suscita (^{MM}).

641. — O direito romano desconhecia o pacto commissorio tácito ; elle precisava ser sempre expresso. Não se podia equiparar-o ao *jus poenilendi*, nem á *condido causa data causa non secuta*, que foram, ao envez, a origem histórica de tal pacto (^{MM}). 1

A origem do pacto commissorio tácito acha-se no direito costumeiro francêz.no qual elle tornou-se,por assim dizer, uma clausula tabelliôa ("").

(^{M0}) RIGCI, n. 10; BAUDRT L. ET BARDE, «. 9j0.

(^{8M1}) Huc, VII, 273; BAUDRYL. RT BARDE, H. 934; LAORKMT, XVII, 145.

(^{55S1}) COLMET DE SANTERRE, V, 105 bis Icit.; LAROMBIERE, 1184. n. 53; BAUDRT L. ET BARDE, n. 954', MOORLON. II, 1216.

(^{51M}) LAURENT XVII, 129.

(^{3B8V}) Proj. Fel., art. 428 §2.º ■ (MM^ LAORENT, XVII, 123; PAG. MAXZONI, IV, 93, notas 2 e 3; GIORGI, IV, 206.

(^{858o}) WINDSCHEID, § 12t notas 11 e 12; Hoc, VII, 267; BAUDRT L. ET BARDE, H. 900.

(*W) DOMAT. ob. ctt. liv. I, til. 2,ºsect. 12 n. 13; POTHIEK, n. 672 / BAUDRT L. ET BARDE, H. 900 cit.

Desconhecida no direito germânico, ella o era também no nosso (81M).

Na verdade, posto que admittida especialmente na compra e venda ('•••), ella foi ulteriormente revogada (359o). I

De modo que a parte prejudicada pelo não cumprimento, *pôde requerer* a rescisão do contracto com perdas e danos (""), mas a clausula resolutive não tem effeito legal. Nosso sys-tema coincide com o suisso-allemão. O *Codc des Obligations* dispõe em seus artigos 122 a 125 o systema mais simples que se pôde desejar : Si uma das partes no contracto bilateral está em mora de executar, a outra pôde lhe fixar ou pedir a autoridade que lhe fixe para isso um prazo conveniente, sob a comminaçãode resilição, não o fazendo no prazo marcado.

Si do contracto se verificar que a intenção das partes era fixar á obrigação uma época determinada, a parte para com quem a outra não a cumprir pôde, na época fixada, abandonar o contracto sem formalidade alguma. Nos casos supra previstos, a parte que abandona o contracto pôde pedir a restituição do que pagou e mais as perdas e danos, si justificar que a outra parte está em culpa.

Quando pelo facto da mora do devedor a obrigação torna-se sem utilidade para o credor, este pôde recusar a execução da parte do devedor, reter o que tinha a lhe pagar, ou repetir, si já tiver pago e demandar, além disso, perdas e danos, si justificar que o devedor esteve em culpa. Tal é o systema suisso.

O systema allemão é idêntico C"91) com a differença única que o suisso admittie a cumulação da resolução e das perdas e danos, emquanto que o allemão admittie uma cousa *ou* outra e não as duas conjuntamente (88M).

Como bem se vê, a solução suissa é preferível. g

Negar que se accumule a rescisão com a indennisação das perdas e danos não é justo, pois que não basta repor as cousas no estado anterior; é também essencial reparar á parte a perda das vantagens que ella esperava do contracto.

Desde que não haja pacto commissorio expresso, o julgador deve gozar de uma tal ou qual liberdade em avaliar a im-

(3588) *Oi. pert. I, 99-101.*

(8689) Ord. liv. 4.o tit. 5.o §§2 e 3.

(8590) peio Mv. de 4 de Setembro de 1810 ; art. 530 nota 23 da *Cottsol. das Leis*. Eis porque não se a vê nem na *Consolidação* de T. DE FREITAS, nem no *Direito Civil Recopilado* de CARLOS DE CARVALHO.

(HM) proj. Bevil., art. 1096 § único.

(85M) Cod. Civ. Ali., arts. 325 e 326, 361.

(SS9S) A. respeito da differença das theorias francêza e allemã sobre a clausula resolutoria tacita, consulte-se DERNBURG, *ob. cit. II, P. < 1.* §§ 97 e 98,*

portancia que, em cada caso, tem o inadimplemento total ou parcial, comparando o que ficou effectivãmente realizado com o que deixou de o ser e qual o intuito das partes no contracto. A elle compete, sobretudo, pezar todas as circumstancias de facto, pois que, antes de passada em julgado a sentença de rescisão, o contracto subsiste e as partes podem a elle voltar

/S694\

643.—No ponto de vista theorico é mui difficil fundamentar a preferencia por um ou outro dos dois systemas. Ambos têm pontos fracos ; ambos têm vantagens sobre seu contrario.

O systema francêz é realmente brutal e crêa uma resolução que bem pôde, em casos dados, não coincidir com a von-dade das partes—regra suprema do contracto. Si esse defeito se desfaz com a consideração que a resolução pôde ser abandonada para ser preferida a execução, chega-se aaffirmar que elle consagra uma disposição inútil que jamais deve figurar em um Código.

Entretanto tem o systema francêz a vantagem de ser mais lógico comsigo mesmo e não precisar contradizer seus próprios princípios, como o suiso (^{S,M}).

O systema suiso-germanico, por seu lado, conforma-se mais com o principio de respeito á vontade dos contratantes deixando a estes a summa liberdade em rescindir o contracto ou exigir a prestação.

Por outro lado, porém, consagra um certo illogismo theorico.

Com effeito, si nos bilateraes as obrigações não são independentes, é claro que, si uma das partes deixou de executar, a outra ficou sem o equivalente e a resolução é de lógica consequência (³⁸⁹⁶)

Si o systema francêz tem seu quê de brutal, seu caracter judiciário offerece em compensação meios de attenuar esses inconvenientes.

(^{J,M}) MOUHLON, *ob. cit. ít. pag.* 536; GIOPGI, *IV*, 216; LAROMBIERE, 1184,10.

(^{MM}) Cod. Fed. Suisso, arte. 123,125, 234, 242, 249 esegs.—263.^64, 326,332, 358,359, 364 ai. 3 ; 366,369,478 e 587, como nota o próprio ROSSEL, *ob. cit.* H. 735, 2.º a.

(^{859B}) Vide o estudo de SALEILLKS, *H. 181* a respeito do assumpto.

Acresce que na pratica a resolução pelo systema suisso é tão fácil e tão extensa como pelo francêz C^{m1}).

Nesse particular não encontramos uma grande differença entre os dois systemas. Ambos offerecem uma grande amplitude á resolução por inexecução. Apenas em um esta é um principio geral, um consecretario lógico do contracto bilateral, um effeito da lei; em outro a obra da vontade das partes ; de um lado a accumulção da resolução com a indennisação ; de outro a escolha de um desses resultados. No systema francêz a resolução affecta os direitos reaes ; no outro ella é puramente pessoal.

I Nossa preferencia pelo systema suisso funda-se na sua conformidade com o direito pátrio e por ser o único compatível com a ampla liberdade dos contractos.

643.—Uma vez pronunciada a resolução de um contracto, ella retroage ao dia delle, opera *ex lunc*, pois que é o effeito ligado sempre á presumida intenção das partes ^{*mM*}).

Dahi deduz-se também logicamente que os actos praticados *médio lemporis* não são irrettractaveis em relação a terceiros que tenham com elles adquirido direitos (^{8W}). A retró-acção, com effeito, só affecta os direitos de credito, é meramente pessoal e não real. De maneira que, entre nós, ella não attinge a coisa e seus fructos, não affecta a terceiros adquirentes de direitos reaes, salvo si este tiver os bens como possuidor de má fé. Ao credor só restará então demandar um correspectivo, coisa equivalente, ou indennisação de prejuízos.

Essa solução—romana, allemã, hespanhola, argentina e pátria—é elogiada pelos francêzes (³⁶⁰⁰).

^(8M7) C. Civ. AU., arts. 322 e 326 ai. 1 ;C. Fed. Suisso, art. 123 ; SALEILLES, *H.* 192.

^(MM) LAROMBIERE, *ri84*, 62; AUBRY ET RAU, § ?Q2 nota 89; DUBANTON,] *ob. ctt.* XVI, 170.

⁽⁸⁵⁹⁹⁾ TRQPLONG, *Vente*, 60, 651 e segs.; LAURENT, XVII, 81, *íij e 117* ; AUBRY ET RAU, § 302 nota 72.

⁽¹⁶⁰⁰⁾ SALEILLES, *ctt. n.* 192; BAUDRY L. ET BARDS, *H.* 935; BEVILAQUA, *Qbris.* § 18.

CAPITULO III

DAS ARRHAS

Summario.—644 AccepçSo de arrhas no direito pátrio. 645— Nos contractos primitivos. Origem do vocábulo. 646— Em que espécies de contractos têm lugar. Sua natureza contratual. 647—Systemas. 648—Costumes de França, o Código Civil Francêz e outros do mesmo systema. 649—Direito Pátrio. 650 - Arrhas penitenciaes. 651—Á's arrhas podem se accumu-lar as perdas e danos ? 652— Arrhas em direito é principio de pagamento. 653—Culpa na execução. 654—Restituição das arrhas. 655—Enfraquecimento do contracto pelas arrhas.

644.—O vocábulo *arrhas* tem na legislação pátria significação varia conforme apparece no direito de família, ou no direito de credito.

Ali ellas são a pensão ou cousa certa e determinada que, no contracto dotal, o marido promette á mulher para o caso delia o sobreviver (⁶⁰¹). Em direito de credito assim se denomina a quantia que, por antecipação, uma parte entrega á outra como signal da firmeza do contracto (⁶⁰¹). Este instituto tem perdido seu valor modernamente. Ha Códigos que não o mencionam e outros que só a elle se referem incidentemente tratando da compra e venda C⁸⁰¹).

645.—Nos primitivos tempos da Humanidade as arrhas di viam ter sido um symbolo do pagamento, pois que sempre se

(MO!) £)-g. pQfii,fi,j82 ; LAEAVETTB, *Dir de familia* § 92. (^{MM})

MACKBLDKY, *Man. du droit rom.* § 186.

(«•O») Cods. Civis : Fr., art. 1590; Ital., art. 1217; Hesp., art. 1454 : Pòrt., art. 1548.

comprava á vista com o pagamento total. Crescendo a confiança, uma parte do preço apenas começou a ser prestada no contracto, reduzindo-se mais tarde a um simples signa], applicado não só ao desconto do preço, como ás festividades próprias a dar publicidade á convenção firmada. I

As vendas a credito em tal época deviam existir entre individuos do mesmo agrupamento muito antes de serem toleradas entre elles e os estrangeiros. Para com estes o modo intermediário entre a hostilidade inicial e um esboço de confiança devia ser exactamente o uzo das arrhas, que começavam a garantir a outra parte o recebimento do preço (^{800*}).

Eis porque querem muitos antigos ver na palavra *arrhas* uma expressão derivada de *resto do preço*, ou adiantamento do preço, acreditando-as sempre dadas como tal C**).

646. —Bem se vê que ellas só tem lugar nos contractos commutativos, pois constituem uma garantia reciproca. Em si mesmas as arrhas participam do contracto real, porque sua existência depende da effectiva tradição (⁸⁶⁰⁶). Ha quem distingue *signal* de *arrhas*, sendo aquelle a prova da seriedade e firmeza do contracto e estas referentes á sua confirmação C⁰⁷).

Achamos tal distincção inútil, pois que realmente esses vocábulos são synonymos em direito.

647. —Existem dois systemas importantes que entre si disputam a verdade sobre a theoria das arrhas. Querem uns que ellas somente sirvam para confirmar a convenção sem envolverem a faculdade de poderem as partes se arrepender (^{M08}). O outro systema admite, ao contrario, o effecto penitencial das arrhas.

(^{M0*}) TARDE, *Transf. dn droit p. 112*. Sobre o que seja *dinheiro dos deu*—«es vide MOLITOR, *oblig. n. 180*.

(^{ieo5}) *Arrabo sic' dieta, ut reliquum reddatur. Hoc verbum a greco «appay-es»*. Reliquum, ex eo, quod debitum reliquid. VARRO, *De lingua latina liv. V, § 175*; MAYNZ, § 259 nota 7; GIORGI, *ob. cit. IV, 466*.

C^{60*}) *Consol. das Leis nota 8 ao art. 516*; RAMOS, *Contractos n. 802* / MAYNZ, § *cit. uota 6*.

(MM) LACERDA, *Obrig. § 45 nota 4*.

(3608) VINNIBS, *ad. Pr. Xnst. de empt. et vend.*) *ns. li e i4* / POTHIER, *Vente n. 508*; MAYNZ, *cit.*

A divergência, que vem dos glosadores, provem da análise se imperfeita que faziam da história da legislação romana.

Realmente, antes de Justiniano, o direito romano considerava as arrhas somente um signal da perfeição dos contractos e um meio indirecto de assegurar sua execução (^{m9}). Eram dadas então quasi sempre em dinheiro, mas uzavam também outros objectos de valor, como annéis, braceletes, etc (^{a6,o}).

Nessa época só por convenção poderiam as partes se arrepender do contracto C^{8,1}). Foi mais tarde que Justiniano admittit que as partes pudessem se arrepender no contracto de venda, antes de lavrado o respectivo instrumento, perdendo as arrhas quem as tivesse dado si fosse o retractante, ou restituindo-as em dobro si fosse o que as tivesse recebido (^{861s}),

A faculdade de se desdizer liga-se estreitamente ao uzo das arrhas no contracto primitivo. Era da índole do homem não civilizado, como é da infância, o arrepender-se das convenções, e as arrhas obravam como um meio de cohibir o capricho (^{MW}).

648. —A disputa dos glosadores e de seus successores actuou de modo accentuado nos *Costumes* de França. Em diversas regiões dominava uma ou outra solução. E como isso apparecia quasi sempre no contracto de venda, foi, ao regular esse contracto, que o Código Civil Francêz introduziu o assumpto das arrhas e fel-o com tão pouca reflexão que seu artigo 1590 tem dado lugar a intermináveis discussões.

Elle põe como regra, nas promessas de venda feita com arrhas, o direito de arrepender. Apezar disso, a doutrina acha-se extremamente dividida naquelle paiz.

Pensão uns que, pela letra do Código, o arrependimento — *dedit*—é sempre possível C^{1*}) e outros, ao contrario, que é preciso a respeito interpretar a vontade das partes (^{M,s}). Nos mesmos termos do Código Civil Francêz legislaram os Códigos da Hespanha artigo 1454, o do Chile nos artigos 1803 a

(³⁸⁰⁹) ... Ut evidentius probari possit convenisse de pretio, l. 35 pr. D. de contr. empt. ; MAYNZ. § 259 nota 2.

(^{s8,o}) l. 5 § 15 D. de institoria act.; l. 11 § 6 D. etnti.

(^{M11}) l. 1 C. de pactis inter empt. et vend. compôs.

(^{88,i}) Inst. de empt. et vend. pr.; MOLITOR, *ob. cit. n. 27 S*; F, BORGES, *Dlcc. Jurid. v. arrhas*; ROSSEL, *H. 220 e segs.*

(^{**}) TARDE, *ob. cit. p. 115.*

(^{8B1*}) MOLITOR, DOVERGIER, *etc.*

(^{**}) J>KLVINC0UUT, DUBANTON, TfiOPLONO, *etc.*

1805, o do Hayti no artigo 1375 e poucos outros. Outros Códigos do mesmo systema francez, porém, evitaram as discussões, desnaturando, entretanto, o instituto das arrhas com a idéa de compensação dos prejuízos e danos.

Assim, o Código Civil Italiano determina que quando vontade diversa dos contratantes não resultar do contracto, o que se dér anticipadamente na conclusão deste considerasse como uma cautela pata o resarcimento dos danos no caso de inadimplemento da convenção e chama-se arrhas.

A parte que não está em culpa, si não preferir obter o adimplemento da convenção póde-se ater ás arrhas recebidas ou pedir o duplo das que deu (^{MU}).

O Código Civil Portuguez, por seu lado, considera a promessa reciproca de compra e venda, quando se determina o preço e a cousa, uma simples convenção de facto; havendo, porém, signal, a perda delle ou a restituição em dobro vale como compensação de perdas e danos ("""). Com este ultimo ficou o Projecto Coelho Rodrigues (⁸⁸¹⁸).

649. —Nosso direito, como outras legislações (^{8fiw}), reputa as arrhas confirmativas do contracto, mas admite o direi* to de arreponder (^{8M0}), salvo estipulação contraria. E' um contracto resolúvel, mas com a perda do signal ou sua restituição em dobro.

O valor das arrhas é mais apreciável nos contractos consensuaes precisamente pela maior facilidade com que se real-isam (^{8MI})

São nelles um verdadeiro indicio da convenção (^{MM}).

650.—A funcção das arrhas, porém, é ainda mais extensa. Desde que nos contractos solennes podem as partes se ar-

(*«> Cod. Civ. Italiano, art. 1217.

(^{Mn}) Cod. Civ. Port., art. 1548.

(8918) p_{0j}. c. Rod. 460. ■ (Mit) p_{or ex}: C. Fed. Suisso, art. 178 ; C. Civ. Ali., art. 336; Cod. Civ. da Áustria, arts. 908 e 909 ; C. de Saxe, arts. 893 e 897 ; C. da Prússia, jl, 5 § 205 e 212. R ("«») Ord. hy. 4 tit. 2 e § 3.º

(MM) SAVIGNY, *Obligattonenrecht* § 79 n. l.

(MM) M*YNZ, § 259 nota 2 ; WISDSOHEID, § J2 & pr.

reperder antes de assignarem o instrumento, a doutrina do direito romano ficou consagrada, embora com modificações. Assim, apesar das arrhas dadas, é licito o arrependimento. Nesse caso, si o arrependido foi o que deu as arrhas perdê-las em proveito do outro e si foi o que as recebeu deverá restitui-las em dobro (^{8MI}).

E' o que se chama *arrha pœnilentialis* em contraposição a *confirmatoria*. Entre nós foi sempre facultado o arrependimento quando o comprador dêr ao vendedor alguma quantia em signal de segurança da compra (sm), com a comminação da perda do signal para o comprador arrependido e delle mais outro tanto para o vendedor que recebeu o signal (*^{MK}).

Realmente, nos contractos solennes as arrhas não podem visar a prova da convenção, porque esta só se faz com o instrumento publico, e, lavrado este, extingue-se o direito de arreperder sem a perda das arrhas. Estas visam então diffcultar o arrependimento, mas não o inhiem. Apenas si num contracto solenne o arrependimento for de ambas as partes, ou, em outras palavras, si por mutuo acordo não se lavrar a escriptura, as arrhas devem ser restituídas no simple. A restituição no duplo só se deve effectuar quando o arrependimento é unilateral de quem as recebeu (^{wc}).

Quando a parte que deu as arrhas deve perdê-las, a outra parte nenhuma acção precisa exercer para reservá-las para si; basta retê-las e repellir qualquer pretensão do penitente com uma excepção equivalente á *exceptio dali* do direito romano (^{36M}).

Ao contrario, si deve perder as arrhas a parte que as recebeu, a outra pôde repeti-las pela *condilio causa data causa non sccula*, ou pela acção *prœscriptis verbis*, pois que as arrhas nada mais são do que a clausula penal transformada em contracto inominado (^{S6M}).

Não se exagere, porém, o que não passa de um *símile*, porque no seu fundo real, as arrhas penitenciaes envolvem um perfeito contraste com a clausula penal. Esta favorece ao credor ; aquella : o devedor. Na ultima o devedor não se exonere») Ord. liv. 4 tit. 2§ 1.o ; Proj. C. Rod., art. 461 ; Proj. Bevil., art. 1099 ; C. Fed. Suisso, art. 178 ai. 3 ; C. de Montenegro, art. 551 ai. 1.

(»») Ord. cit.; *Cottol das Leis*, art. SIS; RAMOS, M. 799 ; A excepção é no commercio—Cod. Comm. art. 218.

(»*) Ord. cit.; RAMOS, H. 801 ; *Dir. Civ. Recopil.*, art. 1037; M. FREIRE, liv. 4.o M. 3.o § 14 ; *Dig. Port. Ill.*, 347—349.

("••) LACERDA, §45 nota 20

(*•) 1. 6 D. legcomm.; 1. 17 fimC. de fide inst.; 1. 1 C. de pactis int. eml. et vend.

(*••) WINDSCHEID, § 325 notr 2.

ra pagando a pena; na primeira, ao en vez, elle illude a obrigação perdendo o signal dado.

651. —Póde-se accumular a percepção das arrhas com a indennisação de perdas e danos ? Sabemos que quando o instrumento publico for exigido como prova do contracto, qualquer das partes pôde arrepender-se, antes de o assignar, resarcindo á outra as perdas e danos do arrependimento. Isto, porém, dá-se quando não existam arrhas penitenciaes. A existência destas dá-lhes o effeito de clausula penal para serem imputadas no pagamento. I

Eis, porque legislações existem que só admittem tal accumulção no caso de convenção expressa (^{6M}). Outras determinam que, si os danos da execução excederem as arrhas ou seu duplo, conforme o caso, a parte prejudicada pôde demandar o excesso (^{363o}).

Outras, finalmente, considerando o signal como o equivalente das perdas e danos determinam, que, em caso de duvi« da, devem as arrhas ser nelles imputada e, si isto não for possível, serem restituídas (^{8M1}).

Esta é, sem duvida, a solução mais razoável, pois que pelas arrhas o devedor compra o direito de não cumprir a obrigação, estipulando a perda do que deu como tal (^{38Si}). A percepção das arrhas e as perdas e danos, pois, não se podem accumular.

652.—Salvo estipulação em contrario, as arahas em dinheiro consideram-se principio de pagamento. Fora desse caso devem ser restituídas quando o contracto foi concluído, ou ficar desfeito ("•").

Esse principio é dominante em direito pátrio ("•*"). A dação de arrhas não é por isso considerada começo de execução,

(^{MW}) CHIROMI, *Colpa Cont.* ». 369. í*•0) Cod. dos B. de Montenegro, art. 551 ai. 2. (J88>) Cod. Civ. Port.art. 1548; Cod. Civ. Ital., art. 1217 ; Cod. Civ. AU., art. 338; Cod. Civ. da Áustria, ari. 908. (^{38M}) LACERDA, *ob. at.* § 45 *fim*.

(MM) WINDSCHKID, § 315 «Ota 2.

(^m) SILVA ad Ord. liv, 4 tit. 1º in rub. crt. 2 o. 15 : LOBÃO, *Fascículos, Di\$.s. ir, 5§ 3, 7 e 8; C. DA ROCHA, § 740; Proj. C. Rod., art. 461; Proj. Bevil. ,l art. 1100.*

pois d o contrario não poderia ser o contracto dissolvido pelo mutuo dissenso apoz ellas.

Como deixámos dito, pelo Código Allemão também, as arrhas devem ser imputadas na prestação de quem as deu, ou si isto não é possível, restituídas na execução do contracto, ou quando for este resilido (^{MM}). O Código das Obrigações é o único que determina que, salvo uzo ou estipulação contraria, quem recebeu as arrhas as reserva sem imputal-as em seu credito

/3686\

653.—Siaquelle que deu as arrhas tornar por culpa sua impossível a prestação, ou motivar o recisão do contracto, per-del-as-á em proveito do outro (⁸⁶³⁷).

654.—Restituem-se as arrhas : a) si a parte cumpriu a obrigação (^{MW}); b) quando o contracto não se perpez por caso fortuito (³⁸³⁹); c) quando resilido ou desfeito por mutuo acordo, ou por uma condição resolutive diversa do pacto commi-ssorio ("•*•).

655.—Si num contracto solenne, apoz a escriptura ou no corpo desta, os contratantes estipularem arrhas, é prova de que queriam fazer o contracto resolúvel e diminuírem, portanto, sua força obrigatória (^{mi}).

(«•») Cod. Civ. AU., art. 337 ; Cod. da Prússia, I, 5 §§ 206 a 208 ; Cod. de Saxe, art. 894,

(»•») Cod. Fed. Snisso, art. 178. ai. 2.»

(^{mi}) Cod. Civ. AU., art. 338 p.« 1.«; C. Civ. da Áustria cit. Cod. de Saxe, arts. 895 e 896 ; C. da Prússia lug. cit. § 217 ; Proj. Bevil., art. 1101; SAUULLBS, H. 294.

(^{MM}) 1. 11 § 6 fim D. de act. empt, et. vend.; Proj. Bevil., art. 1100 p.« 2.»

(^{Mw}) 1. 11 § 6 D. cit.;.l. 2 C. quando lie.

("*•) C. dos B, de Montenegro, art. 173; Proj. Bevil., art. 1100 p.« 2.a; MOUTOF, n. 173; WINDSCHEID, % 325 nota 2.» / MACKELDEY, § 186 ; PA-CIFICI MAZZONI, ob. cit. IV. 98; GIOHGI, OÔ. cit. IV, 469.

(8041) c. DA ROCHA, § 740; WINDSCHEID, § 325 fim.

surge um fim precípua, qual seja o benefício de um extranho á convenção. E\ pois, um caso especialíssimo, inherente a certas estipulações f¹).

657.—Define-se a estipulação em favor de terceiros o contracto em virtude do qual o terceiro, na conformidade da intenção expressa dos contratantes, adquire immediatamente um direito próprio e independente (^{Mw}).

Seus elementos constitutivos são: *a*) um *estipulãnte*, que sem ser representante de ninguém, agindo em seu próprio nome, contrata em benefício de um terceiro; *b*) um *promittente* que se obriga a uma prestação perante o estipulãnte em favor de um terceiro ; *c*) um *terceiro*, determinado ou indeterminado, beneficiário da estipulação e a ella extranho na época de sua formação.

Technicamente só existe a estipulação por terceiro quando o estipulãnte e promittente têm em mira crêar um direito em vantagem do beneficiário. De onde se vê que em tal denominação não se incluem as clausulas secundarias existentes num contracto entre partes que possam conter vantagens accessorias para os que nelle tenham figurado, como nos casos do mandato e da delegação (^{MM}).

658.—Caracterisado por essa forma o moderno instituto, vê-se desde logo que elle não entrava nos moldes da legislação romana, ao menos em principio e em relação aos contractos *stricti júris*.

Hes inler alios acta nec prodesl, nec nocet. —Alteri nemo stipulari potest—eram máximas preponderantes em contrario (^{384B}). A prohibição das estipulações por terceiros ali estava expressamente firmada no texto da lei 73 § ultimo do Digesto *de regulis júris* , *Nec pasciendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest*. Essa regra geral e inflexível vê-se reproduzida em inúmeros textos (^{MM}).

(8849) SALEILLES, *Obligaõon, n. 24S.*

(8648) GAREIS. *T>ie Verträge su Guttten Dritter, p. 32 (fid. de 1873, Leipzig.)*

(3644) l. 38 § 22 D. de verb. ord.

(8645) § lQInst. de inútil, stipul.

(8646) por exemplo : §§ 4 e 21 Tnst. de inut. estip.; l. 11 § 6 D. de pign. act.; l. 38 § 17 D. de verb. oblig.; l. 126 § 2 D. id.; l. 11 D. de oblig. et act.; l. 12 pr. D. de reb. aut. jud. poss.; l. 6 C. si quis alt. vel sibi; Is. 19 e 2 C. de jure dot.; l. 3 C. de inut. stipul. etc

Havia nessa repulsa do direito romano uma lógica indiscutível.

A estipulação era uma forma do contracto *stricti júris*. A intenção do estipulante e do promittente era de muito menor consideração do que o texto litteral das perguntas e respostas. A solennidade das palavras—*verba*—não se podia effectuar sinão entre aquelles somente que as pronunciassem. Por ahi vemos que foi a formula, a parte ritual do processo, que levou aquella legislação a um ponto de vista que hoje consideramos estreito, mas, em todo o caso, impeccavelmente lógico (*"). Apesar de tudo, já naquelle tempo se disputava si uma estipulação *para si e para terceiro* era valida quando feita no mesmo contracto. Os sabinianos tinham-n'a por valida em toda a sua estensão; os proculeianos só a consideravam subsistente na metade, e esta foi a opinião dominante na codificação final ("").

E' preciso, porém, notar que a inflexibilidade da regra romana não se dava nos contractos *boiw fidei*. E' o que nos diz Papiniano—: *placuil enim prudentionibus, affectús ratio-nem ih bonce fidei judiciis habendam* (**).

659.—Em uma legislação eminentemente pratica, porém, como era a romana ; em um corpo de regras tendentes a regular a vida social, inúmeras excepções deviam se abrir diante da imposição das exigências positivas da vida real. Assim, estabeleceram-se, nos últimos tempos do direito romano, excepções particulares ao principio as quaes têm sido todavia um tanto exageradas pelos modernos romanistas (^{3eso}).

Assim é que nas convenções relativas á liberdade, muitas vezes se temperava a regra severa da personalidade do contracto.

O dotado ou seus descendentes tinham acção para obter o dote que pelo contracto feito pelo dotador lhes devesse ser restituído (^{36M}).

Podia-se estipular para aquelle sob cujo poder se achava, ou para aquelle que se tinha sob seu poder (^{MS*}).

(8647) DEMOLOMBK, *Trai té des Cont. et. des oblig. I, 206.* (3648) MATNZ, *Droit Rom. § 206 nota 12.* (3640) Essa limitação vê-se applicada na 1. 71 D. do cvictione. (3050) ACCAHAS, *Precis de droit romain. II, n. 522.* (3651) 1. 45 D. solut. matrim.; 1. 9 e 23 D. de pact. dot.; 1 45 § 2 D. de verb. oblig. 1. 7 C. de pact. conv.; WINDSCHUO, § 3/4f, 2 b ; MOUTOR, «. 62. (^{MM}) VBRÍBT, *Textes choisis pag. 196 e segs.*

Nas doações *sub modo* o terceiro tinha acção para obrigar o donatário a satisfazer a liberalidade instituída em seu favor (■"•).

Estas duas ultimas excepções são por alguns romauistas apresentadas como as *únicas* que o direito romano fazia ao principio prohibitivo das estipulações por terceiros, sendo a primeira peculiar á organização da família romana (^{MM}).

Outros, entretanto, admittem mais algumas C*⁵¹).

Entre estas outras, contam-se as seguintes:

No deposito ou no empréstimo, era admittido que a restituição da cousa depositada ou emprestada fosse feita a terceiro que adquiria desde logo a *condilio certa ex mutuo* (^{MM}).

Admittia-se a reserva da servidão em favor de terceiro, effectuada na venda de um immovel em que elle não figurava

/S681\

Era permittida a estipulação pela qual o credor gagista, reputado mandatário do devedor, reservava para este o direito de retomar a cousa vendida, si em certo tempo pagasse a divida (^{MM}).

Admittiam-se as promessas aceitas para uns ou todos os herdeiros (^{I,M}).

A estipulação de pagar «a mim ou a Pedro» não era tida em direito romano como estipulação porterceho. Pedro éahi o *adjeclus solutionis causa*, uma espécie de mandatário para receber, mas que nenhuma acção adquiria, nem exercia acto algum que implicasse direitos creditórios contra o promitten-te. Apenas o direito do devedor de pagar ao *adjeclus* era irrevogável, quer por morte do estipulante, quer pela mudança de sua vontade.

A maior singularidade é que, morto o *adjeclus*, o devedor não podia validamente se liberar pagando a seus herdeiros (⁸⁶⁰).

A estipulação de pagar ta mim e a Pedro» só me dava

(^{MW}) 1. 3 C. de donat. quoe sub mod : WINDSCHEID, § 316, 2 a.

(^{S854}; MAYNÍ, *ob. cit.* §206.

(^{MM}) MOLITOR, *cit. H.62 esegs.*; WINDSCHEID, *cit. § jlô*; GIORGI, *ob. cit. Ill, 413*

(3«⁵⁸) 1. 8C. ad exhib.; 1.19 C. de usuris; WINDSCHEID, § *cif 2 c* ; MO

LITOR, «s. 63 e 65.

■ (8887) *i*_a6 § 3 n. comm. preedio ; MOLITOR, *H. 64.* ■

(^{MM}) 1. 13 pr. D. depign. act.j 1. 7 § 1 D, de distr. pign.; WINDSCHEID, % *cit. 2 d* ; MOLITOR, *n. 65.* I

(^{MM}) 1. un. C. utact. et ab her.; WINDSCHEID; § *cif 2f* ; VERNET, 06. *cit. p. 200—* 214; MOLITOR, *H. 60.*

(^{3M0}) MAYNZ, § 206; MOLITOR, *H. 69.*

direito de exigir a minha metade (^{8M1}). Era esta a opinião dos proculianos a que já nos referimos. Os sabinianos entendiam, ao contrario, que eu ficava credor do todo, segundo nos informa Gaio (^{M''}).

660.—Da regra e das excepções citadas bem se vê que em matéria de direitos oriundos de contractos, os romanos confundiam *direito e dever*.

As partes ficavam presas por um *vinculum júris* em uma cadeia única em que ambas eram encaradas simultaneamente, tendo uma o direito e outra o dever, mas ambas ligadas pelo tribunal, ou juiz, encarregado de velar pela execução (^{MM}).

No ponto de vista archaico do direito romano, pois, é esta uma questão theorica e insolúvel. A multiplicidade pratica das excepções arruinou a regra geral estabelecida.

Em regra, todo o *actus legitimi júris civilis*, isto é, aquelle que se passava perante o magistrado, taes como *hwredilatis aditio*, a *tutoris datio*, a *in jure cessio*, etc. não admittiam a representação. I

Os *non legitimi júris civilis*, que se não passavam perante o magistrado, não comportavam representação por terceiros, mas sim pelos que estavam *in poleslatem*, como nos casos da *mancipatio* e *slipulatio*.

Somente nos actos *ju^ris gentium* admittia-se o terceiro representante, o *nuncius*, pois que elles não eram protegidos pelo exercício de acção alguma.

Seja como fôr, o terceiro, em todos os casos, só podia figurar como representado ou representante, mas era sempre reputado não agindo em seu próprio nome, quando representava outrem.

661.—Entre os modernos as cousas passam-se de modo inteiramente differente. Nos tempos que correm as estipulações por terceiros surgem como factos reaes de todo o dia; são mol-

(^{8M1}) 1. 110 pr. D. de verb. oblig.

(386»j) GAIOS, *Comm.* III, § 103. Toleravam-se também as promessas feitas ao administrador de cousa alheia em favor do proprietário, 1. 6 § 9 D. de pe». const. Is. 10 § 2; 28 § 1 D. de pactis: WINDSCHEIH. § 316, 2.g.

(■«•») SUMMER MAINE, *L'attclen droit el la coutume primitive*, p. 528.

des em que se vasam novas instituições pára obterem o ingresso na vida jurídica, como a *exceptio doli* o era nas mãos do pretor romano. Ninguém, entretanto, deve encarar o instituto como formando uma *theoria nova*.

Si o direito romano já a conhecia, o direito francêz, anterior ao Código Civil, a ella recorria frequentemente nas questões que suscitavam as substituições fideicommissarias. Abolidas estas, a *theoria* só veio a resurgir quando, iniciados os seguros de vida em França, em 1860, os juristas levantaram-n'a do pó da velha jurisprudência dos Paramentos.

Os Códigos são vários a respeito. Uns, acompanhando o direito romano, só admittem as estipulações por terceiro quando ellas forem a condição de uma estipulação para si mesmo ou doação para outrem (¹⁶⁸⁴): outros as excluem implicitamente (^{MM}); outros lhe fazem referencias ligeiras (^{MM}). Só os mais modernos consagram o verdadeiro conceito do instituto, caracte-risando-o por principios fundamentaes (^{MOT}).

662.—Ao redigir-se o Código Civil Francêz o instituto que estudamos achava-se por assim dizer hybernado (^{MM}). Isso explica sobejamente a opposição de Pothier à doutrina que dominava nos Paramentos.

Suas fontes elle encontrou no direito romano ("").

Os argumentos de Pothier resumem-se nos seguintes:— 1.º só se podem formar verdadeiras obrigações entre as partes contratantes ; 2.º — não podendo ser apreciável em dinheiro o interesse que tem o estipulante em favor do terceiro, não podem resultar perdas e danos para com elle da falta de execução do promittente. Figura em seguida quatro exemplos hoje sem valor, tanto quanto os argumentos invocados.

(3664) E" o systema do Cod. Civ. Fr., art. 1119; C. Civ. Ital., art. 1128; C. Civ. do Hayti, art. 912, etc. ■

(⁸⁶⁵) Cod. Civ. da Áustria, arte. 1017—1019.

(3<06) Cod. Civ. Port. art. 749§1.º; C. Civ. Arg., art. 504 ; C. Civ. do Chile, art. 1449 ; C. Civ. Hesp., art. 1257; C. Civ. do Uruguay, art. 1231.

(3667) c. Fed. Suisso, art. 128 ; C. Civ. Ali., arts. 328 a 335 ; C. Civ. de Saxe, arts. 853 a 856, com os quaes se conforma o Proj. de Dresde, arts. 203 a 207.

g (>6<i>) LAMBERT, *PU Contrat enfaveur de tiers* §§ 14 e 58. Acerca dessa obra notável, em que tanto nos inspiramos juntamente com a de GARKIS, assim se exprime SALEILLBS, *ob. cit. nota 2 ptg. 268*; «Sur cette importante matière l' oeuvre capital est aujourd'hui celui de Lambert.» (^{mt}) POTHIER, *Oblig. ns. 53 a 73*.

Com effeito, o que se discute nas estipulações em favor do terceiro é precisamente a procedência de taes argumentos.

Por demais adstricto ás decisões do direito romano, não trepidou em aceitar todas as suas consequências, sem tomar em consideração a evolução effectuada. Já naquelle tempo a opinião de Pothier lhe era pessoal e repellida pela maioria dos autores (⁸⁶¹⁰) e elle próprio, urgido pela lógica dos factos, considerava as estipulações em favor de terceiros fundadas na e-quidade natural (^{>OT1}).

No direito anterior ao Código francêz e mesmo entre os glozadores—excepto os que eram simples historiographos, como Donellus e Cujacius—as estipulações por terceiros eram admittidas quando insertas nos contractos inominados, ou por outra, quando eram a condição de uma doação feita pelo estipulante. Outros (^{M7t}) iam além e diziam que não mais se applicava **súblilitem illam regula quos alterum alteri slipu-l lari non posse. A dmillimus eniin, et reclissime ratione, ut quis, seu pmsentiySeu absentiy, possit qu&rere, emere, donare*» Este modo de ver era o dominante (^{M7S}).

A instituição, pois, não era nova em França e o esclarecimento que ella trazia á doutrina das substituições fiddcommissarias era então de uma importância muito maior do que, na época actual, o é para os seguros de vida e outras instituições que constituem estipulações em favor de terceiros. Si o Código Civil Francêz copiou a má doutrina de Pothier (^{8m}), em compensação sua jurisprudência adiantou-se ao ponto de collocar a questão em seus verdadeiros termos. Interpretando mesmo seu art. 1121, a maioria dos escriptores francêzes admittem as estipulações por terceiro (^{M15}).

E é justo que aproveitemos o ensejo para uma necessária reivindicação. E' inteiramente infundada a opinião que pretende exornar as letras juridicas allemães com a inauguração moderna dessa theoria, muito antes conhecida e applicada em França. O systema do novo Código Civil Allemão é a systematisação da jurisprudência francêza e belga.

(³⁸⁷⁰) Yide CLAUDE DE SERRES *Instit, du droit /rançais, liv. III, til. XX, p. 40.*

(TM) POIHIER, *IOC. Cít.*

yL (^{867*}) Como MRNAC cit. por LAMBERT § 3.º

(W7)j yide CHARONDAS, *Pandectes Franc. liv. II, Cap. 25, ' Repouses du droit/rançais, liv. X, n.46;* FURGOLK. *Comment. de l'Ordenance de 1731, art. S.*

(^{867*}) A's vezes até truncando suas idéas. Assim, o art. 1121 n. 2 diz í «charge d'une donation», ao passo que POTHIER diz «d'une alienation. «DOR-VIIXK, *De l'interêt moral datis les oblig. p. 229 nota I.*

(^{867*}) DORANTON, *XVIIIH. 141 / BAUDRY L. 81 WAHL, Contrais aleat, n. 200 e 203; Hoc, XI,)dr, COLMBT DE SANTEBBR, V, 33 bis I.*

663. —Ao iniciar-se a nova phaze da jurisprudência fran-cêza com os seguros de vida, o mérito dos juriconsultos al-lemães consistiu em terem retomado a theze no domínio da doutrina ^(Mic).

O maior interesse, porém, continuou a ser offerecido pela França, onde a questão se agitava no terreno dos pleitos.

Dos differentes modos de julgar surgiram verdadeiras generalisações, solidas theorias, que fizeram reflectir suas luzes sobre os estudos germânicos.

E' desse movimento que vamos tentar um ligeiro escorço.

664. —Houve quem procurasse conciliar a regra romana *alteri nemo slipulari potest* com os resultados das modernas conquistas em contrario.

Para estes a estipulação por terceiro é em si nulla, mas revalida-se desde que o estipulante execute sua obrigação, sempre, emfim, que a estipulação seja condição de uma doação feita pelo estipulante. E' esta, em summa, a mesma co-nnexidade que osglozadores já encontravam entre as estipulações em favor de terceiros e os contractos inominados.

Desde logo resalta o absurdo que tal solução acarreta para as necessidades praticas actuaes. Conforme as exigências destas, o seguro de vida, por exemplo, independe da tradição, ou acto de execução *a posteriori* e, ao contrario, é valido desde a convenção das partes e não simplesmente do pagamento dos respectivos prémios.

60o.—Outra theoria surgida em França foi a da offerta,] hoje completamente abandonada f⁹⁷¹). Para seus partidários o direito do terceiro beneficiário não se origina na estipulação. Esta é considerada como simples offerta, e o beneficiário só adquire direitos quando á offerta do estipulante juntar-se sua aceitação.

Dahi deduzem que, si o estipulante viera fallecer antes da aceitação do terceiro, nenhuma acção restará ao ultimo contra o promittente, porque então faltarão o encontro das vontades.

⁸⁶¹ «) WINDSCHEID, %316 nota 13.

(OTi) £. a doutrina de LAUREET. *Princ. de d. civ.* XV n. 559.

des e nenhum effeito jurídico surgiria. A primeira convenção era nulla em si e só se validaria pela segunda, a que equivalia a aceitação (•''').

Ora, a maioria dos autores admite que, morto o estipulante antes de qualquer acto que signifique sua aceitação, a estipulação não se extingue, apenas é revogável pelos herdeiros.

Do mesmo modo pensam que, morto o beneficiário, ella pôde ser aceita por seus herdeiros (^m).

Essa desvalijada theoria, engendrada pelos primeiros interpretes do Código Civil Francêz, está inteiramente abandonada em seu paiz de origem (^{M8º}). Seu mérito único foi ter servido de ponto de partida, quando a moderna jurisprudência, francêza e belga, teve de se pronunciar nos casos práticos de estipulações em favor de terceiros, isto é, de analysar a dupla convenção entre o estipulante e o promittente e a retroce-ssão sobre a pessoa do terceiro dos direitos por aquelle adquiridos.

666.—Tal theoria teve a vida ephemera que merecia e para evitar as desastrosas consequências que decorriam logicamente de seus princípios, a jurisprudência desenvolveu-se sob a inspiração não menos errônea das regras da gestão de negócios para poder validar as estipulações por terceiros.

O erro não foi menor. Nenhuma paridade existe entre os dois institutos. Na gestão de negócios, que é uma espécie de mandato, ou seu succedaneo, uma vez effectuada a ratificação, o representado toma o lugar do *negotiorum gestor*, emquanto que nas estipulações por terceiro as situações respectivas do estipulante e do beneficiário são sempre distinctas; o primeiro sobrecarrega-se com os ónus da convenção, o segundo aufere suas vantagens.

O recurso a esse expediente de uma doutrina de parallelismo, hoje também absoleta, foi um meio de obviar o illogismo da theoria da offerta. Na evolução do instituto que nos occupa, elle teve, entretanto, seu mérito incontestável, qual o de reco-

(^{M7*}) GABEIS, *ob. cit.* pag. 62 e segs.; WACHTKR, *PanJeklen*, 11, p. 390. (^{Mtr})
AUBRY ET RAU, § 343 *ter nota* 27; TROPLONG, *Donations n. 1107*; DBHOLOHBE, *Donat n. 94*. Em pouco veremos que a aceitação nfto é necessária. (»**>)
BUFNOIR, *Prop. et Contrata*, p. 560—588.

nhecer no beneficiário uma acção directa contra o promittente ("•*).

Dahi em diante a jurisprudência assentou a norma ainda insufficiente, é certo, porém mais ampla, de tornar a aceitação do terceiro essencial e fazel-a retrotrahir, uma vez dada, á data da convenção entre o estipulante e o promittente. Em uma palavra, admittiu que o direito de terceiro remontasse a uma época anterior a aceitação, deixando assim esta de ser um segundo contracto. É uma conciliação, bem se vê, embora contraditória (»"•).

667.—A inconsistência de todas essas tentativas theo-ricas inspirou outra solução muito mais racional, comquanto ainda insufficiente. E' a theoria de Boistel.

EUe partiu da jurisprudência francêza, que havia firmado o principio que as estipulações em favor de terceiros são feitas sob uma condição cuja realisação retroage ao dia do contracto inicial.

Para elle ent'õ, o estipulante contrata sob condição alternativa quanto á designação do credor, o qual será elle próprio, ou o beneficiário. O estipulante é, por assim dizer, um credor *in obligalione*, o beneficiário *in faculta te soluiionis*.

Como se vê, os princípios fundados a respeito das obrigações alternativas são logo atacados de frente, pois que a alternativa recáe sobre o *objecto* e nunca sobre o *sujeito* da obrigação.

Demais, essa theoria, talvez bem applicavel aos seguros de vida chamados mixtos, isto é, aquelles em que o estipulante se faz beneficiário do premio até certa idade e subsidiaria-mente, um terceiro depois de sua morte, não é susceptível de generalisação a outros casos de estipulações por terceiros (^{MM}).

Seu mérito ficou mesmo restricto a esse ponto especial:— traduzir em linguagem juridica as aspirações praticas em matéria de seguros. Seu erro, ou sua deficiência, está em só abranger esse caso único, deixando de fora todos os mais. Contemporisou, cmfim, com a theoria da offerta sem desvial-a directamente e isso por ter feito uma falsa applicação da theo-

C*¹) Essa theoria iniciada por DEMOÍ.OMBE, /, 236 « srgs. foi continuada por COLMRT DI SANTERRR, V, 33 his HI.

(^{36M}) EOOOARD LAMBERT, ob. C/7. §§ 18-21.

(*) Vide as applicações que pretende fazer seu autor analysadas por I LAMBER r, ob. aí. % 25.**

ria das obrigações alternativas, inteiramente incabível além do caso do seguro, na qual inda é mui discutível.

6611. —Uma outra theoria das estipulações por terceiros é a do empenho por declaração unilateral da vontade.

Persistem em dar-lhe origem allemà muitos escriptores actuaes. Essa theoria, porém, é muito velha em França (^{M8V}). É o que nesse paiz, já no século XVI, o Presidente Favre chamava a *policilação*, filiando a ao direito justiniano. Os jurisconsultos allemaes nada mais fizeram em relação a este, como em attinencia a inúmeros outros principios, do que lhe levar seu profundo espirito de analyse e tirar todas as consequências theoricas e praticas.

Segundo seus adeptos, a vontade isolada do individuo basta para o obrigar, para constituil-o devedor. Assim, entre o promittente e o beneficiário nenhuma convenção houve e nem por isso a declaração daquelle feita ao estipulante deixou de ligai-o ao beneficiário (*•*),

O direito actual faz da declaração inilateral da vontade applicações claras e estamos longe de negar sua procedência a respeito de instituições especiaes. Nas estipulações por terceiros, porém, sua applicação redundaria em resolver a questão pela questão.

Com effeito, si aqui a theoria fosse verdadeira, não mais seria preciso discutir o direito do benef. ciario como decorrente da estipulação para outrem ; ella surgiria só da vontade do promittente, porque a vontade de se obrigar tornou-o, *ipso fado*, devedor.

Isso que pôde ser uma verdade em matéria de doações, ás quaes exclusivamente referia-se Favre, é erro profundo desde que se lhe queira dar a extensão pretendida pelos allemaes.

Demais, não se pôde dar á declaração da vontade humana a força jurídica absoluta que lhe attribue essa theoria, si-não no dia em que não mais attingir ás raias do absurdo termos á nossa disposição um systema de provas também irre-fragaveis, capazes de demonstrar, no meio das oscillações in-herentes á natureza humana, o propósito real e bem fixado de se assumir a obrigação.

(sm) LAMBERT, *ob. cit.* § 43.

(⁸⁶⁸⁵) RBNÉ WORMS, *De la volonté unilaterale consiâerée comine source (Toblignations, pag. 114 e segs. C seu partidário mais illustre.*

No que especialmente aqui nos interessa, essa theoria desnatura as estipulações em favor de terceiros. Ella não esclarece os laços que unem o beneficiário a um dos contratantes.

Si a declaração unilateral da vontade emana do estipulante, a relação entre o terceiro e o promittente não apparece; si promana do promittente, fica obscura a situação do terceiro e do estipulante.

Quem emittiu a declaração da vontade ? Si foi o estipulante, é admirável que elle confira um direito a terceiro, não contra si, mas contra o promittente. Si foi o promittente, o absurdo torna se mais repugnante, pois que sua vontade só foi expressa por um contracto com o estipulante (³⁶⁸⁶).

669.—Exposta assim a evolução do direito civil sobre nosso assumpto, importa bem firmar que, a única questão, o problema capital que se impõe ao estudo, é a situação do terceiro beneficiário, a natureza e extensão de seus direitos contra o promittente, porque, quanto ao estipulante e ao promittente, um defronte do outro, as regras que os regulam não transcendem os princípios communs a todos os contractos.

Tal contracto em favor de terceiro é valido entre as partes contratantes, antes de tudo porque não mais se pôde sustentar com os romanos que as obrigações só se podem contra-hir por um interesse material, mas também por um facto ou omissão, uma vez que seja licito ("""). Interesse em direito não é lucro. Os contractos a titulo gratuito não implicam lucro e nem por isso deixam de ser verdadeiros contractos. O interesse, na technica do direito de credito, é um meio de tornar effectiva a condemnação por uma acção e nada mais. Desde, pois, que o promittente dá um correspectivo do que recebeu do estipulante, pouco importa que o dê a elle ou a um terceiro, ainda que se trate de um acto ou facto *affeclús ralionē*.

De modo que, sobre saber si o estipulante tem acção para obrigar o promittente a executar a prestação para com terceiro, a affirmativa tem a unanimidade das opiniões, antigas e

(^{MM}) LAMBERT, *ob. cit.* §§ 47—52.

(^{Mn}) WINCSCHBID, *ob. cit.* § 250 nota 3 e % 316 notas 1 a 13.

modernas ^(MM). O que estipula em favor de terceiro pôde exigir o cumprimento da obrigação, O acordo, é pois, completo.

670.—O terceiro beneficiário, porém, tem direito próprio e consequente acção para exigir a prestação do promittente? #

Eis o ponto principal, a culminância do assumpto.

O direito romano apresenta-nos o direito do beneficiário, nos casos excepcionalissimos em que o admittia, como originário de um contracto a que elle se conservou extranho. Era uma excepção, uma verdadeira derogação da regra da personalidade dos effeitos do contracto.

Nada ali de offerta nem de declaração da vontade unilateral, theorias confusas com que os modernos tornaram nebulosa uma instituição que reclama clareza e simplicidade.

Não se pensava de contracto entre o estipulante e o terceiro, nem da necessidade de ficção de um novo contracto deste com o promittente. Para os romanos o contracto só produzia effeito entre as partes; é um truísmo. Desde, porém, que ellas estivessem de acordo em crêar um effeito jurídico em proveito de terceiro, nenhuma razão de direito existia para que se lh'o negasse, comtanto que a esse terceiro ficasse livre aceitar ou rejeitar mais tarde taes effeitos. Apesar disso, os romanos já toleravam casos de aquisição de direitos sem as sentimento expresso do adquirente. I

Assim, no legado *per tindicationem*, o legatário adquiria sem intervir ; o mandatário adquiria a pós&e para o mandante, sem intervenção deste; no legado *per damnationem*, o legatário adquiria acção contra o herdeiro, desde o dia da addição, sem intervenção alguma ^(SIM).

No direito romano do Baixo Império, que se moldava ás necessidades praticas, nem si quer era exigida a aceitação do terceiro para que elle adquirisse acção contra o promittente.

^(8.M) GRCEMERWEGIO, ao § 19 da Inst. de inut. stipul.; VINNIUS, ao §4.º da mesma Inst., n. 3 ; STRIKIUS *Us Mod. Pandect.* liv. 2.º tit. 14 § 12 ; HUBERO, ad Inst. liv. 3.º tit. 20 o. 6 ; WINDSCHEID, *ob. at.* § 316 ; IHERING, *Yahrbuch fUr Dogma.Uk Recht*, XVIII; pag. 71—85; LOBÃO, *Supp. ás Segunda Linhas, Diss. V, § 40 nota a pag. 147* ; Cod. Fed. Suisso, art. 128 ai. 1.º ; Cod. Civ. AU, art. 1102. Cod. Civ. de C. Rica, art. 1030; Proj. Bevil., art. 1102.

(*») ACCARIAS, o*, *eti. J ns. 215, j79 e pag. 1027.*

Essa regra dominou no caso especial das doações *sub modo* (^{869o}). Do mesmo modo agia o velho direito germânico (^{M9f}).

A contramarcha que se fez a respeito foi devida a analyse dos textos do direito romano clássico, cujos rigorosos principios não toleravam que tivesse acção quem não intervesse como parte nas convenções.

O contrario seria admittir uma quarta fonte da obrigação além do contracto, do delicto e do quasi delicto, pois que, embora os direitos do terceiro surjam de uma verdadeira convenção, é certo, entretanto, que elle não interveio nella e derogou a regra austera.

Ora, isso realmente ia de encontro aos principios do direito romano clássico.

OT1.—A idéa que os modernos fazem dessa espécie de estipulações é bem differente da dos romanos. A isso principalmente é que devemos attender para analysal-a ("**).

No fundo não ha nas estipulações por terceiro uma dero-gação dos principios capitães em matéria de obrigações.

Com effeito, estes consistem essencialmente no accordo das vontades, na possibilidade da prestação e no character licito do objecto das obrigações. Ora, o facto que o devedor promette sendo licito.apenas não é devido ao credor, mas a um terceiro que surge, precisamente por accordo da vontade dos contratantes.

De modo que o terceiro adquire um direito de credito, fixo e certo, sempre que a causa de que elle deriva é uma promessa do promittente ao estipulante. E' uma contra prestação por uma attribuição patrimonial feita pelo estipulante ao promittente.

E' nisso somente que esse contracto constitue um typo mais característico, isto é, no facto do beneficiário substituir o estipulante no direito de exigir o que a este competia pelo contracto.

Não é a vontade unilateral de quem promette, é apenas a ligação do duplo pacto que a estipulação por terceiros envolve.

(«690) WINDSCHBID, § 316 ». ' 5 ; SAVIGNY, *Dtr. Som. IV*, p. 284 e seg\$.

(*") SALEILLKS, n, 247 Schon das altere deutsche Recht erkannte Verträge zu Gunsten Dritter an, dies bat sich in Deutschland erhalten. DKRNBURG, *Das BUrg. Secht* § 104, n. II.

(^{MM}) SALEILLES, *ot. cit. n. 249*.

Com o estipulante acordou o promittente; mas, num ponto dado, aquelle desaparece a surge o beneficiário, Este, em virtude de tudo quanto prestou o estipulante, exige do promittente a execução do que este se obrigou a prestar ^(MM).

O fundamento desse direito de exigir é que é metaphy-sico querer determinar. Não é elle fundado em uma delegação tacita (*•*), nem na habilitação ^(MM), nem na cessão tacita ⁽⁹⁶⁹⁸⁾.

A verdadeira doutrina a respeito foi a vencedora no Código Civil Allemão ⁽³⁶⁹⁷⁾, isto é, que a lei somente deve estabelecer a possibilidade de uma attribuição de direito decredi-to a terceiro por estipulação dos contratantes e que qualquer outra particularidade depende da intenção expressa dos mesmos contratantes.

Esta doutrina parece ter prevalecido entre os nossos civilistas ^(88M), pois que prevaleceu no melhor dos nossos Projectos de Código, quando este estabeleceu que ao terceiro em favor de quem foi estipulada a obrigação é também permitti-doexigil-a, ficando sujeito todavia ás condições e modalidades do contracto que pôde ser modificado pelo estipulante ^(MM).

No direito allemão o terceiro adquire direito immediata-mente, independentemente de convenção, no seguro de vida, no contracto de renda perpetua, quando n'uma disposição gratuita impõe se ao gratificado uma prestação a um terceiro, ou quando em uma cessão de património, ou de bens, o cessionário promette a prestação a terceiro ^(31u0).

672.— O direito do beneficiário não se origina na vontade do promittente, nem na do estipulante isoladamente ^(.1M).

(■*") BEVILÁQUA, *Obrigações*, % 82 fim.

⁽⁸⁸⁹⁴⁾ Como pensa MOLITOB, n. 57.

⁽⁸⁹⁵⁾ Muito semelhante a theoria de MOUTOR e adoptada por BAHR, *Sentenças do Trib. do Império* p. 70

(MM) Como querem STBIPELMANN e ZAUM cits. por WINDSCHEID, § 316 a, nota

-6. ^(M97) Cod. Civ. Ali., art. 328. ⁽⁸⁶⁹⁸⁾ *Dle*
cp ort i 275

(*•) Proj. Bevil., art. 1102 ai. 2.» ; C. Fed. art. 128 ai. 2 ; C. deSaxe, 853-856.

⁽¹⁰⁰⁾ Cod. Civ. AU., art. 330. ■ (370i) A. regra é sempre esta : In keioem Falle ist die Giltigkeit und Wirk-samkeit des Versprechens zu Gunoteo eines Dritten von einem besonderen Interesse des Versprechensempfängers an der für den Dritten versprochenen Leis-tung abhángig, SUKFERT, *Deutsches Bilrgerl Gesetzbtch*, vol. 1 pag. 311.

A estipulação para outrem engendra relações entre três indivíduos que se não podem isolar. O contracto que as faz nascer é a medida do direito, de sua extensão e modalidades.

A theoria da vontade unilateral dissimula essa complexidade.

Esse direito só existe sob as reservas inseridas no contracto gerador, annulla-se e desaparece com as nullidades que o neutralizam ; está, em summa, submettido ás clausulas da convenção (^{37W}).

Desde o momento, pois, que o promittente se obriga a pagar ao estipulante ou a um terceiro por elle designado, esse terceiro tem acção contra o promittente sem nenhuma outra condição. si o contracto não a impoz(^{10S}). Todos estão de acordo em ver no direito e acção do teceiro beneficiário um direito e uma acção nascidos directamente do contracto entre o estipulante eo promittente C^{10*}).

Isto é corrente entre os escriptores modernos da Allemanha f⁰⁵).

673.—A essas conclusões objecta-se com o direito de revogação que assiste ao estipulante e que é aceito por muitas legislações (³⁷⁰⁶), antes de ser a estipulação aceita pelo beneficiário. Essa aceitação, dizem, não é necessária para que elle adquira o direito, mas precisamente para fazel-o irrevogável e extinguir no estipulante a faculdade de revogal-o (■''"). A opinião mais racional e mais geralmente aceita, porem, é no sentido de não exigir a aceitação do beneficiário como condição da aquisição de seus direitos. O estipulante pode reservar,

(**■) LAMBERT, *ob. cit.* § H3.

(³¹⁰⁸) Assim já pensavam: COVARRUVAS, *Variarum Resolutionum C. 14, ri. 2*; FAVRE—*De erroribus pragmaticorum, década 47, error. 5 e 8*; CHARON-DAS, *ob. cit. liv. II, Gap. 21*; FUUGOLE, *Comtn. de VOrdonnance aur les sub-stitutions, art. 11* e muitos outros citados por LAMBERT que não consultámos directamente.

C^{70*}) COLMBT DE SANTERRE, *V.H. 33 bis IV*; LAROMBIKRR. *112/*, H. 9; Au-BRT ET RAU TV *p. 3i2*; GIORQI, *ob. cit. Ifj, n. 421*; HUDKLOT ET METMANN, *H. 74*; THIRY—*Droit Civ II n. 599*; BAODRT L. ET BARDE, *m. 160*. E' sobretudo tratando da doação *sub modo* que estes escriptores se manifestam.

(<"0B) Der Brwerb des Dritten tntt unmitelbar mit dem Abschusse des Vertrages zu seinem Gunster ein. (st das bedungen Recht betagt oder bedin-gt, so erwirbt er es V(.n yenen Zeitpunkte an ais betagtes oder bedingtes— DERNBURO § 106, n. I.

("06) Cods. Civis! Fr, art. 1121; Arg., 504; Chile, 1449; Hesp., 1257; Uruguay, 1231; Sardenha, 1208; Holl., 1353; Nápoles, 1075.

(⁸¹⁰¹) BIFNOLR, *p. 581*; GAREIS, *p. 62 e sego.*; HUDELLOT ET METHAK, *lug. ctt.*

para si o direito de substituir o terceiro designado no contracto, sem necessidade do consentimento deste, nem da parte com quem contrata, e esta substituição pôde ser feita por actos entre vivos ou por disposição de ultima vontade (³¹⁰⁸).

Si essa reserva não foi feita, a aquisição do direito do terceiro de exigir o cumprimento da estipulação surge immediatamente com ella. Esta é a verdadeira solução, porque o direito que tem o estipulante de substituir, mesmo por acto de disposição de ultima vontade, não implica que o direito de terceiro fique suspenso, em estado de expectativa até a morte do estipulante.

A reserva deste deve ser expressa no próprio contracto primitivo.

Tanto assim é que, si ao terceiro em favor de quem foi feito o contracto couber o direito de reclamar sua execução, não pôde o estipulante exonerar o devedor (³⁷⁰⁹).

O direito de revogar a designação não é, nem pode ser, absoluto, sinão sob reserva expressa no contracto. I E' ahi que o estipulante deve declarar que se reserva tal direito para qualquer tempo. Isso é que é positivo nas legislações.

Considerando, porém, a questão theoreticamente e admittin-do o direito amplo de revogação, é elle uma objecção contra a immediata aquisição do direito próprio pelo terceiro ? De maneira alguma.

Por isso mesmo que um direito é revogável é que elle préxistiu á revogação ; não se revoga aquillo que não teve existência. Ha direitos adquiridos revogavelmente, como os ha irrevogavelmente. Sejam exemplo dos primeiros as doações entre esposos.

Nenhuma contradicção existe, pois, entre uma aquisição já consumada e sua revogação.

Quanto á aceitação do terceiro exigida por muitos Códigos, apenas serve para firmar o direito préxistente e não para creal-o; não é adquritiva. E' só nesse sentido que seria exacto dizer que ella retroage ao dia do contracto primitivo, gera-dordo direito de terceiro. Ella apparece, como já referimos, para extinguir no estipulante o direito de revogar, que não é transmissível a herdeiros ; é, em summa, uma tomada de posse de um direito préxistente; é uma desistência de seu direito de renunciar as vantagens adquiridas pela estipulação primi-

(3708) Cod. Civ. AU., art. 332 ; Proj. Bevil., art. 1104. Vide CASELM, *Assicuraaioni sulla vila, n. 21, no Dhion. Prat. dei dir. priv. de SciALOU. I* (370») **Cod. Fed. Suisso, art. 128**; Cod. Civ. de Costa Rica, art. 1032; Proj. Bevil., art. 1103.

tiva tirando o vigor da máxima *invito bmficium non dalur*. A velha máxima romana não significa que o direito do beneficiário ainda não existe; apenas, no seu sentido próprio, quer dizer que contra sua vontade não se lhe pôde impor um benefício, que elle é livre de repudiar (^{31.º}).

Não tem, pois, fundamento a objecção feita.

674. —Não se discute que o terceiro beneficiário tem direito de rejeitar as vantagens da estipulação feita em seu favor.

Seu direito é sempre submettido a essa espécie de condição resolutiva e os direitos assim renunciados presumem-se jamais terem entrado em seu património.

Dada a revogabilidade do benefício do terceiro, estabelece-se a questão de saber o que se deva presumir, si a revogabilidade ou a irrevogabilidade. Autores e legislações divergem.

Na Allemanha a mór parte dos juristas pensam que sempre se deva presumir a revogabilidade. O Código Civil Alle-mão, porém, em seu artigo 331, presume, ao contrario, a irrevogabilidade.

Esta ultima solução considera que o direito, uma vez originado em favor do terceiro, é um direito firme que entrou desde logo em seu património. É sempre livre ás partes fazerem depender o direito de terceiro de condições (^{7U}). Seja, porém, ou não dependente de condição, o direito teve nascimento; logo, presume-se irrevogável si seu titular já existe. Só no caso de não existência de um titular ao direito é que a presumpção se derime para se admittir a revogabilidade (^{MW}).

Admittida, porém, a presumpção da revogabilidade, como pretendem outros, quando ella cessa? Pela aceitação do terceiro não é, pois que seu direito não depende de aceitação, como ficou dito. I

E' uma questão difficil que toca á expressão da vontade das partes resolver C").

(8710) A despeito de tal brocardo, existem os legados com encargos, as doações modaes, a instituição de herdeiros, a prescripção, a communhão e inúmeras outras figuras jurídicas, em que o direito já existe, embora não se o aceite directamente, embora d'elle não tome posse seu titular, a quem é sempre licito deixar de o exercer. m («») Cod. Civ. AU., art. 328.

(^{III}) SALEILLES, *ob. cit.* n. 255. ■
(«») Cod. Civ. AU., art. cit.

©75. —A estipulação por terceiros pôde apparecer como clausula penal num contracto, conferindo-se uma vantagem a um terceiro, si o contratante não executar a estipulação. E' um principio evidente (^{ru}).

676.—Ao terceiro beneficiário pôde o promittente oppôr todas as excepções relativas á formação e á execução do contracto.

Os direitos de terceiros derivando-se do contracto com o estipulante, sujeitam-se ás suas modalidades, mas uma vez irrevogavelmente adquiridos, não é justo que possam ser atacados por excepções só attinentes ao promittente. Basta, pois, applicar-lhes as regras dos contractos bilateraes.

Assim, o promittente pôde oppôr ao terceiro a *exceptio non adimpleti contractus*, si o estipulante não prehenheu a prestação, como sejam, por exemplo, os prémios de um seguro

Entretanto ao promittente não assiste o direito de oppôr excepções que apparecerem apoza formação de seu contracto com o estipulante e que não sejam relativas á sua execução. Tal é a compensação que o promittente nunca poderá oppôr ao terceiro, de dividas a que o estipulante esteja obrigado para com o promittente.

A razão disso é que, apoz o contracto, o direito de terceiro subsiste independente e fixado. E' a bôa doutrina, recebida pelo direito suiso e allemão (³¹⁸).

Terá, porém, o beneficiário além da acção que lhe é própria para exigir o cumprimento do contracto, as acções de re-cisão e resolução que o estipulante podia exercer contra o promittente? A maioria dos autores lh'as negam (^{""}). Outros ha que distinguem os casos em que o exercício de taes acções seja ditado pelo interesse do beneficiário e do estipulante conjuntamente (⁸ⁱⁿ). E' a melhor opinião e que mais se conforma com o direito próprio adquirido pelo beneficiário.

677.—A indeterminação da clausula attributiva nftoé obstáculo ao nascimento de um direito próprio. Consequente-

(^{ru}) Admittido pelo próprio POTHIER, *H.* 340. Vide LAMBERT, § 180. (^{""}) C. Fed. Suisso, art. 135 ; C. Civ. AU., art. 334. (^{«»}⁸) Ex : DBHOLOMBB, *I*, 256* *segs.*; AUBRT BT RAU, *£* 243 *ter notas* 17 e j0.

C¹¹) GIORGI, *ob. cii. Ill, n. 4**í.

mente, pôde o estipulante contratar em favor de pessoas indeterminadas, com tal que sejam determináveis, embora não ainda existentes (*¹⁸).

Importa, entretanto, distinguir bem pessoa indeterminada de pessoa futura. Bem diversas, com effeito, são as noções respectivas.

I Indeterminada diz-se a pessoa cuja individualidade não é susceptível de ser fixada no acto, nem por meios indirectos, ou por acontecimentos cuja effectuação a revele (^{1W}).

Exemplos práticos offerecem o seguro por conta de quem pertencer, a empreitada e a subempreitada, etc CTM). Basta que o terceiro só appareça no momento de exercer seus direitos e só ahi é que elle precisa se determinar.

678.—Poderá estipular alguém em proveito de pessoas futuras?

Em França, antes de ser fixada a solução, surgiram inúmeros systemas e variou a jurisprudência. No Parlamento da Normandia ella foi sempre favorável aos *nondum concepti*; no de Paris sempre lhes foi adversa; nos demais Parlamentos a controvérsia foi sempre viva. Finalmente o art. 725 do Código Civil os excluiu de toda a successão *ab intestato* e do beneficio das doações.

A solução é justa. E' na verdade necessário que a transmissão hereditária se opere do *de cuius* ao seu herdeiro directamente e, portanto, é essencial que este exista. A propriedade, movei ou immovel, não comporta lacunas e intervallos, verdadeiras situações de *res nullius*.

Por mais solida, porém, que pareça essa argumentação, ella não subsiste quando entre o disponente e o *nondum natus* exista um intermediário qualquer, já determinado, ou determinável, na época da morte do disponente. O direito do *nondum natus* apenas é revogável até que elle exista como titular do direito (^m).

Apezar de tudo, no direito francêz anterior ao Código, as estipulações a favor dos *nondum nati* foram sempre admittidas (*¹⁹).

(»«) BEVILÁQUA, *Obrig.* § 82; DESLANDRES, *De Vassuratce sur la vi*», n. 99; ROSSRL, *ob. cit.* n. 142 fim.

(*^m) DEMOLOMBE, *Donations*, ns 606 e 607.

(^{811o}) LAMBERT, §§ 127 a 1j-λ. ("«») E' como resolve o Cod. Civ. AU., art. 331. Ô^m) LAMBERT, *ob. cit.* §§ 186-188.

Sem duvida o não ainda nascido não é o titular de um direito; admitiu-se, porém, que elle encontrava ao nascer um direito eventual que só o esperava para ter seu exercício effectivo (^{31M}).

p A convenção perfez-se na coexistência do estipulante e do promittente e é isto o quanto basta para que de tal contracto emanasse o direito do beneficiário sem sua aceitação expressa.

A acção surge para o *nondum natus* somente quando elle nasce, mas nem por isso deixa de ter tido sua origem na estipulação primitiva a elle extranha. Não é isso, afinal, o que se dá nas substituições fideicommissarias (^{nw}) ?

O principio parece evidente e não choca os princípios de nosso direito civil. E' um direito adquirido por acto próprio para terceiro, um direito futuro, não deferido, que só apparece quando a existência do terceiro torna-se uma realidade. Si a personalidade civil do sêr humano começa do nascimento com vida, a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (^{""}).

CT9.—Temos sobejamente demonstrado que o direito do terceiro beneficiário deflue directamente do contracto do estipulante ; não pertenceu a este para retroceder áquelle.

Tal direito, portanto não comporta a applicação dos princípios protectores da integridade do património do estipulante, quer no interesse de herdeiros, quer no dos credores na fallencia.

A vantagem que o terceiro aufere não sahiu do património do estipulante, não o desfalcou. Quando muito, no caso de fallencia, poderá ser admittida a protecção dos credores até a concurrente quantia das prestações feitas pelo estipulante. Quando o fallido é o beneficiário, o premio do seguro não entra na massa.

O herdeiro, quer aceite a herança a beneficio do inventario, quer a renuncie, goza sempre do seguro contratado pelo *de cujus* a seu favor.

Deve-se apenas dascontar os prémios pagos pelo *de CU-jus*, quando a quota hereditária tem de ser igual a de outros coherdeiros (^{1M}).

I

(³¹³) SALBILLES, *ob. cit. n.* 254.

(⁵¹¹) POTHIER, *TV. des ãonations entrevi/s. Secç. 2.* art. 1".*

(»"»»*) *Dir. Civ. Recopil, art. 74; Proj. Bevil., art. 4º.* (^{7M})
BEVILAGIOA. *Obrigações* § 82.

680.—A estipulação por terceiros, dissemos, é um instrumento da hodierna jurisprudência para criação do direito. I Doutrina e legislações já lhe deram direitos de cidade, aniquillando o estreito principio da personalidade do contracto.

No direito novo esse instituto constitue um *symptoma* pelo qual se deve reconhecer a tendência de uma consciência jurídica moderna (^m).

Impossível será circumscrever o campo de suas applica-ções praticas

O contracto de transporte entre o expeditor e o vehicula-rio obriga este para com o destinatário que não figurou na estipulação (^{m8}).

Os seguros de vida, os seguros contra accidentes do trabalho, infelizmente ainda não acclimados em nosso organismo juridico—a cessão de dividas—questão entre nós puramente doutrinaria—os contractos de utilidade publica, as promessas de fundação, etc, constituem o seu dominio exclusivo de appli-cação. Pode-se dizer que no direito privado nenhuma theoria tem um cunho tão accentuado do altruismo da moral moderna como esta.

Invocada no direito romano para proteger o escravo, ella destina-se hoje a proteger a familia, o proletariado desamparado no meio da impiedade do capital e os grandes interesses da collectividade humana.

Não se podem estipular para outrem, porque não existe interesse em adquirir um direito para terceiro—dizia o principio retrogrado.

E* sempre possivel estipular para outrem—proclama o direito novo—porque ha sempre um interesse humano, um interesse supremo, em exercer todos os meios de melhorar seus semelhantes.

O direito não pode deixar de acolher tudo quanto se in- spirar na fraternidade e na solidariedade humana.

HOMINIS ENIM INTEREST, ALTERUM HOMINEM BENEFICIO AFFICI—já dizia a velha legislação (^{S1W}).

081.—Si, porem, é sempre possivel por um contracto fazer nascer uma acção em proveito de terceiro, não se pode,

(«wi) WINDSCHEID, § 316 nota 13. .',

C^M) O contracto de recovagem e barcagem é **mercantil**. BEVILÁQUA, *ob. cit.*, % 153.

(^{MM}) 1. 7.» D. de servis exportandis.

entretanto. exercer tal acção em nome proprio. sem um mandato do beneficiário instituído.

Desde que ao beneficiário compete reclamar a execução por se haver assim estipulado, cessa para o estipulante o direito de reclamar-a em seu nome.

Este é um limite natural posto á faculdade do estipulante que fica inhibido de exonerar o devedor (⁸⁷³⁰).

(^{W80}) Proj. Bevil., art. 1103.

I— O *seguro de vida* é a applicação da theoria das estipulações em favor de terceiros que mais tem atrahido a attenção dos juristas. Ella é com effeito typica.

O contracto do estipulante produz seus effeitos depois de sua morte em prol dos beneficiários existentes ou não ao tempo da estipulação e independente de sua aceitação (VIVANTE—*Le assicurazioni sul la vi ta ns' 191 e segs.*; DES-LKNORRS—*L'assurattse sur la vie, Pfi. II Cap. 1*; SALEILLES, *Obligation n. 251*).

Entretanto o direito do terceiro não fica irrevogável desde a estipulação. O promittente reserva-se o direito de o revogar, quer por falta do pagamento dos prémios, quer usando de clausulas que autorisem o resgate. O estipulante pôde de seu lado mudar a attribuição do beneficiário.

Um outro característico desta espécie é que o valor do seguro não fazendo parte do património do estipulante ao tempo de sua morte, nem entra em seu monte, nem fica sujeito á satisfação de direitos creditórios de terceiros credores (LAMBERT — *Du Contrat em faveur des tiers* § § 251 a 256; SALEILLES cit. ; *Direito Civil Reco pi l., arts. 1252 e segs.*)

Si, porém, o seguro for estipulado em favor de herdeiros, tem-se pensado que estes recolhendo o beneficio *Jure hereditário*, aquelle é parte da herança e deve satisfzar os credores (cit. SALEILLES).

Essa instituição tão vivaz, de uso tão frequente e tão útil impoz-se e introduziu-se nas modernas legislações lenta e penosamente procurando accommodar-se ás verdades aceitas em direito e conciliar-se com princípios assentes que chocavam suas bases fundamentaes (vide nosso Dec. 5072 de 12 de Dezembro de 1904).

II— *Os seguros contra os accidentes do trabalho* não tiveram ainda em trada no direito brasileiro. E' uma instituição moderna pois que surgiu depois da Exposição Universal de Paris de 1878. E' pois de origem exclusivamente francêza.

A maioria dos autores recusam-se a ver nesta instituição um caso de applicação das estipulações em favor de terceiros. I

Pensamos o contrario com Lambert.

Nos principios da introduccão dessa theoria em França, ella tendia a acautelar o operário contra os riscos do trabalho tirando o premio do seguro dos salários. Ora, estes variam com os misteres, com as ferramentas empregadas, com os elementos naturaes e artificiaes postos em acção. Tudo isso tornava difficil à doutrina e á jurisprudência fixar os característicos desse seguro. Esses mesmos motivos determinavam as Companias a aceitarem somente os seguros collectivos que abrangessem a totalidade dos operários de uma officina.

Na pratica francêza de então somente o patrão intervinha na Companhia em favor dos operários actuaes ou futuros ; os prémios eram por elle pagos e se constituíam das retiradas em quotas periódicas do salário, conforme* previsão do Regulamento da officina.

Occorrido, porém, o accidente, quem era o credor da indemnisação ? O patrão que contratou, ou o operário que foi a victima ? Eis a magna questão em França.

Ordinariamente as apólices attribuem o premio á victima do accidente, a sua mulher cu filhos. Outras entretanto existiam que só consideravam a Companhia, attribuindo o beneficio somente ao segurado E' verdade que nestas e-signavam-se também os operários como beneficiários, mas declarava-se que elles não tirariam de tal designação direito algum independente do do estipulante.

De accordo com este ultimo typo, claro é que o operário não tem acção contra a Companhia e nem contra o patrão.

Lambert—(§ 272) mostra o que tem de iniquo essa solução.

Com effeito, é o operário quem paga os prémios pelo desconto de seus salários. Esse desconto faz-se com sua sciencia, é certo ; mas lhe é imposto como condição de admissibilidade no estaleiro e elle não trata com o patrão de igual a igual para poder discutir tal condição. Demais, si o patrão (allir terá o operário de ir discutir com os demais credores da massa, assim augmentada pela reparação de um accidente que só victimou o operário.

Ha em tudo isso muita deshumanidade, na justa expressão de Lambert.

Só resta ao operário acção contra o patrão a titulo de gestor de negócios. Eis a errónea jurisprudência francêza (cit LAMBERT §280). Contra essa jurisprudência insurgiram-se as próprias Companias de Seguros em Krança que desde então passaram a declarar em suas apólices que não conferiam direitos a terceiros—operários—e sim somente aos segurados, isto é, os patrões. Elias conseguiam assim evitar aquella jurisprudência, pois que era desde então mui difficil interpretar a convenção como contendo gestão de negócios quando a apólice excluía o beneficiário de qualquer direito.

Eis porque existiam os dois typos contraditórios de apólices apontados.

Havia, pois, em Fiança duas opiniões oppostas nessa controvérsia :—uma a das Companias, apoiada por Labbé e Tarbouriech, como vimos, iniqua, des-humana, mas que emfim tomava por critério a vontade das partes contratantes ; outra, também por nós apontada, que transformando o instituto para neli b ver uma gestão de negócios, deixava de ser deshumana para ser illegal da ndo a vontade das partes um effeito que de nenhum modo tinham em vista. (Esta ultima é vivamente sustentada por AUZIERE na *Revue Critique do anho 7887 pag. 459.*)

Nesse estado da questão Lambert (§§ 288 e segs.) propunha uma conciliação dos modos de ver oppostos.

Não ha duvida que gestão de negócios não existe no seguro contra accidentes do trabalho. Dois contractos ahí apparecem : *um* do patrão com os operários no Regulamento da fabrica, estaleiro ou officina, em que aquelle offere-ce a este a garantia de um seguro mediante desconto periódico dos salários ; *outro* do patrão com a Companhia em que aquelle se obriga a pre-~ios equivalentes aos descontos effectuados no salário e esta a uma indennisação pagável aos operários.

O patrão não contrata em nome de seus operários, que alias podem ser substituídos sem direito de rehaverm os salários descontados, ou a se substituírem no beneficio do seguro.

A Companhia não cobra directamente os prémios ; quem é delles devedor é o patrão. De modo que a conciliação consistiria em ver nesse contracto francamente uma estipulação para outrem na clausula da attribuição do beneficio do seguro em favor dos operários.

Com effeito, o patrão age em seu próprio nome e em seu interesse, que consiste em assegurar sua responsabilidade perante os operários e em facilitar a aquisição delles para as officinas ; é, pois, uma convenção a Ululo oneroso feita entre o patrão e a Companhia em proveito de terceiro que são os operários.

Com essa theoria todas as inconsequencias da jurisprudência francêza são obviadas sem se cahir na reacção alias muito justa que fizeram as Companias de Seguro.

Essas discussões perderam seu valor pratico e figuram como evolução, do instituto.

Hoje a matéria é regulada em França pela lei de 9 de Abril de 1898. De acordo com esta os chefes industriaes são de pleno direito responsáveis por todos os accidentes que victmarem seus operários, quer o proprietário esteja em culpa, quer o operário tenha sido imprudente, ou o accidente resulte de caso fortuito ou força maior. E' o risco profissional que corre o trabalhador e que é ali indennisado com uma quantia prefixada pela lei segundo a importância do salário. (Quem desejar maiores detalhes consulte o *Dictionaire Usuel de Droit* de MAX LKGBAND, V. *acciãent.*)

III— *Os contractos de utilidade publica que* abrangem tão grande variedade constituem um outro caso característico das estipulações por terceiros.

Nos contractos de agua e luz, por exemplo, que não se podem estabelecer sem o consenso da autoridade publica e que ordinariamente são industrias que se desenvolvem sob o regimen da concessão e do monopólio, o governo contrata fazendo inserir clausulas exclusivamente destinadas á utilidade dos habitantes; contrata, em summa, para estes.

Os habitantes por sua vez podem accionar a companhia ou concessionário como beneficiários que são da estipulação, a fim de obterem a fiel execução das clausulas inseridas em seu favor (LAMBERT, § 318).

Em caso algum se apresenta tão claramente como aqui o caracter que podem ter os beneficiários de serem pessoas *indeterminadas e futuras*. Nenhuma aceitação pode existir da parte delles para se garantirem em taes direitos.

Os direitos que nascem do contracto são inteiramente differentes, distinctos, quando se consideram o estipulante e os beneficiários. Alias ah i só sobresaem os direitos destes, e isso com uma intensidade tal que, effectuado o contracto é somente o terceiro que tem acção contra o promittente pela infracção das clausulas introduzidas em seu favor pelo estipulante. Este não tem acção alguma pelas esões que de taes infracções resultem aos beneficiários.

CAPITULO V

I Dos vícios REDHIBITORIOS

1

Sumtuario. -- 682—Methdio dos Códigos sobre a matéria. Verdadeiro ponto de vista. 683—O que sejam vícios redhibitorios. 684—Origem das acções de garantia contra os vícios da cousa. 685—Condições **para** qualificar-se o vicio de redhibitorio. 686—Relações entre a theoria dos vícios redhibitorios e as do erro e do risco. 687—Extensão do dever de garantir os vícios da cousa. 688 —A scienciaou ignorância do alienante altera sua responsabilidade. 689 -Percimento fortuito da cousa com o adquirente. 690—Da *quanti minoris*. 691—Quando não têm lugar as duas acções. 692—Extincção da obrigação de garantia. 693—Modo de calcular a redução na *quanti minoris*. 694—Conclusão.

682.—A mór parte das legislações tratam dos vícios redhibitorios como um caso especial de garantia que o vendedor é obrigado a prestar ao comprador pelos vícios occultos da cousa (^{31B1}).

Alguns estudam a matéria apoz as disposições relativas aos contractos commutativos C"), ou como garantia especial dos contractos ("").

Outros não lhe consagram nenhuma disposição especial e não admittem, mesmo na venda, a rescisão por vícios redhibitorios, salvo quando elles envolvam erro ^{^*154}).

Esta matéria, porém, não é especial ao contracto de compra e venda.

(³⁷⁸¹) Assim procedem os Códigos Civis Francèz, Italiano, Hespanhol, Chileno, Allemão, o do Hayti, o de Montenegro, o Federal Suisso e o nosso Proj. Coelho Rodrigues.

(^{878S}) Tal o da Repub. Argentina.

.!o.

(^{878S}) E' o typo do nosso Proj. Felicio.

(*»») Assim **faz** o Cod. Civ. Portuguez, art. 1582.

No direito romano a jurisprudência estendeu o uso primitivo das acções edilicias além do que ellas visavam na origem ; não as levou, entretanto, segundo pensam alguns civilistas, além da venda e da permuta (""•).

Modernamente o mesmo não se dá. Na permuta, na dação *in solutum*, em todos os contractos trasladativos do domínio, posse, uso, etc, pode a parte rejeitar a coisa pela acção própria fundada nos vícios da coisa (¹⁸¹). Só as doações é que transferem o domínio sem se sujeitarem ás consequências dos vícios redhibitorios (""•).

Si, porém, a própria doação for remuneratória ou com encargos, ou nupcial, ou de coisa alheia, ou quando o doador assumir expressamente a responsabilidade, em casos taes, a própria doação está sujeita á rejeição da coisa dada por vícios redhibitorios (^{17M}).

683.—Vícios redhibitorios são os defeitos occultos que tornam a coisa, objecto da obrigação, inútil ao uso a que é destinada, de modo tal que o contracto não se teria realisado si a parte prejudicada os tivesse conhecido.

H

A coisa defeituosa recebida em virtude de contracto commutativo pôde ser engeitada por vícios ou defeitos occultos que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor (¹⁸⁹).

E' o que se chama redhibição. *fiēdhibere csl facere ut rursus habeat venditor quod habuerit; et, auia remendo il fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi reddilio* ("*•).

084.—Esta norma jurídica teve também sua origem em Roma.

("») Is. 19 § 5 e 63 de oedilicio edicto ; 1. 2 D. de rer. permut.; MAYNZ, § 213, obs. 2 ; Em contrario e melhor pensa MOUTOR, »s. 454—459.

(*«») C. Civ. Arg., art. 2180; Proj. Fel., arts. 1012 e sega.

(•¹³¹) > *Consol. das Leis, art. 556a 559; Vir. Civ. Recopll., art. 1207 ; D/g. Port. IIT, 291 ; Dout. das Acções* annot. porT. DK FREITAS nota 640 n. 2 ; F. BORGES, *Dicc. Jurid. v. redhibitoria*.

(*») *Consol. das Leis art. H4 nota 21 ; Dir. Civ. RecopiUayf 1208; Proj. Bevil., art. 1105.*

V*») Cods. Civis; Fr, art. 1641; ital., art. 1498; Hesp., art. 1484 ; do Hayti, 1426; Áustria, arts. 922 e624; Suisso, art. 243; AIUmão, 459; Proj. Fel., art. 2012; Proj. C. Rod., art. 631.

(*n°; 1. 7 pr. D. de cedil. edicto.

Foram os Edis, encarregados de presidirem ás vendas nos mercados públicos, que em seu Edito crearam a obrigação para o vendedor de responder pelos vícios da coisa ao tempo do contracto, mesmo quando lhe fossem desconhecidos.

A principio taes disposições só eram relativas aos vícios corporaes de escravos e animaes de carga. Com o correr dos tempos estenderam-se á venda de todos os objectos e a todos os contractos onerosos traslativos do domínio C^{1*1}), menos a locação.

E' preciso, porém, não exagerar o Edito dos Edis como ponto de partida da evolução do instituto. Parece, ao contrario, que elle foi seu ultimo termo. Com effeito, a Lei das XII Tabôas já infungia a pena do duplo ao vendedor que affirmasse falsamente qualidades que a coisa vendida não tivesse. E' esta a disposição romana mais antiga que existe a respeito.

Mais tarde usavam os romanos estipular nos contractos a pena do duplo *stipulatio duplos*—si se viesse a descobrir na coisa transferida que ella tivesse defeitos ou não possuísse as qualidades affirmadas pelo transmissor. Essa clausula tornou-se tão geral e tão frequente que passou a ser subentendida e se admittiu que, na ausência do dolo do vendedor.se pudessem invocar as acções edilicias quando a coisa manifestasse vícios

O

Esses defeitos, fossem ou não accessorios, davam ao adquirente o direito de pedir a resilição, ou a diminuição do preço.

A primeira acção chamava-se *redhibilio*, acção redhibitoria, donde vícios redhibitorios. A acção para o rebate do preço denominava-se *quanli minoris*, ou *eslimaloria*.

Em direito romano a primeira dessas acções só podia ser intentada uma vez e a segunda tantas vezes quantas um vicio novo se fosse manifestando (³¹⁴³).

685.—Para que se verifique a existência de vícios redhibitorios são essenciaes os seguintes requisitos : —a) que elles tornem a coisa imprópria ao fim a que se destinava, diminuindo-lhe o valor (^{81M}); b) que os defeitos existentes antes

<"*) 1. 1 pr.; 1, 1Q § § 5 ; 1. 38 § 5 ; 1. 49 ; 1. 63 D. de reb. cred.; 1. 4 C. de cedilit. aci.; 1. 62 e 63 D. cit. sobre a locação, como exceptuada da regra.

(^{WM}) 1.6 § 4 D. emti.

I (*^W) MAYNJS, *ob. cit.* § 213 *texto e nota* 36.

(^W) 1. 1 § 8 D. decedil. ed.; WIMDSCHBID, § 393 *nota* 5 ; C. Civ. do Chile, art. 1858 n. 2.

do contracto perdurem até a reclamação do adquirente (^{MW}) ;| c) que o adquirente ignorasse os vícios no momento do contracto C^M). Convém notar que este ultimo requisito é do direito romano, do nosso, do francêz e do direito saxonio (^{OTW}).

Assim não era em outros ramos germânicos, em que não se tratava da existência do vicio no momento do contracto e sim no da transferencia dos riscos, ou na época da entrega (^{IW}).

686.—Ha quem procure encontrar uma estreita ligação entre os vícios redhibitórios da cousa e o consentimento dado por erro (^{S1M}).

Et>ta opinião é, ao nosso ver, a mais próxima da verdade; em um e outro caso o contracto não se realisaria si se conhecesse o vicio da cousa, ou, o que é o mesmo, si não existisse erro sobre suas qualidades essenciaes.

Apezar disso, existem differenças nos dois institutos.

No erro a rescisão do contracto vae desfazel-o desde seu inicio ; na redhibitoria elle pôde se desfazer por causa ulteriormente descoberta e pôde deixar de se rescindir, si a parte preferira acção *quanli ninoris*.

Alguns civilistas perdem-se em meandros de subtilezas para traçarem as differenças dos dois institutos (^{87M}). Outros ainda querem ver na redhibição uma applicação exacta da theoria dos riscos f^M).

Na acção redhibitoria—*Wandelung*—não vemos como se possam fazer entrar os princípios de tal theoria. Achamos mais cabivel esse modo de ver na acção de reducção—*Minder-ung*.

Esta participa, realmente, mais da natureza dos riscos do que da do erro, pois o vendedor soffre a perda oriunda da depreciação da cousa.

C^{87*5}) Is. 16 e 54 D. cit.; D/g. *Port. III*, 284, 285 ; RAMOS, *Contractos ns. 910 e 911*; C. Civ. do Chile, art. 1858 n. 1. ■

(^{S1M}) Is. 1 § 6 ; 14 § 10; 43 § 1 ; 48 §4 ; 51 D. cit.; WINDSCHEID, *g cit. nota 6* ; D/g. *Port. III*, 290; RAMOS, *ob. cit. n. 915*; ROSSEL, *n. 310*; SALK-IXES, *n. 221* ; C. Civ. AU., art. 460; do Chile, 1858, n. 3 ; Argent., art. 2168 ; Cod. dos B. de Montenegro, art. 233. ■

(37") c. Civ. Fr., art. 1641 ; Cod. deSaxe, art. 900. I (^{37W}) C. Civ. da Áustria, arts. 922 e 924 ; da Prússia 1,11 §§ 192 e segs.

(«*») GIORGI, *ob. cit. IV*, 70; C. Civ. Port., art. 1582.

(«») DEMOLOMBE, *l*, 107.

(WH) BRINZ, *Panãekten* § 327.

687.—A obrigação de garantir contra os vícios occultos existe pelo facto só do contracto commutativo. I Sua extensão depende de causas múltiplas, quaes a importância do vício, a bôa fé do vendedor, etc. A ignorância, porém, de taes vícios não exime da responsabilidade, salvo clausula expresa (^{MM}). Do mesmo modo podem as partes por convenção crêar vícios redhibitorios (^{nM}).

Não havendo dolo do transmittente, as partes podem, com effeito, convencionar no contracto a exclusão do direito de reclamar contra os vícios da coisa (^{87St}). Si o transmittente conhecia os defeitos da coisa transferida, a clausula que restringir ou annullar a garantia é nulla (^{WM}). Em regra, porém, o transmittente não é obrigado a declarar os vícios da coisa, si são patentes, ou de fácil apprehensão, tomando-se em consideração a competência especial do adquirente ; apenas é passível de dolo si não manifestar os defeitos occultos, conhecendo-os (^{81M}).

I
Uma vez, entretanto, que o transmittente garanta a ausência de certos vícios determinados, o limite de sua responsabilidade fica desde logo fixado, si elles vêm mais tarde a apparecer.

O mesmo se dará com as qualidades cuja existência affirmar, si ellas realmente faltarem.

Entretanto é preciso bem distinguir os vícios não declarados e a ausência das qualidades promettidas. A natureza da garantia é diversa em cada um destes casos. A primeira é de lei; a segunda de convenção ; a primeira só admite as acções redhibitorias e estimatoria ; a segunda a de perdas e danos por inexecução.

688.—A sciencia ou a ignorância do alienante produz resultados diversos quanto á extensão de sua responsabilidade.

Si o alienante conhecia o vício ou defeito, deve restituir o que recebeu com perdas e danos ; si o não conhecia, será

(^{S18s}) Cod. Civ. Fr., art. 1643; C. Civ. do Hayti, art. 1428; C. Fed. Suisso, art. 246; Proj. C. Rod., art. 632; Proj. Bevil., art. 1106.

(¹⁵³) C. Civ. do Chile. art. 1863 ; Proj. Fel., art. 2013.

{ais} i_ 14§ 9 D. de cedil.ed.; I. 31 D. de pactis ; 1.39 D. emti—verb. cum hoc et apud veteres, WINDSCHEID, § 393 nota 3 ; *Ó/g. Port. Ill, 290* ; C. Civ. de Montenegro, art. 233; C. Civ. Hesp., art. 1488 ai. 2 ; Arg. art. 2166.

(*»") Cob. Fed. Suisso, art. 244; C. Civ. Ali., art. 476. ■ (3186) ord. liv. 4 tit. 17 g l.o; RAMOS, n. 904 ; *Ó/g. Port. Ill, 376*.

obrigado apenas a restituir o valor recebido e as despêzas com; o contracto (¹⁵⁷).

Por direito romano a acção tinha por fim a restituição do preço com seus juros. Estes, porém, compensavam-se com os fructos.

Q adquirente tinha também direito ao reembolso dos gastos feitos com a coisa e do danno que ella lhe podia causar (^{81M}), mas devia restituil-a com seus accessorios e fructos percebidos (^{m9}). I

Esta solução, que bem poucos códigos admittiram, não existe em nosso direito. Com effeito, o alienante é, em regra, obrigado a restituir o preço e as despêzas com o contracto e, em caso de dolo, a satisfazer mais as perdas e danos (^{n<0}).

689.—O perecimento fortuito da coisa, ou a evicção, não impedem a acção redhibitoria. Isto quer dizer que a responsabilidade do alienante subsiste, ainda que a coisa pereça no poder do adquirente, em consequência do vicio occulto, existente ao tempo da tradição (""J).

690.—O adquirente pode, em vez de rejeitar a coisa rescindindo o contracto, pedir abatimento do valor ajustado (""M

C^{TM1}) Cod. Civ. Fr., art. 1645; C. Civ. do Hayti, 1430; C. Civ. de Montenegro, arts. 232 e 239.

(^{1M}) Is. 1 § 1 ; 23 § 8; 25 § 10; 27, 29. 30 e 31 pr.; 58 D. oedtt. ed. WINCSCHIED, §394 nota 4.

(³¹⁸⁹; Cit. WIKDSCHKID, notas 6—9.

(""•j Ord. liv. 4 tit. 27 § 7° ; D/g. Port. III, 277; Consol. das Leis nota ao art. 558; T. DE FRKITAS a C. TELLES, £ 122 ; RAMOS, ns. 906 e 916.

(""") Is. 31 § 6.0; 38 § 3 ; 47 § 1 ; 48 pr. D. de cedil edicto; C. Civ. Hesp., art. 1488 ; C. Civ. Arg., art. 2179 ; C. Fed. Suisso. art. 254 ; Proj. C. Rod., art. 637 ; WIKDSCHBID, § 394, nota 12; DUVERGIBR, n. 414; AUBRT ETRAU. § 355 bis, nota 16. Em sentido contrario, Cods. Civis: Fr., art. 1647; Uai. 1604; do Hayti, 1432; Proj. Fel., 2017 n. 3

(»"»») 1 25 § 1 D. de exsep. rei jud. ; Cods. Civis : Fr. art. 1644 ; Ital. » 1501 ; Hesp., art. 1486 ; do Chile. art. 1860 ; dos B. de Montenegro, art. 237 ; da Prússia, I, 5, §§ 325, 328, 331 ; Cod. de Saxe, art. 909 ; C. Fed. Suisso, art. 249; C. Civ. AU., art. 462; D/g. <Port. Ill, 286; RAMOS, «. 9ii. O Cod. Civ. Arg , art. 2172 só dá o direito de rebate ao comprador, não ao adquirente por qualquer outro título.

E' a segunda acção pelos vícios da cousa, a *quanli mino-ris* ou *estimaiorvi* a que já alludimos.

O adquirente, uma vez escolhida a acção para a garantia do vicio da cousa, não mais pôde tornar á outra acção; sua escolha é irrevogável (*"*).

A escolha da acção é, porém, um facto exclusivo da vontade do adquirente lesado pelo vicio da cousa.

Sem precedentes e felizmente sem imitadores ficou o *Codc Federal des Obligations* quando investe o juiz da faculdade de pronunciar somente a reduccão do preço si julgar que o pedido de resolução hão é justificado e quando declara que, si a reduccão for igual ao preço da aquisição, o adquirente pode somente demandar a resiliação (^m).

Por outro lado., porém, não pensamos que os remédios do adquirente contra os vícios da cousa se resumam nas duas acções edilicianas.

Além delias cabe ao adquirente a acção commumpor inexecução das obrigações do contrato, ao menos no caso de dolo, no de garantia expressa de qualidades ou ausência de vícios (^{s168}).

691.—A acção redhibitoria ou para abatimento do preço não tem lugar si a cousa tiver sido vendida em hasta publica ("•). I

A acção redhibitoria também não tem lugar nas *emliones spei* e na compra das *universildtes incertos* (*"").

(^m) TROPLONG *Vente*, 581 ; DURAXTON, XVI, 328; TOUIAIBR, X, n. \ 163; AOBRY ET RAU, § 355 bis; Cod. Civ. AU., art. 465 : Cod. Civ. Argent. crt. 2175. ■

9 C¹⁴) Cod. Fed. Suisso, arts. 250 e 251.

("•) C. Civ. AU., art. 463 ; SALEUXES, « 3/7 : Proj. Bevil.,art. 1059.

(^{nen}) 1. § 3 D. de cedil. edicto ; WINDSCHBID, § 39 f nota 15 ; MOLITOR, n. 44! fine ; Dig. Port, 111,282; DOMAT, *Lois civ. liv. 1.º tit. 2.º secc. 11, art. 17*; Cods. Hesp., art. 1489; Arg., 2171 ; do Chile, art. 1865 ; Uai., art. 1506; Hayti, art. 1434; Proj. C. Rod., art. 638. Só conhecemos em contrario o Proj. Fel., art. 2019, que faz responder pelos vicios da cousa vendida judicialmente seu dono e em falta deste os que participaram do preço.

I¹⁸¹) 1. 13 § 14 D. de act. empt; 1. 45 D. de eviczione ; VOET, *ad Pand. liv. 18 tit. 1.º M. 7* ; MUHLBNBRUCH, *Droct Pand. § j98* ; WINDSCHEID, §394; MOLITOR, H. 443; Dig. Port. 111,287-288; RAMOS, MS. 912 e 913; C. Civ. AU., art. 468,

692.—A extincção da garantia por vícios redhibitorios opera-se : a) pela renuncia expressa; b) pela renuncia tacita; c) pela prescrição (*'••). Pi

Por direito pátrio e concedido um mez para engeitar animaes por moléstia corporal e seis para os vicios de animo, contados da data da entrega ("•). A acção de pedir rebato do preço por vicio da cousa deve ser intentada dentro de um anno depois da cousa entregue ao comprador (³¹¹⁰).

Esse prazo para a prescrição realmente deve ser certo, e pois que si o adquirente demora-se na posse da cousa sem reclamar, signal é que ellalhe prestou os serviços a que se destinava.

Eis porque todos os Códigos marcam um prazo fatal á prescrição das acções de garantia C^{m1}).

O prazo da prescrição é o mesmo, quer para os moveis, quer para os immoveis (*^m).

693.—O modo de calcular a reducção, ou perda da cousa na *quanti minoris*, é questão de pura doutrina. Diversos typos se nos offerecem cujos principaes são: 1.º) Restituir-se ao adquirente o valor exacto da diminuição da cousa pelo vicio ; 2.º) Restituir lhe a differença entre o preço pago e o valor da coisa depois do vicio; 5.º) Tirar do preço pago a parte proporcional á diminuição do valor da coisa pelo vicio.

Todos esses expedientes têm sido julgados erróneos (*TM).

O expediente do recurso aos peritos usado em alguns Códigos (¹⁷ⁿ) é o mais de acordo com os nossos costumes jurídicos.

/8168\JoSSEt- H. 325•

(MM) ord. liv. 4 tit. 17 §§ 3,7e8; *Dig. Port. rrr*, 279,280; RAMOS, *H. 907*; *Consol. das Leis art. 556*; *Dtr. Civ. Recopil.*, art. 1068. S

(*no) cit. Ord. § 2 ; Cit. *Dig. Port. n. 289*; RAMOS, «. 914 ; T. DS FREITAS a C. TELLES, § i22 *fim*.

0TM) C. Civ. Fr, art. 1647 ; C. dosB. de Montenegro, art. 241 ; C.Civ. Hesp., art. 1490 ; C. Civ. do Chile, art. 1866 ; C. Civ. Ital., art. 1505 ; C. Civ. doHayti, art. 1433 ; C Fed. Suisso, art. 257 ; C. Civ. AU., art. 477 ; C. Civ. da Áustria, art. 933 ; C. de Saxe. art. 923 ; C. da Prússia, I, 5, §§ 343 a 345 ; Proj. Fel., art. 2024 ; Proj. C. Rod., art. 637 ; Proj. Bevil. art. 182.

(■"•) *Consol. das Leis, art. 557*. O Proj. Bevil., com muito critério distingua os dous casos, no art. 128 §§ 2 e 5 n. IV.

(⁷¹⁸).SALEIU4ES, H. 220.

{*"•} Por ex.. o C. Civ. Hesp., art. 1486.

G94,—A matéria estudada comporta mais amplos desenvolvimentos ao tratar-se da compra e venda. O que fica dito é suficiente para esclarecer a theoria geral. Códigos existem muito minuciosos a respeito, mas sempre com applicação ao contracto de compra e venda C^{II}).

(»•»•) Por ex., o C. Civ. .AU., arts. 459—493, cujo systema é por demais rigoroso para com o comprador. O provérbio ali dominante é s *Wer die Augvn nicht aufthut, muss deu Sentei aufthun*.



CAPITULO VI

DA EVICÇÃO

Summarlo.— 6⁵—As regras da evicção se applicam a todos os contractos onerosos. 696 — Definição Casos. Reivindicação das servidões. Requisitos da evicção. 697 — Conceito da garantia por evicção. 698—O direito de garantia pode ser renunciado ou aggravado. 699—Effeitos da renuncia. Restituição do preço. 700— O que deve ser prestado ao evicto. 701— Deteriorações da coisa evicta. 702 — Bemfeitorias. 703— Evicção parcial. 704—Chamamento a autoria ou denunciação do litigio ao alienante. 705—Os herdeiros e successores do adquirente têm direito a garantia ? 706- Quando o adquirente não pode demandar a garantia. 707—Extincção do direito de garantia.

695.—Como no caso dos vícios redhibitórios, a maioria dos Códigos modernos tratam da evicção a propósito da compra e venda, excepção do Portuguez e do Argentino.

Entretanto já no direito romano a evicção não era especial áquelle contracto e se estendia á toda a classe dos onerosas, dos commutativos, em que houvesse transmissão de domínio ou posse (^m).

696.—Chama-se evicção— *Enlwehrung*— a perda que o possuidor de coisa adquirida soffre, no todo ou em parte da mesma coisa por sentença que a vem garantir a terceiro titular de um direito préxistente sobre ella :—*aliquid vincenda auferre* ("").

(«'«) C. TELLES, *Dout. das Acções, nota 835* ; *D/g. Parl. Ill, 322* ; *MACKELDKT, % 407 fim*; *MAYNZ, § 212, obs. 2*; *WINDSCHBID. §392*.

(8777) *Cods. Civis: do Chile, ait. 1838*; *Hesp.,art. 1475*; *de Montenegro, art. 874*; *Proj. C. Rod., art. 618*.

El como se vê, todo o ganho de causa judiciaria que im-pida de facto o adquirente de ter o tranquillo gozo da cousa

Q.

I Ha, pois, evicção sempre que ao adquirente for tirada a posse ou o livre uzo da cousa ou de sua accessão (^{s119}).

Assim, dá-se a evicção no caso de reivindicação da cousa ou de parte delia; quando o adquirente é forçado a satisfazer a credores garantidos com hypotheca sobre os bens adquiridos para poder dispor delles livremente : quando o adquirente decáe de um remédio pössessorio contra uma turbação da posse, apoz a entrega da cousa, seja autor ou réo e qualquer que seja o direito pössessorio de que se trate (^{s-8o}).

I

Entretanto si alguém reivindica uma servidão sobre o immovel adquirido, não se pode dizer que o adquirente tivesse soffrido a evicção. Com effeito, a servidão reconhecida, mesmo em litigio regular, não impede o adquirente de ter o immovel ; apenas diminueseu valor. Ha, portanto, lugar tão somente para a acção *quanti minoris* (^{mi}). Códigos existem que consagram disposições inteiramente contrarias (^{MM}). Outros autores pensam que só haverá evicção em tal caso si o adquirente tiver de soffrer a servidão por não ter declarado o alienante sua existência (*"•).

No systema francêz é preciso que a servidão não seja apparente e que o adquirente não perfaria o contracto si a tivesse conhecido.

H

Neste caso só se admite a resiliação ou indennisação

A questão é, pois, controvertida e seguimos a opinião mais lógica.

I

Para que se .dê a evicção são essenciaes os seguintes requisitos : u) que o adquirente tenha soffrido acção a respeito da cousa adquirida depois da tradição delia ; b) que o vicio do direito do alienante tenha sido a causa da evicção ; c) que o vicio arguido seja anterior á transmissão da propriedade; d) que o adquirente tenha sido desapossado ou impedido de se

(3TJ8) MOUTOB, », 461.

(MTO) WIMDSCHSID, § 391 notas 29 e 30.

(1780) WIHDSCHBID- § u'í. nota 7 ; C. Civ. Arg., art. 2090.

(3781) T. DE FREITAS a P. ■ SOUZA, nota 386 J MOUTOR, n. 462; WINDSCHEID, § 391 nota 28.

(8783) Cods. Civis. Arg., art. 2093; de Montenegro, art. 874 ai. 2.» ; do Hayti, art. 1423.

(3783) RAMOS, ob. cit. n.865; «D/g. Port. Ill, 298; Proj. C. Rod., art. 627. ã

(8'84) Cods. Civis: Fr., art. 1038 ; Ital., art. 1494; Hesp., 1483; Proj.

Fel.; art. 2004.

aoposar da cousa por decisão judiciaria : e) que o adquirente não tenha por culpa contribuído para a evicção (^{ms}).

Dahi conclue-se que a decisão do juiz arbitral contra o adquirente não importa evicção, pois que elle não é um juiz ordinário (^m).

Si o adquirente depois da aquisição da cousa veio a descobrir que tem sobre ella direito préxistente, independente do preço da aquisição, o vendedor deve indennisal-o, mas não ha então evicção, porque o adquirente não pode agir contra si mesmo C⁷⁸⁷).

697.—Nos contractos onerosos pelos quaes se transfere o dominio, posse, ou uzo, deve o alienante garantir o adquirente contra os riscos da evicção sempre que essa responsabilidade não tenha sido expressamente excluida (*"•). E'o *prc&slare evictionem* dcs romanos.

Essa garantia por evicção é um effeito directo do contracto, ou seja que se considere a transferencia do dominio a que tenham visado as partes contratantes, ou seja que se faça questão principal dos direitos possessórios, como se dava no direito romano a respeito da venda (^{11M}).

E', pois, uma obrigação contractual (^{879o}) e não accéssoria como pensam outros (^{WM}). E' uma obrigação para o alienante, mesmo quando não tenha sido expressamente assumida (^{rw}).

Para o adquirente evicto o direito á garantia é, no fundo, um direito de indennisação por inexecução contractual, tendo por objecto o interesse que o mesmo adquirente teria si não soffresse o evicção.

(3785) MAYNZ, § 212 *texto e notas 9 a 17.*

(3786) i. 59 § 1 D. deevict.; MOLITOR, n. 461 ; WINDSCHEID, § 391 *nota 10*; *Dig. Port. III, 319*; *Dout. das Acç. nota 822*; RAMOS, n. 880; Cods. Civis: do Chile. art. 1846 n. 1 ; Arg., 2113 ; Proj. Fel., art. 2009.

gj (8787) is. 9,29 e 41 D. emti; MOLITOR, «. 461 ; POTHIBR, *Vente, n. 97.*

(3788) RAMOS, H.253 ; *Dig. Port. I, 375*; Cods. Civis: Fr., art. 1626; C. Civ. ItaL.art. 1482 ; Hesp., art. 1475 ai. 2."; Port., art. 1046 ; Nápoles, 1472; Luiziana, 2477 ; C. Civ. da Hoil. arl. 1528 ; Hayti, 1411 ; Chile, art. 1839 ; Arg., 2097 : de Montenegro, 243 : Fed. Suisso, art. 235 ; Ali., art. 434; C. deSaxe, art. 945 ; Proj. Fel., art. 1989; Proj. C. Rod.. art. 618 § 1.º; Proj. Bevil., art. 1111. ■ (3789) BRINZ, *Panäekten § 280 nota 15.*

C^{1*0}) CHIRONI, *Colpa Cont. nota 1 ao n. 61 bis.*

(^{17M}) BRINZ, *ob. cit.*

(^{""}) 1.19 D. de evict.; Is. 6 e 25 C. de evict.; 1. 5 C. de comm. rer. alie-nat.

A garantia por evicção opera, pois, de pleno direito ^(rM)j
Mesmo sem a perda effectiva da coisa adquirida em virtude de uma decisão judicial, subsiste a obrigação de garantia si o adquirente para evitar a evicção desinteressar o terceiro ^(m4).

Do conceito e definição que acabamos de dar da acção de garantia vemos que esse instituto se delimita com o da repetição do indébito e o da prestação da culpa. Entretanto os respectivos elementos constitutivos dão espontaneamente os traços differenciaes de todos. S

No indébito é fundamental o erro do *solvens*. Este des-obriga-se de uma divida que por erro julga existir e cuja inexistência verifica ulteriormente. E' fundado nessa obrigação sem objecto, ou sem causa, que elle vem repetir o que é seu e está constituindo um enriquecimento injusto do supposito credor. Ora, isso não se dá na reclamação da garantia por evicção. O adquirente pagou o preço da aquisição, porque realmente o devia. Si o reclama, é fundado não na ausência de causa da obrigação originaria, mas no desaparecimento do objecto por um vicio de direito préexistente.

Para prestar a garantia não é essencial a culpa, o elemento moral, que é o característico da inexecução culposa e nisso se distinguem os dous institutos.

O direito moderno não se limitou ao ponto de vista restricto do direito romano quanto á garantia pela evicção, ali só possível no caso da *oblatio rei per iudicis sententiam*. Em direito romano tal hypothese verificava-se: 1.º si o adquirente decahia de uma acção hypothecaria, ou de reivindicação contra elle proposta ; 2.º si o adquirente se visse obrigado a só poder conservar a coisa pagando a *limalio litis* ; 3.º si decahia da reivindicação que intentou apoz a perda da posse.

As acções *ex stipulalve ex empto* eram então as duas vias que podiam ser intentadas contra o alienante.

A primeira repousava na *cautio duplos*, ou promessa do alienante de compor o duplo do valor da coisa, si esta viesse a ser evicta, promessa que sempre foi subentendida em se tratando de coisa de algum valor. A segunda acção exercia-se quando de má fé se alienava coisa alheia.

A concepção moderna é, sem duvida, mais larga.

^(WM) 1.13 § 3 D. de jurej.; 1. 66 pr.D. decont. empt.; Is. 3 pr. 11 § 2, 13 D. emti ; 1. 66 D. deevict.; I. 6 C. de evict.

(.8704) 1. 16 § 1.o; 21 § 2 ; 29 D. deevict.; 1. 16 § 3D. pignor.; l. 2 D. quib. mod. pignor.; C. Civ. Port. 1052 n. 3; C. Fed. Suisso, 240; Arg., •rt. 2090.

Compreende-se hoje que haja evicção quando mesmo o alienante seja o verdadeiro proprietário. Um adquirente que é obrigado a solver o credito hypothecario de que a coisa adquirida era garantia real; o que perde a coisa comprada pelo advento da condição resolutiva que affectava a propriedade da coisa ; aquelle que omittiu as formalidades da trans-cripção e é preferido por um novo adquirente do mesmo alienante ; todos estes soffrem uma evicção e têm direito á garantia contra ella f¹”).

098. —Como todo o direito, o de garantia pela evicção pode ser reforçado com pagamento do duplo, ou por fiança, ou por qualquer outra forma, assim como pode ser diminuído e attenuado por vontade das partes (s^{TM6}). Si não existe má fé, ou dolo, do alienante, o dever de prestar a garantia pode até ser excluído, mas annulla-se si se verificar que o alienante procedia de má fé f^m).

099.—Dada, porem, a clausula que exclua a garantia, qual seu effeito e extensão ? Não obstante a clausula exclusiva de garantia, verificando-se a evicção, o evicto tem direito de repetir o preço que pagou pela coisa evicta, si não foi informado do risco da evicção, ou si informado não o assumiu



Essa solução dos Códigos é o partido tomado em uma grande controvérsia suscitada pelo texto da lei 11 § 18 do Digesto *de actionibus empli et vind.*, de Ulpiano. I

Pensou-se que delle resulta a liberação das perdas e danos para o alienante, si se pactua a exclusão da garantia ;

(^{S19B}) POTHIEB, *Vente*, ns. 86 e 92.

O»⁹⁶) Cods. Civis;Pr., art. 1627; Ital., 1483 ; Hesp., 1475. ai. 3; Port., 1055 ; Arg., 2098; Montenegro, 244 ; Hayti, 1412 ; Proj. Fel., 1892 ; Proj. C-Rod., 618. § 2.o; Proj. Bevil., 1111 § único.

(^{M97}) Cods. Civis : Fr., art. 1628 ; Hes., 1476 ; Fort., 1055; Nápoles. 1474; Holl., 1530 ; Luiziana, 2480 ; Hayti, 1413 ; Chile, 1842 ; Arg., 2099 ; Montenegro, 244 ai. 2 ; Suisso, 237 ; Allemão, 443 ; Saxe, 947 ; Proj. Fel., 1995-1998. (^{S19B}) Cod. Comm., art. 214; Proj. G. Rod., art. 620; Proj. Bevil.,-art. 1112 ; Cods. Civis, Fr., art. 1629 ; Ital., 1485 ; Hesp., 1477 ; Port., 1051, n. 1 ; Chile, 1852e ai. 3, Argent., 2100 e 2101 ns. 2 e 3; Nápoles, 1475; Holl., 1530; Luisiána, 2481 ; Hayti, 1414 ; Suisso, 236 ; da Ausíria., 929-i ,

mas que elle é sempre obrigado a restituir o preço, dada a evicção. Assim pensou Juliano, assim adoptaram os Códigos e a maioria dos autores (^{nw}).

Entendem outros que, ao contrario, dada a exclusão da garantia, fica o alienante liberto de toda a responsabilidade, salvo o dolo, e isto por disposições análogas do próprio direito romano ("•■).

M

Esta pode parecer a melhor opinião, pelo menos a que mais se conforma com a liberdade dos contractos. E! claro que, si as partes estipularam a clausula exclusiva da garantia, é porque o que entre ellas ficou assentado foi melhorar as condições do alienante; foi dar ao contracto o character aleatório, assumindo o adquirente os riscos da cousa.

Os princípios relativos ao injusto enriquecimento, porem, invalidam esta ultima opinião e consolidam a solução dos Códigos.

TOO.—Salvo estipulação em contrario, aquelle que soffreu a evicção tem mais o direito, além da restituição integral das quantias pagas:

I
i.º) á indennisação dos fructos que tiver sido obrigado a restituir ; 2.º) ás das despêzas dos contractos e dos prejuízos que resultarem directamente da evicção; 3.º) as custas judicias f^m).

Em nossos costumes nunca entrou a prestação do duplo (sm), posto que sempre fosse permittida a clausula que a institua O-

Parece fora de duvida que também os juros não são devidos ao evicto t^{80*}). Nas vendas forçadas, ou judicias, o vende-

(^{m*•}) POTHIER, *Vente n. 184*; MotlTOR, *ob. cit. n. 464*; D/g. *Port. Ill, ■jOi*; *Dout. das Acções nota 831*; T. DE FREITAS a C. TELLES, *nota 700*; RAMOS, *ob. cit n. 868*.

(«soo) Nas leis IOell D. de hered. vendita; 68 pr. C. de evict.; 14 C. fam. ercisc ; Vide MATNZ, § 212 *nota 50*; WINDSCHEID, § 391, *nota j8* ; Proj. Fel., art. 1996.

(«w») Cod. Comm., art. 215 ; Pioj. Fel, art. 1997; Proj. C. Rod., art. 621 ;Proj. Bevil., art. 1113; Cods. Civis: Fr., art. 1630 ; Ital., 1486 ; Hesp. 1478; Port., 1047 ; Chile, 1847 ; Hayti, 1415; dos B. de Montenegro, art. 248 ; Fed. Suisso. 241.

■ (^{s8os}) MELLO FREIRE, *hv. 4 ttt. 4% 12*. S

m (380S) *Comsòl. das Leis, art. 555*; *Dir. Civ. Recopil., art. 10.64 § 2*. M
^>*) Ord.,liv.3.º tit. 45 §3.º. Ha quem entenda dever suppír á omissão dessa Ord. com o art. 213 do C. Comm. RAMOS, 06. *cit. n. 861*. Dada a se* paração entre os dois ramos de direito, não nos parece razoável que o commer* ciai" possa ser subsidiário do civil.

dor não responde pela evicção que a coisa vendida sofrer; só é obrigado a restituir o preço (^{M05}).

I Si alguém vende coisa alheia, pode o comprador, para garantir-se contra a evicção, suspender o pagamento iniciado, ou não effectual-o, até que o vendedor o garanta com bens de raiz ou com fiança idónea (^{MM}). No direito romano as cousas passavam-se do mesmo modo si o preço não estivesse ainda pago. A regra, porem, era que quem scientemente vendia coisa alheia devia indennisar *omne id quod emloris interest*; si não existisse dolo, era obrigado ao danno effectivamente soffrido pelo adquirente, estimado pelo valor real da coisa ao tempo da evicção (^{M01}).

Quanto ás custas judiciais, é preciso entender que, si o adquirente não chamar á autoria na primeira instancia e guardar-se para fazel-o na segunda, não terá direito ás despê-zas judiciais da primeira instancia (^{1*1*}).

Os direitos do adquirente que soffreu a evicção procedem contra o alienante, ainda que este se ache de boa fé. Ainda mais: subsiste para o alienante esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada por força maior ou negligencia do adquirente, excepto havendo dolo da parte deste ("".) A exclusão no caso de dolo é comprehensivel, porque, si o adquirente não deve soffrer prejuízos com a evicção, também não se pode aproveitar delia e elle se aproveitaria, si de-teriorando-se a coisa por dolo ou culpa sua, pudesse reclamar o preço do alienante.

Isto quer, finalmente, dizer que a diminuição da coisa evicta não diminue a extensão da garantia, salvo a indennisação das bemfeitorias ("").

(⁸⁰) Dec. n. 3084 de 1898, art. 583 P.« 10 ; Proj. Fel., 1990; C. Civ. do Chile, 1851.

(^{88M}) Ord. liv. 4- tit. 5- pr.

(⁸⁸⁰¹) Is. 64 e 66 § 3^a e 70 de act. empt. et vend.

(⁸⁸⁰⁵) MOLITOR, «. 469. A respeito da evicção do dote e da subrogação em que fica a indennisação recebida ao bem dotal vide PAULMIBR, *La Subrogation réelle*, P.º 2. Cap. J § III e p. 227. Acerca da evicção dos bens hypothecados LAFATKTTE, *Cousas*, §182; TROPLONG, *Privileges et Hypoth. tis. 847 e srgs.*

(⁸⁰⁰) Cod. Civ. Fr., art. 1631 ; Ital., art. 1487 ; Proj. Bevil., art. 1114 a comp. Cod. Civ. Port., art. 1047 § 4; do Chile, art. 1852 ai. 2; do Hayti, art. 1416; Proj. C. Rod., art. 622.

(MH>) Dec. 3084 cit. P.« III, 582; 1. 64 D. de evicl.; li' a doutrina de POTHIER. *Vente*, ns. 69 e 118, que seguiu DUMOUN. DOMAT refutou este ultimo na ob. cit. liv. 1- tit. 2º secc. Xn. 14. O Cod. Civ. Fr., art. cit. seguiu POTHIER cuja doutrina é impugnada por MOLITO», H. 483,

TO-1.—Si o adquirente tiver auferido vantagens das deteriorações e não tiver sido condemnado a indennisal-as, o valor das vantagens será deduzido da quantia que lhe tiver de dar o alienante (*M*).

70Í.—As bemfeitorias necessárias ou úteis não abona das ao adquirente que soffreu a evicção devem ser pagas pelo alienante (**). m

E' uma disposição clara que não exige commentarios nem suscita controvérsias. O que se deve concluir *a contrario* é que, no caso de evicção, o adquirente não tem direito ao valor das bemfeitorias voluptuarias da cousa.

Não ha igualmente duvida que, si as bemfeitorias abonadas ao que soffreu a evicção tiverem sido feitas pelo alienante, o valor delias será levado em conta da restituição devida (^{am}). Parece, porém, fora de discussão que as bemfeitorias devem se compensar com os fructos que foram consequência das mesmas bemfeitorias (^u).

703.—Si a evicção for parcial mas considerável, poderá o que a soffreu optar pela rescisão do contracto, ou pela restituição de parte do preço correspondente á parte soffrida(^{im}). E' uma theoria tão racional quanto é simples e muito diversa das minúcias casuísticas do direito romano (^{88II}).

A faculdade de opção é fundada no motivo de que o adquirente poderia não ter effectuado o contracto si soubesse de antemão que a cousa corria o risco de ser diminuida em seu valor e extensão.

(^{88U}) Cods Civis : Fr. 1632 ; Hal.. 1488; Pori., 1047 §3.º; Chile 1848; Hayti, 1417 ;Proj. C. Rod., art. 623 ;Proj. Bevil.. art. 1115.

("•") Cods. Civis: Kr., 1633 e 1634 ; Itai. 1489; Port. 1047 § 3*; Chile, 1849; Hayti, 1418 e 1419; Proj. C. Rod., art. 624; Proj. Bevil., art. 1116.

(»«s) c. Civ. ItaL.att. 1490; C. Civ. Port.,art. 1047§5;Proj. Bevil. art. 1117. ■

(^{8M4}) RAMOS, *ob. cit. n. 86y* M

(»»») Cods, Civis : Fr., 1636e 1637 ; liai., 1492, 1493 ; Hesp., 1479 ; Port., 1049 ; Chile, 1852, ai. 4» ; do Hayti. 1421 e 1422 ; dos B. de Montene, gre,249 e 250; Ked. Suisso,242; Proj. Fel., 2001 ;_Proj. C. Rod. 625,626; Proj. Bevil., art. 1118.

(^{88I}«) Vide MOLITOB, *ob. cit. na. 481 e 482.*

Pôde, por outro lado, preferir a restituição de parte do preço, porque pode lhe convir reter parte da coisa adquirida e, nesse caso, o alienante não deve ficar com o preço total que constituiria um injusto enriquecimento.

Na avaliação da coisa evicta para compôr-se ao adquirente parte do preço, nahypothese de evicção parcial, toma-se por base seu valor na época da evicção, que é o valor de que foi privado o adquirente, não devendo, entretanto, esse valor exceder o duplo da venda (^{MM}).

T04.—A garantia da evicção soffrida somente pode ser pedida apoz a sentença definitiva sobre esta (^{MM}).

Dahi conclue-se que para exercer seu direito por causa da evicção deve o adquirente denunciar ao alienante o litigio no tempo e pela forma que determinarem as leis do processo C⁸¹⁹).

Assim já se passava em direito romano, em que o chamamento á autoria de nosso actual processo se designava pelas locuções *litem denunliare, auctorcm laudare, ele. C*"). P

Si o alienante chamado á autoria pelo adquirente vem a juizo defender o litigio, torna-se assistente na causa e a sen* tença é exequível contra elle C"*¹).

A existência de muitos alienantes ou de muitos herdeiros de um só alienante determina a necessidade de serem todos chamados á autoria.

A defêza é indivisivel (***)

Cessa o direito de garantia pela evicção com o facto de não haver o adquirente chamado á autoria o alienante? Assim decidem nossos autores pátrios e a generalidade dos Códigos

(⁸⁸ⁿ) MAYNZ, § 212 notas 33 a 36; T. DE FREITAS a C. TELLES, nota 694; Proj. Bevil.. art. 1119.

(^{M, <}) Cod. Civ. da Hesp. art. 1480.

(^{*19}) *Dig. Port. III* 303; RAMOS, n. 884; Regul. n. 737 de 1850, art. 113; Dec. 848 de 1890, art. 151 ;T. DE FKEITAS a P. E SOUZA, nota 392 ; Proj. Bevil., art. 1120.

(^{88*o}) Is. 34 pr.; 51 § 1 ; 53 § 1 ;55 § 1 ; 56 §§4 e7 ; 63 §2 D. deevist.; Is. 8, 9, 20 e 23 C. de evict.

(^{w1}) *Consol. das Leis nota ?6 ao art. 576; RAMOS, ob. cii. n. 890.*

(^{88 <}) *p/g, Pprt. III % 307 ; MOLITOB, n. 469 \ AUBRY ET RAU, § 3iS notas 5 e segs.; C. Civ. do Chile, art. 1840 ;C. Civ. Arg., art. 2107.*

(^{88 <}) Cods. Civis:Fr., 1640; ítal., 1497 ;Hesp , 1481 ;Port., "1051 n. 4 ; Chile, 1844 ; Arg., 2110 ; Montenegro, 246; Hayti, 1425 ; Fed. SuissQ, 239; Proj. Fel., art. 2008; Proj. C. Rod.. art. 630.

Essa solução, porém, demanda que se a compreenda em seus devidos termos. Si o adquirente não denuncia o feito ao alienante, a sentença contra elle proferida não pode ser oppos-ta ao alienante; não é contra elle exequível. O adquirente, porém, não pode jamais ficar privado da acção de indenisa-ção, que é a consequência necessária e immediata da inexecução dos contractos. E' principio geral.

705. — Que os herdeiros e successores universaes do adquirente têm direito de garantia contra o alienante, não parece ser matéria para duvidas. O mesmo não acontece quanto aos successores a titulo singular lucrativo. Quanto aos successores singulares a titulo oneroso, pa-rece-nos que a solução deve ser a mesma que a respeito dos herdeiros.

Existe a controvérsia em se tratando do donatário e do legatário que são successores a titulo singular lucrativo.

Não trepidamos, porém, em dar acção ao donatário evicto». O doador tem interesse moral na efficacia da doação feita.

Negar ao donatário o direito á garantia seria deixar o proveito do contracto salvo somente ao alienante, que não mais poderia ser obrigado a responder perante o mesmo dona-* tario e deixaria de dever responder para com o doador. Ha, na hypotheze em discussão, uma verdadeira cessão de direitos do doador ao donatário com todas as suas consequências (^{SM*}).

O mesmo se dá com o legatário. No direito romano pri-* mitivo a solução lhe era contraria. Em seu ultimo período, porém, a vontade do testador tornou-se o *chleriwil* dominante.

Legando, a vontade do testador manifestou-se. no sentido de que o legatário tivesse o gozo do legado e, portanto, todas as acções tendentes a protegel-o. Si a acção de garantia não lhe assistisse para proteger o legado, viria lucrar com elle somente quem o vendera ao testador recebendo delle o preço

/SM6\

706.—K&o pode o adquirente usar da acção de garantia contra a aviação que soffreu: o) si foi privado da cousa não

(3«⁴) i. 71 D. de evict.;MouTOB, ». 476. Em contrario POTHIKS, *Vente n.* 98 e o nosso T DR FREITAS a P. B SOUZA, *noto 386. m* (^{SMs}) WWOSCHMD, % 391 n. 5; MOLITOR, n. ^77.

pelos meios judiciaes, mas por caso fortuito, força maior, roubo ou furto (^{381B}); *b*) si sabia que a coisa era alheia ou litigiosa ("").

Taes regras são perfeitamente justificadas pela lógica. Ninguém, em regra, responde pelo caso fortuito e pela força maior. A coisa adquirida que pereça por qualquer desses motivos, em mão do adquirente, não pôde, de maneira alguma, ser encarada como vencida judicialmente. Ainda mais : isso se dá mesmo quando a coisa perece depois de proposta a acção por um terceiro fundado em outro motivo e antes de decidido o litigio. O adquirente, ainda nesse caso, não tem evicção, por que a coisa não foi vencida (^{MM}).

A sciencia do adquirente de que a coisa não pertencia ao alienante, ou se achava gravada de hypotheca, equivale á culpa, para o effeito de se lhe negar a acção de garantia pela evicção.

Pôde, porem, demandar a repetição do preço ? E' outra questão controvertida e a solução negativa parece-nos a melhor.

Não ha duvida que parece uma injustiça que o vendedor guarde o preço quando o adquirente não pode ter o uzo e gozo da coisa adquirida. Mas a situação que deve ser aqui encarada é precipuamente a do adquirente. Seu acto não pôde deixar de ser culposos; é por culpa sua que elle virá a perder o processo da evicção e é positivamente injusto que, conhecendo a verdadeira situação das cousas, tivesse elle concluído um contracto de onde sabia poderem se suscitar duvidas futuras, gravosas á outra parte.

Nessa opinião é apoiada em lei (^{s.w}), embora devamos confessar que a contraria é dominante (^{3M0}).

707.—Extingue-se o direito á garantia pela evicção : *a*) cem a perda total da coisa sem culpa imputável ao alienan-

(^{*M}) *Dig. Port. III, 313 ; Dout. das Acções texto e nota 830; T. DE FREITAS a C. TELLES, § 124 n. 4 \ Consol das Leis Civis art. 577 § 1 ; Dir. Civ. Recopil., art. 106j a) ; RAMOS, ob. cit. n. 876; Proj. Bevil., art. 1121 n. I. .*

(^{f*1}) POTHIER, *Vente H. 188*. Autores citados na nota supra.

(^{•»••}) RAMOS, *ob. cit. n. 872*.

(^{"■*»}) 1. 27 C. deevict.

(^{M0}) CuJACius, *Rectt. sol. in Cod. L. VIII, hl. 45, VOET, ad Pand XXI, 2» n. 32 ; POTHIER, Vente n. 187 e segs; MOLITOR, n. 466*.

te ; *b*) com a renúncia ao direito de exercer a acção; *c*) com a prescrição (^{MSI}). A prescrição da acção de garantia é de **trinta** anos, pois que é uma acção pessoal C³¹).

■
("*) C. Civ. do Chile, art. 1856, ROSSEÍ, *n* 3 08 (»«»*)
D/g. *P9rt. Ill, 321*; RAMOS, *H. 874*.

CAPITULO VII

DOS CONTRACTOS ALEATÓRIOS

H

Summario. — 708—Natureza destes contractos. 709—Característicos. 710—Em direito romano. 711—Em direito moderno. 712—Relações dos contratantes. 713 -Cousas futuras como objecto destes contractos. 714—Cousas existentes sujeitas algum risco.

708.—Bem pouco temos a dizer acerca dos contractos aleatórios, pois que seus princípios são mais comprehensíveis nas suas applicações especiaes.

Apresentam geralmente os tratadistas e mesmo os Códigos os contractos aleatórios como a antitheze dos commutativos.

No fundo, porem, tal opposição não existe. O facto de existir a alternativa do ganho ou da perda para uma das partes não implica que os contractos aleatórios deixem só por isso de serem interessados para ambas. E' só e unicamente pelo facto de serem taes contractos regidos por certos principios especiaes, que constituem uma cathegoria opposta aos correspondentes, ou commutativos, no sentido restricto í*⁸).

709.— Partindo dessa restricção necessária é que se pode dizer que o que distingue o contracto commutativo do aleatório — *gewagte Verträge*, ou de sorte — *Glilcksverträge*—é que naquelle á prestação corresponde uma contraprestação; uma

("«) DELVINGOUET, X, *». 76; LAURBNT, XV, 47 7. A melhor obra especial moderna sobre este assumpto dentre as que conhecemos é a de BAUDRY LACANTINEBIE ET WAHL, *Contrais Aleatoires*.

parte dá o equivalente do que recebe, enquanto que nos últimos uma das prestações pôde falhar.

Nos commutativos ha uma proporção e equilíbrio entre a obrigação assumida e as vantagens estipuladas, enquanto que nos aleatórios existe a desproporção entre os encargos tomados e o beneficio esperado. Nos aleatórios as vantagens e perdas dependem mais ou menos do caso fortuito. Seu fim é expor as partes a mutua alternativa de ganho ou de perda, conforme um acontecimento incerto se verifique ou não.

Dessa alternativa resulta então a desigualdade nos equivalentes a prestar. Pois bem ; essa eventualidade que os contratantes sabem existir e assumem voluntária e livremente é o que se chama o *visco* e o risco é a essência do contracto aleatório (^{38s*}).

A natureza desses contractos é bilateral; pôde, entretanto, uma das partes somente ser obrigada á prestação. Eis porque os Códigos têm sido mui cautelosos em definir esses contractos [^{mt}].

9IO.—Como contractos tipicamente aleatórios permittia o direito romano apenas a *emptio spei*, a *emptio rei speraloB* e o *famus nauticum*. O jogo—*alearum lusus*—só era permittido quando se tratasse dos relativos ao exercício physico, ou gymnasticos, e isto mesmo si a *parada* não excedesse de um *solidus* (^{18M}).

Todos os demais jogos eram prohibidos em uma extensão tal que o direito de repetir por indébito as quantias por elles pagas sô prescrevia em 50 annos, e a municipalidade podia exercer a acção, si por ventura não a quizessem exercer os herdeiros do *solvem*.

(•«8») BUFNOIR, *Prop. et Contrat p. 459*. GIORGI, *ob. cit. IV, n. 267* gé claro e minucioso sobre os riscos especiaes dos contractos aleatórios.

(MM) Gomp. C. Civ. Fr., arts. 1104 e 1964, um tanto contraditórios. Vid. COLMET DE SANIERRE, V, 6 *bis*. OC. Civ. Ital., fundiu os dois artigos do Cod. Fr. em seu art. 1102. Vide mais Códigos : Hesp., 1790; Port., 1537 ; do Chile, 1441; Argent. 2051 ; Proj. Fel., 1918. O C. Fed. Suisso arts. 512—516 e o AUemfto, arts. 762—764 tratam do jogo e da aposta, deixando á doutrina a fixação dos princípios geraes dos contractos aleatórios. ROSSEL critica esse expediente na *ob. cu. n. 697*. A taes Códigos imitou o Proj. C. Rod., art. 986. O Proj. Be vil., traçou os princípios geraes desses contractos em seus arts. 1122—1125 e isso é preferível.

(MM) _{is.} 2§ 1 ; 3 e 4 D. de aleatoribus; 1. 3 C. de aleat.

A aposta— *sponsio* — era em si permittida e valida ; era, porem, prohibida nos jogos, nas mesmas condições em que estes o eram, ou quando fosse contraria aos bons costumes.

Nos casos mesmo em que o direito romano admittia o jogo e a aposta, ás obrigações delles decorrentes eram puramente *naturaes* e só assumiam valor jurídico si as partes lhes dessem forma civil.

711.— No direito moderno pretendem alguns civilistas que estes contractos não sejam incondicionalmente licitos.

Dizem então que quando ambas as partes assumem o risco para esperarem o ganho, o contracto é illicito, deixando de serem taes somente aquelles em que ao menos uma das partes tem em vista um interesse de vida, como no seguro

^{/M31\}

Seja como for, nosso direito considerou sempre como aleatórios o contracto de seguro, o de empréstimo a risco, o jogo, a aposta e o contracto de renda vitalícia (^{3M8})

7 12.—Os princípios geraes que comportam os contractos aleatórios tendem a regular a situação dos contratantes um defronte do outro em relação ao risco assumido.

O primeiro é que si o contracto for aleatório por serem objecto delle cousas futuras, tomando o adquirente a si o risco de não virem a existir, o alienante terá direito a todo o preço, ainda que a cousa não venha inteiramente a existir, desde que de sua parte não tiver havido culpa.

Trata-se aqui de uma alienação que depende do *acdiO*, que deve ser considerada pura e simples, mas aleatória, uma *spes*, *alea*.

Já nos referimos ao exemplo clássico do lance da rede. A paga a B um quanto pelo producto do lance da rede que este fizer no dia seguinte e assume o risco, o que aliás resulta implicitamente de um tal contracto. No dia seguinte, B sem o menor desprezo pela diligencia que sempre empregou em tal mister, ou, o que é o mesmo, sem a menor culpa, nenhum resultado obteve. B retém o preço inteiro recebido e A soffre a perda.

(MM) WINDCHBID, § 322.

(38S8J MELLO FREIRE, *liv.4 tit. 3§§ 24 e 25*; RAMOS, *ob. cit. tis. 1552 a 1567* ; C. DA ROCHA, §§ 873 e 874 ; FKRR. BORGES, *Dic. Jur. v. aposta*.

Esse resultado dá-se igualmente si a cousa deixou de existir, não por *acaso*, mas por uma excepção das leis normaes.

A alienação de cousa futura, cuja existência dependa de leis naturaes que se esperam realisar, é apenas uma alienação condicional que deixa inteiramente de subsistirei a condição não se effectuar, isto é, si a cousa não chegar a existir.

713.—Si for aleatorio o contracto por serem objecto delle cousas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, o alienante também terá direito a todo o preço, ainda que a cousa venha a existir em quantidade inferior á esperada, desde que de sua parte não haja culpa.

E' a compra *rei speralw*. A dirige-se a B e propõe-se a comprar-lhe todos os cerêaes que elle colher naquelle anno, contando A, por dados anteriormente obtidos, ter uma media de 1800 litros. B, por seu lado, apoz o contracto, empregou no amanho da terra e mais serviços aratorios sua habitual diligencia. O resultado da colheita, porem, não excedeu a 500 litros.

B retém o preço recebido.que foi o risco assumido por A.

Supponha-se, porem, que a colheita foi nulla por qualquer eventualidade: uma inundação, um phenomeno de força maior, um incêndio, etc.. Diremos que B deve reter o preço por ter sido victima do.fortuito? Não; aqui a cousa não existiu inteiramente e, portanto, não houve alienação; o preço deve ser restituído.

Não se tratará, no caso supposto, de applicar as regras relativas ao caso fortuito e sim de attender á extensão dos riscos assumidos pelo adquirente de vir a cousa futura a existir em qualquer quantidade.

Desde, pois, que ella não chegou a existir em quantidade alguma, faltou objecto ao contracto e a retenção do preço constituiria um enriquecimento injusto.

714. —Si for aleatório por serem objecto delle cousas existentes, sujeitas a algum risco, tomando o adquirente a si esse risco, o alienante terá igualmente direito a todo o preço, ainda que a cousa já tivesse deixado de existir no todo ou em parte no dia do contracto.

Supponfaa-se que A compra de B um objecto qualquer que vem do norte do Brazil em um navio que, n'um dia designado, partiu de Recife para Paranaguá. A assumiu o risco do objecto.

Mas no dia desse contracto, realizado em Coritiba, o navio naufragou e perdeu-se nos Abrolhos. B retém o preço, apesar da perda do objecto, pois que A assumiu o risco. I Essa espécie de alienação aleatória, porem, poderá ser annullada como dolosa pela parte prejudicada, si esta provar que a outra parte não ignorava a cessação do risco a que a cousa estava sujeita. No exemplo figurado: si, antes da hora: do contracto, estava B informado por telegramma da perda do navio, A pode allegar essa circumstancia para provar que seu co-contratante procedeu com dolo e reaver o preço pago.

Temos assim terminado a theoria geral dos *Contractos*.

CAPITULO VIII

M DOS QUASI— CONTRACTOS

1

SummaHo.— 715 - De que maneira passou o quasi contracto a ser considerado fonte das obrigações. 716—Conceito moderno do quasi-contracto. 717—Diferenças do contracto. 718 e 719—Que espécies comprehende. 720—O quasi-contracto nSo devia figurar nos Códigos como fonte de obrigações.

715.—E' factio repetido entre as legislações dos povos latinos considerar-se os quasi contractos como fontes de obrigações e nós não fugimos á regra na enumeração que das mesmas deixámos feita,

Aprofundaremos agora as idéas que o assumpto reclama.

No próprio direito romano as obrigações oriundas dos quasi contractos surgiram na formula de Gaio (^{SM9}) sem a menor pretensão a uma classificação systematica e sim apenas como meio de exprimir um pensamento, uma observação puramente theorica, para distinguir nuanças nos diversos direitos de credito.

Foi só na codificação de Justiniano que a expressão assumiu a dignidade de um principio jurídico (^{38*o}).

Gaio dizia *quasi ex-contractu*—«como de um contracto».

Os modernos dizem *ex quasi contraclu* — «do quasi-contracto»—e só então é que elle entrou no instituto das obrigações como uma figura independente (^{8MI})

Os romanos em texto algum definiram a figura jurídica que nos occupa.

(^{88W}) GAIOS, *Inst.* 111,88.

(^{18*o}) GIOBOI.oft. *Ctt.* V, 3.

(^{MI}) VIHNIUS, *Tnst.* III, 23, 3 i DOCATJIRROY, *Lts Inst.* *espliquées n. 1086* *
atgs.

Diversos Códigos modernos a definem e enumeram seus casos ("•*•), considerando-a uma fonte de obrigações (^M).

Nossos precedentes jurídicos sempre consideraram os quasi contractos uma fonte de obrigações (^{MM})

716.—No conceito moderno o quasi contracto é um facto voluntário e licito que obriga seu autor para com outrem, uu que obriga outro para com elle, sem que intervenha convenção alguma (^{mi}).

E' também, por outra face, um facto occorrido em circumstancias taes que poderia ou mesmo deveria rasôavelmente ser objecto de um contracto, si, nessas mesmas circumstan-cias, tivesse sido possível o consentimento, ou si não tivesse sido impedido pela ausência, ou falta de intelligencia, ou por erro de uma das partes (■"•*•).

Nesse segundo modo de encarar o quasi contracto sua analogia com o contracto é grande. I

E', pois, uma pura situação de facto em que certas pessoas que não contrataram são pela lei encaradas como si o tivessem feito, dadas certas circumstancias (^{m7}).

E' um instituto dúbio e é por isso que ha quem affirme não ser o quasi contracto susceptível de uma definição precisa, pois que ora comprehende obrigações nascidas de um facto, como a gestão, orada própria lei, como a tutela (^{MW}).

O verdadeiro conceito deste instituto, porem, deve repousar sempre em um acto unilateral, voluntário e licito (^{*8*9}).

Este, porem, é o conceito moderno e não o romano. H

Ali o quasi contracto existia quando mesmo nenhum facto voluntário existisse ao qual se pudesse ligar o nascimento da

(^w) Cod. Civ. Fr., art. 1371; Ital., 1140 ; do Hayti, 1157 ; Hesp., 1887 ; Proj. C. Rod., art. 1176. I

(^{**»}) Cods. Civis: Fr., art. 1370 ; Ital., 1097 ; do Hayti, 1156 ; Hesp., 1888 : do Canadá, 982 e 1041 ; da Columbia, 1502; de Uruguay, 1220; do Chile, 1437 ; de C. Rica, 632 ; Proj. C. Rod., art. 404.

(^{••*}) Ord. Iiv. 3«» tit. 6 § 4 ; *Consol. das Leis, art. 383 nota 60 e art. 1141, nota 1*» ; *Dir. Civ. Recopil., arts. 894 c, 908 a 910 e 1001*; M. FHEIRB, *liv. 4° tit. 4 § t* ; RAMOS, *n. 713* ; BEVILÁQUA, *Obrig. §§ 3 e 86* ; LACERDA, § 70; FKRR. BORGES, *ob. ctt. v. quasi contracto*.

(^{»««}) POTHIBR. *Obblig. n. 113* ; BUFNOIR, *p. 780*; Cod. Civ. Ital., art. 1140 ; Hesp., 1887 ; Proj. C. Rod., art. 1176 ; HUDELLOT ET METMAN, «. 376.

^{3M8}) WEBER, *Entwukelung der Lehre von der natUrlichen Verbindlich-keit, p. 67 e segs.*

(M) MAGKELDET, § 497.

(Q**) DEMANTE, *ob. cit. V, 347.*

(•*•) MAYMZ, *Jí 273.*

obrigação (^{8M0}). Dahi a differença fundamental da classificaçãõ que fazia o direito romano. A Instituíã (^{mt}) consagra cinco quasi contractos :—a gestão, a tutela e a curatela, a communhãõ ou indivisãõ, a aceitaçãõ da herançã e o pagamento indébito. I

Como se vê, é ahi evidente a confusãõ de obrigações decorrentes do acto unilateral licito com as que se fundam em uma situaçãõ involuntária.

O conceito actual levou os Códigos, mesmo os que consagram capitulo especial ao quasi contracto, a restringir suas espécies á gestão e ao indébito C^{88*}). Infelizmente em nosso direito prevalece a enumeraçãõ confusa do direito romano (^{S8M}).

Assim, o que caracteriza modernamente o quasi contracto é : a) que elle tem por causa um factõ ou acto unilateral enf.õ accordo de vontades—o que seria o contracto : b) que o acto ou factõ que lhe serve de base tem por fim directo um objectõ diverso da obrigaçãõ, posto que esta resulte desse acto ; c) que o sujeito activo em cujo favor a obrigaçãõ se gera não tome parte no tactõ que constitue o quasi contracto.

717.—Para os romanos a classificaçãõ adoptada devia, com effeito, tornar bem saliente a analogia do contracto com o quasi contracto. Assim, a gestão, a administraçãõ da tutela e a aceitaçãõ da successãõ mantinham certas analogias com o mandato ; a communhãõ ou indivisãõ lhes recordava as regras da sociedade, assim como a *indebili solutio* as do mutuo.

Taes analogias, porem, prendem-se á forma e sãõ puramente secundarias.

O único ponto de semelhança real que em sua formaçãõ mantêm o contracto e o quasi contracto é que um e outro sãõ actos licitos.

A real analogia existe nos effeitos (•***).

Em a formaçãõ elles sempre se distinguiram por ser o consentimento o fundamento essencial nos contractos e não o

(^{8M0}) DKMANQEAT. *Droit Rom.* II, p. 409.

C⁸⁵) Inst. III. 27.

(*•»«) Cods. Civis : Francêz, Italiano, Hespanhol, do Hayti e Proj. C. Rod. 0 do Chile contempla também a communhãõ no artigo 2304.

(SMS) *j)l, % Civ. Recopil., art. 909* e LACKHDA *cit. BEVILAQUA, ob. cit. §\ 85*, põe em evidencia a confusãõ que dahi resulta entre institutos diversos do direito eivi.

(MM) BUFNOIR, *ob. cit. pag 787*.

ser nos quasi contractos (••). E', pois, de todo o ponto inaceitável a opinião dos que querem achar o fundamento do quasi contracto n'um consentimento presumido (^{88M}). O consentimento jamais pode ser presumido, como já o deixámos exposto, e os próprios incapazes podiam no direito romano assumir obrigações quasi contratuaes.

O fundamento real do quasi contracto é a *utilitatis*, ou (*Bquilatis causa*, o interesse social, emfim (⁸⁸⁵⁷)).

H

A voluntariedade é duvidosa nos casos dos quasi contractos.

Assim, na *indebiti solutio* ambas as partes manifestam a voluntariedade; na gestão, porem, o gestor somente é que obra voluntariamente e pode se tornar credor ou devedor, conforme os resultados de sua administração. Não é, pois, a vontade que é o fundamento da obrigação e sim a lei. A vontade só se dirigiu ao facto que vae servir de fundamento á obrigação e não a esta propriamente. Do facto praticado é que a lei fez decorrer consequências que vinculam seu autor e não da vontade manifestada (^{MM}). E* este o *criterium* do quasi contracto.

718.—Resta indagar si o conceito moderno procede realmente dentro dos limites da lógica, restringindo os chamados quasi contractos ás duas únicas espécies mencionadas. Assim não nos parece.

I

A admittir-se a cathegoria dos quasi contractos como fonte de obrigações, se nos afigura impraticável limital-a, mesmo aos casos múltiplos do direito romano, porque, além delles, ha um sem numero de factos licitos e voluntários de onde resultam obrigações unilateraes, ou reciprocas, independente de convenção. *Sed longe plura alia sunt* (^{mt}). Taes seriam os casos do deposito presumido dos hoteleiros e muitos outros (^{""}).

5

O que é necessário é effectuar uma classificação sufficientemente methodica que comprehenda bem os casos licitos e voluntários e não opere a deplorável confusão dos ro-

(⁸⁸⁵⁵) BUFNOIR, p. 455; COLMBT DE SANTERRE, V, 347 bis II. (^{Mfc8}) M. FREIRE, liv. 4 Ht. 4 § 1; Rioci, *Obltg. et Cont. n. 214*. I (^{wn}) 1. 5 § 1; 1. 46 D. deoblig. et act.; POTHIER, *tt. 114 e JIS*. (⁸⁸⁵⁸) BUFNOIR, p. 794.

C^u) Já dizia M. FREIRE, lug. cit. referindo-se aos casos limitados da Ord. liv. 3.º tit. 6 § 4.

(⁸⁸⁸⁰) BEVILÁQUA, *ab.cit.* § 86.

manos. De resto, a classificação romana só se funda na tradição e de nenhum modo na razão C*').

719.—A categoria dos quasi contractos não tem uma base científica que a justifique ; não é, entretanto, sem resultados práticos.

A obrigação nascente do quasi contracto tem sua utilidade em doutrina, ao menos quando se a contrapõe a que decorre do delicto ou do quasi delicto. Assim, em relação á transmissibilidade, as que têm por fim a reparação de um prejuízo moral não se transmitem a herdeiros, ao passo que são sempre transmissíveis as decorrentes do quasi contracto C").

Quanto ás regras que dominam a inexecução das obrigações contractuales e as que regulam a prestação da culpa nas delituaes, ninguém desconhece a profunda diferença que as separa. I

Ora, as obrigações do quasi contracto supportam, em relação ás consequências da culpa, a applicação das mesmas regras que dominam as contractuales (^{S8M}). Ha, pois, uma tal ou qual utilidade doutrinaria em considerar essa categoria no direito de credito.

720.—Devem, porem, os Códigos contemplar essa theoria no conjunto de suas disposições ? Não trepidamos na negativa.

A não se produzir uma classificação inteiramente nova, como já o dissemos, é preferível supprimir essa fonte do corpo de disposições legais e incorporar todos os seus casos nos das obrigações decorrentes da lei.

Já citámos alguns Códigos que contemplam e definem essa categoria de obrigações. Outros, porem, existem que nem sequer expõem fontes theoricas dos direitos de credito e tratam dos contractos sob a epigraphe—«direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjunctamente» e dos quasi contractos sob a denominação «direitos que se adquirem por mero facto de outrem e dos que se adquirem por simples disposição da lei» (^{S88v}).

(■*') MAREZOLL. *ob. cil.* % 125. M

I (^{S8i}) BuEfróir, *ob. cit. pag.* 788. M

(*■*) CÁIRONI, *Colpa Cont. n. 121*. t^m) Tale oCod. Civ. Port. II e III, imitado pelo nosso Proj. Felício.

Outros dão como fontes das obrigações os actos lícitos ou contractos e os illicitos—crimes ou não ; mas incluem a gestão entre os contractos e o indébito no pagamento ("").

Um outro tem como fontes das obrigações o contracto, a promessa inda não aceita, os actos illicitos e o enriquecimento illegitimo; não allude, porem, aos chamados quasi contractos e colloca o que assim se denomina entre os contractos. Tal é o *Còde Federal des Obligations*. B

O Código Civil Allemão não allude também a quasi-contractos e os casos assim denominados são incluídos sob a genérica epigraphe commum «relações obrigatórias diversas» (⁸⁶⁶). Este Código seguiu a doutrina dominante em seu paiz, onde os melhores tratadistas não se preocupam com os quasi contractos (³⁸⁶⁷).

O Código Geral dos Bens de Montenegro, como o Allemão, incluye os chamados quasi contractos entre « as obrigações nascidas de diversas causas, de diversos actos e circum-stancias '("■)».

Muito bem procederam esses Códigos dispersando entre seus dispositivos as diversas figuras jurídicas que constituem os quasi contractos. E' uma questão doutrinaria e de grande perigo de confusão, uma vez que seja imposta como lei e proposital e intencionalmente banida no melhor dos nossos Projectos de Código Civil (⁸⁶⁹).

(S866) Cod. Civ. Arg., art. 898.

(3*56) «Einzelne Schuldverhältnisse» : art. 677 em diante.

(38«) WINDSCHKID. § 421. Vide SALELLHS, n. 340. ■ (8868) o mesmo no Cod. Austríaco art. 859 e do Peru, art. 1219.

(M69) vide *Trabalhos do Código Civil vol. J. pag. 38, Introdução explicativa do Projecto* por CLÓVIS BEVILÁQUA.

CAPITULO IX DA VONTADE

UNILATERAL

Summario.—» 721—Os efeitos jurídicos da vontade unilateral decorrem da crescente influencia da moral sobre o direito. 722—A vontade unilateral no direito romano e entre outros povos modernos. 723 —Casos característicos dos efeitos da vontade unilateral. 724 -Em que consiste a vontade unilateral.

7â 1.—Já expuzemos em outro lugar deste trabalho o mecanismo cerebral da vontade e, em mais de uma ocasião, temos nos referido, ao estudar a theoria geral dos contractos, que este só se considera perfeito apoz o encontro das vontades das partes contratantes.

O principio, porém, como tudo no mundo, não é, não pode ser absoluto. Em toda a espécie de contractos a forma tem sempre a desempenhar um papel relativo aos efeitos para com terceiros, sem se destinar exclusivamente a crêar obrigações ou garantir o adimplemento entre os contratantes.

Isto quer dizer que o *tinculum jûris* das obrigações torna-se cada vez mais subjectivo, independente de formalidades e dos meios preventivos da coercibilidade jurídica. I

O *decer* vae ganhando sempre terreno sobre o *direito* em todos os actos do homem nas sociedades modernas.

E é só quando torna-se instincto e se desprende da consideração de qualquer premio ou de qualquer castigo, que o dever faz o homem culto, o verdadeiro cidadão. A força trans-forma-se então em vontade.

Essa pureza moral crescente devia introduzir um elemento novo no direito e, quebrando os moldes absolutos da antiguidade, reservar ao direito somente o apoio contra os casos mais grosseiros de recusa ao cumprimento das promessas feitas sob a forma de verdadeiro contracto.

O constrangimento que o direito offerece só serve para garantir a realização da promessa e não para ligar quem a emite em favor daquelle a quem é feita ; não para realizar um contracto, que continua sempre o *duorum consensus* da noção clássica, mas para tornar effectivas as obrigações, que é, sem duvida, coisa diversa (^{ma}).

A formação de um contracto, implicando a coincidência das vontades, importa indubitavelmente a modificação da vontade de outrem e a ninguém pode ser licito um acto que produza esse resultado. Mas também é certo que a cada um é licito modificar a seu talante a própria vontade e assumir verdadeiras obrigações só por si.

A vontade unilateral não pode, pois, deixar de ser uma das fontes de obrigações, restricta como queiram, não exclusiva nem absorvente de outras fontes, mas tão irrecusável como estas. Comquanto ninguém possa por acto seu crêar direitos para si, tornar-se credor de outrem, todavia não é possível contestar que quem quer que seja pode assumir obrigações para si tão positivas, tão exigíveis, como as que surgem do encontro das vontades.

Desde então é preciso que a promessa unilateral tenha, em casos dados, um valor real e ligue quem a emitta.

O valor jurídico ligado á promessa unilateral é, além disso, um meio de conter a anarchia que o domínio absoluto attribuido á vontade pelas doutrinas metaphysicas poderia produzir sem elle.

I O concurso das vontades, o *idem placitwn* dos romanos, não é um principio incontestável sinão para o verdadeiro contracto.

O mais valido argumento que poderia ser invocado contra a nova theoria é que o promittente tendo também o domínio de sua vontade, sendo seu único senhor, poderia retiral-a quando lhe aprouvesse. Assim não é na verdade, porque para que possa obrigar deve a promessa unilateral ter um conteúdo e data certa, ser definitiva e irretatável, ser emittida, em su-mma, sem que a aceitação seja necessária para sua perfeição.

722. —Os romanos não podiam conhecer a vontade unilateral como fonte regular de obrigações. Isso destoava radicalmente de todas as suas idéas sobre os direitos de credito.

C⁸⁷⁰) IHBRINQ, *Zweck im Recht* n. 123.

A força de cousas, porém, as necessidades fundamentaes agiam de tal modo entre elles, como em todos os tempos, que, ao contrario do que se affirma em absoluto, não era destituido de fundamento o principio de que a vontade unilateral podia crêar obrigações tão exigíveis como as do contracto.

Na *dotis dictio*, no *jurejurandum liberli,na*. confissão, no juramento, já os romanos reconheciam effeitos jurídicos em actos unilateraes. Esses casos, é verdade, não são ainda typi-cos, pois contêm, em sua essência, um accordo immanente de vontades e só são unilateraes em seu formalismo externo.

Outros pactos jurídicos ali criavam obrigações só pela vontade unilateral como: as relações de familia, a gestão de negócios, os delictos e osquasi delictos. Mas ainda esses phe-nomenos não constituem para a nossa actual solução porque elles têm sua causa latente de responsabilidade na própria lei e podem não a produzir effectivamente em condições dadas, ou quando se não verifiquem as circumstancias em que a lei a faz surgir.

Nossa theze é diversa. O que devemos indagar é si o direito romano reconhecia a obrigação nascida da manifestação da vontade com o intuito de se obrigar. I

E' irrecusável a affirmativa. Aquella legislação derogava seus princípios para reconhecer e validar promessas unilateraes feitas a pessoas que não podiam aceitar e, portanto, não podiam realizar o verdadeiro concurso de vontades.

Com effeito, já deixámos dito em outro lugar e não precisamos repetir agora que o direito romano admittia casos característicos de estipulações em favor de terceiros ; concedia em taes casos acção ao estipulante contra o promittente e também ao beneficiário ausente, que não figurou no contracto e em relação ao qual o laço creado foi uma consequência da declaração unilateral do promittente, afinal de contas.

As promessas de recompensa feitas por particulares a quem achasse objectos perdidos, ou pelo Estado, em occasião de publico perigo, eram frequentes entre os romanos. E' verdade que quem cumprisse o factio não tinha acção para exigir; mas nem por isso deixava o direito romano de reconhecer no promittente a uma pessoa indeterminada uma obrigação natural no sentido que à esta então ligava e lhe applicava as regras dos contractos inominados (^{Sfm}). Tinha ainda valor jurídico a promessa unilateral do *quantum* de um dote sem necessidade de ser ella aceita pela parte C⁸¹).

C¹¹) 1. 15 D. de prescriptis verbis,

C*") MOLITOB, «. 183. Já nos referimos a este caso.

Um texto decisivo, porem, nos mostra um grande júris consulto manifestando, em um caso concreto, uma tendência pronunciada para generalização de noções precisas. **l[>]aclurn est duorum consensus atque conventio; pollicilatio vero offerentis solius promissum. JEquissimum est eram hujusmodi voluntales in civitates collatas pccnitentia non revocari* (*").

Existiam, pois, dois casos característicos de obrigações decorrentes da vontade unilateral, como excepção; um de direito sagrado—a promessa feita a um Deus ou *votam* e outro de direito publico—a pollicitação ou promessa feita a uma cidade, quando esta promessa tivesse uma razão que a justificasse, ou houvesse recebido um começo de execução (^{MH}).

O direito canónico mais tarde veio dar valor jurídico ás promessas feitas ao Deus dos catholicos occidentaes (⁸⁸⁷⁶). O direito allemão redusiu o voto e a pollicitação romana á figura da promessa de fundação.

Entre os romanos a pollicitação só era valida quando tinha *justa causa*, isto é, quando era feita por uma honra que alguém aspirasse para si ou para outrem, ou que já tivesse conseguido, ou então quando feita por occasião de calamidade publica, ou por qualquer outra causa—*vél ob aliam justam causam*, diz a lei que invocamos na nota.

Além disso, porem, o direito romano ligava valor jurídico á promessa, mesmo quando, sem justa causa, o promittente lhe dava um começo de execução. E' que, em tal caso, a promessa sahia do mundo moral e o promittente demonstrava a vontade de se obrigar, ou começando a dar uma parcella da uma somma promettida, ou adquirindo o terreno para uma construcção, ou iniciando esta, ou pedindo á cidade designação do lugar para um edificio promettido, ou si alguém confiante na promessa de uma somma para um edificio iniciava sua construcção (^{M16}).

Em casos taes o começo de execução chegava a revalidar a promessa sem causa. O promittente ou pollicitante não se liberava substituindo sua promessa por um equivalente; ella nem podia ser revogada, nem reivindicada a cousa que em virtude delia foi entregue—*hujusmodi voluntales in civitates collatas prwnitenlia non revocari*.

(3873) 1. 1^{pr.} e § 1. D. de pollicitationibus.

(^{Mn}) 1.2 pr. D. cit; DERNBURG, *Pandekten* § 9 notas 6 a 8 ; WIMDSCHBID, § 304 n. 1; WOHMS, *Volonté Unilaterale, P.* » I. Cap. III todo, muito interessante sobre o assumpto da pollicitação.

(«81») W:WIMDSCHBID, § j04 nota 9.

(""J Is. 6 § 1 s !.«§ 3 e4D. de pollicit.; WOHMS, *ob. cit. p. 47,*

Em sentido contrario, cabia á cidade a reivindicacão si a cousa fosse de novo ter ás mãos do pollicitante—*sed cl si desiderinl municipes possidere, dicendum cst, actionem eis concedendam*—termina alei. O pollicitante tem obrigacão de entregar a cousa, pode ser posto em mora de cumprir e paga os juros da mora; *sed si moram cieperit [acere, usurm accedunt*. Para tudo isso, para fazer effectiva a pollicitacão, a cidade tinha acção em juízo. Quando mesmo uma promessa fosse tão imprudentemente feita que ameaçasse o pollicitante damizeria, ainda assim elle só se libertaria abandonando a quinta parte de seus bens (⁸⁸¹¹).

O voto aos deuzes só tinha como condiçãõ ser feito por quem tivesse a livre disposiçãõ de seus bens. De modo que o filho familia, o escravo, a mulher casada, os interdictos não obrigavam por seu *volum* os bens do pae, do senhor e do marido sem autorisaçãõ destes.

O voto, porem, era isento da exigência da justa causa que era então sempre presumida e nenhuma formalidade tinha, pois obrigava desde que fosse pronunciado.

Além disso, era da essência desses votos, tanto no polytheismo romano, como no catholicismo de todos os tempos, serem eminentemente egoisticos, interessados e, portanto, condicionaes—*do ul des aul ul fadas*—um negocio a credito com as divindades. De modo que o direito romano só dava valor, jurídico aos *rata, vola*, ou votos attendidos pelos deuzes, e não aos *irrita vota*, ou aquelles em que os deuzes não cumpriram a condiçãõ.

Si, porem, o voto não fosse condicional, ligava desde logo o promittente. Neste caso e no do voto aceito pelos deuzes, a obrigacão era idêntica á contratual em todos os seus effectos : —*si quis em aliquam voverit, voto obligalur* (³⁸¹⁸).

O direito francêz anterior ao Código Civil aceitou sempre a vontade unilateral como fonte de obrigações.

O estado actual daquella legislaçãõ é uma contramarcha retrograda ao principio romano, um movimento de reacção contra um costume firmado e contra theorias mui propagadas ;•"■).

Não ha, pois, razãõ para se attribuir essa theoria a uma pesquisa actual dos allemães. Apenas na Allemanha a persistência do direito romano e dos costumes germânicos per-

(»^{8"}) Is. 8 e 9 D. de pollicit

(MW) l. 2 D. dt.

(Mi») LAMBERT, *DH Contrat en faveur de tiers. P.» I, Cap. Til demonstra cabalmente a origem francêza dessa theoria.*

mittiu um desenvolvimento illimitado das consequências de todas as theorias e sua accommodação ás necessidades modernas. Si a França repelliu mais tarde a doutrina, foi por seu character philosophico e pouco pratico. Em theze realmente—já o fizemos notar—não se lhe pode dar uma grande extensão sem um grande aperfeiçoamento paralelo do actual systema de provas (^{3M0}).

E' essa verdade irrecusável que ha de pesar sempre para que as legislações só recebam essa theoria em casos limitadíssimos.

A policitação para igreja foi sempre protegida em nosso direito anterior ao regimen republicano (^{mi}). Em certos outros casos determinados, como no da nomeação de prazos e nas doações puras por escriptura publica, a vontade unilateral produzia effeitos sem intervenção do beneficiário (^{38M}).

723. —Ha em verdade grande exagero em suppôr que as obrigações somente possam surgir dos contractos em que se effectuar o encontro de vontades.

Num sentido mais amplo o homem nasce oberado de obrigações verdadeiramente exigíveis em cuja formação nem elle nem seus antepassados mais próximos tomaram a mínima parte.

Dir-nos-ão que enveredamos com esse raciocínio para o dominio da moral, fugindo ao ponto de vista restricto das obrigações patrimoniaes. O dominio da moral, porem, é mais vasto e abrange estas ultimas, e a tendença da evolução é dar preponderância ás obrigações que surgem sem o contracto aperfeiçoando as contratuaes (^{MM}).

Nesta matéria, porem, ao menos por enquanto, não pode haver para os Códigos sinão uma das três soluções radicaes : a) ou não admittir obrigação oriunda da declaração unilateral da vontade, como no systema francêz; b) ou admittil-a sempre como interpretação da vontade de quem a emite; ou c) admittil-a excepcionalmente em casos expressos e taxativos.

E' este ultimo o systema allemão e do direito pátrio.

(^{88o}) LAMBERT, *obra cit.* % 48.

(«M») CORRÊA TELLES, *Dout. das Acções* § 292 e notas 642.

(«88») Ord. liv. 4 tit. 37 § 2 ; tit. 63 pr.; CARDOSO, *Praxe Judie.* v. *tabellião* n. 8 ; CALDAS, *DeEmpt. Cap.* 34 n. 2; *Direito Civil Recopilado*, art. 293 § único letra c.

(³⁸⁸⁸) TARDE, *Transf. du droit*, Cap. V, n. III p. 120—124.

E' só no caso de lei expressa que a declaração da vontade unilateral produz efeitos contra quem a emite ("■*"). I São, pois, seus casos restrictos :

- I — Nas offertas de serviço, ou nas feitas com um prazo para aceitação (^{888s});
- II — Nos títulos ao portador (^{MM});
- III — Na promessa de recompensa (⁸¹⁸¹);
- IV — Na promessa de fundação (^{M88});
- V — De um modo mais equivoco, nas estipulações em favor de terceiros (³⁸⁸⁹).

Façamos sobre alguns destes casos algumas observações particulares.

O titulo ao portador é sempre subscripto a uma pessoa indeterminada e ás mais das vezes sem se saber quem seja seu primeiro titular. Nisso differe essencialmente do titulo a ordem que, a menos que seja em branco, tem sempre claro e expresso o nome do credor a quem ou em cuja ordem promete o devedor pagar. Não se devem, pois, confundir as duas espécies, como pretendem muitos autores (^{8M0}).

Querem alguns juristas explicar a natureza jurídica dos títulos á ordem pela theoria da cessão.

O sacador contrata com o tomador e este, passando a endôssadores successivos o beneficio do credito, exerce uma verdadeira cessão (^{M1}).

Essa doutrina é de todo o ponto improcedente.

A letra de cambio é uma pura instituição de credito commercial e não um meio de provar o contracto de cambio ; mas não é um contracto commercial, como é o de cambio que ella suppõe e que a precede ; é sim um acto solenne revestido

<■*) Cod. Civil Allemão, art. 305. (3885) *Dir. Civ. Recopil. au. cit. e*; Proj. Bevil., art. 1085 ; Cod. Civ. Ali, art. 145; WOHMS, *ob. cit. ps.* 165—182.

(1886) *Dir. Civ. Recopil., arte. 860 e segs.*; Proj. Bevil., arts. 1510-1516; Cod. Civ. AU., art. 793. Foi este o primeiro Código que regulou essa matéria. O Ital., arts. 287, 498 e 707 faz ligeiros referencias aos títulos ao portador.

(»^{MT}) *ÉIV. civ. Recopil., art. 293 d*, Proj. Bevil., arts. 1517 a 1522 e Cod. Civ. Allemão, arts. 657 e segs. ■ (S88B) *Éfir Civ. Recopil. art. 152*; C. Civ. AU., art. 82; Proj. Bevil. arts. 27 a 33.

<■*•) Art. 328do Cod. Civ. AU. ;Proj. Bevil., arts. 1102 a 1104. Vide nossa opinião divergente a respeito no Capitulo relativo ao assumpto. M

(8890) Entre outros EINERT, *Wechselrecht* pags. 625 e seguintes. (^{MM}) POTHIER fez essa confusão no *Contrat de Change iis. 80 81*; Acompanha esse modo de ver o nosso BEVILAO.UA, *Obrigações* § 83. GIOBOI, *Vi. n. 21S* pensa do mesmo modo, mas faz tantas distincções subtis que acaba por distinguir profundamente os dois institutos que pretende reunir.

de formalidades legais. A theoria do endosso, como meio de facilitar a circulação, desenvolveu-se espontaneamente e sem a menor dependência das regras da cessão.

Com effeito, a cessão produz effeitos a respeito de terceiros só depois da notificação ou aceitação, enquanto que o endosso dispensa essas formalidades e age directamente.

O cessionário, como já vimos, é sempre passível das excepções que o cedido tinha contra o cedente; mas o portador não soffre as excepções opponíveis a qualquer dos endossadores precedentes.

O cedente não é adstricto á garantia do pagamento e sim somente á existência do credito, enquanto que o tomador e os successivos endossadores, ao contrario, só garantem o pagamento sem garantir a existência do credito (^{MM}).

Demais nemé possível invocar que foi por via de simplificação que a cessão se transformou em titulo a ordem pela introdução do endosso. Ao contrario disso, o uzo do endosso introduziu-se como reforço de garantia em favor do ultimo portador nas assignaturas dos endossadores precedentes.

Realmente as primitivas letras de cambio farão ao portador e o endosso introduziu-se muito depois pelas necessidades de circulação e garantia C⁸⁹³).

O endosso não é, pois, uma cessão. Cada portador do titulo a ordem tem e exerce um direito próprio, independente dos endossadores precedentes. As obrigações para o devedor, são, portanto, successivas, posto que sua liberação se realice com a solução a qualquer dos portadores.

Tretendem outros explicar a natureza do titulo a ordem pela vontade unilateral e affirmam então que, ao assignar o titulo, o devedor obriga-se perante todos os seus portadores successivos. Assim não pode ser na realidade, pois que com o tomador houve um contracto verdadeiro, um inequívoco encontro de vontades que não existe com os portadores indeterminados que lhe seguiram.

O titulo á ordem suppondo um subscriptore um beneficiário, implica essa aceitação essencial. Si esta é também essencial na letra de cambio, ella só apparece apoz a expedição do titulo.

O verdadeiro systema, portanto, é aquelle que vê no titu-

(S89i) f_{uc} > *xratté Theor. et Prat de la Cession et de la Transmission de Creances*, ns. 587—594 ; LYON CAKIN ET RENAULT, *Preás de droil Commercial* ns. 1079—1090

(^{SBM}) Huc, *oh cit.* n.587 ; GIORGI, 06. *cit.* VI, n. 191.

lo á ordem um verdadeiro contracto combinado com ulteriores declarações unilateraes da vontade (^{MM}).

Com o tomador ha um contracto primitivo, no qual o devedor assume o compromisso de pagar aos portadores indeterminados successivos. Com estes nenhum contracto existiu *ovo*; ha então um símile perfeito da estipulação em favor de terceiro. O credor estipula para si como estipulante e em favor de terceiros indeterminados. A única differença aqui é que os terceiros são múltiplos em vez de único, como • em geral, no seguro de vida.

Ha um erro tão grande em suppôr que a cessão é um instituto puramente civil, como em reservar ao direito commercial o estudo exclusivo dos títulos á ordem e ao portador.

Sirva essa observação de excusa á digressão que fazemos com estes últimos.

E' de lembrar que não é só a cambial o único titulo á ordem no estado actual do direito. Todos os títulos destinados a circularem e em que a endôssabilidade é substancial entram de direito em tal classe.

Quanto a cambial existem dois systemas dos quaes é representante domais antigo, hoje absoleto e condemnado, o Código Commercial Francêz. Segundo este, a promessa de pagar ou de fazer pagar uma somma em mão de outra pessoa, á vista ou a prazo, não basta para constituir a obrigação cambiaria; mas exige que o pagamento deva ser realisado em lugar diverso e, portanto, que aquelle que receber a ordem deva estar de posse de fundos ou de quem lhe dá a ordem, ou do portador, ou que seja devedor do sacador. Ainda mais: o titulo é revestido de inúmeros requisitos tendentes a provar sua transferencia e o contracto de transporte de sua propriedade

/3895\

No systema novo, ao contrario, desde que se prehenham as rigorosas formalidades externas que accentuam a natureza cambiaria do titulo, não mais se cogita da causa da obrigação nem da natureza trajecticia de praça a praça, nem da simultânea exigência de um tomador, um sacado, nem

(••»*) WORKS, *ob. cit.*, *pa%*. 146 \ VIVANTB, *Trat. ai d i r i tio Co mm. ÍJl.*

^{MM}) Vide: Código Commercial Francêz arts. 110, 137, 138, 188 etc. Cod. Comm. da Itália, arts. 196, 223, 224, 273. Este systema é seguido na Bélgica, na Grécia, na Turquia e em parte entre nós e na Republica Argentina.

da provisão de fundos. Este systema é de origem aliem a
/S896\

Quanto aos títulos ao portador, possuímos hoje uma legislação incoherente e absurda.

A letra ao portador não é admittida, em principio, por nosso Código. Mas o mesmo Código tolera o endosso em branco e o presume passado á ordem ; equipara á letra a nota promissória ao portador (^{S897}). Que é isso, no fundo, sinão um titulo ao portador ? Entretanto prohibição absoluta inbibe as sociedades ou emprêzas de qualquer natureza, a commerciantes ou indivíduos de qualquer condição, emittir, sem autorisação do poder legislativo, notas, bilhetes, emfim qualquer titulo ao portador (^{M98}).

E' um absurdo que precisa ser eliminado de nossas leis.

O commercio e a industria só têm a lucrar com os títulos circuláveis, e portanto sua prohibição lhes é nociva.

Foi espontaneamente que esses títulos surgiram e augmentaram nos nossos dias e nenhum argumento pode sustentar melhor a sua necessidade. EUs são o fructo da confiança pessoal, da dilatação do credito e da necessidade suprema do commercio em producir a maior somma de transacções com a menor deslocação do numerário.

Si na verdade grandes abusos poderiam surgir da liberdade em emittir taes títulos, já pelos Estados, já pelas Emprêzas e Companias, era o caso de regular a matéria restringindo a somma dos valores a emittir, tornando rigorosas as garantias contra o emissor e em favor dos portadores. Prohibir, porem, a emissão e, o que é mais, fazer delia um crime punivel, é uma tyrania retrograda que nossa época não pode justificar.

Chamam-se títulos ao portador os escriptos de obrigação de pagar uma somma de dinheiro ao portador não nomeado, como nos bilhetes de banco, transmissível por simples transferencia de mão em mão, sem endosso.

(38W) A' *Ordenança Allemã* filiam-se as leis commerciaes dos Estados Unidos e Inglaterra, as leis cambias da Hungria de f> de Junho de 1876. a lei scandinava de 7 de Maio de 1880; o Cod. Fed. Suisso. arts. 720 a 828 ; o novo Cod. Com. Uai. arts. 251 a 338 ; da Roumania, 27 a 363 ; o novo Cod. Com. Port. arts. 278 a 339 ; o do Japão arts. 431 a 526. Consulte-se LIBC-BATO BARROSO, *A Letra de Cambio segundo o direito pátrio. Rio 1868* e modernamente SARAIVA, *Direito Cambial Braaileiro* ; BBNSA, // *diritto cambiário ital. comparato. I (***)* Cod.Comm. arts. 354,5.º; 362 e 426.

(*») Dec. n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, artigo 3.»

Nesses títulos o ultimo portador está investido das mesmas e idênticas garantias do primeiro beneficiário, mas não soffre, do mesmo modo que nos títulos á ordem, as excepções opponiveis aos beneficiários anteriores. Nenhum dos portadores, porem, figura no titulo; o subscriptor não se obrigou para com alguém determinadamente. De maneira que todos elles se acham na mesma relação de direito.

Posto que não seja nosso plano fazer um histórico desse instituto, é essencial prevenir que, desconhecido dos romanos, elle não o era entretanto do direito lombardo e tem uma existência por certo muito anterior a que geralmente lhe é attri-buida.

I Os tempos modernos não o crearam, só estenderam seu uzo (■"•).
I Muito mais nos interessa agora o estudo dos systemas' architectados para a explicação da natureza jurídica dos títulos ao portador. E' impossível quasi dar uma relação desses systemas ; tal tem sido sua variedade. Parece que os juristas timbram em crêar cada dia theorias novas a este respeito.

Entretanto tentemos uma syntheze.

O grupo geral que os allemães conhecem por *Vertragstheorie*, ou theoria do contracto, comprehende trez subdivisões que passamos a expor.

A *primeira* vê nos títulos ao portador uma serie de contractos entre o subscriptor e os portadores successivos. Dizem uns que esse contracto foi feito com o publico, outros que com os mesmos portadores considerados como pessoas indeterminadas.

Desse typo existem variantes múltiplas C⁹⁰⁰). A esta subclasse podemos ligar a theoria de Savigny, que é conhecida por theoria *da incorporação*. Para elle ha um contracto com uma pessoa incerta que e o credor. Este será o primeiro portador que, tendo aceitado o compromisso incorporado no titulo, o fizer valer contra o devedor subscripto ("•*). Para outros a subscrição do titulo é a offerta de contratar encarnada

(****) Ein uraltes, germansohes Rechtsinstitut hat hier eine höchst moderne Gestalt angenommen -diz DKRNBUIG, Das *BUR% Recki v. IIP.* X*, § 146 m. l. Vid. GIORI 06. *cit VI ns. 245* *• wgs. O melhor estudo histórico dos titulos ao portador, porém, é o que se encontra na obra de KUNTZB, *Die Lehren von der Inhaberschaft an Obligationen* «AM porte ur», §§ 15, If^tl melhor obra moderna* sobre o instituto e a de WAHL, *Traité Théorique et Pratique des titres au porteur*.

(8000) Vide STAHL. *Philosophie des Rechts II*, l>. 316; GENQLBR, *Lehrbuch des deutschen Privatrechts p. 170*: UNGES. *Die rechtliche Natur des Inhabers des papiers p. 106*; WORMS, O», *tit. ps. 150—152*.

(8001) SAV.ONT, *Obligationenrecht* §§ 6t—64.

no papel pela emissão. Esta faz ir o título em busca da aceitação de um credor.

A aquisição do título equivale ao encontro das vontades para a realização do contracto e, uma vez firmado o direito para o primeiro, a tradição do papel opera a transmissão (^{mt}).

Este grupo tem a vantagem, sem duvida, de conciliar os dois caracteres da garantia e da isenção das excepções acima referidas quando tratámos dos títulos á ordem. Apesar disso, elle estende a ficção dos contractos successivos além dos limites, pois que não é possível conceber contracto sem accôrdo de vontades, que, na hypothese, de facto não poderia existir.

A *segunda* subdivisão comprehende os systemas que querem ver nos títulos ao portador um contracto com o primeiro devedor, seguido de uma série de cessões em que o endosso é substituído pela tradição, ou seguido de uma delegação, ou de uma subrogação convencional, ou de uma successão a título singular, conforme as variantes. E' este o fundo das idéas francêzas sobre títulos ao portador C⁹⁰¹) eos argumentos que contra ellas podemos invocar ficaram expostos nos invocados contra a theoria da cessão nos títulos á ordem.

A *terceira* subdivisão vê ainda nos títulos ao portador um contracto entre o devedor e o primeiro portador, contracto em que a vontade unilateral do devedor o ligou aos portadores successivos. De modo que ha um contracto com o tomador do título e uma condição imposta ao devedor em favor dos portadores que têm de succeder no título, uma espécie de estipulação em favor de terceiro, em summa.

Este systema tem as vantagens dos do primeiro grupo sem ter seus inconvenientes theoricos e práticos; mas tem outras desvantagens próprias. Com effeito, a concepção de um contracto com um tomador do título é inaceitável e con-tradictoria com a natureza do instituto, porque quando o sub-scriptor de um título ao portador o lança em circulação não tem em vista o primeiro portador e sim o publico em geral; o portador lhe é completamente indifferente. Não ha, pois, fundamento para distinguir o primeiro portador dos portadores successivos. Demais, si os direitos destes dependem do contracto inicial, seria forçoso aceitar a consequência de que si este fosse nullo de pleno direito, ou annullavel, nullos ou annullaveis deveriam ser os direitos e obrigações successivos, consequência esta de graves resultados que felizmente a pratica não tem admittido.

(3902) E' o modo de verde GIERKB, na *Zeitschrifttr das Handels Recht*, XXIX p. 258.

(3908) SALEIXES, *Obligations n. 271*.

Como bem ficou provado, todos estes systemas têm de commum partirem da idéa primitiva de um contracto na emissão do titulo, de onde decorrem os direitos dos demais portadores ("•»).

A estes systemas segue-se o que tem sido denominado pelos allemães *Kreationltheorie*.

Antes de sua completa systematisação, dizia um celebre jurista que, só pelo facto de sua existência, o titulo ao portador, como qualquer outro acto jurídico e principalmente o testamento, tem um valor inteiramente jurídico, apenas subordinado á tomada de posse do primeiro portador (³⁹⁰⁵).

Essa equiparação do titulo ao portador com o testamento cáe desde que consideremos que o testador cria direitos mas não assume obrigações.

A forma definitiva do systema é que o devedor obrigouse para com todos os portadores pela simples declaração unilateral de sua vontade.

Este systema concilia-se, sem duvida, com a índole do titulo ao portador em que a pessoa deste é de todo indifferente a quem o emitte. O devedor contráe então um único compromisso unilateral, não com todos os portadores successivos, mas com um portador, qualquer que elle possa ser. Essa obrigação elle contráe desde que subscreve o titulo.

Surge, porem, a questão; Si o titulo é furtado deve ser pago o ladrão ? Ha uma certa lógica na affirmação, pois que a theoria da *incorporação* affirmã que se deve ao titulo e não ao portador (⁹⁰*j. Isso, porem, choca o interesse social por um lado e por outro pode-se rejeitar aquella affirmação sem in-coherencia com a doutrina. Com effeito, a vontade unilateral que obriga o devedor tem como motivo tomar um compromisso em troca de uma prestação: subscreve-se um titulo com o fim de negociar-o. Uma vez negociado o titulo e obtida a vantagem da obrigação contrahida, o devedor é adstricto a pagar, inda que o titulo tenha sido roubado ao portador, porque então este é indifferente ao devedor, que já tirou vantagem d'elle; o documento é um titulo de legitimidade (⁹⁰n).

(3904) BRINZ, *Pandekten* § y 12 nota 9. Sobre as variantes vide SALEIXES, *ob. cit. n. 273 e segs.*

(300õ) KUNTZE, *Ob. dt.* § 2."

(8006) SAVIQNT, *ob. cit.* § 62 fim e nota 66 ; GKBBER, *System des deutschen Privatrechts* § 160.

(3007) Entre nós a perda ou o furto do titulo ao portader regula-se pelo Dec. n. 149 B de 20 de Julho de 1893. STUBBE *Deutsche Privatrecht* que aceita a doutrina da incorporação rejeita também a consequência referida— III, § 171 e nota 21.

Neste systema cada portador tem um direito próprio e independente, podendo invocar as mesmas garantias sem soffrer nenhuma excepção (^{89M}). A promessa unilateral não depende do promittente manter ou não sua promessa quando o credor a aceita ; é uma obrigação já formada e que resiste a retrac-tação ("").

Este ultimo systema teve sua consagração no Código Civil da Allemanha (^{89Io}).

Como se vê, a doutrina da vontade unilateral é a única que pode resolver a questão dos títulos ao portador.

Ao mesmo tempo, porem, deve-se ter observado que é uma theoria que os Códigos recebem sem uma franca regulamentação. No próprio Código Civil Alemão nenhuma palavra, nenhum dispositivo particular sobre a vontade unilateral (^{wu}). Antes pelo contrario, a regra geral que elle estabelece parece dominar as excepções admittidas (^{39,s}).

Nos outros Códigos a quasi totalidade parte do systema francêz e proclama que para existir promessa com caracter jurídico deve ser ella feita a pessoa ou pessoas determinadas sobre um contractoespecial.com todos os antecedentes constitutivos do contracto (^{89,s}). Outros ainda firmam que o proponente é obrigado a manter a proposta emquanto não receber resposta, evitando, entretanto, dizer si ella obriga em theze o proponente (^{MU}). Ha uns que comprehendem a promessa entre as fontes das obrigações, sem regular nem fixar seus casos (^{M15}). Outros aceitam a theoria e lhe fixam regras destinadas a conter as controvérsias (¹⁹¹⁶), pois que mesmo em doutrina a theoria da vontade unilateral soffre suas reservas.

Ella não entra nas obrigações dos quasi contractos e dos quasi delictos; é inapplicavel nos actos jurídicos que criam ou extinguem direitos. O que ella é, em sua essência, é uma conquista dos progressos moraes feitos pelo direito que vae se libertando do symbolismo ainda existente na época moderna.

(3008) E' a doutrina aceita pelo art. 793 do Cod. Civ. Alemão •

(8009) Este systema é o de SIBQEL., *Das Versprechen ais Verpflichtungsgrund in heutigen Recht* § 12 ; WINCSCH: D, §§ 291 nota e 304 notas 11 e 12.

(8910) MOTIVE, // p, 695; ENDEMANN, *Einführung in das Studium I*, § 196, TH I ; SALEILLBS, HS. 267—292 ; DSRNBURQ., //, Pfi I, §§ 146 esegs.

(3911) DERNBURG, *ob. Cit. II P.e / § 79*.

(8913) A regra está no art. 305 do Cod. Civ. Ali., e as excepções nos artigos citados nas notas supra.

(^{wu}) Cod. Civ. Argentino art. 1148.

(^{im}) Cod. Civ. Port., att. 653 ; Cod. dosB. de Montenegro, art. 496.

(⁸⁹¹⁸) Cod. Civ. do Peru, art. 1216.

(^{M1B}) Cod. Fed. Suisso, art. 3 e segs.; Cod. Civ. do Japão, arts. 529 a f>32; ROSSEL, *ob. cit. HS. 24 e segs.*

É uma figura ainda não completa e bem delineada; é preciso convir, mas que surgiu inspirada e imposta pelas necessidades sociais. Os juristas, que se apoderaram dessa criação espontânea da sociedade, têm a missão de aperfeiçoá-la em seus lineamentos, qualquer que seja a repugnância que apresentem as velhas concepções com seus postulados. Bem cabem aqui as palavras de Cícero— *Itl Verrem.*— «*Anliquitas suo loco relinquenda el novilas ampleclanda si spem afferat uberioris fruciús*».

724.—Quando, porém, se fala em vontade unilateral, não se trata da vontade puramente manifestada, mas sim quando consubstanciada na formulação de uma promessa ; não simplesmente enunciativa mas dispositiva ; não um designio ou resolução, mas a expressão do animo de sujeitar-se a outra vontade ("").

É este o sentido jurídico da vontade unilateral como fonte de obrigações.

Não é só o concurso das vontades que gera a obrigação: é também a emissão de uma vontade única. A oferta uma vez feita obriga quem a emite. A aceitação é apenas então a condição que, ao se realizar, dá efeito ao empenho decorrente da vontade unilateral : ella não gera o direito, realisa apenas a modalidade que o affectava. O vinculo, em summa, recebe com ella toda a sua perfeição, torna-se irretratável desde que aquelle a quem a promessa é dirigida dispõe-se a cumprir o que ella envolvia (^{S918}).

Toda a declaração da vontade dirigida a um terceiro deve produzir efeito em relação a elle desde/ instante em que chegou ao seu conhecimento (""•). A força da promessa unilateral não decorre de sua aceitação, pois que, no fundo a aceitação é também a promessa de realizar a contraprestação pedida (³¹⁸⁰).

Querendo-se, portanto, levar bem longe a theoria da vontade unilateral, os princípios a applicação análogos aos dos

(•») WINDSCHBID, § 304 nota 1 e § 308 nota 2.

(»oit) WOBMS, *ob. cit.* p. 165 e 179.

(»») Huc, *Droit Civ.* Vil, 10, e segs.

(^{S910}) GABBA, *Questioni di diritto*, Hpags. 136 e segs.

contractos (""). Com effeito, si a offerta liga seu autor ; si o contracto somente surge quando se verifica o encontro de vontades, isto é, depois que a offerta é aceita, é que essa aceitação é também um acto unilateral da vontade com effeitos próprios, tendentes a obrigar o aceitante tanto quanto a offerta obrigou o proponente.

Não é, pois, tanto o concurso das vontades como a emissão delias unilateralmente que produz o contracto. Elias são independentes até em sua data, em sua forma e em seu conteúdo. As doações, mesmo em nosso direito e no romano, produzem effeito sem o concurso do donatário, tanto assim que podem, em casos dados, ser revogadas mesmo depois de aceitas. Si a vontade unilateral não obrigasse, não se comprehenderia nos contractos bilateraes a obrigação de certas prestações accessorias; em uma palavra, não se acharia fundamento racional para os vícios redhibitorios, para a garantia contra a evicção e para outros institutos. Ha nisso um interesse moral superior da sociedade, que é o fundamento da theoria exposta.

Um de seus casos mais característicos é o da promessa de recompensa. O promittente dirige-se ahi a pessoas indeterminadas, desconhecidas. Uma vez emittida a promessa, elle sujeita-se ao vinculo obrigacional proposto, si não a retirar pela mesma forma pela qual a fez.

Não precisamos mais descer ao exame concreto deste caso. Basta o exame que fizemos dos títulos ao portador para demonstrar a efficacia da theoria examinada.

Quando tratarmos em especial dos contractos, teremos de retomar a discussão em mais de uma occasião decisiva.

^(S9M) Este pensamento é dominante na doutrina alemã. Os MGTIVB do Código Civil assim se exprimem fallando das fundações, —«Die Schuldverpflichtungen aus einseitigen Versprechen sind den aus Verträgen entspringenden innerlich und in ihrem juristischen Wesen so nahe verwandt, dass dieseiben Rechtsnormen, welche für die letzteren gelten, auch für die ersteren zur Geltung gelangen müssen, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit sich von selbst aus dem besondern Charakter des einseitigen Versprechens, insbesondere aus dem Umstande ergibt, dass **der** Gegenkontrahent und die Willenseinigung zweier sich gegenüberstehender Parteien fehlen».

CAPITULO X

DOS ACTOS ILICITOS

Summario.— 725-Difficuldades da matéria. 726- O que seja delicto civil e sua dislinção do penal. 727—Distinção entre delicto e quasi delicto. 728 — O que seja acto illicito. Seu effeito. Reparação. Solidariedade. 729—*Responsabilidade directa* • seus requisitos. 730—Do facto imputável 731 —Da culpa. 732-Do danno. Danno moral. System as 733—Character illicito do acto. Excepções. 734 -Alguns casos da responsabilidade directa. 735- *Responsabilidade indirecta*. 736—Facto de outrem. 737—Obrigações do pae e do marido pelos actos do filho e da mulher. 738—Obrigações do tutor pelo facto do pupillo. 739 — Obrigações do patrão, amo, ou committente pelos factos de empregados, serviçaes ou preposlos. 740 — Responsabilidade das estradas de ferro. 741 — Proprietários e capitães de navios. 742—Extensão da responsabilidade ás pessoas jurídicas. 743—Responsabilidade civil do Estado. 744 —Responsabilidade dos mestres de officio, professores de arte ou sciencia, directores de estabelecimentos de educação pelos actos dos aprendizes, discípulos, eic. 745—Responsabilidade de quem participa do producto do crime. 746—Regresso de quem satisfez o danno. 747—Responsabilidade pelos danos dos animaes. 748— Responsabilidade pelos danos das construcções. 749—Responsabilidade de *effusis et defectis*. Proprietários de fabricas. 750 — *Responsabilidade mixta*. Dos hoteleiros. 751—A responsabilidade civil é differente e independente da criminal. 752—O direito á reparação passa a herdeiros. 753—Liquidação das obrigações resultantes de acto illicito. Homicídio. Offensas. 754 — Restituição da cousa. 755-Médicos, cirurgiões, pharmaceuticos, parteiras e dentistas. 756—Injuria ou calumnia. 757 —Offensas ao pudor e á honra femininas. 758—Offensas á liberdade pessoal. 759—Extensão que deve ter a satisfação do danno. 760—Quando tem lugar o arbitramento para avaliação do danno.

7>.—Não existe em todo o direito civil matéria mais vasta, mais confusa e de mais difficil systematisação do que a

da responsabilidade pelos actos ilícitos. Para isso concorrem, ao nosso ver, dois motivos ponderosos, um de ordem philoso-phica e outro histórico.

A matéria, por um lado, é quasi tão vasta como o domínio moral, pois que o problema aqui é, como lá, cohibir o danno a outrem e obrigar seu autor a acarretar com as consequências que delle decorram.

Por outro lado, as noções incompletas e por demais res-trictas do direito romano têm feito cahir sobre o assumpto densas nuvens que a veneração da posteridade não tem querido espancar de vez. Eis porque é este um assumpto sempre novo

7—6.—Tratando dos quasi-contractos vimos que entre as fontes das obrigações muitos Códigos modernos incluem os contractos e quasi-contractos, os delictos e os quasi-delictos
(^{""})•

O delicto e o quasi-delicto differem do contracto e do quasi-contracto em que estes têm como fundamento factos lícitos e aquelles são consequências de factos illicitos. No dizer de alguns civilistas, são essas as cathogorias de obrigações formadas sem convenção, independente do concurso da vontade.

Qual, porem, a distincção entre delicto civil e delicto criminal e entre delicto e quasi-delicto ?

A concepção do delicto civil é algum tanto diversa da do delicto penal. Este é uma infracção da lei penal que prevê e pune o acto taxado crime; o civil é mais vasto e abrange todo o acto illicito e dannoso, em virtude do qual alguém lesa o direito de outrem.

De modo que este é mais amplo e comprehende aquelle.

O delicto civil tem como caracteres essenciaes: *a)* ser imputável ou voluntário; *b)* ser contrario a direito, causando assim danno-*damnum injuria dalum* ; *c)* ser doloso, ou praticado com intuito de fazer mal (^m).

A primeira e a ultima são condições subjectivas e a intermediaria objectiva. De sua reunião deduz-se desde logo

(^{sna}) Em nossa língua só temos a obra informe e sem methodo de LOBÃO.

(898») O Cod. Civ. do Peru art. 1219, por exemplo, que não contempla os quasi-contractos, include em suas disposições o quasi-delicto.

(88**) BOFNOIR, *ob. cit. pag. 815*; SOURDAT, *De la responsabilité, n. 13* ; ROSSEL, *ot. cit. ti. 75* ; HODKLOT ET METMAN, *ob. cit. n. 47*.

que os casos fortuitos e de força maior escapam á classificação do delicto civil.

Não são igualmente todos os delictos criminaes que constituem delictos civis para o effeito da reparação do danno d'elle resultante. Não é possível fazer idéa do delicto civil por sua aproximação com o delicto penal.

Ha delictos penaes que não o são civis, como a tentativa, a vagabundagem, a conspiração, etc. Reciprocamente, a venda ou* hypotheca de um immovel de que não seé proprietário, o recebimento consciente de uma divida de que se não é credor e casos semelhantes, constituem outros tantos delictos civis, que o Código Penal não contempla como crimes.

Era regra, o caracter illicito do delicto civil independe da natureza penal do facto (^{39M}). Ambos presuppõem o dolo ; o penal, porem, offende mais directamente á sociedade e o civil ao individuo.

A idéa do delicto civil em geral é mais ampla do que a idéa correspondente do direito penal, porque si aqui elle se caracteriza pela necessidade de ser previsto e punido, o prejuízo sciente e malevolamente causado a outrem, que constitue o delicto civil, é amplíssimo.

Ha, portanto, uma verdadeira distincção nessas duas figuras jurídicas.

727.—A distincção entre delicto e quasi delicto é que é das mais delicadas e difficeis de serem traçadas.

A maioria dos auctores dizem que aquelle é o facto danoso revestido de dolo e este o que é determinado por culpa. E' a opinião dominante (^{89M}). Segundo esse modo de ver, que por antecipação digamos não ser o nosso, é o dolo que distingue o delicto do quasi-delicto. Aquelle é limitado á noção de actos illicitos praticados com má fé; o quasi delicto é mais amplo e se estende, como a culpa, até onde a responsabilidade, ainda que muito diluída, possa de qualquer modo se manifestar. *j

De modo que para estes, quasi-delicto é um facto illicito praticado sem dolo, sem intenção de ser nocivo, mas por

(8925) Ricci, *ob. cit.* n. 244 ; BUFNOIR. *pags.* 803 e 807; COLMET DE SONTERRRE, V, 364, bis IV ; SOURDAT, M. 415. H
(^{M18}) POTBIKR, *Obtig.* n. 116 ; COLMET DE SANTERRE, V. 961 bis /V/SOUR-DAT, «; 41S; PACIFICI-MAZZONI,, IV, 78—80.

simples culpa, ignorância ou imprudência (^{3W}). O delicto pôde dar lugar á acção do ministério publico juntamente com a do offendido ; o quasi-delicto só se compadece com as reclamações deste ultimo (^{39W}).

Além dessa opinião dominante, uma outra existe que denomina delicto o facto illicito próprio e quasi-delicto a responsabilidade por facto de outrem (^{ww}).

A distincção entre delicto e quasi-delicto não tem nenhum *crilerium* seguro ; sua linha de separação é tão meta-physica como a que separa o dolo da culpa. Dahi essas intermináveis discussões de palavras, sem valor algum diante da sciencia positiva.

Basta vermos a origem romana da distincção para nos convenceremos de sua inanidade theorica.

Como é sabido, a preponderância do processo naquella legislação é que fazia surgir, por successivas generalisações, a idéa de certos institutos jurídicos. A idéa que ali se fazia do delicto como fonte de obrigação era limitada aos *prioata delicia* enumerados especial e restrictamente nos textos e por nós já lembrados na *Introducção* deste trabalho. Esses delictos privados não davam lugar á acção publica e só autorizavam uma acção do lesado para obter a pena pecuniária (^{w80}).

Si, além dos factos enumerados como delictos, fosse alguém prejudicado por um facto illicito de outrem, o Pretor concedia lhe uma acção *in facium*, em cuja formula dizia que o offensor ficava obrigado *quasi ex delicto*, como por um delicto.

E', pois, uma distincção formalistica, peculiar ao espirito do processo romano, sem valor nem critério para subsistir modernamente. Ninguém pensará hoje em resuscitar a concepção do delicto privado dos romanos (^{mi}).

Actualmente para alguém reclamar uma reparação, não mais recorre á subtil distincção entre delicto e quasi-delicto. Deste modo têm entendido alguns Códigos modernos divorciados da rotina romana (^{8MI}) ; tratam apenas das obrigações decorrentes de actos illicitos (^{MM}).

(^{3M7}) POTHHSR, 117—119; BUFNOIK, p. 4§4 ; COLMET DE SANTERRE, V, ?tf^
bis IV.

(^{89M}) HUDELO? ET METMAN, H. 40i.

(^{19M}) SALEILLES, *ob. cit.* pags. 337 e segs.

(^{89S0}) SAV.GNY, *Oblig* § 84 ; MAYNZ, % 267 nota 10.

\m\ c. TELLES, *Dout. das Acções* § 437.

(•>•) Cod. Civ. Port., art. 2361; Cod. Fed. Suíço, art. 50/Cod. Civ.

Ali., art. 823.

(^{HM}) Essa expressão é usada por T. DE FHEITAS, *Esboço*, art. 444 ; Cod. Civ. Arg., liv. 2.º tít. 8.º e por outros Códigos, incluindo nossos dois últimos Projectos.

A questão única a se considerar de acordo com esses Códigos e com os seus princípios, é a extensão da responsabilidade que os actos ilícitos produzem. Esta, com effeito, pôde dimanar de factos próprios ou de factos de outrem; em uma palavra, constituir uma responsabilidade *directa* ou *indirecta*.

Eis o único domínio desta fonte de obrigações.

728.—No sentido restricto de direito, acto ilícito é todo o facto que, não sendo fundado em direito, causa danno a alguém.

Para que um facto constitua acto ilícito, na concepção jurídica, é preciso que ataque um direito existente de que um outro seja titular e só então é que elle induz responsabilidade civil ("•").

Quem usa de um direito seu próprio nenhuma offensa faz a outrem, embora com isso occasione danno (^{S9S5}J).

O *criterium* do licito ou ilícito, porém, não é o direito do agente e sim o daquelle contra quem ou a respeito de quem o acto se exerça.

Assim, supponhamos que, tendo a plena e livre propriedade de um quintal, esteja eu demolindo uma parede que dá para elle e ali atirando os materiaes. A introduz-se ali arbitrariamente e é gravemente ferido pelas pedras deslocadas. Claro é que não pratiquei um acto ilícito, não porque eu tenha direito de abusar de minha propriedade, mas porque A não tinha direito de a invadir sem minha approvação.

Si o tivesse, a solução seria contraria ; porque então meu acto importaria na violação de um direito de outrem.

Quem usa de seu direito, mesmo com prejuízo de outrem, não pratica o ilícito, si não offende a um direito que o outro effectivamente tinha. Quem corta o veio de agua do visinho, por ter, sem intenção maldosa, realisado movimento de terra em terreno seu, ou, no mesmo serviço de cepa raizes de arvores do confinante e outros casos análogos, não pratica um acto ilícito (^{39M}).

(»»») SOUBDAT, *ob. cit.* MS. 420—421.

(»»»)• Is. 36,55, 151, 203, D. *div. teg. jur.*; 1. 58 D. *de reivind.*; Rlcci, n. 246.

<"") Is. 1 §§ 11 e 12 ; 2 § 5 D. *de aqua* ; 1. 13 § 7 D. *de sicariis* ; 1. 7 Ç. *de relig' et. sumpt.*

A máxima—*qui de jure suouitur nemini injuriam dat*, precisa ser entendida sem *metaphysica*. A questão é eminentemente pratica e a máxima não é absoluta.

E' preciso antes de tudo distinguir si o dannificado tinha effectivamente um direito, isto é, o gozo de uma utilidade garantido por lei. Neste caso, por isso mesmo que se não podem comprehender direitos em conflicto, oppondo-se um ao outro e em choque directo, ninguém poderá com fundamento naquella máxima levar um attentado ao direito de outrem, sob fundamento de exercer um seu. Si, ao contrario, o offendido tinha apenas um interesse, isto é, o gozo de uma utilidade não garantida por lei, é só então que tem inteira procedência a máxima romana ⁽¹⁹⁵⁷⁾.

A idéa do illicito em direito, bem se comprehende, não tem caracteres absolutos, susceptíveis de predeterminação; é uma concepção que varia com as idéas moraes relativas ás relações sociaes em cada época e em cada paiz. É, em summa, uma questão de moral social. De modo que quem acarreta um danno a outrem não commette só por isso um delicto, si seu acto não é illicito, si não offende a um direito de terceiro, conforme a moral dominante. De acordo com as ideas actuaes, os principaes actos illicitos são : o crime e a contravenção, que, além de serem regulados pela lei penal, admittem a satisfação do danno ao offendido, matéria do direito civil ⁽⁸⁹³⁸⁾.

Além do crime, porem, os actos illicitos comportam uma classe tão varia, tão insusceptível de ser prevista, como são vários os actos humanos.

O effecto do acto illicito é sujeitar seu autor á indennisar o danno ao offendido. Aquelle que por acção ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, offende direito de outrem, fica obrigado a reparar o danno causado ⁽⁸⁹⁸⁹⁾.

A responsabilidade pelo facto illicito, tal como hoje a concebe o direito, é um resultado de grandes progressos.

A principio existia e dominava a vindicta. Mais tarde veio a *manus injectio*, ou a apoderação directa do autor do

^(w>7) SALGMLKS, n. 30f; GIORGI, V, n. 167; COLMET DE SANTBRRK, V, 364 bis II.

^(ww) Código Penal. arts. 68 b e 70.

(*)» *Dir. Civ. Reco pi* \ arts. 1005 e 1006 ;. *D/g. Port. I, 456* ; Proj. Fel., art. 645 ; Proj. Bevil., art. 163; Comp. Cods. Civis :Fr , arts. 1382 e 1383;

1 tal., arts. 1151 e 1152 ; Port., arts. 2361 e 2362 ; Hesp., art. 1902 ; do Chile,

art. 2314 ; do Hayti, arts. 1168 e 1169; da Rep. Argent., arts. 1077e 1109; dos Bens de Montenegro, art. 570; Fed. das Obrigações, art. 50; Civ. AU., art. 823; da Áustria, art. 1329; de Saxe, arts. 1497-1498; da Prússia I, 6 §§ 132-136.

acto illicito, de onde decorreram as acções noxae, em virtude dasquaes aquelle em cujo poder estava o autor da offensa. coroo animaes, escravos, etc. abandonava-os á victima (^{IM0}).

A indennisação foi a principio uma *pena* puramente privada, pactuada entre a victima e o offensor. Dahi é que vem o facto de só admittir o direito romano indennisação por convenção, ou em limitados casos previstos, ou, o que é o mesmo, de nunca ter chegado á uma theoria completa do delicto civil.

A composição primitiva era essencialmente pecuniária; era então a *pena* por excellencia.

Hoje, ainda sem intenção de prejudicar—*etiarn qui nocere nōluil*—(^{mi}), a falta deatenção, a imprudência, o erro e a ignorância, ainda de boa fé, geram a responsabilidade de resarcir os danos, si seu autor é imputável, quando direitos de terceiros sejam lesados.

Pouco importa para a acção do lesado si o acto illicito que o prejudicou tenha dannificado a sua pessoa, a seus bens, á sua existência ou á sua honra, uma vez que tenha offendido a um direito seu. Ainda mais: o abuso de um direito, ou a escolha maliciosa da peor via para exercel-o, quando haja diversas, é ainda um acto illicito que determina um direito á reparação (^M).

A responsabilidade civil de reparação do danno decorrente do acto illicito estende-se á acção e a omissão offensiva a terceiro : culpa *injuriandi*, *culpa in omitlendo* ("*").

Si forem mais de um os autores da offensa, todos serão solidariamente responsáveis pela reparação do danno causado, sem se discutir si são autores ou cúmplices ("**").

(^{ww}) As acções noxae foram repellidas pelo direito moderno. Entretanto o Proj. C. Rod. admitte uma acção destas no caso de seu art. 1205 § 2.º

(¹⁹⁴¹) 1. 5 § 1 D. *ad legem Aquihavi*.

(*•*) 1. 1 § 12 D. *de aqua*; Cod. da Prússia I, 6 art. 37; Proj. Fel., art. 652 ; C. DA ROCHA, § 134; GIOROI, V, 153 ; SOUBDAT, WS. 425 4,2 e 642; DEMOLOMBE, VIU, 669. Exemplo do abuso do direito :—matar o gado alheio que pasta em meu campo. Exemplo da escolha da peor via do exercício do direito;—atirar ao alvo dentro de minha propriedade, escolhendo a parte em que ella confina com outras habitações; quando existe um lado livre. H

<.^{MM}) *Qui nonfacti qtiold facere debet, videtur facete adversas eaquia nonfacti*—*diz* a 1. 121 D. *reg. júris* ; C. Civ. Port, art. 2362; Arg., art. 1873 í Allemão, art. 823; Proj. Fel., art. 646. 9 ("•**) Cod. Penal, art. 69 § único ; *Cottsol. das Leis*, art. 806 ; *Dir. Civ. Recop. art. 1004* ; Cod. Penal da Armada, art. 61 ; Proj Fel., art. 657; Proj. C. Rod., art. 1197 ; Proj. Bevil., art. 1523 ; 1. 11 §§ 2 e 4 D. *ad leg. Aquil.*; Cods Civis : Port., art. 2372 ; do Chile, art. 2317 ; Arg., art. 1081; Ital., art. 1156 : do Canadá, art. 1106; de Montenegro, art. 572 ; Fed. Sui-ssó, art. 60 ; Allemão, arts. 830 e 840; da Prússia I, 6. arts. 29 32 ; da Áustria, arts. 1301, 1302; HUBBLOT ET MBTMAN, <. 428; SOUBDAT, M. 142 e eegs.

Pensam outros que a responsabilidade pelo ilícito não é solidaria sinão quando não é possível medir a coparticipação de cada um de seus autores, repartindo-se proporcionalmente quando é isto possível (^{MW}). Esta opinião, porem, não é recebida.

Só não ha solidariedade para aquelles que gratuitamente houverem participado do producto de um crime, pois que estes são sujeitos somente até a concurrente quantia em que com elle tiverem lucrado (^{89W}).

A reparação dos actos illicitos deve ser a mais completa possível e comprehendê lucros cessantes e danos emergentes (Sm).

I Os bens do responsável pela offensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos á reparação do danno causado, vinculados por hypotheca legal para com o offendido e seus herdeiros (^{MW}).

A differença entre a reparação civil e as perdas e danos é que aquella é devida pelos actos illicitos e estes por culpa contratual (^{MW}). A primeira é extensa ; deve ser a mais completa possível; estes têm um limite natural na clausula não executada e nos prejuizos calculados na medida das perdas ocasionadas pela inexecução. Apezardesua amplitude, a reparação do danno do ilícito comporta anenubios e diluições até extinguir-se na culpa do próprio offendido (^{M0}). Cessa igualmente tal obrigação a respeito de quem voluntariamente se expoz a soffrer o danno; *volenti non fd injuria*. Todavia modernamente o pensamento dominante é só no sentido de diminuir a reparação quando haja participação imprudente da victima (^{mi}).

729.—A RESPONSABILIDADE DIRECTA depende dos seguintes requisitos : 1) o facto deve ser imputável; 2) deve ser culposo; 3) deve ter ocasionado danno; 4) deve ser ilícito ("»*").

(^{wf}) C. DA ROCHA, § 136; *Dig. Poit. I, 468*.

(W*6) *Dir. Civ. Recopil., art. 7004% l.º*; C. Civ. do Chile, art. 1316; Proj. Bevil., art. 1526.

(^{MH}) *Dir. Civ. Recopil., art. 1006*; C. DA ROCHA, § 136; *Dig. Tort. I, 457, 458*; HUDELLOT ET METMAN, *H. 424*.

(•»*•) Art. 3 § 7 do Dec. 169 A de 1890; C. Civ. Port., art. 2375; Proj. Fel., art. 660; Proj. C. Rod. art. 1195; Proj. Bevil., art. 1523.

(^{89M}) SOORDAT, *ob. cit. n. 102*.

(^{39S0}) *Quod quis ex sua culpa àamnum sentit, non intelligitur damnum sentire*—*l. 203 l>. de reg. jur.*

(^{mi}) C. Civ. do Chile, art. 2330; Cod. Fed. Suisso, art. 51 ai. 2.

(^{39M}) GXOHOI, *ob. cit. V, 144-*

730.—*Do fado imputável.* A responsabilidade civil consiste na obrigação em que se constitue o autor do facto ou da omissão, de restituir o lesado ao estado anterior á lesão e de satisfazer as perdas e danos que lhe haja causado (^{WM}).

Logo, sua primeira condição, é que o autor seja imputável.

Praticando o acto, o autor dá o consentimento tácito de supportar todas as consequências que delle decorram e esse consentimento se encontra e coincide com o do damnificado para gerar a obrigação de resarcir o danno.

TM

Si, ao contrario, o autor do acto não é imputável moralmente, esse consenso tácito falha e a obrigação não existe.

São, pois, irresponsáveis *directos* todos os natural ou civilmente incapazes, o louco, o coacto por coacção physica (^{WM}) etc.

Em geral não é responsável todo aquelle que, em estado de inconsciência ou em estado de perturbação doentia da actividade intellectual que exclua a livre determinação da vontade, causar danno á outra pessoa (^{MM}).

Todavia o embriagado é responsável pelo danno (^{S9M}).

731.—*Da culpa.* Não nos propomos a reproduzir as observações que em outro lugar deixámos feitas acerca da culpa, contentando-nos em remetter o leitor ao Capitulo em que estudámos as consequências da inexecução das obrigações.

O conceito subjectivo da culpa é o mesmo e idêntico nas relações contractuaes e extracontractuaes, só differindo em seu objecto (•"").

A primeira tem suas regras no próprio contracto.

A que decorre dos actos illicitos tem, sem duvida, regras que se não podem applicar á culpa contractual, como sejam as que regem os factos de outrem, de animaes e de coisas.

A contractual pode admittir certas gradações, pois que bem se concebe uma diligencia maior ou menor, posto que seja isso uma matéria theorica e subtil.

(^{9M}) Cod. Civ. Port., art. 2364 ai. 2.»

(^{89SV}) Cod. Civ. AU., arts. 327 e 823 : C. Fed. Suisso, art. 58; ROSSSL,

n. 77, 1.º

(^{MM}) E' a brilhante regra geral do Cod. Civ. AU., art. 827.

(MM) Cod. Fed. Suisso, art. 57; ROSSKL, ob. cit. n. 78. M

ism) GIORGI, ob. cit. V, 149.

Na culpa contratual, ao contrario, dizer com o direito romano que até a culpa levíssima deve influir (^{S988})_f vale tanto como não fornecer nenhum *criterium*, pois que resta sempre saber o que seja culpa levíssima, ou a diligencia de um bom chefe de família.

Basta que se ponha como regra a compressão do egoísmo, a completa abstenção de offensas ao direito de outrem nas relações extracontratuales, para ter-se dado a único principio capaz de dirigir o homem em suas relações com os outros.

O juiz deve então, de acordo com essa regra, applicar a lei aos factos sujeitos ao seu exame (^{WM}).

Nesse conceito da culpa, como vimos, include-se a culpa por omissão. A negligencia que consiste em deixar de empregar as precauções praticadas em circumstancias idênticas por pessoa diligente, a imperícia na arte ou profissão, constituem também a culpa e sujeitam-se ás mesmas regras (*''').

Casos ha em que, provado o danno, fica *ipso facto* provada a culpa.

Outros ha, porem, em que, além da existência daquelle, é necessário provar que elle foi praticado com culpa. Taes são, em geral, os factos que igualmente se podem dar por caso fortuito : por exemplo, a explosão de uma caldeira.

Com effeito, a regra da exclusão da culpa pelo caso fortuito ou por força maior é geral e estende-se das relações con-tratuales ás delituaes. Quem, por exemplo, deita veneno para matar animaes nocivos, dentro de seu terreno, não responde pela morte do animal domestico do visinho que ali se introduziu e o ingeriu C⁹⁶¹).

A responsabilidade não pode decorrer sinão da culpa, judicialmente constatada. Este é o systema francêz e também nosso que estabeleceram o principio geral, deixando á jurisprudência a apreciação dos casos concretos. O systema alle-mão, ao contrario, entrou em taes minúcias sobre os casos de applicação, que, por um lado transformou as decisões judiciais em decisões *legaes* e por outro não comprehendeu casos especiaes de culpa bem accentuados. Posto que este ultimo systema firme o são principio de que não ha responsabilidade sem culpa (^{mt}), seu methodo casuístico admittiu a reparação

(^{MM}) 1. 44 D. *ad legem Aquilam*.

(8959) SOURDAT, *Ob. Ct. H.* 655; TOULLIER, *Ob. dt. XI, 119 e 153*.

(8060) *Imperitia culpae adnumeratur*. 1. 132 D. *reg. jur.*; GIORGI, V, 155* 156; LAROMBIERE, 1382, l. 8^o, 15; *Dir. Civ. Recopil*, art. 1014.

(8961) *Id suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienam immittet* 1. 8 § 5 JD. *si servil, vend.*

(«•«») Cod. Civ. AU., cit. art. 827.

em casos em que a culpa não existe (^{MM}). Por outro lado, dispensou o offendido de toda a prova da culpa (^{89M}), bem como a admite por facto de outrem—o que implica a presunção delia (⁸⁹⁶⁵).

Dirime-se a culpa nos actos illicitos: a) si o lesado con senti u na offensa; b) si o lesado estava também em culpa compensável com a do offendido (^{MM}).

I Do primeiro caso exceptuam-se: 1) o direito de dispor da própria vida (⁸⁹⁶¹); 2) a immuidade por duello e quaesquer outros factos immoraes a elle equiparados. I Da compensação da culpa dá-nos o direito romano certos exemplos que entretanto não são taxativos (^{896B}).

Para que se dê a compensação da culpa é essencial que o offendido tenha agido com imprudência, ou seja autor de um facto seu qualquer, antes, durante ou depois, das consequências dannosas que soffreu (^{M9}).

Por outro lado, o dolo, como a culpa, é compensável nas obrigações por factos illicitos, do mesmo modo que nas contratuas para todos os effeitos civis, si ficar bem provado que ambas as partes agiram dolosamente (^{w:0}).

732.—*Do danno.* Para dar lugar á reparação deve o danno decorrer directamente do acto illicito, seja facto do homem, ou seja uma consequência previsível desse facto.

Deve também o danno ser *certo*, o que não quer dizer que deva ser actual, podendo ser futuro, como o *dānnum infec-lum* (⁸⁹¹¹).

E' corrente affirmar-se que o danno — fonte de obrigações—é somente aquelle de que provem ou de que possa provir um prejuízo ao *património* da victima, seja acção ou omissão {***).

- (*«») Cod. Civ. Ali., arts. 829, 833 e 835. 9
- («as*) Cod. Civ. AU., arts. 834, 836 a 838. ■
- <■"•) Cod. Civ. AU., arts. 831 e 832.
- (⁸⁹⁶⁶) § 4 *Inst. de oblig. quee ex delicio*; Is. 3 § 4 :38 § 1; 52 § 1; 11 pr. *D. ad Ug. Aquil*; 1. 203 *D. de teg. jur.*; GIORGI, *ll.* 34.
- (19»7) WINDSCHBID, § 40.
- (^{WM}) Atravessar um campo onde se atira o arco—*l.* 9 § 4 *D. ad leg. Aquil*
- Ser ferido ao passar em lugar em que alguém caça—*l.* 28 *fim D. do m. tit.*
- (^{WM}) DKMOLOHBB, *VIII, 502 e segs.*; LAURENT, *XX, 450.* ■
- (^{mo}) 1. 57 § 3 *D. cont. emt.*; 1. 3 § 3 *D. de eoper qnemjactus erit*; 1. 36 *D. de dolo maio*; GIORGI, *ob. cit. II, 41; V, 158; VIU, 95.*
- (⁸⁹¹¹) Cod Civ. AU., arts. 254, 255, 823 e 846.
- (897S) WINDSCHEID, *í* 326.

Não é possível negar que o dano moral pode estar e ás mais das vezes está ligado ao patrimonial, como no homicídio, em que, ao lado das despesas, lucros cessantes, etc, ha a dor da perda de um ente querido. O mesmo se dá nas lesões e ferimentos, na injuria e calunnia, nos attentados ao pudor e á liberdade ⁽³⁹⁷⁸⁾. "

È pois, opportuno indagarmos si o dano moral é também resarcivel.

Já nos últimos tempos da legislação romana era admittida a reparação pecuniária dos prejuízos moraes decorrentes do acto illicito (*").

«A victima recebia reparação, não só das perdas mate-riaes como também das restricções trazidas ao seu bem estar, ou ás suas conveniências, ás agitações de espirito e das vexações que lhe haviam sido causadas» ^(391B).

Numerosos são os textos que o comprovam.

A *adio injuriarum ceslimatoria*, obra do direito pretoriano, já era um meio geral de acautelar os interesses moraes, obtendo para elles uma reparação com o juramento do offen-dido e o prudente arbítrio do juiz. EÚa era exercida pelas affeições de família, como em «de servo corrupto», pelo pae pela sedução do filho ^(^m); pela injuria irrogada ao filho ou á esposa⁽⁹¹¹⁾; pela difamação á memoriado testador, ou pela violação de seu cadáver ([•]"); contra o que não erigiu o monumento desejado pelo testador e foi por elle encarregado de o fazer ⁽⁸⁹⁷⁹⁾; pelo pupillo contra o tutor que não forneceu alimentos aos parentes do mesmo pupillo quando indigentes ⁽³⁹⁸⁰⁾; pela morte de um parente occasionada por objecto atirado de uma casa ^(^{WM}); por puros sentimentos idéaes, como o religioso na acção *sepulchri violati* (^{>9M}) e para repor em seu lugar uma estatua que se tivesse publicamente subtrahido e consumido

(SOTS) vide brilhante enumeração de exemplos em GIORGI, V, 241 a 246.

(*") KOHLER, *Das Obligadonsinteresse no ARCHIV FUR BURGERLICHES RECHT* XII pag. 41, Mino de 1897.

⁸⁹¹⁵) IHKRINQ, *Oeuvret choisles*, trad. MEULENABRE, II, pag. 155.

C⁸) 1. 14 § 3 D. *de servo corrupto*.

(»"") Is. 1 § 3.º; 18 § 5; D. *de inj. et.fam. lib.*; GAIOS, III, § 22/; PAULO, *Sent. liv. IV § 3.º*

(8978) i. i §§ 4c6D. *de inj. et.famos. lib.*

(3919) 1. 12 §17 D. *mandati vel contra*.

(3980) ii § 2 D. *de tuteles et rat. dist.*

^m) 1.5 § 5 D. *de his qmeff. vel deject.*

(WM) 1. 3 § 8 *de sepulchro violato*.

(^{39M}); pelas dores soffridas nas lesões corpóreas (*■"*) e em muitos outros casos semelhantes (^{398B}).

O pensamento do direito romano teve mesmo sua generalização a este respeito em um texto celebre (¹⁹⁸⁸). I A questão, porem, tem assumido uma importância transcendente e provocado intermináveis discussões entre os civilistas francêzes e aliemães.

Vamos expor ligeiramente, e sem tentar aprofundar nenhuma critica, os *systemas* que a discussão tem feito surgir. ■■*?

O *primeiro* é o que nega em absoluto a reparação aos danos moraes (^{19M}). Savigny, seu melhor representante, resen-te-se do velho principio do direito natural sobre cuja protecção elle colloca certos direitos do individuo, subtrahidos á acção da lei positiva e isto em flagrante contradicção com sua escola histórica ("•").

Esse autor, porem, refuta seus próprios princípios. Elle demonstrou, melhor do que ninguém, que o direito romano jamais excluiu o património moral das normas do direito positivo. O principio da inviolabilidade da pessoa humana inspirou sempre ali textos precisos relativos á responsabilidade.

Para outros, o fundamento do systema é diverso e repousa na impossibilidade de uma perfeita *equivalência* entre o dinheiro e o danno moral C⁹⁸⁹). Existe uma verdadeira logomachia nesse argumento. Que tal equivalência não existe, não ha duvidar.

Concluir d'ahi para a não reparação é o que reputamos sem lógica.

Realmente, a equivalência não se verifica, mesmo entre os meios moraes. Que importa a rehabilitação criminal de nosso processo, ou mesmo a mais completa do direito francêz, para as dores, as angustias e os cruéis soffrimentos que curtiu a victima de uma injusta e falsa imputação ? Entre os próprios meios moraes, a morte de um filho pode ser compensada pela sobrevivência de outros ?

(⁵⁹⁸⁵) 1. 11 § 1 D. *quod vi aut. dam.*

(»^m) 1.3 D. *si qitadvup.*; 1.27 § 5 D. *ad legent JuHam de adulterts.* (⁸⁹⁸⁵) A

verificar em KOHLER, *lug- cit.*

(5986) Al. 54 D. *mand. vel contra* que IHEBING leve a gloria deter tirado docahos das interpretações anteriores. *Oeuvres cils. II, pag. 145 e segs.* Q

(⁸«») SAVIGNY, *Druit. Rom. I, 330*; MASSIN, *De l'executton forcée des obligations de faire ou de ne pas faire* e entre nós LACKSDA, § 16, §69 nota 14.

i (^{89M}) «Ces prerogatives de l'êtrhumain ne rentrent pas dans le resort du droit prive» SAVIGNY, *lug. ctt.*

m (5989^g) 0 argumento central de MASSIN na obra citada.

Nada, pois, *equivale* ao mal moral; nada pode *indennisar* os soffrimentos que elle inflige. Mas o dinheiro desempenha também um papel de *satisfação* ao lado de sua funcção de *equivalente*.

Nos casos de prejuízo material esta ultima prepondera; nos de prejuízo moral a funcção do dinheiro é meramente satisfactoria e com ella reparase não completamente, mas tanto quanto possível, os danos de tal natureza. Affirmar que por não ser completa a reparação, o danno moral deva ficar sem nenhuma, seria usar da «lógica do fallido que, não possuindo recursos para pagar integralmente aos seus credores, dicésse: não pago cousa alguma» (^{899o}). Tal conclusão é insustentável (⁸⁹⁹¹).

A este systema radical seguem-se os que restringem a reparação, embora não a neguem em absoluto,

Assim, um *segundo* affirma que o prejuízo moral só deve ser pecuniariamente reparado si elle foi a causa efficiente de um danno económico, patrimonial (^{89M}).

Este systema cáe pela baze diante da simples consideração que, si o danno material è o fundamento único da reparação, é claro que não seria então o prejuízo moral o objecto delia e sim o material, sobre o qual nenhuma controvérsia existe. Demais, os princípios jurídicos proclamam que a reparação do danno dos actos illicitos deve recahir directamente no prejuízo delles decorrente (^{8M1}) e, em tal systema, ella seria indirecta.

O *terceiro* systema é o que affirma só dever o prejuízo moral ser reparado pecuniariamente quando originado de um delicto de *direito penal* (³⁹⁹⁴). Distinguem-se então os prejuízos causados pelas offensas moraes resultantes do delicto criminal, dos provenientes dos delictos e quasi-delictos do

(8990) *perfeito simile* invocado por GIORGI, *ob. cit.* V, 238.

(³⁹⁹¹) La conclusione si ribella ai senso innato dei giusto: e la storia delia legislazione e delia giurisprudenza dimostra, che si é sempre trovato un modo de soddisfare ai debito delia giustizia verso le vittime di danni morali— GIORGI, *lug. cit.*

(^{399*}) E' o de DALLOZ. Elle diz. «Le malheur d'une famille ne saurait devenir une source de vengeance ou de gain Aussi le juge doit-il constater qu'en atteignant le demandeur dans ses affections legitimes, en troublant son existence ou son avenir, la faute commise lui a cause un dommage appréciable en argent. L'argent qui ne pèut être le prix de la douleur dans les proces d'homicide, pas plus que de l'honneur dans ceux de calomnie, doit correspondre á un pre judico susceptible d'evaluation en argent, c'est-á-dire, pecuniaire, mais qui pèut être le contrecoup de la douleur, commedu deshonneur»—*Repertoire. Supplément, v. Responsabilité*, § 278. 1

(3993) SOURDAT *H. 110* ; Mui EAU, *De la responsabilité civile* pag. 52.

(^{399*}) E' o de AOBRT ET RAU *ob. cit.* IV, pag. 748.

direito civil. Só os primeiros podem produzir dardos repa* ráveis.

Como bem se vê, originou-se este systema na preponderância da idéa antiga que encarava o dever de reparação mais como *pena* contra o culpado, do que como *compensação* em favor do ofendido. A confusão é tão flagrante quanto errônea.

Quer em um, quer em outro caso, trata-se de reparar e não de punir. A punição que fere o culpado de direito penal é de interesse publico da sociedade; o culpado de direito civil é um puro devedor. O delicto criminal pode ter existência sem que delle resulte um delicto ou quasi-delicto. Qual o principio de justiça que possa justificar a reparação somente no delicto criminal, sem distincção de mais nada, é o que nunca pudemos encontrar.

No caso supposto, os princípios por nós aceitos dariam, ao contrario, lugar á pena social e á reparação á victima.

O *quarto* systema quer que se dê a reparação si o prejuízo moral for causado por um ataque á honra, á reputação e a consideração (^{8m})

Approximando-se mais de nossa opinião, este systema tem, entretanto, o vicio de considerar a reputação, a honra e a estima publica n'um sentido objectivo.

Para nós o que ha a reparar é o soffrimento intimo do lesado e não uma supposta perda objectiva da reputação ou da honra; é o desgosto pessoal de sentir-a ultrajada pela calunnia; é sempre, em summa, a sensação dolorosa que taes dardos occasionaram e que a reparação tem por fim attenuar; nunca, porem, a opinião, boa ou má, que o publico possa ter formado da situação pessoal da victima.

Chegamos ao ultimo systema, aquelle que mais nos interessa pela franca adhesão que lhe damos.

E* o que affirma a necessidade e o direito á reparação do dardo moral (^{MM}).

M Neste systema o interesse moral tem um sentido amplo e abrange a honra, a consideração e todos os interesses de affeição. B

(⁸⁹⁵⁵) TREBUTIBN. *Cours de droit crimineil*, II, pag. 25 ; MANGIN, *De l'action publique et d* Vadiou civile*, «. 12j.

(^{8«18}) E'O de RAUTKR, *TV. de droit erlm.* n. 133; LE SELLYKR, *Tr. de lexet cice et de Vextinctioit des actiois publique et privée*, n. 263; SOURDAT, *ns.* 39 * 35', DEMOLOMBK, *VIII n.* 672; LAURENT, *XX p.* 412 e segs.; LAROM-BIERE, 1382, 1383 *tu.* 36 e 37 ; HUDELLOT ET MRTMAN, 405, 485; Huc, *VIII*, 413 ; ROSSEL, *M.* 33 ; Rioc, *n».* 327, 330, 343 c 349 ; GIOROI II, 120 ; III, 146 i V, 161 b e 238; C. DA ROCHA, § HO; C. PERDIGÃO, na *Caneta Jurídica XV p.* 191 ate.

Elle pode ser definido como o *systema* que admite a indenização pecuniária em todos os danos soffridos pelo homem no conjuncto de sua existência affectiva, intellectual e pratica. I

Ainda mais: a reparação assim conferida não é uma pena que recaia sobre o culpado e que deva variar com a culpa deste.

E* sim uma reparação em favor do lesado e deve estar em função do prejuízo por elle experimentado.

Já fizemos referencia á objecção da não equivalência do dinheiro ao prejuízo soffrido moralmente. Sem duvida ella não é real.

Entretanto é sempre o dinheiro que poderá reduzir as afflicções do offendido, collocando-o em condições de obter commodidades, não equivalentes ao mal soffrido, mas, em todo o caso, capazes de attenuar-o.

Si ninguém pode negar que da reparação do danno patrimonial seja possível tirarem-se meios moraes capazes de attenuar os prejuízos soffridos, não ha como negar também que se possa da que é conferida pelos danos moraes deixar de se conseguir sempre uma situação material adaptada a minorar as sensações Incommodas e afflictivas que a offensa causou. Uma tal reparação pode não ser exacta e perfeita, mas não existe menos. Os danos materiaes igualmente não são sempre susceptíveis de uma reparação absoluta, porque a elles está de ordinário ligado um valor de estimativa que a reparação não pode atingir.

Por mais delicada, porem, que seja a questão, ella é essencialmente pratica e, em um como em outro caso, é impossível fugir á necessidade de deixar ao julgador um certo arbítrio para pesar a prova da realidade e extensão do prejuízo e de sua consequente reparação.

Na luta material que prehenche o quadro da vida moderna, na desorganisação de todos os laços moraes e na ausência de qualquer doutrina geralmente aceita, a jurisprudência deve ter por missão manter o equilíbrio das individualidades, a liberdade de cada qual em cumprir o seu dever. A velha máxima—*non fit injuria qui de suo jure utitur*—já é insufficiente na forma puramente negativa de seu preceito e vae sendo recalçada pela consideração mais elevada do sentimento social e pelo mutuo respeito á dignidade humana⁽³⁹⁹⁷⁾. Parallela-mente e para não cair no illogismo, o direito vae alargando a orbitada protecção á parte affectiva da natureza do homem.

⁽³⁹⁹⁷⁾ GBNY, *Methodes Winterpretation* pag. 543.

Sem duvida nos casos concretos os danos moraes diver-jificam muito entre si e são de natureza a produzir em nosso sêr impressões mui differentes. A perda de um filho, a violação de um direito politico, a profanação de uma sepultura, por exemplo, são lesões fundamentalmente diversas, que impressionam de modo heterogêneo as almas delicadas. Ha, porem, para o direito em todas ellas, um traço commum, que é a violação de um direito, um obstáculo opposto á livre e normal expansão de nossa personalidade, um prejuízo de ordem moral, emfim, que clama por uma legitima satisfação. E' nisso que se fundem os grandes interesses da sociedade e os do individuo⁸⁹⁹⁸).

O prejuízo moral pôde recahir: i.º sobre apeada *moral*, isto é, a sensibilidade em todas as suas expressões—honra, dignidade, sentimentos de dedicação, veneração e bondade, o pudor, etc.; 2.º sot re a *pessoa corpórea*; 3.º sobre a *pessoa cívica* abrangendo as qualidades cívicas e politicas ("*•).

O principio opposto que encara a reparação como pena é o mais geralmente aceito nas legislações e jurisprudência es estrangeiras í⁴⁰⁰⁰). No direito inglêz os *nominal damages* são uma satisfação puramente moral aos danos não económicos soffridos por actos illicitos; os *exemplary damoges*, embora considerados penas, sancionam igualmente os prejuízos oriundos da mesma fonte (*⁰⁰¹). Em todo o caso elles attingem aos danos moraes. H

Legislações radicaes existem que não toleram reparação de danos moraes decorrentes de actos illicitos (^{40M}). Outras a admittem sem restricção ou com pequenas limitações (*⁰⁰³).

⁽⁸⁹⁹⁸⁾ E' este o resumo do imponente opúsculo de IHKRING — *La Lulte pour le droit*. «E' nas baixas regiões do direito privado- diz elle— nas relações mais ínfimas da vida que se fôrma e se accumula essa força (o sentimento do direito próprio); é ahi que se accumula esse capital moral de que o Estado tem necessidade para as grandes obras de sua missão. O direito privado e não o direito publico é a verdadeira escola de educação politica dos povos, e si se quizer saber o modo como um povo defenderá, si for preciso, os seus direitos politico» e sua posição internacional, basta examinar como o simples particular defende seu direito próprio na vida privada» — *Ob. cit. pag. 78*.

^(MW) E. PICARD—*Z.e droit pur.p. 93, 131 e segs.*

^(M<0) Cod. Civ. Ital., art. 58; GAROFAUO, *Ripparahne alie viuime dei delito, Cap. III.*

⁽⁴⁰⁰¹⁾ BROOM, *Contm. onthe cominom law, pag. 640, e segs.*; POLLOCK, *Principies of contracts, p. 176.*

^{O⁰⁰}) Cod. de Montenegro, arts. 541, 571,900 e 926; de Portugal, arts. 671, 2384,2388 e 2389 5 Uai., arts. 38 e 1116; LEHH, *D. Civ. Russe, II, p. 95.*

(*⁰⁰⁵) Cods. Fed. Suisso, 50. 55; AUemão, 343.843, 847 e 1300; Heip. 1902; Argent. 1078 1083 e 1099 ; Chile 2331 ; Dinamarca C. Penal de 10 de Fevereiro de 1866 §§301 e 303 ; Cod. Penal Suedois Cap. VI §§ 2, 3 e 8; da Áustria, arts. 1325, 1326, 1328 e 1331.

I Nosso direito positivo não nos fornece nenhuma disposição a este respeito e a nossa jurisprudência, ao que sabemos, é desprovida de casos práticos em que se tenha abordado essa theze.

Entretanto nosso projecto mais discutido reconheceu o interesse moral como base da acção civil (*⁰⁰⁰*) e é o quanto basta para reconhecer a reparação dos danos moraes por actos illicitos.

Tal disposição no Projecto demonstra que é esta uma matéria já vencida entre nós.

Ao lado do danno moral acha-se o *prelium affcclionis* que nada mais é do que o interesse moral ligado as cousas, reli* quias, etc. Os argumentos são os mesmos e já tratámos do assumpto em outro lugar.

733.—*Character illicito do aclo.* Eis o *criterum* dominante da responsabilidade civil directa, sobre o qual já temos dito o bastante ao iniciar o presente capitulo.

Cumpra agora expor as excepções ao acto illicito, pois que a lei resalva dessa qualificação certos actos humanos.

A principio.as mais geraes que excluem inteiramente esse character, são o caso fortuito e a força maior.

Nenhuma duvida pôde existir a respeito e já temos sobre isso dito o sufficiente, sendo inteiramente applicaveis ás obrigações decorrentes dos actos illicitos tudo quanto deixámos exposto relativamente ás obrigações contractuaes.

Também não se consideram como illicitos :

I—Os actos praticados em legitima defêzaou no exercício regular de um direito reconhecido (⁴⁰⁰⁵):

Acerca do exercício regular do direito também já formulámos nosso modo de vêr examinando a máxima *qui de jure suo utilur nemini injuriam facit*.

A defêza não constitue sempre uma excusa contra o danno que com ellasoffra alguém (*⁰⁰⁶). E' essencial que osmeios empregados tenham sido absolutamente inevitáveis. Demais, a defêza de que aqui se trata não é a que o Código Penal define, mas a que é determinada pelos princípios geraes de direito e pode ser um acto illicito no fundo, mas o único meio effi-

(Mo*) p_{roj.} Bevil., arts. 78 e § único ; 1549.

(Wo»)Cod. Fed. Suisso, art. 56; Proj. Bevil., art. 164 n. 1.

(^{40M}) 1. 45 § 4 D. *aã leg. Aquil.*

caz de proteger sua vida, seus bens, sua liberdade, seu corpo ou de outrem contra um ataque injusto, actual ou imminente, desde que nenhum outro meio possa ser empregado com alternativa de successo.

E\ pois, mais ampla do que a defêza criminal e a compre-hende como espécie (⁴⁰⁰⁷).

II—A deterioração ou destruição da cousa alheia para remover um perigo imminente (⁴⁰⁰⁸).

Neste caso o acto só é legitimo quando as circumstancias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. Si o dono da cousa não for culpado do perigo, deve ser indennizado do prejuízo que tiver soffrido. Si o perigo occorrer por culpa de terceiro, terá o autor do danno ou da destruição acção regressiva contra elle para haver o valor da indennisação que pagar ao dono da cousa. A mesma acção compete contra aquelle em cuja defêza tiver sido dannificada a cousa.

734.—Taes são os característicos da responsabilidade directa.

Muitos Códigos tratando da responsabilidade por factos illicitos estabelecem o principio geral e deixam á jurisprudência a apreciação dos casos concretos. Apesar disso, quasi todos enumeram dois casos previstos em nossas leis de processos (^{40M}):

I—O credor que demandar o devedor antes do vencimento da divida e fora dos casos em que a lei o permitta, fica obrigado a esperar tanto tempo quanto faltava, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

II—Aquelle que demandar por divida já paga, no todo ou em parte, sem resalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, fica obrigado : no primeiro caso a pagar ao devedor o dobro do que houver recebido e no segundo o equivalente do que exigir, salvo si decahir da acção por estar pres-cripto seu direito. Em qualquer dos casos deixam de ter lugar as disposições citadas quando o autor desiste do pedido antes da contestação da lide.

- (*ooi) Cod. Fed. Suisso, art 59 ; ROSSBL, «. 77, J.° I
- (W08) Cod. Civ. Port. art. 2396; Proj. Bevil., art. 164 n. II. ■
- (MM) Fizeram igual enumeração o Proj. C. Rod., arte. 1211 e 1212 e o Proj. Bevil. arts. 1535 e 1536. Vide T. DE FuKiTAsaP. B SOUZA § XXXVIII,

735.—DA RESPONSABILIDADE INDIRECTA.

Não são somente os actos próprios, viciados de culpa ou de dolo, que nos obrigam civilmente: os que praticam certas pessoas sob nossa guarda e direcção nos obrigam igualmente

^{4010\}

E' a responsabilidade por facto de outrem.

Ella faz parte da responsabilidade indirecta que a comprehende e mais o) a que decorre dos danos produzidos pelos animaes de que se é dono, ou detentor; 6) pelos edificios de que se é proprietário ou c) pelas cousas atiradas das habitações que occupamos.

730.—Por facto de outrem é obrigado:—A) quem tinha obrigação de impedir o facto e não o impediu; b) nos casos de representação; c) aquelle que escolheu mal uma pessoa para praticar um acto qualquer (⁴⁰¹¹).

O direito romano foi muito parco em regular a responsabilidade por facto de outrem, reduzindo suas regras á que tinha o pae de familia pelos actos do filho, do escravo e dos animaes. As acções noxae concedidas, eram muito menos extensas do que a protecção do direito moderno.

O que se chama hoje responsabilidade por facto de outrem é, num sentido moral superior, uma responsabilidade de facto próprio, tendo por fundamento a culpa *in vigilando* ou a culpa *in eligendo* e não no direito de representação, pois que o responsável jamais pode ser presumido como tendo dado ao seu representante direitos de offender. De modo que essa espécie de responsabilidade não é derogatoria do principio da personalidade da culpa.

E' pela própria culpa, afinal, que responde quem não vigia e guarda aquelles a quem deve guarda e vigilância; é, no fundo, a culpa de imprudência ou negligencia (^{wii}).

A presumpção da culpa nos factos de outrem é, na maioria dos casos, uma presumpção simples e n&o *júris et de jure*, porque quasi sempre admite prova em contrario. Todavia a presumpção da culpa é o único característico que distingue a responsabilidade por facto próprio da por facto de outrem, pois que naquella a culpa precisa ser provada (^{w,s}).

^{w1o}) C. Fed. **Suisso**, arls. 61 e 62,65 e 67; Cod. Civ. Ali., arls. 823 e 831.

⁴⁰¹¹) Dir. Civ. Recopil., art. 1015.

^{*0;j} SOUBDAT «. 751.

(*0M) COLMET DE SANTEHRE, V, 365 / AOBV ET RAU, § 471 nota 10; P. MAZZONI, IV, 89.

Quanto ao mais, prevalecem as regras sobre a culpa já conhecidas.

A presumpção de culpa nos casos admittidos, porem, não implica que se não possa provar que o facto não foi illicito nem dannoso, que foi determinado por fortuito, ou por culpa do próprio offendido. Somente não se admitte prova, que illida essa presumpção legal, na vigilância ou na escolha. Nos demais casos, admittem-se todas as provas que tirem ao facto a natureza de um acto sujeito á reparação civil (^{wu}).

Os casos de responsabilidade por facto de outrem são taxativos ?

Alguns Códigos dão um principio geral de onde se pode inferir qualquer extensão analógica (*^o”).

Nossas leis, ao contrario, não obrando do mesmo modo, exigem solução differente. A presumpção legal da culpa é, entre nós, um principio excepcional e desde que a lei não consagrou um principio genérico limitando-se a enumerar seus casos, claro é que se não podem incluir por analogia casos não previstos (*^o”).

Estudemos, pois, esses casos.

737.—São obrigados pela reparação civil os pães pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua compa-nia O⁰¹⁷).

A responsabilidade do pae pelos actos do filho é a consequência lógica do pátrio poder. De onde se conclue que a mãe viuva, que também o exerce, responde da mesma maneira e que o esposo divorciado a quem foi entregue a guarda dos filhos é do mesmo modo por elles responsável (*^{o18}).

A condição de uma tal responsabilidade é que o filho seja menor e habite com o pae. E' só no caso de convivência que o pae pode de perto velar sobre a conducta de seu filho e portanto tornar presumível a culpa em caso de um danno por elle praticado.

(*^{o14}) GIORGI, *ot. cit.* V, 276.

(^{w1B}) Tal o art. 1153 do Cod. Civ. Italiano.

(^{w,c}) C. DE SANTERRE. V, 365 *bis* IV; GIORGI, V, 254 ; SOURDAT, 753; *RÍCCI*, 260.

O^o) Proj. Fel. 662; Proj. C. Rod. 1197§ 1.º; Proj. Bevil. 1526 n. I. Cods. Cívis : Fr. 1384; Ital. 1153; Port. 2379 ; Hesp. 1903; Chile 2320 e 2321 ; Hayti 1170; Argent. 1114 ; Fed. Suisso, 61; Allemão, 832; de Saxe, 779; da Prússia I, 6 §57.

(4018) At-g. do art. 94 do Dec. 181 de 1890 ; *RICCI* «. 364.

Assim, o filho collocado permanentemente em um estabelecimento de ensino não torna o pae responsável por seus actos dannosos e sim o mestre. E' que a diligencia directa não pode em tal caso ser utilmente empregada pelo pae.

Si, entretanto, o filho frequenta um curso superior em qualquer Academia, o pae é sempre responsável por seus actos

Si o filho se acha entregue a um preceptor dentro da casa paterna, clara é ainda a responsabilidade do pae.

Si, porem, o filho trabalha em uma officina e vem simplesmente dormir na casa paterna, a responsabilidade divide-se entre o pae e o patrão, conforme as horas em que se exerça a vigilância de um ou de outro (*^{M0}). O filho que foge da casa paterna continua a fazer o pae responsável por seus actos illicitos, pois que então a lei presume culpa em não tel-o re-condusido ao lar, em ter negligenciado a educação (*^{M1}).

Si o pae se ausenta é a mãe responsável. A ausência do pae, porem, não o pode eximir da presumpção de culpa, si é pouco prolongada, como a que têm os empregados em as horas de suas funcções (^{WM}).

O pae deve responder pelos actos do filho absolutamente incapaz, inda que maior, si viver em sua companhia (*"***).

Igualmente responde o pae pelo filho, si elle se emancipa por outra forma que não seja pelo casamento. Este sim, faz cessar sua responsabilidade (****).

A responsabilidade paterna não é limitada á quota hereditária do filho, pois que elle responde por culpa pessoal própria.

O pae deixa de ser responsável provando que empregou toda a diligencia necessária e toda á precaução possível para prevenir o danno. Essa exclusão da culpa deve ser feita com a demonstração de ter dado sempre uma educação perfeita e da impossibilidade de previsão do acto dannoso (^{40M}),

Muito se discute si o poder marital tem como consequen-

(*•••) C. Civ. Arg.. art. U15; Giosai, V, 261; SOOHDAT, H. 818; DBMOLOMBB, VIII, 584. I

(^{W10}) SOOHDAT, n. 817.

(*o«) DEMOLOMBB VIU, 580; COLMBT DE SANTERHE V, 365 bis I; RICCI ob. cit. *. 262.

(^{40M}) RICCI, n. 265.

<*••») SOOHDAT, 824—828.

(*•••) LAROMBIERE 1384, 4 ; COLMBT DE SANTERHE V, 365 bis Ij ; SOUR-DAT, 827; GIORQI, ob. cit. V. 259.

(^{WW}) SOOHDAT, 834; GIOKGI V, 264; LAROMBIERE, 1384, 8, 24 ; AOBRT ET RAU § 447 e notas 12 o 14.

cia a obrigação de responder o marido pelo actos illicitos da mulher.

A opinião affirmativa tem seus partidários (*^{OM}).

Pensam outros que tal responsabilidade só existe si o offendido provar que o marido teve noticia do acto e nenhuma diligencia empregou para o impedir, ou quando a mulher agiu de acordo com o marido, ou como sua preposta (*^{ow}).

Os casos de acordo e de representação claramente obrigam o marido, pois que elle responde por facto próprio em uma hypotheze e por previsão legal em outro.

Achamos, porem, quanto ao caso de não ter o marido impedido o acto, não ser por elle responsável. A mulher não pode deixar de gozar de uma certa liberdade civil. O marido não tem sobre ella o direito de vigilância. Suas relações são de ordem puramente moral e a dependência em que a esposa se acha no lar é só attinente á capacidade jurídica diante de seu marido e nunca em referencia a terceiros.

730. —São também responsáveis o tutor e o curador pelos pupillos e curatelados que se acharem nas mesmas condições que os filhos menores (*^{o*}). Referimo-nos á cohabitação e companhia e não á minoridade, pois que a curatela pode recahir sobre maiores.

O curador de que aqui se trata é aquelle que se dá, como os tut*ores, á pessoa de qualquer interdicto.

O grau de responsabilidade dos tutores e curadores é análogo ao que cabe aos pães pelos actos dos filhos menores.

Elles podem também eximir-se da responsabilidade excluindo a culpa pela prova de terem empregado a necessária diligencia e precauções para que o danno não se desse.

739.—A' terceira classe dos responsáveis civilmente pertencem o patrão, amo, ou committente, por seus emprega-

(**) DBLVWCOURT ///, 454 ; Cod. Civ. do Chile, 2320 ai 4.

I
î*⁰ⁿ) SOURDAT, 847 a 850; DEMOLOMBE *XII*, 720; LABOMBIERK O», *cit.* 1384, 7; COLMBT DE SANBRRS V, 365 bis V; TOOIXIZR *ob. cit.* XI, 279. ■ («")
D/r, *Civ. Recopil.*, art. 1016 ; Proj. Fel., art. 662 ; Proj. C. Rod., 1197 §2; Proj. Bevií., 1526 n.II;Cod. Civ. Ital., 1153 ;Hesp., 1903 ; Chite 2320; Arg. 1117.

dos, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes compete ou por ocasião d'elle (*⁰¹⁹).

Bem fáceis de serem apreendidas são as idéas contidas nos termos correlatos *patrão e empregado, amo e serviçal*. Seria, portanto, fútil defini-las,

O mesmo não acontece com o sentido jurídico de *com-millente e preposto*. Este, no sentido legitimo da lei, não é todo o encarregado de um negocio, mas somente aquelle que depende do committente. Si A encarrega a B da construcção de um prédio, B não é por isso um preposto de A; este não responde pelos actos daquelle, enquanto que B responde pelos de seus operários que são rigorosamente seus prepostos. É de modo que a qualidade de committente implica a idéa de superintendência de quaesquer actos do preposto relativos ao negocio especial que aquelle tem em vista. E' este o sentido do vocábulo em direito e tanto assim é que, si o preposto delega a terceiros o desempenho do serviço sem poderes para fazel-o, dados pelo committente, os danos que o encarregado occasionar são todos a cargo do preposto.

Os requisitos da responsabilidade pelos factos de outrem contidos nesse numero são: *a)* a qualidade de empregado, serviçal ou preposto ; *b)* a livre escolha do patrão ou committente; *c)* o facto illicito do empregado, serviçal ou preposto no desempenho do encargo que lhe foi confiado.

Dahi vê-se que o fundamento da responsabilidade é então a culpa da imprudência ou negligencia do amo em não ter realizado uma escolha conveniente, ou dado as ordens, mais acertadas para que seus encarregados exercessem o negocio ou encargo sem perigo de danno a outrem. E' a culpa *in eli-gendo*.

Essa responsabilidade, porem, não se estende, como a do pae, a todos os actos e limita-se áquelles especialmente encarregados ao committente, pois que as relações de subordinação são aqui passageiras. Assim, no acto do serviço, responde o patrão pelos actos do empregado ; mas, si este, no gozo de uma folga concedida pelo patrão, pratica um acto danoso, seu patrão nada tem de responder por este. Durante o serviço respondem o patrão, amo e committente, não só pelos danos

(4029) Proj. Fel., art. 664 ; Proj. C. Rod., att. 1197 § 3 ; Proj. Bevil., art. 1526 n. IH ; Cod. Civ. Fr., art. 1384 ; C. Civ. Ital., art. 1153 ; Cod. Civ. Port., art. 2387 ; C. Civ. Hesp.art. 1903 ; C. Civ. do Chile, arts. 2320 e 2322 ; C. Civ. do Hayti, art. 1170 ; C. dos B. de Montenegro, art. 574 ; C. Fed. Suíço, art. 62 ; C. Civ. AU., art. 831 ; Cod. da Prússia, I, 6 §§53,64, 65 ; 1,13 § 36 ; de Saxe, art. 779.

de seus encarregados contra terceiros, como dos de uns para com os outros (*⁰³⁰).

Decidir si o agente obrou ou não no exercício de sua função própria, é uma questão de facto (^{WM}).

Códigos e civilistas existem que espôzam a doutrina que na responsabilidade por facto de outrem quando ha dependência legal, como no caso do filho para com o pae, existe a obrigação de vigilância e a culpa pode ser derimida por prova contraria. Quando, porem, a dependência é voluntária, a culpa da escolha não admite prova de se não ter podido impedir o facto. De maneira que a presumpção de culpa seria neste caso demais rigorosa e pouco justifica vel (*⁰³¹). Nesse modo dever, só se poderia excluir a culpa pela prova de que o acto não foi illicito, ou que ocorreu por caso fortuito ou força maior (^{mt}).

E' uma doutrina de rigor, não aceita em direito pátrio.

Como nos casos anteriores, os responsáveis de que se trata podem fugir ás consequências da culpa provando que empregaram toda a diligencia necessária para evitar o danno.

T40. —Entre os prepostos não se podem deixar de considerar os administradores, empregados e agentes das estradas de ferro, dos quaes são ellas verdadeiros committentes. De maneira que os danos por sua causa determinados devem ser reparados pelas directorias. ^

Os danos que podem resultar das vias férreas são atti-nentes ás pessoas e ás cousas. A primeira cathegoria compre-hende os que decorrem da morte, ferimentos, lesões, atrasos na hora de partida ou de chegada. Esta responsabilidade começa, quanto aos passageiros, desde que estes são como taes considerados, isto é. desde que, obtido o bilhete de passagem, estejam no lugar do embarque, e cessa quando o direito de transporte, implicitamente contido no mesmo bilhete, se exgotou, ou quando se attingiu á Estação do destino.

Os danos ás cousas comprehendem as perdas, o furto, as avarias por máu acondicionamento. A responsabilidade aqui começa do momento de entrega na Estação da expedição e termina com a entrega ao destinatário.

(^{403o}) SOURDAT, M. 91A AUBRY ET RAU. § 447, nota 19. (*°«)
BUN-OIR, ob. cit. p. 818; Ricci,». 267. (^{40W}) GIORI, ob. cit. V,
252. (^{40M}) RIGOLI, ob. cit. n. 267.

E essa responsabilidade deve se tornar effectiva, quer tenha sido a occurrencia dannosa a terceiros, quer a outros agentes ou empregados de qualquer cathegoria das vias férreas que nella não tivessem tomado parte e fossem prejudicados.

O limite da responsabilidade é somente a extensão do danno causado pelos prepostos referidos no exercício de suas funcções e não do que ocorrer por culpa, negligencia, imprudência, ou inadvertência da victima do desastre (*•■*).

Fica subentendido que a esta classe de committentes é sempre salva a prova de que o facto se deu por força maior ou por caso fortuito e que toda a diligencia foi exercida habitualmente no intuito de prevenir desastres.

A responsabilidade das estradas de ferro, porem, como de verdadeiros commissarios de transporte, é mixta de contratual e delictual.

A natureza desse contracto é commercial, desde que o transporte seja exercido como profissão habitual.

A matéria é difficil. Não se podem applicar sem muita reflexão as regras da responsabilidade civil ao caso dos danos occorridos nas vias férreas. A situação destas, ao menos entre nós, é ordinariamente de monopólio e seu transporte constitue um género especial. As regras do direito commum nesta espécie são ou muito latas ou pouco extensas para regularem com segurança as hypothezes que occorrem. Na ausência de lei especial, o que temos firmado é que a matéria depende dos regulamentos peculiares a cadaempreza (*°").

Existem, todavia, princípios universalmente aceitos que se enquadram nas regras geraes de nosso direito e que não se podem excluir sem um injustificável privilegio em favor das vias férreas.

Assim, pela retardação da partida pode a estrada de ferro occasionar graves danos á pessoa de um passageiro ou aos seus interesses e então é responsável pelo que se não pode deixar de qualificar um acto illicito. E', porem, necessário que o passageiro demonstre ter soffrido o danno e que a retardação seja culposa, isto é, que tenha excedido a um certo tempo de tolerância que de ordinário têm os comboios para a partida e chegada.

Outrosim, são as estradas obrigadas ao transporte dos passageiros, qualquer que seja seu numero, a menos que excedam a todo o limite normal, responsabilizando-se pelos prejuízos decorrentes da injusta recusa de o fazer.

†4**) *Rica, ob. cit.* MS. 278 a 280. (*•")
Dir. Civ. Recopil., art. 1002.

O mesmo deve-se entender dos desastres e manobras na ocasião da viagem, dos quaes resultem danos aos passageiros, morte ou ferimentos em qualquer destes ou em qualquer empregado subalterno.

Em todos esses casos e semelhantes só se pode excluir a culpa pela demonstração do caso fortuito, força maior ou imprudência da própria victima (^{40M}).

Não é, porém, a estrada de ferro responsável pelo danno do incêndio ocasionado por fagulhas da locomotiva em lavouras marginaes, ou em prédios rústicos, desde que seu leito esteja sufficientemente limpo constituindo assim um *aceiro*, pois que, nessas circumstancias, é o incêndio um caso fortuito occorrido no exercício de um legitimo direito da estrada, direito que não podia ser exercido de outro modo f*⁰⁸⁷).

741.—Os proprietários e capitães de embarcações e as companhias de transporte marítimo têm uma ampla responsabilidade regulada pelo direito commercial. Toda a clausula de não garantia entre elles e um passageiro só é valida quanto ás mercadorias, não quanto aos danos ás pessoas. Relativamente a estas, sua responsabilidade não pode ser mais res-tricta do que a das estradas de ferro ; mas é sempre preciso notar que .nesta especialidade se dilatam os casos de força maior e de fortuito í*⁰⁸⁸).

74122.—A responsabilidade do patrão, amo, ou committente, comprehende as pessoas jurídicas que exercerem alguma industria. Taes são os casos da administração federal, estadual ou municipal (^{wv}).

(*oa«) vide sobre o assumpto : COGLIOLO, *La responsabilità giuridica delle società ferroviarie*; SOURDAT, «s. 1030-IUO ; GioRGI, V, 308-310 ; Cod. Civ. Iport, art. 2398; C. Civ. AU., lei de Introd., art. 105. Existe entre nós um bellissimo estudo do Da. PAULINO DG SOUZA JÚNIOR no *Piario do Congresso n. 113* de 26 de Setembro de 1899 pag. 1633 e segs.

(*ob) O contrario pensa G:OROI, V, «. 316.

(MN) Vide GIOBGI, V, 317—223. ■ (MMJ *Di_{yt} ctv. Recopil. art. 1002 dt.* / Cod. Fed. 62; Proj. Bevil, art. 1527.

743.—E' em se tratando da responsabilidade dos committentes que se deve indagar da responsabilidade civil do Estado, tomado aqui no sentido amplo de publica administração nas subdivisões que comporta nosso actual regimen po lítico.

Não pretendemos de modo algum aprofundar essa vastíssima controvérsia. Expondo ligeiramente as varias opiniões, apontaremos aquella que se nos afigura mais consentânea com a legitima protecção dos interesses sociaes e individuaes.

Mui differentes têm sido as soluções dadas a essa importantíssima questão.

I O primeiro systema, o mais radical, é aquelle que proclama a irresponsabilidade da publica administração, fundado nos princípios do direito romano, e comporta ancenubios differentes (*^{ow}). E' o que domina em Inglaterra e nos Estados-Unidos.

Como bem se vê, esse systema é insustentável. Basta reflectirmos que não mais podemos manter actualmente a concepção romana do Estado e nem a legislação civil de então conhecia a responsabilidade do committente pelos factos de preposto.

Tanto mais incompatível com as idéas modernas devemos proclamar esse systema quando pensarmos que a idade média já o havia abandonado pelo mesmo defeito. Os glosadores estavam quasi de commum acordo em admittir a responsabilidade da cidade, da communidade, etc. (*⁰⁴¹).

Dizer que é próprio Estado que se encarna como ente moral nos seus funcionarios, é uma ficção absurda, uma me-taphysica grosseira, porque as sociedades anonymas são também entes moraes que só se manifestam por seus directores e jamais viu alguém nessa circumstancia um motivo para eximil-as da responsabilidade.

O systema opposto a este, mas tão radical como elle, é o da responsabilidade geral do Estado (^{WM}), dominante na França, na Itália, na Suissa e na Allemanha, com fundamento, ora no mandato, ora na commissão, etc. (^{t0M}).

Este systema tem nuanças incalculáveis.

(*^{o*}) E'o systema de BLUNTSCHLI -*Gutachten in den Verhandluttgen des sechsten deutschen Juristentags, I p. 45 / WoHfc—System der Prävntivfus-tia, oder Rechtspolisei, pag. 555* ; RÖNNB, *Staatsrecht der Preussischen Mo-narchie, III p. 582 e scgs.* ; GABBA *Questioni di diritto civile pag. 108 e segs.* ; SAREOO, *La nuova legge stilla atnministrazioni comunale e provincial* II, n. 1489 e segs.* e outros muitos que não compulsamos directamente.

(***) STRIKIUS, *Dissert. v. IV p. 666 e segs.; Disputai. XX Cap. 3.*

(MM) £• o d. AUBRY ET RAU *S 447 nota 16.*

(^w) Cod. Fed. Suisso, art. 62 ; C. Civ. Ali., «rt. 89.

Todos os seus partidários estão de acordo em que o Estado deve responder pelos actos lesivos de seus representantes ;—é o ponto de convergência. Desde, porém, que se trate de saber si essa responsabilidade é directa ou indirecta, si é solidaria com o offensor ou exclusiva, si é matéria de direito publico ou do civil; desde que se cogite, emfim, das condições praticas de applicabilidade, surgem dissentimentos profundos que fragmentam o systema em outras tantas theorias divergentes do principio commum (*^{ow}).

Os systemas intermediários entre os dous extremos apontados são inúmeros e é quasi impossivel fazer delles uma classificação methodica (*^o*⁵).

O mais rasôavel de todos elles, porém, é o que distingue os actos do Estado em *actos de império* ou soberania, e *actos de administração* ou de gestão. Os primeiros, sempre executados no interesse social, nenhuma responsabilidade acarretam. O Estado não responde então pelos actos illicitos de seus funcionarios que continuam os únicos responsáveis para com os offendidos.

Os actos de gestão, ao contrario, são executados no interesse do património da administração e dão lugar á responsabilidade.

Ahi o funcionario é um verdadeiro preposto do Estado e este, como committente, responde pelos danos resultantes de seus actos illicitos.

A' primeira classe pertencem as medidas de hygiene e salvação publicas nos casos extremos de inundação, incêndio ou qualquer outra calamidade. Si, porém, ao tomar essas medidas de interesse geral, for necessário o sacrificio de uma propriedade do individuo, o acto de império, por excepção, comporta a reparação.

Tal seria, por exemplo, a occupação de um prédio particular para isolamento de enfermos em uma quadra epidemica

/40M\

(4044) Dahi as theorias diversas de CHIRONI, *Qolpa Cont.*; MEUCI, *Diritto Ammittistrativo*; LAURENT, *ob. cit.*; BATBIE, *Droit Pub. et Adm.* MARCADÉ, *ob. cit.*; GERBER, *Dentschen Staatsrechts*; ZACHARTS, *Haftungsverbindtlichkeit des Staats*; SCHMITTHENNER, *Grundllnien des allgemeinen oder idealen Staats-recht* e muitíssimos outros.

(*⁰⁴⁸) Seus principaes partidários são : BONASI, *Responsabilità Penale e civil* dei ministri e degli altri uffictali publici*; SOUHDAT, *ob. cit.*; LAROMBIERE, *ob. cit.*; GIORGI, *06. cit.*; Rioci, *06. cit.*, MICHOD, *De la responsobillié d* ÍEtat á raison des fauies des ses agente*; LCKNIG, *Die Hafnung des Staats* e muitos outros.

(«40) Rica, *ob. cit. H. 293.*

Nos actos de gestão a responsabilidade do Estado é idêntica a dos cidadãos e regula-se pelo direito *commum*. Inda que lesivos a particulares, os actos de seus agentes, ao contrario, não obrigam a administração, si se trata de actos de soberania.

Ha nestes uma funcção necessária do Estado que a exerce por intermédio de seus agentes, nomeados de acordo com a lei e regulamentos que lhes fixam as funcções e a responsabilidade criminal.

Nos actos de gestão, ao envez, os agentes do governo são puramente prepostos e não funcionarios públicos e por isso sujeitos á regra geral que regula taes relações. I

No primeiro caso comprehendem-se os funcionarios de telegraphos, repartições fiscaes terrestres e aduaneiras, etc.

O

Nos actos de gestão, necessário é ainda que o acto do agente esteja dentro dos limites da commissão, porque si os tiver transposto, a administração não é nem pode ser responsável. E' um *símile* perfeito do mandato (^{Mw})

Entre os actos de soberania devem se incluir os que a administração exerce e pratica por seus agentes por motivo de guerra.

A regra é que nenhuma reparação é por elles devida; constituem um caso característico de força maior.

Apezar de tudo, a matéria comporta distincção.

Por danno de guerra devemos ter aquelle que surge do ataque e repulsa do inimigo — o *incursus hostium* — e não o decorrente de obras preventivas de defêza ao ataque quando estas affectam a propriedade privada. Em tal caso já não se trata da força maior e sim de uma desapropriação por utilidade publica.

Não assim as requisições militares em tempo de guerra que são sempre dannos de guerra, quer sejam feitas a particulares, quer ás municipalidades, pois que constituem caso de força maior.

E' esta entre nós doutrina consagrada (*^{ow}).

Tratando-se deste assumpto importa bem distinguir a *indenhição*, que é uma recompensa á perda da propriedade por utilidade publica, da *reparação* por actos offensivos aos direitos privados, Esta ultima, desconhecida no direito romano, é um direito novo oriundo do respeito ao individuo e á

(4047) Nestas ultimas precisa-se distinguir a guarda ou retenção de mercadorias inda que para o pagamento de impostos, pois que então trata-se de um acto de gestão e por isso os dannos soffridos devem ser indenhiados.

0»048) RICCI, n. 303.

(4049) £>z>. *Civ. Recoptl.*, art. 1021 § 2."

independência de seu concurso para o surto da comunidade

(4050)

Muito se discute si essa reparação é matéria de direito publico ou privado. Dada a divisão dos actos de governo por nós aceita, a solução lógica é a divisão da matéria entre o direito publico constitucional que regula os actos de soberania e o direito civil em que entram todas as controvérsias sobre o património. Todavia entre nós é sempre o Estado accionado no foro commum.

Bem poucos Códigos Civis tratam de regular a matéria dos danos dos empregados públicos e estes mesmo tão imperfeitamente que não extinguem as discussões sobre a responsabilidade civil do Estado (4051).

Não é nosso intuito aprofundar essa matéria vasta e remettemos o leitor ás obras especiaes (4052).

T-44.— Entre os casos de responsabilidade indirecta contempla-se ainda a dos mestres de officio, professores de arte ou sciencia, directores de estabelecimentos de educação, pelos aprendizes, discipulos ou alumnos confiados a sua guarda

(4053)

Já temos, ao tratar da responsabilidade dos pães e patrões, tocado em alguns pontos que interessam a alguns dos responsáveis ora considerados. Tal, por exemplo, o director de estabelecimento de educação.

Os Códigos e tribunaes são ordinariamente mais rigorosos para com o patrão e mestres do que para com os pães.

Ha para isso razões aceitáveis.

Por isso mesmo que os pães não podem escolher seus filhos, deve-lhes ser sempre licito demonstrar a impossibilidade de impedir seus actos danosos. Ora, fssso não se pode dar

(4060) GiORGJ, *ob. cit.* V, 170.

(4051) *Dir. Civ. Recopil.*, art. 10 21 *cit.*; C. Civ. Port., arts. 2399-2403; Cod. Civ. Arg., art. 1112 ; C. Fed. Suíaso, art. 64; C. Civ. Allemão, arts. 839e segs.; Proj. C Rod., art. 1201.

(4052) A litteratura jurídica nacional possui hoje um verdadeiro monumento na *Responsabilidade Civil do Estado* de AMARO CAVALCANTI. O leitor curioso ahi encontra um resumo completo da grande controvérsia jurídica feito com methodo e clareza inimitáveis.

(4053) Proj. Fel., art. 662 ; Proj. C. Rod., art. 1197 § 4 ; Proj. Bevil., art. 1526 n. IV; C. Civ. Fr., art. 1384; Uai., art. 1153; Hesp., art. 1903; do Chile, art. 2320; Argentino, art. 1117.

com os que têm a livre escolha de seus dependentes quaes-quer ("•*).

É, porem, do intuito da lei que o alumno ou aprendiz es* seja permanentemente com o mestre, ou basta que com elle permaneça algumas horas? Uns civilistas exigem que a permanência seja continua (*^{oM}). Pensam outros que a responsabilidade é limitada ao tempo em que taes indivíduos estejam sob a guarda e direcção daquelles superiores, qualquer que seja sua idade (*^{oM}).

Esta nos parece a opinião mais razoável.

Ainda mais: é preciso que o encargo de mestre não seja puramente technico ou ministrado em alguns momentos em qualquer estabelecimento, mas que elle conserve sobre o alumno ou aprendiz uma superintendência quasi paterna, relativa a própria educação moral.

Entretanto não é necessário que os discípulos e aprendizes sejam menores, e a responsabilidade existe, quando mesmo maiores sejam.

EUa nasce do dever de vigilância que por sua vez decorre da convenção tacita em virtude da qual, quem pede a instrução, submete-se á autoridade (*^{oM}).

Apezar de tudo, a culpa dos mestres, professores e directores de estabelecimento de educação, como a dos demais casos da responsabilidade indirecta até agora por nós considerados, pode ser derimida provando elles que empregaram toda a diligencia e precaução para que o danno não se effectuasse.

745—São também responsáveis indirectamente os que houverem gratuitamente participado do producto do crime até a concurreute quantia (^{WM}). E' o caso mais grave da responsabilidade indirecta, pois que não se derime a culpa, como nos anteriores, pela prova deter empregado a diligencia para que o danno não existisse.

(4054) RosSEL, *ob. Cit. H. 87.* (4056)

AUBRT ET RAU, § 44? HOÍa &

(4056) LAROMBIERK, 1384, 17; RICCI, *ob. cii. n. 282*; GioRQf, *ob. cit. V, 270.*

(4057) Cits. LAROMBIERE, e GIORGI : LAURENT, XX. 566. Era contrario, SOUR-DAT. n.~877.

(*>5p) *D ir. Civ. Recopil., art. 100 4 § tf\ C. Civ. do Chile, art. 1316: Proj. Bevil., art. 1526 n. V.*

746—Aquelle que pagar o danno causado por outro tem o direito de regresso contra este para reaver o que pagou ?

A primeira vista o direito de regresso parece absurdo.

Com effeito, si o obrigado indirecto provou que empregou toda a diligencia e precaução, claro é que dirimiu a culpa, deixou de ser obrigado e pois não se trata de condemnção nem de regresso.

Si ao contrario, não fez tal prova, ha culpa pessoal e si esta existe, não se comprehende como possa existir tal regresso (^{WM})J

Entretanto muitos Códigos o permitem, exceptuando somente o pae quando compõe os dannon praticados pelo filho
(1060)

Um outro caso em que não nos parece ser permittido o regresso contra o autor do danno é quando elle é menor, demente, incapaz emfim (^{WM}).

A razão da disposição dos Códigos está nos princípios por nós expostos : é que a responsabilidade indirecta repousa também na culpa própria, ou *in vigilando* ou *in eligendo*, e esta não cobre a culpa directa do autor do facto dannoso.

Como tal.o culpado indirecto ê solidário com o autor directo do facto illicito. Ora, não se pode admittir solidariedade sem o direito de regresso.

747—O dono ou detentor do animal deve resarcir o danno por este causado, si não provar que o guardou e vigiou com o cuidado necessário, ou que foi o animal provocado por outro.que houve imprudência do offendido, ou força maior (*^{OM}).

A responsabilidade repousa aqui na obrigação da custodia eo proprietário não se subtráea ella fazendo o abandono noxal do animal que causou o danno, como no direito romano.

(4009) SOOBDAT, *ob. Ctt. us. 768 e 881.*

(4060) c. Civ. Hesp., art. 1904 ; Arg , art. 1123 ; Fed. Suisso, art. 63 ; do Chile, art. 2325 ;Proj.C. Rud., art. 1204 : Proj. Bevil., art. 1529;Rossel, n. 87.

(4001) HUDBLOT ET METMAN, *ll. 471.*

(4002) *Dir. Civ. Recopil., art. /O/S/C.* Civ. Fr., art. 1385 ; C. Civ. Ital., art. 1154; C. Civ. Port., art. 2394; C. Civ. Hesp.; art. 1905 ;C Civ. do Chile, arts. 2326; C. Civ. do Hayti, art. 1171 ; C. Civ. Argent., arts. 1124 esegs.; C. Civ. da Sardenha, art. 1503; C. Civ da Áustria, art. 1320 ; C. dos B. de Montenegro, art. 582 ; C. Fed. Suisso, arts. 65 e 66 ; C. Civ. Ali., arts. 833e 834 ; Cod. de Saxe, arts. 1560 e 1561 ; C. da Prússia, I, 6 §§70—78; Proj. Fel., art. 665: Proj. C. Rod.. art. 1205 ; Proj. BevU., art. 1532; Cod. Civ. de Nápoles, art. 1339; Cod. Civ. da Holl.,art. 1404.

Hoje a acção para a reparação deste danno, como de todos os *ex delicto*, é pessoal contra o dono ou detentor e não real contra a cousa.

Naquella legislação a responsabilidade tinha por fundamento a qualidade de proprietário ; modernamente domina a idéa de culpa *in vigilando* e portanto se a estende ao simples, detentor.

De modo que si uma cocheira tomar a trato um animal, responderá pelos danos por elle causados, posto que seja outro o seu proprietário.

Só pelo facto de ser alguém dono do animal, é presumido em culpa pelo danno por elle causado. O detentor embora não dono está nas mesmas condições em caso análogo.

A responsabilidade de um e de outro, porem, não é cumulativa e sim alternativa, cabendo áquelle que tinha o animal sob sua guarda e vigilância na occasião em que causou o danno (*•").

O animal fugido que occasiona um danno ainda obriga o dono ou detentor, porque o facto da fuga já é uma falta de vigilância (^{w1*}). O mesmo se dá quando o animal faz o danno em serviço de terceiro por conta do dono, sendo então a culpa dupla como dono e como committente í*⁰⁸⁵).

Si, porem, servir-se alguém do animal por conta própria, como o usufructuario, o locatario, etc. então cessa a responsabilidade do dono para recahir no usufructuario, ou locatário, etc.

Estes, porem, terão regresso contra o dono, si o danno decorreu de vicio antigo e occulto do animal í*⁰⁶⁶).

Os danos dos animaes podem se dirigir aos campos e productos da lavoura, a outros animaes, a pessoas, etc.

A lei moderna refere-se a animaes domésticos e não mais distingue estes dos ferozes, como o direito romano (*°"). Nada, porem, inibe de se estender a responsabilidade a quaesquer animaes que o homem tenha junto á sua habitação, sob seu poder, embora não pertençam aos três typos dominantes do animal domestico—o cão, o boi e o cavallo. Taes são os coelhos e lebres, os pombos, as abelhas, etc.

(4063) AUBRY ET RAU, § 448 «ota 12 ; COLMET DE SANTE9RE, V, 366 bis T ; SOURDAT, ob. Cít. 1430.

(*••*) DSMOLOMBE, VIU, 619.

(^{106B}) LABOMBIERK, 1358, 8.

(¹¹*) GIORGI, ob. cit. V, 18J.

(^{kWI}) Só conhecemos dois Códigos modernos, o do Chile, art. 2327 e da Arg., arts. 1124 e 1129 que mentem essa distincção, alias sem valor, porque fa ?em recahir o danno occasionado pelos ferozes ainda sobre o dono ou detentor.

Destes também podem se originar danos e sobre elles devem também o proprietário e detentor exercer toda a vigilância e cuidado^(40M).

Basta, pois, na propositura da acção, que o prejudicado prove quem seja o dono e o detentor do animal, domestico, ou feroz. I

IUide a acção do offendido liberando de culpa o dono ou detentor a prova: a) de força maior; b) ou de imprudência do prejudicado; c) ou de ter sido o animal excitado ou provocado por um outro ; d) ou de ter guardado e vigiado suficientemente o animal^(w*9). ^

Qualquer desses meios é liberatório da culpa e portanto não se discute entre nós, como na doutrina e jurisprudência francêzas, si é necessário que o proprietário prove somente sua diligencia, ou si, além desta, precisa provar o fortuito ou a força maior.

A provocação de um outro animal obriga seu dono e desobriga o do provocado, si este na repulsa produziu qualquer danno (*•").

748.—O dono de um edificio ou de uma construcção responde pelos danos resultantes de sua ruina, si esta provier de falta de reparação cuja necessidade era manifesta

f*) Edificio ou c(msíntccção*dizemos, empregando este ultimo vocábulo em um sentido bastante amplo para comprehender uma obra qualquer, emprehendida por um proprietário (*cw). I

Essa responsabilidade começa do dia em que a obra está acabada e entregue ao dono, salvo a este o regresso contra o constructor, si entender que o vicio de construcção decorre do facto deste O-

(*68) LAURENT, XX. 628, 637 ; GIORGI, ob. cif. V. 397 ; TOULUER, XI, 316 ; SOURDAT, ». 1148.

(mt) LAROMBIRRB. 1385, 15; GIOBGI, ob. ctt. V, 400—402.

(»070) j_ 1 §11, §7 e 1. 5 D. si quadrúpedes. Sobre essa matéria de danos a animaes. consulte-se com vantagem SOURDAT, HS 1407—1450.

(**") Dtr. Cív. Recopil. art. 1019 ; Proj C. Rod. art. 1206 ; Proj. Bevil., art. 1533 ; Comp. Cods. Cív. : Fr., art. 1386 ; Ital., art. 1155 ; Port., art. 2395 ; Hesp., art. 1907 ; do Chtle, arca. 2323 e 2324 ; do Hayti, art. 1172 ; Aim» 1132 9 segs. muito completo a respeito ; C. dosB. de Montenegro, art. 584 ; Fed. Suíço, arts, 67 e 68 ; Allemão, art. 836 ; C. de Saxe, art. 351 ; C da Áustria, art. 343 ; C. da Prússia I, 8 §§ 36, 37 e I, §§ 10 e begs.

(wnt) ROSSBL, ff 89 em contrario opina pela interpretação restricta.

(M1) SOURDAT M. 1153 bit.

A responsabilidade de que aqui se trata depende da prova que a victima do accidente deve fazer de certos requisitos. Taes são: a falta de reparação, ou vicio de construcção, ou violação de posturas municipaes.

A prova é fácil e acha-se no próprio accidente — *in re ipsa*—porque jamais se viu cahir uma construcção que tenha obedecido rigorosamente ás regras technicas (*⁰⁷*).

Si a propriedade do edificio é de um e de outro é o usufructo, é o proprietário o responsável, com direito regressivo contra o usufructuario, si este estava em culpa de effectuar as necessárias reparações, ou avisar o proprietário para effectual-as.

Além disso, o proprietário está sempre em culpa si não avisou o usufructuario para realisar as reformas e reparações precisas (*•").

Mas o proprietário tem regresso contra o usufructuario si este não permittiu os reparos, ou não o tiver avisado do perigo

/40W\

Essa responsabilidade© para com os vizinhos ou passeantes accidentaes, não porem para com o usufructuario, porque este é obrigado ás reparações. Entretanto deve o usufructuario ser indennizado do vicio de construcção anterior ou usufructo.

jfc, Claro é que esta responsabilidade é excluída pela prova de força maior, ou pela falta de prova de seus requisitos pela victima do accidente (*⁰⁷⁷).

749.—Aquelle que habita uma casa ou parte da mesma responde pelo danno causado pelas cousas que delia cahirem ou forem lançadas em lugares não destinados para isso. E' o que os romanos chamavam acção *de effusis et dejectis* (⁴⁰¹⁸).

Aqui não se exige a qualidade de proprietário ; basta habitar a casa ou parte delia a qualquer titulo.

As cousas que cahem dos prédios também podem provir de vícios de construcção, como uma janélla, uma porção da ca-

(tm) HUDELLOT ST METMAN, H. 494.

(Mis) HUDBLOTBT METMAN, n. 495. *Dir. Civ. Recopil.*, art. 1019.

(^{ira}) LAROMBIEKE, 1J86, 2 ; AUBRT ET RAU, § 448 nota 15; SOURDAT, *.

Ji7l.

(*⁰¹⁷) Sobre o assumpto consulte-se SOURDAT, ns. 1451 —1486.

(*«») C. Civ. Hesp., art. 1910 ; do Chile, art. 2328 ; Arg., art. 1119 ai. 3^a ; Proj. C. Rod., art. 1210; Proj. Be vil. t art. 1534.

liça das cimalthas, etc. As cousas lançadas de que faliam os códigos comprehendem as aguas servidas, detritos de toda a ordem, bem como quaesquer outros objectos que possam ser perigosos aos transeuntes.

Os casos de *effusis cl dejeclis* vão desapparecendo dos Códigos, pois que a perfeição da policia municipal das ruas vae os tornando felizmente estranhos á civilisação moderna e cada vez mais excepçionaes. Os hábitos do asseio pessoal augmentam o pudor de exhibir ao publico tudo quanto demonstre sua infracção. Tornou-se isso de tal modo um critério moderno que a medida do progresso de uma localidade é o asseio de suas vias urbanas.

Neste assumpto é que teria lugar a questão mui debatida na Europa si o proprietário das fabricas que diminuem o valor dos prédios visinhos com o fumo, as exhalações, o constante ruido das machinas, etc, é obrigado a resarcir o prejuízo.

E' matéria ainda não debatida entre nós no dominio pratico e parece condemnada ao silencio ainda por longos annos.

Com pezar o dizemos. Para não deixar, entretanto.de dar nossa opinião, negaríamos ao visinho o direito de qualquer reparação pelos motivos expostos. Falta no caso a culpa, emquanto que ao contrario aquelles males são inherentes ás fabricas. Fazer funcionar as fabricas é o exercício de um direito e não ha outro meio de exercel-o sinão com os inconvenientes especiaes ao seu funcionamento. Demais, o regimen industrial a que se ligam os interesses superiores do proletariado e do capital não se pode ver entravado pela anarchica discussão de direitos de indivíduos isolados ("").

750—RESPONSABILIDADE MIXTA. Além dos casos de responsabilidade directa e indirecta, outras existem de character mixto, fundados em culpa contratual e delictual.

Tal é o caso dos hoteleiros e estalajadeiros, que são sempre considerados como depositários necessários por si mesmos e por força da profissão que exercem (*⁰⁸⁰). Elles respondem

í*⁹) O contrario resolve o Cod. Civ. Hesp.,art. 1908. Vide C. Civ. Argentino, art, 1J33 e o Proj C. Rud., art. 1207.

(*^o«^o) RAMOS, *ob. cit. ns. 52 j e 553* ; *Dtg. Pott. Ill, 728* ; C. DA ROCHA, § 788; Proj. Bevil., art. 1286; C. Civ. Port. art. 2381; Arg., arts. 1118 e 1120.

pelos furtos e roubos commertidos pelas pessoas que empregam ou admittem em suas casas (^{4MI}).

Essa responsabilidade, porem, cessa desde que provem que os factos dannosos aos hospedes, viajantes, ou freguêzes, não podiam ser evitados, por ter occorrido força maior, como assalto ou escalada para o interior da casa, roubo á mão armado ou casos semelhantes (^{40m}).

A responsabilidade dos hoteleiros é de utilidade publica.

Já o direito romano dizia:—*Máxima utilitas est hujus edicti, guio, necesse est plerumque fidem eorum sequi el res custodice eorum committere* (^{40BS}). Ella começa no momento em que o viajante penetra no hotel e nelle deposita seus effeitos em mão do hoteleiro ou de seus ser viçaes (*o**).

751—A responsabilidade civil é independente da criminal.

As acções respectivas podem, pois, ser intentadas simultânea ou successivamente. Não se poderá, porem, questionar sobre a existência do tacto e sobre quem seja seu autor quando essas questões se acharem decididas no crime (^{40M}).

Todavia aquelles que a lei criminal considera não criminosos, isto é, que não podem ser punidos nos termos do art. 27 do Código Penal, ficam por seus bens sujeitos á satisfação do mal causado. Si, porem, o acto ou omissão contrario á lei penal é justificável, não resulta obrigação de indennisar o da-ppo (^o).

Si a acção de dannos não está ligada a um crime punido em direito penal, é uma acção pessoal e como todas desta espécie prescreve em trinta annos. Si ao contrario decorrer de um crime previsto e punido, prescreve com elle C^{*087}).

(^{40M}) RAMOS, *hs.* 555-558; *Dig. Port.* III, 730; Proj. Bevil., art. cit. ai. 2.a

(^{*0M}) Proj. Bevil., art. 1287; AUBRY ET RAU. § 406 nota 9; GIOHGI, *ob. cit.* V, 278 e segs.; SOURDAT, *ns.* 930 e segs.

(^{*083}) I. 1 § 1 /}. *tiaulce coupon.*

(^{40M}) Cit. SOURDAT, n. 941.

(^{*08B}) *Dir. Civ. Recopil.*, arts. 1012 e 1013; Cod. Civ. Arg., arts. 1096 e 1102; Proj. Fel., art. 659; Proj. Bevil., art. 1530.

(MM) *JD/r. Civ. Recopil.*, art. 101} e%%.

(^{*08t}) MANGIN, *De l'adi OH publique*, n. 363; SOURDAT, *ob. cit.* n. 178.

752—O direito de exigir a reparação do danno e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. A acção pode ser exercida pelos herdeiros do lesado contra os do delinquente.

As excepções a esse principio são de ordem legal e, portanto, previstas por lei (*⁰⁸⁸).

Esse principio tem origem exclusiva no direito canónico, pois que o direito romano considerava a reparação como pena e por isso de applicação pessoal (*⁰⁸⁹).

753—Nossas leis não fixam regras acerca da liquidação das obrigações resultantes de actos illicitos sinão em casos muito limitados.

Em sentido contrario procedem outros Códigos (^{M9o}).

Todavia é essencial não deixar sem um critério questão de tanta importância. Eis porque procuraremos fixar algumas regras com o apoio de autoridades respeitáveis e de leis esparsas.

I—A indemnisação no caso de homicidio consiste : *a*) no pagamento das despêzas com a tentativa de cura do fallecido, seu funeral e luto da família ; *b*) na prestação de alimentos ás pessoas a quem o defunto os devia (^{40M}).

II—No caso de ferimento ou outra offensa á saúde, o offensor indennizará as despêzas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença e pagará além disso uma somma igual á multa do grau médio da pena criminal. Essa pena será duplicada si do ferimento resultar aleijão ou deformidade O.

Si o offendido, aleijado ou deformado for mulher solteira, ou viuva que inda poderia casar, a indennisação consistirá em dote proporcional ás posses do offensor, ás circumstancias da offendida e á gravidade do defeito (^{40M}).

(^{10M}) T. DB FREITAS a C. TELLES, *nota 861* ; Proj. Fel., art. 656 ; Proj. C. Rod. art. 1196; Proj. Bevil., art. 1531 ; C. Civ. Port. art. 2366 ; Cod. Civ. Arg., art. 1098 ; SOURDAT, M, 53; *Consol. das Leis, art. 810*.

(*⁰⁸⁸) MACKELDET, § 48j ; HUDELLOT ET METMAK, H. 482.

(Vm\ c. Civ. Port. arts. 2382—2392 ; C. Civ. Arg., arts. 1984 e segs. ; Proj. Fel., art. 666 esegs.; Proj. C. Rod., arts. 1220 e segs. Proj. Bevil., arts, 1543—1559.

(^{WM}) *Dig. Port. I, SOS-5io* ; Proj. Bevil., art. 1543.

(WW)_{DIRI PorL i_t sn-517}; Proj. Bevil. art. 1544 § 1.»

(*^oW) *Dig. Port. I, 518*; Proj. Bevil., cit. art. § 2.º

Si da offensa resultar defeito que impossibilite o offendi-do de continuar no exercício de sua profissão ou officio, ou diminua o valor de seu trabalho, a indennisação comprehenderá, além das despèzas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, uma pensão correspondente ao valor do trabalho impossibilitado ou reduzido (^{km}).

Estas disposições applicam-se ainda ao caso em que a morte ou lesão tenha resultado de acto considerado crime justificável, comtanto que não fosse praticado pelo offensor na repulsa de agressão da pessoa offendida f^{*095}).

754.—No caso de restituição da cousa, far-se-á esta da própria cousa com indennisação dos deterioramentos, e na falta delia, de seu equivalente (⁴⁰⁹⁵). E' esta a indennisação em forma especifica que a lei prefere á indennisação de perdas e danos. Ella tem por fim collocar o prejudicado nas mesmas condições em que estaria si o facto illicito não houvesse occorrido.

Si a cousa estiver em poder de terceiro, este será obrigado a entregal-a havendo a indennisação pelos bens do delinquente («•").

Para se restituir o equivalente quando não existir a própria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário e pelo de affeição, comtanto que este não exceda á somma daquelle

/W98\

755.— Os médicos, cirurgiões, pharmaceuticos, parteiras e dentistas devem satisfazer o danno quando por imprudência, imperícia ou negligencia no exercício de sua arte ou profissão resultar a morte, ferimento ou inhabilitação ao serviço (^{hm}).

Os pharmaceuticos devem responder solidariamente pelos erros e enganos de seus prepostos (^{*100}).

(^{*094}) *Dig- Port.* cit. na nota 3397; Proj. Bevil., art. 1545.

(^{*095}) Proj. Bevil., art. 1546.

(^{*096}) *Consol. das Leis*, art. 802; C. Civ. do Canadá, art. 1200; C. Civ. AU., art. 848.; Proj. Bevil., art. 1547.

(^{*097}) *Consol. das Leis*, art. 803; Proj. Bevil., art. 1548.

(^{*W8}) *Consol. das Leis*, art. 804; Proj. Bevil., art. 1549.

(^{*099}) Proj. Bevil. art. 1551. Isto è consequência da liberdade profissional. Const. art. 72 n. 24.

(^{*00}) Proj. Bevil. art. 1552.

Talvez pareça que essas disposições sejam restrictas aos casos enumerados. Se nos afigura, porem, que o interesse social se oppõe a essa interpretação restrictiva.

Si a regra dominante nas obrigações *ex delicto* é o danno aos direitos de outrem, ainda por negligencia ou imperícia, não vemos como possam fugir ao dever de reparação o advogado que por maus conselhos ou incapacidade comprometta direitos de seu constituinte; o tabellião que por omissão ou negligencia dê causa á nullidade de instrumentos em que as partes procurem firmar direitos e casos semelhantes.

756.—A indennisação por injuria ou calunnia deve consistir na reparação do danno que delias possa resultar para o offendido.

Si este não puder justificar seu prejuízo material, o offensor deve pagar a multa do grau máximo da respectiva pena criminal f¹⁰¹).

757.—A' pessoa do sexo feminino, offendida em sua honra assiste o direito de exigir do offensor, si este não quizer ou não puder reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente á condição e estado da mesma offendida: o) si, sendo virgem emenor, fôr deflorada; 6) si, sendo mulher honesta for violentada, ou aterrada por ameaças; c) si for sedusida com promessas de casamento, inda que seja maior; d) si for raptada (*^M). Nos outros casos de crimes de violência carnal ou de ultrajes ao pudor, a indennisação será arbitrada judicialmente (^{4,03}J).

A indennisação á mulher sedusida é uma excepção ás duas regras— *volenti non fit injuria* e *verno de improbilate sua consequitur actionem*—em prol da moralidade da família e da pureza feminina (^{MM}).

(4101) p_{ij} Bevil.,art. 1553.

(Moi) Proj. Bevil.art. 1554. (^{MM})

Proj. Bevil.. art. 1555.

(^{MM}) C. Civ. AU., arts. 825 e 847 ; GIACOBONB, / *diritti delta áonna sedotta*, pt.

758—A indennisação por offensa á liberdade pessoal deve consistir no pagamento de perdas e danos (*¹⁰⁵). Conside-ram-se offensivas á liberdade pessoal; *a*) o carcera privado ; *b*) a prisão por queixa ou denuncia falsa e de má fé ; *c*) a prisão i llegal.

No caso de prisão illegal só a autoridade que a decretou é a obrigada a indennisação (^{4thM}).

759—Em todos os casos em que se tratar da satisfação de danos, esta comprehenderá não só os juro ordinários, os quaes se contarão na proporção do danno causado e desde o momento do crime, mas também os juro compostos (^{M07}).

760—A indennisação será a mais completa que for possível ; em caso de duvida será sempre^a favor do offendido. Para esse fim, quando não existam regras prefixados por lei ou por costumes, o mal resultante para a pessoa ou bens do offendido, será avaliado por árbitros em todas as suas partes e consequências (^{im}).

(*io«) *D/g. port. l.*, 523,525 e 526; Proj. Bevil, art. 1556. (MO») *Digi Porti i*, 524; Proj. Bevil., art. 1553. (*'<"') *Consol. das Leis*, art. 805 ;Proj. Bevil., art. 1550. (*,oe) *Coesol. das Leis. att.* 801; *D ir. Civ. Recepil.*, art. 1006; Proj. Bevil., art. 1559.

JL-

J§5

CONTEÚDO DOS CAPÍTULOS

CONTEÚDO DOS CAPÍTULOS

TITULO I

I INTRODUÇÃO GERAL AO ESTUDO DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

DO CONCEITO MODERNO DAS OBRIGAÇÕES

SUMMARIO. — 1—Importância do instituto das obrigações. 2—Dever moral e jurídico. 3—Obrigações no sentido tecnico. 4 —Definição antiga e conceito actual. 5—Posição que occupa o instituto das obrigações no conjuncto do direito civil e em qua differe dos direitos reaes. 6—Fontes das obrigações. 7—Geneze e desenvolvimento do phenomeno da vontade. 8—Identidade do *eu* e similitude social do *meio*. 9—Influência social sobre o laço obrigatório. 10 —Relação do instituto das obrigações com outros ramos do direito em geral. 11 —Objecto das obrigações. 12—Requisitos das obrigações. 13—Indeterminação do sujeito das obrigações. 14 —Divisão das obrigações..... Pag. 1

I CAPITULO II

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS OBRIGAÇÕES

SUMMARIO. — 15—Difficuldade do estudo da evolução do direito independente da evolução geral da Humanidade, 16—Typo a seguir neste estudo. 17—Evolução das obrigações. 18—A obrigação primitiva. 19—Verdadeiro inicio das obrigações. 20—Período theocratico. 21 — Civilização grega. 22 —System atisação romana. 23 —Época dos bárbaros. 24—Transição feudal. 25—Inicio da época moderna. 26—A dictadura monarchica do occidente. 27—Os economistas. 28—Código Civil Francis e outros. Tentativas de Código no Brasil. 29—Lugar que nos differentes Códigos occupa o instituto das obrigações. 30— Classificação externa dos institutos de direito. . ■ . . • • Pag. 22

TITULO II

MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

DAS OBRIGAÇÕES NATURAES

SUMMARIO. 31 —Obrigações quanto a sua origem. 32 — Duvidas sobre o conceito das obrigações naturaes. 33 -As mesmas duvidas vêm do direito romano. 34— Idéa romana sobre as obrigações naturaes ao tempo de Justiniano. 35—A *soluti reientio* como critério. 36—Classes das obrigações naturaes admittidas. 37— Syslemas das legislações modernas. 38—Direito brasileiro. 39—Criterium das obrigações naturaes na legislação pátria. 40 —Irretratibilidade do pagamento feito para solver obrigação natural :*fus retentlonis*. 41—Obrigação natural resultante de acto nullo. 42—Compensação de obrigações naturaes. 43 — Novação em obrigações naturaes. 44—Resumo da matéria Pag. 58

CAPITULO II

DAS OBRIGAÇÕES DE DAB COISA CERTA

SUMMARIO.—45 — Importância do assumpto em direito. 46—0 que seja coisa certo.; importância do assumpto em direito moderno. 47—Como se determinam as prestações indeterminadas. 48—Regra de direito acerca da determinação das prestações. 49 Continuação. 50— O que seja obrigação de dar. 51—A tradição é desnecessária no systemafrancêz. 52— Systema contrario. 53-A tradição no direito pátrio. 54—Regras das obrigações de dar coisa certa. 55—Riscos da coisa nas obrigações de dar. 56 - Regras das obrigações de restituir coisa certa. 57—Acréscimos da coisa a dar ou a restituir. 58—Fructos da coisa devida. 59—Obrigações de dar coisa incerta.....Pag. 70

CAPITULO III

DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER a DE NÃO FAZER

SUMMARIO.— 60—Formas diversas de prestações. 61—Distinção entre obrigações de dar e de fazer. 62—O que abrangem as de fazer e não fazer. 63—Quem é obrigado a prestação nas de fazer. 64 — Influencia da culpa na prestação do devedor. 65 —Prestação que se torna impossível. Prestação pessoal do devedor. 66—Substituição do devedor na prestação. Riscos. 67—Obrigações de não fazer : como se presume nestas a mora..... Pag. 88

CAPITULO IV

""-j DAS OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

SUMMARIO- —68—Obrigações alternativas e conjuntas ; noções respectivas. 69— Natureza da prestação nas alternativas. 70—Em que as alternativas differem das facultativas. 71—Em que differem das condicionaes. 72—Em.que differem .das de género. 73 —Em que differem . .

das com clausula penal. 74—Analogia das obrigações alternativas com as solidarias. 75—Nas alternativas a opção pertence em regra ao devedor. E ff eitos da opção realisada. 76—Qual o momento em que se considera realisada a opção. 77 — Opção do credor ; quando se fixa. 78—Irrevogabilidade da opção. 79—Caso em que as partes se recusem a realisar a opção. 80 — Consequências da opção, 81—A prestação parcial não é admissível. 82—Prestações annuaes. 83—Riscos nas obrigações alternativas. 84 — Prestação da culpa quando a opção é do devedor. 85—Prestação da culpa quando a opção é do credor. 86—Caso em que todas as prestações se tornem impossíveis. 87—Perda ou deterioração parcial da coisa devida em alternativa. 88—Perda ou deterioração por culpado credor. 89—Transferenciada propriedade da coisa devida em alternativa. 90—Pode o credor reivindicar um dos immoveis comprehendidos na alternativa e alienado pelo devedor? 91 —Effeito dos vícios redhibitorios da coisa certa optada Pag. 97

I CAPITULO V

DAS OBRIGAÇÕES CONDICIONAES

SUMMARIO. —92—0 que exprime em geral o vocábulo *condição*. 93 -O mesmo vocábulo em direito de credito. 94—Definição de condição em direito de credito. Seus requisitos. 95—Em que differe do termo, do modo, da demonstração e do aleatório. ^6—A condição não se presume. Condições legaes. 97—Divisão das condições. 98—Figuras jurídicas in compatíveis com a condição. 99—Condições potestativas. 100 — Condições physicamente impossíveis. 101—102—Continuação. 103—Condições juridicamente impossíveis. 104 — *Condição suspensiva*. 105 —Estado do direito, pendente a condição suspensiva. 106—Effeito da condição realisada. Retroactividade. 107—Actos assecutorios do credor, pendente a condição suspensiva. 108—Transmissão do credito condicional. 109—Novação da divida condicional. 110—Disposições novas feitas sobre a coisa alienada com a condição suspensiva. 111—Riscos da coisa pendente a condição. Fructos. 112 —Condição falha. 113—Impedimento da condição pelo devedor. 114—Cumprimento da condição sob forma especifica. 115 Multiplicidade da condição. 116—Indivisibilidade da condição. 117—*Da condição resolutive*. Noção. 118—Effeito da condição resolutoria, 119—A impossibilidade na condição resolutoriã. 120—Na pendência da resolutoria pode o credor pedir a execução. 121 — Como resolver si ha duvida si a condição é suspensiva ou resolutoria. 122—A resolutoria pode ser expressa ou tacita. 123—Riscos da coisa pendente a condição resolutoriaPag. 115

CAPITULO VI

DAS OBRIGAÇÕES A TERMO

SUMMARIO.— 124—0 que é termo. 125—Obrigações sem termo é logo exigível'. 126—Em favor de quem se estabelece o termo. 127—Divisão e espécies de termo. 128—Quando é exigível a obrigação a termo. 129—Quando cessa o beneficio do termo. 120—Caracteres da obrigação a termo. 131—Direitos do credor a termo. 132—Disposições novas feitas sobre a coisa devida a termoPág» 147

CAPITULO VII

DAS OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

SUMMARIO.— 133—Dificuldade deste estudo e sua evolução. 134 — Divisibilidade e solidariedade, semelhanças e diferenças. 135—Situação dos sujeitos activo e passivo nas obrigações divisíveis e indivisíveis. 136—Qual o *critérium* abstracto da divisibilidade e da indivisibilidade. 137—A divisibilidade é a regra nas obrigações. 138—Excepções á divisibilidade. 139—Divisibilidade nas obrigações de dar. 140—Nas obrigações de fazer. 141—Nas obrigações de não fazer. 142—As obrigações divisíveis podem se transformar em indivisíveis pela reunião em um só credor. 143—Posição reciproca dos credores e devedores. 144 — Caso de vários credores e varios devedores. 145—Pluralidade de credores. 146—Sentença proferida contra um só credor ou um só devedor. 147 —Caso em que um só credor receba a prestação ou opere a remissão, a transacção, a novação, a compensação ou a confusão . . . Pag. 154

CAPITULO VIII

DAS OBRIGAÇÕES SOLIDARIAS

SUMMARIO. —148—Noções diversas das obrigações quanto aos sujeitos. 149—O que é solidariedade. 150—A solidariedade não se presume. 151—A vontade unilateral não pode crêar a solidariedade. 152 — Solidariedade legal. 153— A obrigação solidaria pode ser pura para unse condicional para outros. 154—SOLIDARIEDADE ACTIVA O que seja. 155—Característicos da solidariedade activa. 156—O devedor pode pagar a qualquer credor antes de accionado por qualquer outro. 157—Efeito do pagamento realizado a um dos credores 158—Efeitos da novação. 159—Efeitos da compensação. 160—Efeitos da remissão. 161—Efeitos da confusão. 162—Efeitos da transacção. 163- Efeitos do compromisso. 164—Interrupção da prescrição por um dos credores. 165—Suspensão da prescrição em favor de um credor. 166—Da decisão proferida em acção entre um credor eo devedor. 167—Como figuram os herdeiros de um credor no credito solidário. 168—Conversão da prestação solidaria em perdas e danos. Juros da mora. 169—Posição do credor que remitte a divida ou recebe o pagamento. 170—SOLIDARIEDADE PASSIVA; O que seja, característicos. 171—Como figuram os herdeiros de um devedor na divida solidaria. 172—Pagamento parcial, ou remissão obtida por um devedor. 173—Efeitos das modificações da obrigação entre o credor e um dos devedores. 174—Efeitos da impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores. 175—Obrigação de todos os devedores pelos juros da mora. 176—A acção do credor contra um dos devedores não derime o direito de accionar os outros. 177—A coisa julgada entre o credor e um dos devedores pode ser invocada por outro devedor ' 178—Excepções do devedor demandado. 179 — Excepção da remissão. 180—Excepção da confusão. 181 - Excepção da divisão da divida. 182 — Excepção da novação. 183—Excepção da com pensação. 184 —Excepção da transacção. 185—Excepção da prescrição. 186—Renuncia á solidariedade pelo credor. 187— Direito do devedor solvete contra seus codevedores. 188—Rateio da porção do devedor insolvel. 189—Caso em que a divida interessar somente a um dos devedores solidários. 190—Causas extinctivas da divida solidaria. 191

—*Theoria*» *nobre a solidariedade*. 192—Unidade ou pluralidade de obrigação na solidariedade. *Theorins allemães*. 193—*Theoria* dos autores frncôzes. 194—*Theoria* da pluralidade dos vínculos. 195—*Theoria* *ce«* Pag. 175

CAPITULO IX

DAS OBRIGAÇÕES COM CLAUSULA PENAL

SUMMARIO.— 196—A clausula penal é uma obrigação accessoria. 197—Importância primitiva e decadência moderna deste instituto. 198—Clausula penal e multa: diferenças. 199—Diferença da clausula penal da obrigação alternativa. 200 — Em que differe da obrigação facultativa. 201—Identidade com a novação condicional. 202 — O que ca-racterisa a clausula penal. 203—Fins que visa. 204 — Efeitos conforme a applicação. 205—Caso da mora. 206—Taxa da pena convencio- «■», nal. 207 —Clausula penal nas obrigações a termo. 208—Nas obrigações sem prazo. 209 —Efeitos do caso fortuito na clausula penal. 210 "—Influenciado dolo. 211—Pena convencional nos contractos bilateraes. 212—Pode serdi.T.inuida ? 213 — A clausula penal faz indivisível a obri-gação a que é adjecta ? 214—Caso do prestação divisível. 215—Não precisão credor allegar prejuízo para exigir seu cumprimento. 216—Remissão da pena convencional pelo credor é sempre possível . Pag. 230

TITULO III

EFFEITOS DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

NOÇÕES GEBAES

SUMMARIO.—217 —Efeito das obrigações; sentido dessa expressão-218—Causas de extinção das obrigações no direito romano. 219 —Evolução moderna das causas de extinção : Códigos. 220—Efeitos das obrigações entre as partes e sua transmissão a herdeiros. 221 —Promessa do facto de terceiroPag. 252

CAPITULO II

Do PAGAMENTO

SUMMARIO.— *SBCçiox.—Introducção*. 222.—Phazes da evolução do instituto do pagamento. 223—Sentido do vocábulo pagamento ; suas divisões. 224—Pagamento parcial. 225—Requisitos do pagamento Pag- 265

SECÇÃOII.—*Quem deve fazer a pagamento*. 226.—Pagamento feito por terceiro interessado. 227—Pagamento feito por terceiro não interessado. 228—Pode o terceiro não interessado pagar apesar da opposição do devedor ? 229—Quando é valido o pagamento que importa transferencia de domínio. Pagamento de prestações fungíveis. 230—Pagamento feito pelo incapazPag- 276

SECÇÃO III.—A *quem deve ser feito o pagamento*. 231—Pessoas capazes de receber. 232—Espécies de representantes. 233 — O *adjectus soluto* *His causa*. 234—Pagamento feito a terceiro. 235 — Pagamento ao credor putativo. 236— Pagamento scientemente feito ao incapaz. 237—Pagamento ao portador do titulo creditório. 238 — Pagamento feito ao credor depois de ter sido o devedor intimado da penhora do credito..... Pag. 284

SECÇÃO IV. — *Objecto de pagamento e sua prova*. 239—Explicação previa. 240 a 245 -Pagamento em dinheiro. Variações da moeda. 246— Pagamento por pezo e medida. 247 —O devedor solvente tem direito de exigir a quitação. 248 —Perda do titulo quando a quitação consista em sua substituição. 24Q—Quitação nas prestações periódicas. 250—A cargo de quem correm as despêzas da quitação. . Pag. 294

SECÇÃO V.—*Lugar do pagamento* . 251 — Qual o domicilio em que se deve effectuar o pagamento Pag. 304

SECÇÃO VI.— *Tempo em que deve ser feito o pagamento*. 252 — Pagamento nas obrigações puras. 253—Pagamento nas obrigações a termo. 254—Casos em que o credor pode exigir antes do termo. Pag. 307

SECÇÃO VII.—*Mora*. 255—Mora o que seja: suas espécies. 256. —*Mora stlvendi*, ou do devedor. 257—Divisão da mora do devedor. 258 —Mora presumida por lei. 259—Princípios que justificão amora presumida; elemento da culpa. 260—Quando começa a mora do devedor. 261—Mora nas obrigações sem **prazo**. 262—Meios pelos quaes se realisa a **interpellação**. 263—*Mora accipiendi*, ou do credor. 264—0 que a caracteriza ; offerta do devedor. 265—Effeitos da mora. 266—Effeitos especiaes da morado credor. 267—Purgação da mora. Compensação da moraPag. 309

SECÇÃO VIU.—*Do pagamento indébito*. 268-- Princípios dominantes no instituto. 269--Impossibilidade de uma formula geral sobre o enriquecimento injusto. 270—Critério proposto. 271— Concepção romana. 272—Conceito moderno. 273—Quem é obrigado a restituir. 274—Elemento do erro no solvente. 275---Erro de direito. 276—Casos em que, mesmo sem erro, é dada a repetição. 277---Casos em que não se dá a repetição, mesmo existindo erro. 278—Casos especiaes de izenção da restituição. 279—Pagamento do debito de outrem por erro. 280— O adquirente evicto tem restituição? 281— No caso de compensação. 282 —Credito pago duas vezes. 283- —No caso de sentença oondennatoria. 284—Direito de restituição daquelle em cujo nome se fez o pagamento indébito. 285-'-Pagamento indébito feito pelo fiador. 286---Pagamento indébito feito por dois devedores solidários- 287—Reclamação do indébito é acção pessoal ; quem apode exercer. 288- -O que deve provar o autor. 289—Effetto da bôa fé no *accipiens*. 290- Caso da obrigação de coisa certa. 291---Caso das demais obrigações. 292 -Pode-se renunciar a reclamação do indébitoPag. 327

CAPITULO III

DA CONSIGNAÇÃO

SUMMARfO.—293—A consignação não é um instituto exclusivo do direito processual. 294—Relação en*re a consignação e a *mora accipiendi*. 295—Definição, caracteres e effeitos da consignação. 296— Consignação nas obrigações de dinheiro e nas de género. -297—A' consignação deve preceder a offerta. 298—Que condições pode o devedor cppôr á offerta. 299 — Casos em que pode o credor regeiár a offerta. 300...

— Efeitos da rejeição do credor. 301-Condições de validade da consignação. 302-Lugar em que deve ser requerida a consignação. 303--Quando pode o credor levantar o depósito em consignação. 304-Embargos do credor ao depósito. 305-Efeitos da aceitação do credor. 306-Nas obrigações de corpo certo. 307-Consignação nas obrigações de coisa indeterminada. 308--Consignação de imóveis. 309-Consignação de coisa litigiosa. 310-Consignação nas obrigações negativas e nas de fazer. 311-O levantamento do depósito só compete ao devedor . . . Pag. 350

CAPITULO IV

DA SUBROGAÇÃO

SUMMARIO.— 312-Evolução do instituto 313—Natureza e caracteres do instituto. 314—Divisão da subrogação. 315—Em que a subrogação difere da cessão. 316— Subrogação legal ao credor que paga ao coneredor de débito do devedor commum. 317—Subrogação legal em favor do adquirente do imóvel que paga a dívida hypothecaria. 318— Subrogação legal do terceiro interessado que paga o débito. 319 — Outros casos. 320—Subrogação convencional. 331—Subrogação ao terceiro solvente que expressamente recebe os direitos do credor. 322—Subrogação do terceiro que empresta a importância da dívida. 323 e 324—Efeitos da subrogação. 325—O credor originário prefere o subrogado quando este só tem parte no crédito Pag. 365

I

CAPITULO V

DA IMPUTAÇÃO

SUMMARIO. —326—Importância e caracteres da imputação. 327—Divisão da imputação. 328—Imputação do devedor. 329— Imputação do credor. 330—Imputação havendo capital e juros. 331— Imputação legal.....Pag. 395'

CAPITULO VI

DA DAÇÃO EM PAGAMENTO

SUMMARIO.— 332—O que é dação. 333—Elementos constitutivos da dação. 334-Extensão da dação. 335-Não se confunda com as obrigações alternativas, nem com as facultativas. 336--Não implica novação. 337-Analogia da dação com a venda. 338-Quando equivale a cessão. 339-Evicção sofrida pelo credor que recebe a coisa em dação. Pag. 403

CAPITULO VII

DA NOVAÇÃO

SUMMARIO.- 340--Decréscimo da importância deste instituto e suas relações em a cessão. 341-Definição e caracteres. 342-Divisão e nomenclatura. 343-A novação não se presume. 344-E essencial uma obrigação anterior. 345 - Requisito da capacidade. 346-Novação

real ou objectiva e questões que a ella se prendem. 347--348-Novação subjectiva. 349- -Novação entre o credor e um dos devedores solidários. 350-Novação com o devedor principal sem o concurso do fiador. 351— Efeitos da novação..... Pag. 412

CAPITULO VHI

DA COMPENSAÇÃO

I SUM MARIO.--352-Evolução do instituto. 353-Natureza e caracter da compensação. 354—Compensação legal; em que sentido opera *ipso jure*. 355-Extensão da compensação. 356-Caso do pagamento feito por erro por quem podia compensar. 357-Pessoas que podem compensar. 358--Dividas que podem ser compensadas. 359—Liquidez das dividas. 360 — Exigibilidade dos créditos. 361--Caracter fungível das cousas. 362— Dividas reciprocas de cousas indeterminadas. 363—Limitações a compensação. 364-Limitação decorrente da natureza da obrigação ; dividas de esbulho, furto ou roubo, as de deposito 9 commodato, as de cousas impenhoráveis, as fiscaes. 365 — Renuncia previa á compensação. 366--Prejuizo do direito de terceiros. 367-Dividas pagáveis em lugares diversos. 368—Pessoa obrigada por varias dividas compensáveis. 369— Compensação voluntária. 370-Compensação reconvençional. . Pag. 428

CAPITULO IX

DA TRANSACÇÃO

SUMMARIO.--371-Sentido do vocábulo e definição do instituto. 372--Característicos. 373--A transacção é causa extinctiva de obrigações. 374-Requisitos da transacção quanto a capacidade. 375 — Objecto da transacção. 376-A transacção pode ser reforçada com a pena convencional. 377-Indivisibilidade das clausulas da transacção. 378-Interpretação restricta da transacção. 379-Forma exterior da transacção. 380— 381-Efeitos da transacção entre as partes e entre terceiros. 382-Evicção da coisa renunciada na transacção. 383--A transacção não impede o exercício de direito novo adquirido sobre seu objecto. 384--Transacção sobre litigio decidido e não conhecido. 385-Nullidade da transacção quando se verifica que uma das partes não tinha direito sobre seu objecto..... Pag. 460

CAPITULO X

Do COMPROMISSO

SUMMARIO.--386—O compromisso é matéria de direito substancial. 387—Que lugar deve elle ocupar no instituto das obrigações. 388-Definição, requisitos e forma. 389-O que pode conter o compromisso 390-Do juízo arbitral. Quem pode ser arbitro. 391--Extinção do compromisso. 392-Efeitos do compromisso. 393-Da sentença arbitral. 394-Recursos que cabem de tal sentença. . . t.í..... Pag. 478

CAPITULO XI



DA CONFUSÃO

SUMMARIO.- 395-Conceito. 396-Em que differe da compen sarão. 397--Em que differe do pagamento ficto. 398--Fontes ordinárias da confusão. 399- Caso da herança aceita a beneficio de inventario. 400-Confusão nos direitos reaes. 401-Particularidades da cessão e do usufructo. 402-A confusão abrange a divida ou parte delia. 403-A Con fusão só se da no credito principal. 404-Confusão nas dividas solidarias. 405-Confusão nas dividas indivisíveis. 406 -Efeitos da cessação da confusão ' . Pag. 489

CAPITULO XII

DA REMISSÃO

SUMMARIO.- 407-Difficultades da matéria. 408-Definição; precedentes romanos. 409-Objecto. 410- Capacidade. 411-A remissão não é doação, nem cessão ; não precisa ser aceita pelo remetido. 412— Forma. 413-A entrega do titulo faz presumir pagamento ou remissão? 414—Efeitos extinctivos absolutos. 415-Remissão nas obrigações solida rias. 416--Remissão nas obrigações indivisíveis Pag. 498

I

CAPITULO XIII

I

DA PRESCRIÇÃO LIBERATÓRIA

SUMMARIO.- 417-Juízos diversos acerca da prescripção ; seu surto no direito romano. 418-A prescripção no ponto de vista moral e positivo. 419-Conceito unitário da prescripção. 420--Definição Requisi to dabôa fé. 421-Prescripção e prazo. 422-Condições da prescripção. 423-Deve ser sempre allegada. 424-Renuncia da prescripção. 425- A renuncia nas obrigações solidarias e indivisíveis. 426-Terceiros lesa dos com a renuncia. 427--A prescripção e as pessoas jurídicas. 428 — Direito regressivo que surge da prescripção. 429-*Suspensão* da pre scripção : suas fontes.430-431-Casos de suspensão. 432-Suspensão na solidariedade. 433-*Interrupção* da prescripção; princípios dominantes. 434-Casos da interrupção. 435-Por quem pode ser promovida a inter rupção. 436-Prazo da prescripção. 437-Casos da prescripção. 438- Imprescriptibilidade. 439-Prescripção em direito internacional. 440- Efeitos da prescripção ; obrigações naturaes Pags. 510

CAPITULO XIV

I

OBSERVAÇÕES FINAES AO TITULO m

SUMMARIO-441 -Complemento á exposição feita. 442-0 bene ficio de competência em direito romano. 443-0 mesmo instituto em al guns Códigos modernos. 444—Desapparecimento desse instituto e seus vestígios. 445 -A cessão de bensPag. 531

TITULO IV

CONSEQUÊNCIAS DA INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO I

DA CULPA, DO FORTUITO E FORÇA MAIOR, RISCOS, PERIGOS E COMMODOS

SUMMARIO.- 446-Obrigaçõ de satisfazer as perdas e dannos. 447-Idéa vulgar da culpa 448-Culpa no sentido jurídico 449- Culpa contractual e extracontratual. 450—Culpa *in contrahendo*. 451--454--Con-troversia sobre os graus de culpa. 455—457—Doutrina verdadeira. 458— Ao devedor incumbe a prova dos factos exclusivos da culpa. 459—Legislações comparadas. 460— Caso fortuito e força maior. 461 —Podem se dar em todos os departamentos do direito. 462-Excepções ao principio resolutivo por caso fortuito. 463—Quem deve provar o fortuito. 464-Riscos e perigos. 465—Riscos nas obrigações unilateraes e bilateraes. 466-Difficuldade de uma regra absoluta sobre os riscos. 467-So-lução. 468-Applicações. 469-Commodos da cousa . . . Pag. 536

CAPITULO II

DAS PERUAS E DANNOS

SUMMARIO.—470—Pobreza da litteratura jurídica pátria sobre o assumpto. 471—Danno contractual e aquiliano. 472— Que é danno ? Sua divisão. 473—474—0 que comprehende o danno. 475— Os dannos se pedem por acção. 476—Regras da reparação do danno. 477—Dannos moraes. 478---A questão no direito romano. 479—Opinião dos glosadores. 480—Opinião dos antigos juriconsultos. 481—Noção positiva de dannos moraes. 482—Systemas actuaes sobre o danno moral. 483—Systemas, da jurisprudência francesa. 484—485—Systema que acceitamos. 486—Legislação comparada..... Pag. 566

CAPITULO III

DOS JUROS LEGAES

SUMMARIO.—487—Histórico dos juros. 488—Concepção romana e moderna dos juros. 489—Divisão dos juros. 490—Liberdade dos contratantes quanto aos juros convencionaes. 491—492 —Taxa legal. 493—Historia da taxa dos juros. 494—0 juro não é levado a conta do capital em caso algum. 495--0 anatocismo é tolerado !? . . . Pag. 587

TITULO V

TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

CAPITULO ÚNICO

o

DA CESSÃO DE CRÉDITOS

SUMMARIO.—496—O que á em geral a cessão. 497—0 direito romano não admittia a cessão. 498—499—Como a cessão apparecia

no direito romano. 500—DONELUJS foi o ponto de partida da moderna concepção do instituto. 501— Jurisconsultos allemSes. 502—Escolas di versas. 503 —Difficuldades deste instituto. 504—Definição : direitos cediveis e excepções. 505- Pessoas que não podem figurar na cessão. 506— Divisão. 507—Perigo das classificações minuciosas. 508—Cessão *pro so luto* e *pro solvendo*. Figuras jurídicas que se não devem confundir com a cessão. 509-- Cessões necessárias ou legaes. 510 -Cessão judicial. 511 —Elementos de cessão. 512—Laço contratual produzido pela cessão. 513—Cessão em relação a terceiro. 514—Notificação da cessão. 515— Varias cessões do mesmo credito. 516—Effeitos geraes da cessão. 517— Effeitos em relação ao cedente. 518—Dever de consignação e garantia. 519—Effeitos em relação ao cessionário. 520—Direitos do cessionário. 521— Effeitos em relação ao cedido. 522—Excepções do devedor. 523— Cessão de divida. 524—Origens do instituto 525—A cessão de divida é contracto real. 526—Conceito moderno. 527—Cessão de divida hypothecaria Pag. 601

TITULO VI

FONTES DAS OBRIGAÇÕES

I

CAPITULO I

I

Dos CONTRACTOS

SUMMARIO.--SECÇÃO I.—528—Idéa vulgar do contracto. As Religiões. Direito Romano. Garantia primitiva. Evolução moderna. Fundamentos da obrigatoriedade. Especialização das regras. 529--Fundamento philosophico do vinculo contratual. 530-Contracto é um acto jurídico. Noção destes. 531-Em que differe o contracto do acto jurídico. Diferença dos direitos reaes. 532-Proposta e seus effeitos. Preliminares. 533--Consentimento ou aceitação. Preliminares. Contracto preliminar. Pag. 641

SECÇÃO II. — 534-Requisitos do contracto. 535-Capacidade, sua divisão e effeitos. 536--Os menores de 14 annos. 537-Os loucos. 538-- Os surdos-mudos. 539-Os ausentes. 540--O maior de 14 e menor de 21 annos. 541. A mulher casada. 542-Os pródigos. 543-Os embriaga dos habituaes. 544—Pessoas jurídicas : sua capacidade. 545-Relatividade dos casos de incapacidade Pag. 652

SECÇÃO m.—546-Do encontro das vontades gerador do contracto. Forma externa. Consentimento expresso e tácito. 547-Actos nuUos e annullaveis. 548a557-Do erro. 558--Erro do intermediário. O Telegrapho. 559 a 564--Do dolo. F>65 a 572-Da coacção. 573 a 577-Do hypnotismo participando do dolo e da coacção. 578 a 581--Da simulação. 582-Da lesão Pag. 660

SECÇÃO IV—583 - Da proposta por intermediário. Telegrapho. Telephone. Phonographo. 584--Proposta entre presentes e ausentes. 585 -586-Casos em que a proposta deixa de ser obrigatoria. 587-588 -Da retardação da aceitação. 589--Retractação da aceitação . . . Pag. 702I»

SECÇÃO v.—590—Contractos por correspondências. 591 —Sys- * temas. 592—Systema aceito no direito brasileiro.....Pag. 713

SECÇSO VI.—593—Objecto do contracto. 594—Cousas futuras. Pactos successorios. 595—Factos lícitos e possíveis. . . . Pag. 721

SECÇÃO VII.—596-Forma prescripta aos contractos. 597--Lei que regula o contracto quanto ao tempo. 598—Contractos feitos no extran-geiro. 599-Contractos em alto mar. 600--Contractos entre o governo e o particular, 601--Em que o contracto differe da concessão . . . Pag. 727

SECÇÃO Vra. — 602—A causa nos contractos. 603-Obrigaçãõ sem causa, com falsa causa, com causa errõnea ou illicita. 604-Interpretaçãõ dos contractos. 605-Irrevogabilidade dos contractos. 606-Obrigatoriednde dos contractos quanto ás partes, seus herdeiros e successores. 607-Extensãõ da obrigatoriedade. 608--O que seja disti acto. 609-Cla ssificação dos contractos . . . }..... Pag. 733

SECÇÃO IX—610-Actos do devedor em fraude de credores. 611-Annullação desses actos. Requisitos *bl2-Eventus ãamni*, ou Janno pauliano. *613-CoHsilium fraudis* e seus requisitos. 614-Prova dos requisitos da acçãõ pauliana. 615— Que credores podem exercer a pauliana. 616-Actos a titulo oneroso e a titulo gratuito. 617-Obrigaçãõ de terceiro. Caracteres. 618--Obrigaçãõ de terceiro mediato. 619—Caso em que o adquirente paga o preço aos credores. 620— Credor que recebe a divida não vencida. 621-Garantias de dividas não vencidas. 622-Actos que excluem a pauliana por não serem de má fé. 623-A pauliana é pessoal ou real? 624—A revocatoria é acçãõ de nullidade. Consequências. 625- Prazo da prescripção da revocatoria. 626-Da insolvência civil. Pag. 744

CAPITULO II

DOS CONTRACTOS BILATERAES

SUMMARIO. —627»Acto bilateral e contracto bilateral. Natureza do ultimo. Divisãõ em perfeitos e imperfeitos. 628-Um contracto unilaterial pode-se transformar em bilateral. 629--Ha uma ou duas obrigações nos bilateraes ? 630--B' a exacta reciprocidade que caracteriza os bilateraes. 631 -Excepção *non adimpteti contractas*, A quem compete a prova. 632—Essa excepção demonstra a unidade das obrigações nos bilateraes. 633-Excepção *non rite adimpteti contractas*. 634-Do duplo inadimplemento . A quem incumbe a prova. 635—Diminuição do patrimônio; remédio legal. 636--Rescisão. 637-Inadimplemento fortuito e culposo. 638--E' essencial a constituição em mora ? 63°—Da clausula resolutoria expressa. 640--Do pacto commissorio tácito. 541--Continuação; systemas francêz e o suisso-allemaõ. 642-Comparação dos systemas 643-Effeitos da rescisãõ Pag. 762

CAPITULO III

DAS ARRHAS

SUMMARIO.— 644—A concepção de arrhas no direito pátrio. 645 -Nos contractos primitivos. Origem do vocábulo, 646--Em que espécies de contractos tem lugar. Sua natureza contratual. 647--Systemas. 648--Costumes de França, o Código Civil Francêz e outros do meSIAO systema. 649--Direito Pátrio. 650-Arrhas penitenciaes. 651—A's arrhas podem se accumular as perdas e danos ? 652--Arrhas em dinheiro é principio de pagamento. 653~Culpa na execuçãõ. 654-Restitução das arrhas. 655--Enfraquecimento do contracto pelas arrhas. . . Pag. 777

CAPITULO IV

DAS ESTIPULAÇÕES EM FAVOR DE TERCEIROS

SUMMARIO.—656--As estipulações por terceiros canstituem um caso especial. 657-Definição e elementos. 658-0 direito romano não admittia em principio estas estipulações. 659-Excepções praticas do di reito romano. 660-Razão das soluções romanas. 661-Concepção mo derna. Códigos. 662--Evolução francêza desse instituto. 663-Juriscon- sultos allemães. 664—Theoria que somente valida estas estipulações quando ellas são a condição de uma vantagem para o estipulante. 665-- Theoria da offerta. 666--Theoria da gestão de negócios. 667--Theoria da obrigação alternativa e facultativa. 668-Theoria da vontade unilate ral. 669-Relações entre o estipulante e o promittente. 670-Posição do beneficiário. Ponto importante. Sua acção para exigir. O direito romano. 671—Solução moderna. Código Allen.ão e nosso direito *constituendo*. 672—0 direito do beneficiário depende do contracto primitivo e suas mo dalidades. 673—Objecções tiradas do direito de revogação pelo estipu lante e da aceitação do terceiro. Refutação. 674-0 terceiro pôde re- geitar o beneficio. 675--Estas estipulações podem apparecer em uma clausula penal. 676-Excepções de que pode usar o promittente e acção do beneficiário. 67 7 - Beneficiários indeterminados. 678- -Beneficiários futuros. 679—Protecção dos direitos do beneficiário no inventario e na fallencia. 680-Importancia social deste instituto. 681-Desde que ao beneficiário compete pedir execução, o estipulante só pode agir por mandato delle Pag.

CAPITULO V

DOS VÍCIOS REDHIBITOROS

SUMMARIO. - 682-Methododos Códigos sobre a matéria. Ver- dadeiro ponto de vista. 683-0 que sejam vicios redhibitorios. 684-Origem das acções de garantia contra os vicios da cousa. 685--Condições para qualificar-se o vicio redhibitorio' 686-Relação entre a theoria dos vicios redhibitorios e as do erro e do risco. 687-Extensão do dever de garantir os vicios da cousa. 688-A sciencia ou a ignorância do alienante altera sua responsabilidade. 689-Perecimento fortuito da cousa com o adquirente. 690-Da *quanti minoris*. 691--Quando não têm lugar as duas acções. 692- Extincção da obrigação de garantia. 693«-Modo de calcular a redução na *quanti minoris*. 694-Conclusão. Pag.

CAPITULO VI

I

I

DA EVICÇÃO

■

SUMMARIO.— 695—As regras da evicção applicam-se a todos os contractos onerosos. 696-Definição. Casos. Reivindicação das servidões. Requisitos da evicção. 697-Conceito da garantia por evicção. 698-0 direito de garantia pode ser renunciado ou aggravado. 699-Effeitos da renuncia. Restituição do preço. 700-O que deve ser prestado ao evicto. 701-Deteriorações da cousa evicta. 702--Bemfeitorias. 703- Evicção parcial. 704-Chamamento a autoria ou denunciação do litigio

ao alienante. 705-Os herdeiros e sucessores do adquirente têm direito a garantia ? 706-Quando o adquirente não pode demandar a garantia. 707- Extinção do direito de garantia. . ^ * Pag. 818

CAPITULO VII

DOS CONTRACTOS ALEATÓRIOS

SUMMARIO.— 708--Natureza destes contractos. 709-Characterísticos. 710—Em direito romano. 711 --Hm direito moderno. 712—Relações dos contratantes. 713—Cousas futuras como objecto destes contractos. 714-Cousas existentes sujeitas a algum risco . . . Pag. 830

CAPITULO VIII

Dos OUASI CONTRACTOS

SUMMARIO.—715--De que maneira passou o quasi contracto a ser considerado fonte de obrigações. 716-Conceito moderno do quasi contracto. 717—Diferenças do contracto. 718--719-Que espécies comprehende. 720-0 quasi contracto não devia figurar nos Códigos como fonte de obrigação Pag. 835

CAPITULO IX

DA VONTADE UNILATERAL

SUMMARIO.— 721-Os efeitos jurídicos da vontade unilateral decorrem da crescente influencia da moral sobre o direito. 722-Evolução desde o direito romano. 723--Casos legacs de efeitos da promessa unilateral. Códigos. 724--Em que consiste a vontade unilateral. Pag. 841

CAPITULO X

I

DOS ACTOS ILLICITOS

SUMMARIO —725-Difficuldades da matéria. 726-0 que seja delicto civil e sua distincção do penal. 727—Distincção entre delicto e quasi delicto. 728—0 que seja acto illicito. Seu eifeito. Reparação. Solidariedade. 729—*Responsabilidade directa* ; seus requisitos. 730—Do facto imputável. 731—Da culpa. 732- Do danno. Danno moral. Systemas. 733-Character illicito do acto. Excepções. 734- Alguns casos da responsabilidade directa. 735--*Responsabilidade indirecta*. 736-Facto de ou-trem, 737- Obrigação do pae e do marido pelos actos do filho e da mulher. 738- Obrigação do tutor pelo facto do pupillo. 739--Obrigações do patrão, amo, ou committente pelos factos de empregados, serviços ou prepustos. 740-- Responsabilidade das estradas de ferro. 741—Proprietarios e capitães de navio. 742-Extensão da responsabilidade ás pessoas jurídicas. 743-- Responsabilidade civil do Estado. 744—Responsabilidade dos mestres de officio, professores de arte ou sciencia, directores de estabelecimentos de educação pelos actos dos aprendizes, discípulos, etc. 745-Responsabilidade de quem participa do producto do crime. 746--

Regresso de quem satisfaz o danno. 747--Responsabilidade pelos dannon dos animaes. 748--Responsabilidade pelos dannon das construcções. 74Q-Responsabilidnde *de effusis et ãejectis*. Proprietários de fabricas. 750—*Responsaf>iüidade mixla*. Dos hoteleiros. 751--A responsabilidade civil é differente e independente da criminal. 752--O direito á reparação passa a herdeiros. 753-Liquidação das obrigações resultantes do acto illicito. Homicídio. Offensas. 754-Restituição da cousa. 755--Medicos, cirurgiões, pharmaceuticos, parteiras e dentistas 756--Injuria ou calunnia. 757--Offensas ao pudor e á honra femininas. 758--Offen-sas á liberdade pessoal. 759-Extensão que deve ter a satisfação do danno. 760-Quando tem lugar o arbitramento para avaliação do danno. Pag •

857

Apezar do grande cuidado com que foi feita a revisão de nosso trabalho, impossível foi conseguir que elle sahisse escoimado de erros. Entretanto, como estes não são subslanciaesão quasi que exclusivamente lypographicos, deixamos de praticar para com o leitora indelicadeza de uma «errata»— aliás sempre inútil.

*

%
Q



|

J

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)