

Revista Acadêmica

DA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANNO X

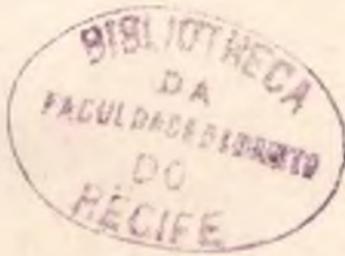
COMISSÃO DE REDACÇÃO

Virgino Marques
Adelino Filho



José Vicente
Constancio Fontual

Augusto Vaz



Imprensa Industrial - Recife

1902

UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA
P 574 | 9-2-51

Barão de Ramalho

O Brazil experimentou profundo e luctuoso golpe, vendo no dia 15 de Agosto de 1902 desaparecer do numero dos vivos o venerando Barão de Ramalho, um dos seus mais notaveis jurisconsultos.

Dedicado desde a sua mocidade ao ensino do direito, o Barão de Ramalho conseguiu por seu estudo e pujante intelligencia occupar as mais elevadas posições no mundo scientifico.

Suas lições foram sempre recebidas com respeito e serão consideradas como uma fonte de saber, onde os advogados e juizes encontram a luz, que os deverá guiar nas luctas judicarias.

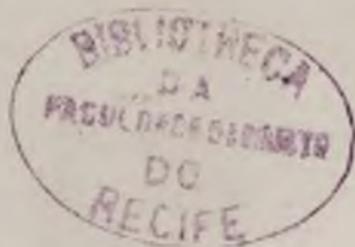
Publicou diversas obras, salientando-se a *Praxe Brasileira*, que o illustre autor do Codigo Philippino apresentou como o trabalho de mais vulto, que em pratica civil têm escripto jurisconsultos brasileiros.

O Barão de Ramalho (Joaquim Ignacio Ramalho) descendo ao tumulo depois de noventa e trez annos de idade, quando ainda occupava o honroso cargo de director da Faculdade de direito de S. Paulo, deixa de sua existencia traços tão vivos, que jamais serão apagados na patria brasileira.

A Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife, pelo obscuro redactor que escreve esta pallida noticia, curva-se ante a memoria do sabio mestre.

Recife, Dezembro de 1902.

DR. AUGUSTO CARLOS VAZ DE OLIVEIRA.





THESE
DE
DIREITO ROMANO

O matrimonio em Roma

« Basta o simples consentimento, independente de outro qualquer facto, para dar-se o casamento ? »

Nenhum povo offerece ao mundo uma historia mais rica e abundante de factos reveladores de grande intuição juridica e instituições mais singulares do que o povo romano, cuja distincção se fez valer sobretudo nas armas e nas letras.

Nenhum povo, formado de elementos heterogeneos como o romano, apresenta instituições politicas e sociaes de tanta originalidade e tanto mais intimamente ligadas entre si nos primitivos tempos quanto é certo que estas instituições encarnadas nas armas e nas letras determinavam, no meio de constantes luctas entre patricios e plebeus, a ligeira distincção do homem do cidadão (civis) e dos direitos naturaes ou civis dos direitos politicos,

É com effeito essa singularidade e originalidade nas instituições romanas se accentuaram especialmente na familia, em cujos direitos se operaram vivamente grandes modificações desde os tempos primitivos de Roma, quando o povo do direito, na bella expressão de J. J. Ampere, conhecia o uso do metal como meio de troca, empregando para esse fim barras de cobre que se pesava ⁽¹⁾, até á queda do imperio do Occidente, á codificação de Justiniano e ás Novellas.

O conceito da familia romana, diz o professor Francesco de Filippis, é duplo : um vastissimo que exprime quanto é reunido e sujeito ao poder juridico de um *civis romanus*, segundo o *jus quiritium*; o outro menos vasto que abrange a unica pessoa sujeita á *potestas*, *manus* e *mancipium* do cidadão romano.

Certamente, refere o notavel professor italiano, «*il ligame che univa giuridicamente i membri della stessa famiglia era pure duplice : civile e naturale, di agnazione e di cognazione: quella ha per fondamento la patria potestas, questa la generazione : quella stringe fra loro gli agnati per un vincolo artificiale e giuridico, questa stringe cognati fra loro per un vincolo naturale di sangue.*» ⁽²⁾

Não padece duvida que se impõe na familia romana a apreciação, não só do seu fundamento natural, como tambem do civil; o que levou Filippo Serafini a dizer com relação ao primeiro que *il fondamento naturale della famiglia è la parentela di sangue ossia ea cognazione.*

(1) Warnkœing—Histoire du droit romain, pag. 25—Bruxelles 1836.

(2) Francesco de Filippis—Corso completo di Diritto Civile Italiano comparato, pag. 190, t. I. Napoli—1887.

A cognação (cognatio), segundo definem Namur e os romanistas em geral, é o parentesco natural, fundado exclusivamente nos laços de sangue.

O illustre professor da Universidade de Liége firmou o seu conceito no fr. 4 § 1 do Dig. (38. 10), em que Modestino diz: «*Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progeneritive sint*».

Filippo Serafini, tratando do fundamento civil da familia — a agnação, refere claramente que *questa é un legame de famiglia puramente giuridico dipendente della rigorosa dominazione del capo di famiglia e dal carattere particolare della patria potestà dei Romani*, e acrescenta que *l'agnazione comprende tutte quelle persone che sono soggette alla medesima patria potestà o che almeno vi sarebbero soggette, se il comun padre di famiglia non fosse morto*.

De accordo com este conceito a agnação (agnatio) vem a ser o parentesco civil fundado na familia romana, cujo poder paterno ou marital é o caracter distinctivo : «*Inter agnatos et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem ; nam qui est agnatus et cognatus est et agnatus est; alterum enim civile, alterum naturale nomen est. Fr. 10, § 4, Dig. (38.10)*.

Fazendo a palingenesia da definição de Gaio e de varios textos ⁽³⁾, Namur a considera justa sob o ponto de vista de serem excluidos da agnatio aquelles que não se acham ligados senão por intermedio de uma mulher (os parentes maternos) e mesmo certos parentes do lado paterno; mas, apreciada litteralmente, a citada definição não é exacta, conforme o professor de Liége demonstra cabalmente

(3) Gaio, 1 § 156 diz : «*Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati*».

para patentear a necessidade de que ella seja completa pelas definições de Ulpiano e Paulo que dizem: «*Agnati sunt per patrem cognati, ex eadem familia. Agnati sunt a patre cognati... ejusdem familiae*».

Entretanto Filippo Serafini, analysando com clareza e brilhantismo a definição dos agnados que Ulpiano nos dá, se expressa assim: «*La qual definizione però manca, secondo alcuni, di esattezza, inquantoché non tutti gli agnati sono eziandio cognati (a patre cognati), essendo agnati anche tutti quelli che per adozione entrano nella famiglia dell'adottante, sebbene essi non sieno legati da alcun vincolo di cognazione col loro padre adottivo*».

D'ahi se comprehende a distincção que os romanos estabeleciam entre agnados e cognados, cujos direitos variavam sobremodo no tocante á successão *ab intestato* e á tutela legitima das mulheres e dos impuberes. Mas aqui vem a pêlo a seguinte interrogação: Porque prevaleceu em Roma durante algum tempo a distincção entre agnados e cognados?

O professor Van Wetter nos responde, com a elegancia do seu estylo e correcção da phrase que lhe é peculiar, que os romanos faziam similhante distincção, porque consideravam o patrio poder e seu equivalente a *manus* como base da familia.

Na antiga Roma, para onde se transportaram da Etruria os *mores majorum*, os costumes concernentes ás cerimoniaes religiosas ⁽⁴⁾, á realza e á di-

(4) Sobre os costumes religiosos diz Accarias: «Os romanos, como todos os povos em sua infancia, comprehendiam as instituições religiosas entre as instituições publicas. Tem-se observado mesmo acertadamente que a principio todas as magistraturas participavam mais ou menos do caracter sacerdotal: é assim que em Roma todas as que foram primitivamente reservadas aos patricios, conferiram o direito e em certos casos impunham a obrigação de tomar os auspicios e offerecer sacrificios. Todavia, a decadencia rapida das antigas crenças populares trouxe promptamente o desuso de uma parte do di-

visão das tribus e curias, do Latio os costumes agrícolas e dos Sabinos os costumes guerreiros, aquella distincção era capital, porquanto os cognados eram considerados como extranhos á familia civil, de modo que a partir da lei das XII Taboas ⁽⁵⁾ os agnados succediam *ab intestato* por exclusão dos cognados e, o que é mais, sómente elles eram chamados á tutela legitima das mulheres e dos impuberes. ✓

reito religioso, a que tinha por objecto o estudo das formulas e dos ritos.

E' tambem attestado por Cicero (De orat. III, 33) que em seu tempo não se estudava mais o direito pontifical, enquanto que antigamente, segundo informa o mesmo auctor (De divin I 41), um senatus consulto tinha exigido que se conservassem constantemente em cada povo etrusco seis filhos de patricios para prepararem-se na arte da adivinhação (Tacito, Annal XI 15). Apesar deste enfraquecimento das crenças, a religião se manteve como instituição official, e o direito religioso, ainda que enfraquecido, subsistio. Mas, como as religiões antigas não impunham symbolo, não prendiam o pensamento, esta confusão do estado e da religião não produziu na epocha pagã as consequencias funestas que desenvolveu depois. A victoria do christianismo deveria logicamente tel-a feito desaparecer. Mas, por instincto, os Imperadores christãos a conservaram, afim de dominar a religião e fazer d'ella um instrumento de governo; e o clero christão não duvidou acceital-a, esperando por sua vez dominar o poder publico e apoderar-se da direcção moral da sociedade. Eis porque Justiniano poude conservar a definição que Ulpiano dava de *jus publicum* e comprehender tambem o direito religioso na jurisprudencia». Os romanos tambem tinham um culto que, segundo refere Sunner Maine na sua excellente obra — *Etudes sur l'ancien droit*—se dirigia aos Lares e aos Penates. Suas imagens de argila ou de metal collocavam se no logar mais retirado da casa *lararium* ou *penetralia*—e representavam os antepassados.

(5) A lei das XII Taboas, tambem conhecida por *Lex Decemvralis*, chamada por Tacito *fontis æqui juris* e denominada por Tito Livio *Corpus omnis romani juris, fons publici privatiqque juris*, não é, como diz Warnkœnig em sua obra *Histoire du droit romain* nem um código civil e penal nem uma lei fundamental, mas antes um costume redigido por escripto, abraçando os pontos mais importantes do direito, tanto publico como civil, dos romanos. Ella encerra elementos diversos e serve de base ao direito romano em quasi todas as suas partes. As oito primeiras taboas referem-se ao processo, ao direito privado e ao direito criminal; a nona ao direito publico e a decima ao direito divino, *jus sacrum*. As duas ultimas são supplementares ás dez primeiras.

Como era natural, esse systema não poude viver por muito tempo e chegou a provocar especialmente uma reacção no direito de successão.

E' que o direito, para nos servirmos de uma expressão de Sunner Maine, reclamava o seu Cuvier.

D'esse choque de interesses ou antes d'essa iniquidade arraigada nos costumes do povo romano, que trouxe para a Europa, da mesma forma que os germanos, os celtas e outros, as tendencias psychicas da raça mater, resultou que Justiniano, no direito novo, *quasi completamente sopprime l'agnazione, rendendo cosi alla natura i suoi diritti ed alla famiglia il suo vero ed unico fondamento razionale, cioè la comunione d'origine, ossia la cognazione.*

N'esta ligeira exposição ficou demonstrado que é na verdade a familia romana a mais singular instituição do povo rei, para o qual o direito, como se expressa G. May, constitue uma criação original do genio da nação, um producto espontaneo e puro da raça.

E' assim que não era considerado *pater familias* nem o homem que tivesse as qualidades de esposo e de pae, ainda que não excluísse taes qualidades, nem o homem casado que tivesse filhos.

Os romanos exigiam as qualidades de homem livre (*liber*), de cidadão romano (*civis*) e de não se achar sujeito ao poder de outrem (*sui juris*), para que se pudesse ser considerado *pater familias*.

D'est'arte se considerava *pater familias* quem reunisse em qualquer idade da vida as indicadas qualidades, de modo que elle era uma entidade especial.

Da exigencia de taes condições nasceu um monstruoso absurdo e vem a ser que não se reputava *pater familias* aquelle que se achasse legalmente

unido á uma mulher, si por ventura não reunisse as condições — *liber, civis e sui juris*, ainda quando tivesse filhos d'essa união.

E' por esta circumstancia que o casamento e a paternidade, comprehendendo-se tambem o parentesco de sangue ou de afinidade, não constituíam os laços de união entre o chefe e os membros de uma familia.

A despeito de unida a mulher ao *pater familias* pelo *concubinitus*, que era admittido pelas leis romanas, os filhos ligados pelos laços de sangue e os parentes d'ella pelos da afinidade, nenhuma d'essas pessoas se achava sob o poder do *pater familias* e fazia parte de sua *gens*.

Entretanto este poder recahia sobre outras pessoas sem ligação de sangue ou de afinidade com o *pater familias*, de modo que ellas se reputavam membros da familia, lhes era permittido usar do seu nome e pertenciam á sua *gens*.

Eis porque alguém já disse que o *pater familias* em Roma era uma entidade muito especial, que não acha simile na legislação dos povos modernos.

Occorre a proposito uma pergunta que não encerra o que os escolasticos denominavam na idade media uma *contradictio in adjecto*: Qual era o laço juridico que unia os membros de uma familia ao *pater familias*?

O parentesco civil denominado *agnatio*, ao qual aliás se podia achar reunido o parentesco de sangue ou de afinidade, mas não como uma necessidade de direito.

A familia romana estribava-se em uma base inteiramente artificial.

Segundo Salivas e Bellan, a familia tem cinco accepções. Assim ella designa: 1.º os escravos de

uma pessoa; 2.º o patrimonio; 3.º os cognados (*cognati*), pessoas unidas pelo laço de parentesco natural que se chama cognação (*cognatio*); 4.º os agnados (*agnati*), pessoas unidas pelo laço de parentesco civil que se chama agnação (*agnatio*); 5.º uma corporação submettida ao poder do *pater familias* e formada dos escravos, dos individuos *in mancipio*, dos descendentes do *pater familias* (*fili et filie familias*) e da mulher *in manu*. (6).

Na familia romana o *pater familias* exercia um poder sobre a mulher, os descendentes, filhos ou netos e affins, e finalmente os escravos.

O poder, que elle exercia sobre a mulher legitima, denominava-se *manus*, cuja origem vamos buscar na organisação da familia na primitiva cidade romana, onde esta organisação se constituiu o caracteristico do direito de propriedade do *pater* sobre sua mulher e filhos.

Convem, entretanto, assignalar que a *manus* não visava um sentido determinado, porquanto era algumas vezes considerada como synonyma de escravidão, e outras vezes synonyma de *patria potestas*, o que se verifica nas Institutas e no Digesto, em Tito Livio e nos Annaes de Tacito.

O poder, que o *pater familias* exercia sobre os descendentes legitimos, legitimados, adoptivos ou affins, chamava-se *potestas*, cuja organisação era especial.

Com effeito referem Albert Salivas e Amédée Bellan que a familia romana era no estado uma pequena sociedade tendo sua religião, seu patrimonio, seu tribunal e á sua frente se achava o pae de fa-

(6) Salivas e Bellan—Éléments de Droit Romain pag. 158, vol. 1.º 1884.

milia que reunia a triplice qualidade de sacerdote, administrador e juiz, conservando as idéas religiosas, a fortuna publica e os costumes nacionaes.

Depois de demonstrarem os illustres romanistas francezes que é n'esta forte e poderosa organização da familia que é preciso procurar a causa dos triumphos do povo romano e de sua dominação no mundo, declaram que a *patria potestas* era em Roma uma verdadeira instituição politica e estabelecida no interesse apparente do pae, no interesse real do estado e não no interesse do filho.

Sunner Maine nos mostra que a *patria potestas* entre os romanos representa um certo numero de poderes attribuidos ao chefe de uma casa, poderes notavelmente mais extensos do que aquelles de que um chefe de familia se acha investido em nossos dias. (7)

O pater familias ainda exercia um poder sobre os escravos denominado *mancipium*. (8)

Abandonando o velho conceito que o espirito de Gaio formava do *mancipium* e seus effeitos, cumpre notar que no direito justiniano não ha mais nem *mancipium* nem *manus*.

Uma vez expendidas estas ligeiras considerações que se impuzeram ao esclarecimento da these que é objecto d'esta dissertação, tratemos da seguinte questão :

Basta o simples consentimento, independente de outro qualquer facto, para dar-se o casamento? Ella vem a ser a mesma que aventou o professor de direito romano da faculdade de Nancy quando disse:

(7) Sunner Maine — Etudes sur l'histoire du droit, pag. 404. Paris 1889.

(8) A palavra *mancipium*, segundo Bréal e Bailly, designa de uma maneira geral toda especie de propriedade.

« Um simples consentimento desnudado de formas, *nudus consensus*, é sufficiente? (9)

Si a concisão nos obrigasse á uma solução prompta, a resposta seria negativa desde já, posto que o assumpto contido na these se preste a um desenvolvimento tão extenso que pôde compellir um espirito investigador a estabelecer uma distincção entre os tempos primitivos da fundação romana, os que precederam e acompanharam o governo do imperio e os que seguiram á codificação de Justiniano e ás *Novellas*.

Entretanto a necessidade do estudo do matrimonio e suas especies torna-se patente para melhor solução da these.

E' geralmente sabido que os romanos adoptavam as seguintes especies de união conjugal: 1.^a as justas nupcias (*justæ nuptiæ*); 2.^a o concubinato (*concubinatus*) que era uma união perfeitamente licita entre um homem e uma mulher; 3.^a, finalmente, o contubernio (*contubernium*), sobre o qual se fez sentir a influencia das idéas christãs de modo a serem admittidas uma *cognatio servilis* e uma *affinitas servilis*.

As justas nupcias eram privativas dos cidadãos romanos e nos primeiros seculos de Roma a *manus mariti* era a consequencia inevitavel do casamento, embora Gaio, 1, § 110, nos diga que este nunca foi um modo de constituição da *manus*.

A *manus matrimonii causa* estabelecia-se pela *confarreatio*, *coemptio* e *usus*, de sorte que por esses modos de constituição a mulher cahia *in manu mariti*.

A *confarreatio*, sacrificio solenne offerecido a

(9) Gaston May. — *Éléments de Droit Romain*, pag. 78, Paris 1892

Ceres, exigia certas condições, sem as quaes o matrimonio não era valido.

Assim era preciso que dez cidadãos romanos, representantes das dez curias primitivas de Romulo ou da tribu da mulher, servissem de testemunhas a esse acto, cujo celebrante era o grande pontifice ou o flamen de Jupiter.

A immolação de um boi ou uma ovelha, sobre cujos despojos eram collocados dois bancos de madeira, ao lado um do outro, tornava-se uma solennidade indispensavel, depois da qual se seguia a apresentação, por parte do celebrante, de fructos e um pastellão preparado de um trigo particular (*far*) e chamado *farreus panis* ou *farreum* aos noivos, cujas cabeças deviam estar cobertas com um véo. E' d'ahi que se originou o nome de *confarreatio*.

Narra Dyonisio d'Halicarnasso que o noivo pronunciava as palavras sacramentaes «*Ego sum Gaius*» e a noiva respondia «*Ego sum Gaia*» ou *Ubi tu Gaius, ego Gaia*, uma vez que tivessem anteriormente partido e comido os fructos e pastellão—symbolo religioso da associação da mulher aos *sacra* e á vida inteira d'aquelle a quem ella ligava o seu destino.

Como se tudo isto não bastasse, era mister, para que a mulher cahisse *in manu mariti*, que ella fosse conduzida á casa conjugal, onde entrasse sem tocar com os pés o limiar da porta.

Em Roma, segundo nos descreve Robison, da mesma forma que nas tribus selvagens que faziam o rapto symbolico, succedia que a noiva era raptada pelo noivo com o auxilio de amigos, notando-se que elle era perseguido por uma multidão que, simulando colera, gesticulava e gritava.

Depois d'isto, a esposa, ao penetrar na nova morada, era carregada, não pisando na soleira da porta.

Esse costume em Roma, póde-se dizer, foi transportado da Grecia onde a mulher, em alguns estados pelo menos, era raptada, assim como o raptor perseguido. Em Sparta o pretendente devia mostrar astucia e força e as relações sexuaes precediam por esse modo a cerimonia publica. ⁽¹⁰⁾

A tradição do rapto, como diz Livio de Castro, encontra-se por toda a parte. Entre os araucainos as mulheres correm em defesa das filhas, quando estas estão sendo raptadas e perseguem o raptor. Tudo isso symbolicamente, porque o rapto é previamente combinado, o raptor é auxiliado por alguns amigos, a mulher raptada finge resistir, e as mulheres da tribu fingem desespero e alarme. Em Kamtchadal... o homem, o pretendente não paga ao pae o valor da filha em bens ou presentes, mas serve-o por algum tempo, paga em serviços. Depois de um prazo de escravidão julgado correspondente ao valor da mulher, esta lhe é entregue.

As vezes, depois de terminado o prazo do contracto, o pretendente é submettido á uma prova que é uma tradição do rapto primitivo: deve lutar com a mulher, subjugal-a e attentar contra seu pudor apesar da resistencia por ella opposta. A primeira parte d'esse costume, modificação da compra e do rapto, é o que vemos em Jacob servindo Labão para obter Rachel. Entre os Arabes a compra, consequencia social da exogamia e do rapto symbolico, tomou taes raizes que uma mulher não comprada é uma mulher deshonorada. Na China a mulher que se casa, isto é, que é comprada quasi como no estado social primitivo, no momento de transpôr a

(10) Robison—Antiquités grecques ; t. 2.^o pag. 259.

soleira da porta do seu novo domicilio, é carregada de modo a não pisar o solo, é o symbolo do raptc. (11)

As formas da *confarreatio*, conforme May nos ensina, se encontram quasi identicas no casamento hindu.

Ella é a forma archaica do casamento romano e só era accessivel aos patricios.

Entretanto tornava-se preciso, para contractar um *matrimonium confarcatum*, o consenso do pater familias e a *auctoritas tutorum*, desde que se tratasse de uma mulher *alieni juris* ou *sui juris*.

E, realisado esse contracto, a mulher, sobre a qual o marido adquiria um poder e um direito de propriedade sobre seu patrimonio, mudava inteiramente de familia.

Comparem-se as solennidades da *confarreatio* com as solennidades religiosas do matrimonio no codigo de Manú: na sua singular analogia apparecerá uma prova da origem oriental da classe social que fez em Roma, d'estas formalidades sagradas do matrimonio, um privilegio seu. (12)

Notam alguns romanistas que, tendo cahido em desuso a *confarreatio*, foram encontrados apenas no reinado de Tiberio tres patricios nascidos ex-nuptiis *confarreatis*.

Os *flamines maiores*, isto é, os de Jupiter, Marte e Quirino, deviam provir *ex-confarreatis nuptiis* e parece que em razão d'essa circumstancia a *confarreatio* ficou em uso entre os patricios, depois que ella cahio em desuso como meio ordinario de produzir a *manus*. (13)

(11) Tito Livio de Castro—A Mulher e a Sociogenia.

(12) Varião, *de re rustica*, II, 4.

(13) Demangeat. Cours élémentaire de Droit Romain, t. 1.^o, 3.^a ed; pag. 320—Paris,

A importancia da *confarreatio*, ao lado da qual se achava a *diffarreatio*, ostenta-se bem marcada no transcurso da vida da antiga sociedade romana, posto que se tornasse notavel a diminuição do numero das *nuptiæ confarreatæ* produzida pelo enfraquecimento das crenças religiosas que augmentava todos os dias, e pelas complicações que eram peculiares á propria *confarreatio*.

Ha, porem, um facto que não se contesta e é que a *confarreatio* e a *diffarreatio* desapareceram com o paganismo.

Encontra-se na lei das XII Taboas a permissão do divorcio entre os esposos por esse sacrificio — *diffarreatio* — ; mas Dyonisio de Halicarnasso affirma que o *matrimonium confarreatum* era indissolúvel.

Praticado raramente, quando a pureza e a austeridade dos costumes romanos se encarnavam na sociedade e constituíam uma alavanca efficaz para fundamento principal da familia, o divorcio foi justamente realisado no fim da republica, onde a corrupção attingio a um grau tão elevado que o casamento não era outra coisa senão um jogo. (14)

(14) Narra-nos a Historia—a mestra da vida no dizer de Cicero, a guerra illustre contra o tempo como lhe denomina um dos mais notaveis escriptores da Italia—que em Roma foi o divorcio estabelecido na legislação dos decemviros. Mas não tardou que entre os romanos o abuso correndo párelhas com o escandalo viesse patentear a condemnação de tal instituto. Para provar o estado escandaloso a que attingio o divorcio, basta citar o que escreveu a respeito um joven e talentoso escriptor brasileiro que propõe a admisión da instituição do divorcio entre nós. « Em Roma o divorcio repetia-se pelos mais futeis pretextos, e o escandalo chegou a tal ponto que Juvenal affirma contarem algumas mulheres o numero de seus annos pelo numero dos maridos. Os homens mais illustres da republica, representantes das grandes familias patricias, não se envergonhavam de dar a este respeito degradantes exemplos. Sulpicio Galba repudia a mulher, porque sahio de casa sem véo; e Publio Sempronio divorcia-se da sua, porque assistiu a um espectáculo sem licença. Cicero, ao cabo de 30 annos, abandona Terencia para çã-

Heinecio, fazendo uma apreciação sobre a *confarreatio* em suas *Antiq. Roman.* liv. 1.^o tit. 10 § 20, se expressa assim: « *a Romulo inventa, fuit ritus nuptiarum antiquissimus, quo certis verbis, et testibus decem presentibus, et solenni facto sacrificia, in quo panis quoque farreus adhibebatur, uxor conveniebat in manum mariti.* »

Estribando-se em auctores tão auctorizados como elle, Heinecio assevera que a mulher entrava pela *confarreatio* para o dominio quiritario do marido.

Em Roma, ainda hoje conhecida indevidamente pela cidade das sete collinas, a mulher, considerada

sar-se com uma herdeira rica; e Tintino Miturnio esposa a depravada Fania, arrancada aos braços dos gladiadores e cocheiros do circo, para empolgar-lhe a avultada fortuna e divorciar-se depois. E até Catão, o severo Catão, cujo nome passou á immortalidade como symbolo da pureza e da honra, vendeu ao orador Hortencio sua mulher Marcia, e depois tornou-se a casar com ella, quando a viuva do grande orador achou se senhora de avultada fortuna. »

Parece que taes abusos, que arruinaram a familia e a sociedade romana, deverão servir de obstaculos a que em nosso paiz se estabeleça o divorcio. Questão de grande importancia social, o divorcio só poderá ser estabelecido, como uma medida moralisadora para a familia, em casos excepcionaes, quando não houver esse suave accordo, de que fala Ulysses na *Odysséa*.

Admittido o casamento civil pelo Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, os adeptos do divorcio tem razão quando querem a decretação da dissolução dos vinculos matrimoniaes. Como em outros paizes, este instituto tem soffrido grande opposição entre nós, no Congresso Federal. Si elle fosse estabelecido, o abuso encontraria logo asylo entre nós como succedeu em Roma, embora se diga que nos paizes em que se acha decretado o divorcio, o numero de divorciados é insignificante. Assim Mr. Heuniker Heaton na *New Review*, propondo a uniformisação do codigo de casamento e divorcio no imperio britannico, fez a seguinte estatística: « Na Inglaterra ha 1 divorcio por 577 casamentos, na Russia 1 por 450, na Escossia 1 por 331, na Austria 1 por 184, na Belgica 1 por 169, na Hungria 1 por 149, na Suecia 1 por 134, na Hollanda 1 por 132, em Bade 1 por 100, na Roumania 1 por 94, em França 1 por 87, na Allemanha 1 por 62, na Prussia 1 por 59, na Dinamarca 1 por 36, na Saxonia 1 por 33, na Suissa 1 por 21, na Italia 1 separação judicial por 421 casamentos, em Berlim 1 divorcio por 17, em Vienna 1 por 43, em Paris 1 divorcio ou separação por 13. No Condado de Tolland, Connecticut, ha 1 divorcio por 6 casamentos. »

como escrava em tudo, alcançou pela primeira vez com a *confarreatio* alguma consideração. Ella deixou de ser uma compra feita pelo marido ao pae para tornar-se uma transacção entre o marido e a mulher, de modo que esta soffreu em seu estado alguma modificação traduzida na compra do marido e do lar, compra que a mulher fazia a despeito de vendida.

E' por isso que Adam nos diz: « *Lorsque l' épouse se rendait auprès de son mari, elle apportait trois pièces de monnaie, trois as. Elle lui donnait une de ces pièces comme arrhes du marché, cérémonie qu'on appelait per as et libram et qui était en usage pour toutes les conventions de cette importance. Avec la seconde elle achetait les pénates et les lares de son mari, afin de participer à son culte religieux, et avec la troisième elle s'ouvrait l'entrée de la maison de son époux.* » (15)

O casamento com *confarreatio* é o casamento patricio; o outro, em que a existencia da *manus* é um negocio de convenção, constitue o casamento plebeu.

O que distingue o casamento pela *confarreatio* da outra forma de celebração do casamento é a presença do *pontifex maximus*, do *flamen dialis* e das dez testemunhas. (16)

A *coemptio*, cuja epocha do desaparecimento não se pôde fixar precisamente, embora no tempo de Gaio fosse mui raramente usada, é descripta por Nonius assim:

« *Veteri lege Romana asses tres ad maritum veniens solebat adferre, atque unum, quem in manu tenebat, in foco Larium familiarium ponere; tertium in*

(15) Adam. Antiquités romaines, pag. 292 á 300.

(16) Ihering—Histoire du développement du Droit Romain—Obrá posthuma, trad. de Meulenaere, pags. 53 e 58, 1900,

sacciperio quem condiderat, compito vicinali solere resignare. »

Segundo a opinião de um abalisado escriptor, era o primeiro asse o symbolo da compra more Quiritium e a realisação do dominio quiritario do marido sobre a mulher. A *coemptio* tinha um duplo fim, porquanto consistia na venda da mulher e do seu patrimonio.

Fazendo uma apreciação sobre a *coemptio*, Dezobry descreve a um gaulez que « o casamento plebeu é uma compra; *coemptio*, é como o denominam. O marido compra sua mulher que, legalmente falando, se torna sua escrava. Ella é vendida pelo pae ou tutor em presença do magistrado, de cinco testemunhas, cidadãos romanos adultos, e do pesador de moedas que figura em todas as vendas. » (17)

Salivas e Bellan contestam a opinião d'aquelles que sustentaram sem provas que a *coemptio* era exclusivamente reservada aos plebeus e acrescentam que, admittindo-se que isto fosse verdadeiro nos tempos primitivos, não havia razão de existir esse exclusivismo quando se effectuou o *connubium* entre os patricios e os plebeus e a *confarreatio* foi despojada de seus effectos civis.

Nenhuma formalidade civil e religiosa acompanhava o casamento plebeu; e, como o patrio poder e o poder marital decorriam somente da solennidade religiosa, com a qual se iniciava a mulher no culto dos lares de seu esposo, d'ahi resultava que o plebeu não tinha estes poderes; em uma palavra o matrimonio não produzia para elle effectos civis. Por isso o clamor, que se levantou de todos os tumultos populares, foi o grito de desespero do plebeu pedindo a concessão dos direitos do poder marital e

(17) Dezobry—Rome au siècle d'Auguste, t. 3.º, pag. 7 e segs.

do patrio poder, a outorga do titulo de esposa á companheira de sua vida e a legitimação de seus filhos.

Na constituição civil, como na constituição politica, os patricios tiveram de ceder aos justos clamores da plebe; não quizeram conceder-lhe as solennidades do casamento religioso, mas idearam uma formalidade juridica que produziu para o matrimonio plebeu os mesmos effeitos civis que a *confarreatio*. Applicaram ao casamento a ficção legal da venda que tinham imaginado para o testamento e crearam a *coemptio*.

O marido comprou sua mulher e então ella fez parte da sua propriedade. Foi, portanto, por intermedio da *coemptio* que o casamento plebeu produziu os mesmos effeitos juridicos que o religioso. ⁽¹⁸⁾

A' *coemptio* corresponde o *usus*, por isso mesmo que são duas formas de um mesmo acto.

O *usus* era uma quasi usucapião, estabelecida pela Lei das XII Taboas, pela qual o marido adquiria a *manus* sobre sua mulher, quando depois do casamento esta tinha permanecido durante um anno inteiro sem interrupção na casa conjugal. ⁽¹⁹⁾

Quando se diz que o *usus* era uma quasi usucapião ou não era uma verdadeira usucapião, é porque só a coisa podia ser objecto d'ella e a mulher não se considerava como tal.

Reportando-se ao casamento pelo *usus*, escreve Heinecio :

« *Tertius modus contrahendi matrimonium erat usus ; qui in eo constitit, quod sine confarreatione et coemptione maritus uxorem usucaperet. Si enim hæc*

(18) Fustel de Coulanges.—La cité antique, liv. 4. cap. 8, 3.^a ed. D. Joaquim Sanchez de Toca—O matrimonio. t. 1.^o pag. 112.

(19) Salivas e Bellan.—Obra cit. pag. 270.

auctore tutore cum viro consueverat annum unum, nec ante finem anni usurpatum iverat, id est, tribus noctibus a viro non abfuerat, videbatur tunc usucapta et possessione quaesita. Quemadmodum itaque usucapio est modus acquirendi dominium juris Quiritium : ita dubitari nequit, quin et usu uxor convenerit in manum et veluti in dominium Quiritarium mariti, vel ejusdem potestatem redacta sit. »

O *usus* que começou a desaparecer no fim da republica não vem a ser outra coisa senão a cohabitação de um anno, estabelecendo entre os esposos os mesmos laços de direito que a compra e a cerimonia religiosa.

Mas bastava que a mulher se ausentasse tres noites do lar de seu esposo, para que este não adquirisse sobre ella o poder marital e d'esse modo se interrompia o tempo da prescripção.

Do exposto resulta que, em virtude dos tres modos de realisar as justas nupcias, a mulher, á similhaça de uma coisa do dominio quiritario, passava para o poder do marido ou cahia *in manu mariti*.

Justiniano, em suas Institutas, definiu o casamento : *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens.* § 1.º Inst. (1. 9.)

Embora mais completa, exprime a mesma idéa a definição que Modestino nos deu no fr. 1 Dig. (23. 2) : *Nuptiæ sunt conjunctio maris ac feminae et consortium omnis vitæ ; divini et humani juris communicatio.*

* * *

Entremos agora na analyse dos requisitos indispensaveis, para que pudessem ter logar as justas nupcias.

Gaston May diz que na epocha classica, como no tempo de Justiniano, quatro requisitos são essenciaes: 1.º Os esposos devem consentir no casamento e esse consentimento deve ser seguido de um começo de estabelecimento da vida commum; 2.º Elles devem ter a aptidão physica para o casamento ou antes ter attingido á idade da puberdade; 3.º Elles devem ter a aptidão legal necessaria para contrahir as justas nupcias, isto é, o *jus connubii*; 4.º Emfim é necessario que as pessoas, que teem poder sobre os esposos, tenham consentido na união. (20)

Estes requisitos representam os mesmos que Ortolan indica de accordo com Uipiano que não se afastou das Institutas: a puberdade, o consentimento e o *connubium*. (21)

Distinguindo as condições de validade do casamento em absolutas e relativas, Salivas e Bellan enumeram cinco absolutas: 1.ª a ausencia de um primeiro casamento; 2.ª a puberdade no homem e a nubilidadade na mulher; 3.ª o consentimento reciproco dos futuros esposos; 4.ª o consentimento dos ascendentes sob o poder dos quaes se acha cada um dos futuros esposos; 5.ª o *connubium*. (22)

Já Heinecio, nas suas *Antiq. Roman*, seguindo a mesma ordem de considerações dos notaveis romanistas francezes, tinha anteriormente mencionado cinco, a saber: 1.ª a puberdade no homem e a viripotencia na mulher; 2.ª o consentimento dos nubentes e d'aquelles sob cujo poder se acham; 3.ª a qualidade de cidadãos romanos em ambos os nubentes

(20) G. May—*E'léments de Droit Romain*, pag. 77 a 82, 2.ª ed., 1892.

(21) Ortolan—*Explication historique des Institutes*, t. 2.º, pag. 84, 1883.

(22) Salivas e Bellan—*Obra cit.* pag. 172.

tes ; 4.ª a ausencia de impedimento de sangue ou de afinidade ; 5.ª serem ambos solteiros.

Note-se, entretanto, que as tres ultimas condições não são outra coisa senão o connubio.

Occupando-se com grande pureza e precisão das condições necessarias á existencia e validade do casamento, Bonjean aponta cinco: 1.ª a puberdade ; 2.ª o consentimento dos esposos ; 3.ª o consentimento dos ascendentes ; 4.ª a ausencia de um primeiro casamento ; 5.ª o *connubium*. (23)

Van Wetter, illustre professor da Universidade de Gand, (24) occupando-se das condições do casamento, consigna tres : 1.ª Os futuros esposos devem ser puberes e não pertencer á categoria dos castrados; os *spadones* no sentido restricto são capazes de se casar; 2.ª Os futuros esposos devem consentir no casamento e n'este sentido devem ter a vontade de viver actualmente em *commum* ; 3.ª O homem ou a mulher sob poder paterno tem necessidade do consentimento do seu chefe de familia.

Reportando-se ás condições geraes do casamento, Namur (25) apresenta quatro : 1.ª O homem deve ser pubere e a mulher nubil (*viripotens*) ; 2.ª Os dois futuros esposos devem consentir no casamento; 3.ª E' preciso o consentimento do pae de familia sob'o poder do qual se acha um futuro esposo ; 4.ª Nenhum dos futuros esposos deve estar ligado aos laços de uma união precedente, a *polygamia* sendo interdicta.

Um conceito analogo apparece nos livros de todos os romanistas.

(23) Bonjean—Explication Méthodique des Institutes, t. 1.º, pag. 241, 1878.

(24) Van Wetter—Cours élémentaire de Droit romain, t. 2.º, pag. 258, 1876.

(25) Namur—Cours d'Institutes, t. 1.º, pags. 91 a 93, 4.ª ed. 1888.

Sem que seja necessario entrar nos mais longos detalhes acerca das condições exigidas para a realisação do casamento, comtudo uma analyse sobre ellas se torna indispensavel.

A legislação romana exigia a ausencia de um primeiro casamento, porque ella reprovava a polygamia que era passivel de pena. Entretanto Burnouf, segundo refere o dr. Livio de Castro, dando á familia aryana uma constituição primordial monogamica, reconhece a existencia da polygamia. Não ha duvida, diz elle, que a polygamia existio no tempo dos Vedas.

A necessidade da puberdade está patenteada no pr. das Inst. de nuptiis (1. 10): *Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum cocunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes.*

Ulpiano no Dig. e as Inst. pr. (1. 22) mencionam a epocha da puberdade nos homens e a da nubidade ou viripotencia nas mulheres. *Et ideo sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimos, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.*

O consentimento é a vontade que tem não só o homem de tomar por esposa uma mulher determinada, como tambem a mulher de receber, como marido, um homem determinado.

Para isso é mister que se verifique a existencia do *affectus* ou *affectio maritalis* e o *animus uxoris*.

Quanto á palavra *connubium*, ella designa a capacidade geral de contractar o casamento civil romano: *connubium est uxoris jure ducendæ facultas.*

Parece á primeira vista que a questão proposta deveria ser logo resolvida de modo a responder-se que o casamento não se póde realizar pelo simples consentimento, independente de outro qualquer facto, uma vez que se torna indispensavel a concurrencia da puberdade e do *connubium*, além do consentimento dos nubentes e d'aquelles sob cujo poder se acham.

Entretanto não padece duvida que, si fosse este o sentido da questão, nenhuma difficuldade apresentava a sua solução; mas se trata de saber si, estando verificadas as condições da puberdade e nubilidadade, da capacidade para consentir e do *connubium* ou capacidade relativa entre os nubentes, bastava o simples consentimento para dar-se o casamento, ou era mister outro facto, de modo que elle fosse considerado valido ?

Como já vimos n'esta exposição, o casamento nos primeiros seculos de Roma era acompanhado da solennidade da *confarreatio*, da *coemptio* e do *usus* e é certo que sem o consentimento não havia matrimonio realisado.

Desde que a mulher entrava para o dominio quiritario do marido; desde que não era possivel a aquisição do dominio quiritario sem certas formalidades exigidas e sem que a coisa fosse posta por qualquer modo á disposição do adquirente, não se póde deixar de reconhecer que o casamento, embora fosse dado o consentimento das partes, só estava concluido depois que tivesse logar a tradição da mulher ao marido, á disposição do qual ella ficava. (26)

(26) Fazendo uma distincção entre *nuptiae* e *matrimonium*, diz Ducaurroy que *nuptiae* são as cerimoniaes e *matrimonium* o contracto; para as cerimoniaes é preciso necessariamente a presença da mulher, para o contracto o consentimento basta.

E n'esse caso poder-se-á dizer que é preciso que a expressão da vontade das partes revista uma forma solenne, destinada a dar-lhe um character maior de certeza e ao mesmo tempo cercal-a de uma publicidade indispensavel para um acto tão importante, como é o casamento. As formas da *confarreatio* e da *coemptio* demonstram que o casamento a este respeito não se distinguia dos outros actos juridicos. Pelo contrario o casamento sem *manus* é um acto não solenne, para validade do qual não se suppõe a pronunciação de palavras sacramentaes, a redacção de um escripto, a presença de testemunhas e a intervenção de um representante da auctoridade civil ou religiosa.

Para os romanos o casamento é um simples estado de facto que consiste na associação de existencia dos esposos e por isso não bastando o consentimento d'estes, se torna necessaria a existencia de dois factos : a inauguração da vida commum e o começo de facto de sua associação.

Isto importa o mesmo que dizer, como Gaston May, que era precisa a cerimonia tradicional da *deductio mulieris in domum mariti*, sendo a mulher conduzida á casa do marido e recebida na qualidade de *uxor* na communidade dos sacrificios domesticos.

Tratando d'esta questão, Bonjean nos mostra a discordancia dos interpretes do direito romano.

Assim a opinião de Cujas, Pothier, Doneau e Ducaurroy é que o casamento era um contracto consensual que só exigia para sua formação o consentimento dos esposos.

Ortolan e outros pensam que elle era um contracto real, exigindo para sua formação o consentimento dos esposos e a tradição da mulher ao marido.

Bonjean, porem, diz que o casamento não era

nem um contracto real, nem um contracto consensual e exigia para sua formação: 1.º, o consentimento dos esposos; 2.º, o estabelecimento de uma communidade de existencia realisando-se pela *deductio* da mulher *in domum mariti*. (27)

Vem a proposito a transcripção, de que não nos podemos eximir, das interessantes expressões de Ortolan :

« A opinião mais geralmente acceita é que o casamento se formava pelo simples consentimento. Eu penso, pelo contrario, que elle era do numero dos contractos reaes e que semelhante a todos estes contractos, não existia senão pela tradição (*re contrahebatur*). Era de absoluta necessidade que houvesse tradição da mulher ao marido; que a mulher tivesse sido posta á disposição do marido : até então havia apenas projecto de casamento. Os contractos puramente consensuaes podem-se fazer tanto entre ausentes por carta, por mensageiro, como entre presentes. Ao contrario era formalmente declarado por direito romano que a mulher ausente não se podia casar por cartas, nem por mensageiro. Logo exigia-se mais alguma coisa do que o simples consentimento». (28)

Explicando o texto de Paulo—*vir absens uxorem duxere potest; femina absens nubere non potest*—o apreciado romanista francez demonstra a necessidade da tradição real ou symbolica afim de que se effectuasse o casamento.

Mas, pergunta elle, como se operava a tradição da mulher na qualidade de *uxor* ?

E' preciso reconhecer primeiramente que as formas graciosas e symbolicas de que os costumes a ti-

(27) Bonjean—Obra cit. pag. 271.

(28) Ortolan. Explication historique des Institutes, 12 ed. pag. 80.

nham cercado, e cuja pompa augmentava com a fortuna dos esposos, não eram de modo algum exigidas pelas leis. Assim o *flammeum*, que velava a noiva, a roca, o fuso, o fio que ella conduzia, seus passos para a casa nupcial, as bambinelas fluctuantes e a folhagem que decoravam essa casa, as chaves que lhe eram entregues, as palavras sacramentaes, a recepção pela agua e pelo fogo, e todas essas allusões mythologicas, cujos detalhes nos são narrados pelos poetas e algumas vezes tambem pelos jurisconsultos, não eram necessarias para a validade do casamento, assim como não são hoje o véo branco que occulta as feições da desposada, a corôa de flores de lorangeira que lhe adorna os cabellos, a festa e o baile que se seguem ao seu hymeneu.

A tradição da mulher, no casamento, estava submettida ás regras ordinarias do direito sobre a tradição. Era preciso que o marido fosse posto, por qualquer maneira, de posse da mulher.

Ora, como se faz, em direito romano, a tradição ?

Ordinariamente ella tem lugar quando o credor toma o objecto que lhe é devido, ou quando o mesmo devedor o vae levar ao seu credor.

Era este ultimo modo que os costumes tinham consagrado para o casamento : a mulher, em uma pompa nupcial, no meio de canticos e de grinaldas, era conduzida a seu marido; e a alegria do cortejo, o encanto da poesia, o perfume das flores, cobriam a aspereza austera do direito. ⁽²⁹⁾

Do exposto se conclue que, sem prejuizo do consentimento, se impõe a tradição da mulher, para que o casamento se repute concluido.

Parece-nos que a tradição da mulher se prati-

(29) Ortolan. Obra cit. pag. 81.

cava nos sete primeiros seculos da fundação de Roma.

Entretanto Ortolan e Bonjean não estabelecem distincção alguma.

Esta questão de saber si o consentimento é por si só bastante para a formação do casamento, deu motivo para Salivas e Bellan mostrarem o interesse que ella apresenta sob quatro pontos de vista—das doações, dos filhos, do dote e do adulterio,—e em seguida exporem successivamente as tres opiniões d'ella decorrentes.

E' assim que uns dizem ser o casamento um contracto real que se forma pelo consentimento dos futuros esposos, acompanhado da tradição da mulher ao marido, e fundamentam a sua opinião em um texto de Paulo (2, 19 § 8) combinado com um de Pomponio (L 5, D. 23, 2).

Entretanto devemos regeital-a, porque, si o casamento fosse um contracto real, a legislação o teria incluído ao lado do *mutuum*, *commodato*, *deposito* e *penhor*.

Outros opinam que o casamento exige, para sua formação, não obstante o consentimento respectivo das partes, não uma tradição real ou ficticia, mas um facto qualquer que possa ser considerado como um começo de vida commum.

Esta opinião está de accordo com a noção elevada que os romanos faziam do casamento—*individuum vite consuetudinem continens*.

Outros pensam, finalmente, que o casamento se forma, pelo unico effeito do consentimento (*solo consensu*), independentemente de toda formalidade exterior, e argumentam com a L. 30, Dig. (50. 17). *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*: não é a cohabitação physica que faz o casamento, mas o con-

sentimento. *Non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*: L 32 § 13 Dig. (24. 1), Const. 8 e 13, Cod. (5. 4), Nov. 74, cap. 4.

Mas a tradição, segundo nos ensina Ortolan, tinha logar tambem sem que a coisa fosse positivamente entregue nas mãos do credor, comtanto que fosse por qualquer modo posta á sua disposição.

Assim nos dizem os textos, tanto sobre o devedor que depõe em presença do credor a quantia que lhe deve, como sobre o vendedor que mostra ao comprador o terreno que lhe vende. Basta mesmo, como nos diz uma lei, que as partes consintam na tradição em presença da coisa (*si in re presenti consenserint*); a posse toma-se então, não pelo corpo e pelo contacto, mas pelos olhos e pela intenção (*sed oculis et affectu*).

« Em virtude d'estes principios geraes, não era, pois, indispensavel, para que a tradição da mulher tivesse logar, que o marido se apoderasse d'ella corporalmente, ou que ella fosse conduzida para a casa d'elle. Bastava que a mulher fosse posta, ou (*si era sui juris*) se puzesse sob o poder do marido: *si in re presenti consenserint*:—*solo affectu*.

Eis ahi em que sentido um grande numero de fragmentos falam do simples consentimento, da simples intenção (*solus affectus*) como podendo constituir o casamento: quando o marido e a mulher estavam presentes, o simples consentimento opera a tradição;

Eis ahi porque a mulher ausente não se pôde casar por carta nem por mensageiro; pois é preciso ao menos para a tradição, que a mulher seja posta em presença do marido;

Eis ahi porque o homem ausente se pôde, ao contrario, casar por cartas ou por mensageiro, si a

mulher é conduzida para seu domicilio (*si in domum ejus deduceretur*); pois ha n'esse caso tradição segundo as regras geraes do direito ;

Eis ahi porque pôde acontecer frequentemente que a mulher não seja conduzida para a casa do marido senão depois do casamento (*deductio plerumque fit post contractum matrimonium*); com effeito, porque razão não havia de ir o esposo algumas vezes receber a esposa á casa paterna, e passar mesmo com ella muitos dias, no meio de sua nova familia, antes de leval-a para o domicilio conjugal ?

Eis ahi como, em sentido inverso, a noiva, conduzida, alguns dias antes do casamento, para a casa do futuro esposo, não lhe é ainda entregue ; ella não é para o noivo senão um deposito, e só se tornará sua esposa (*uxor*) quando passar do quarto em que habita para o aposento de seu marido, e, juntando o consentimento ao facto, a tradição será operada ;

Eis ahi, finalmente, porque a concubina não differia da esposa senão pela simples intenção. O facto corporal da tradição existia a seu respeito; mas lhe faltava a intenção que dá legalidade á tradição. ⁽³⁰⁾

Sem auctoridade para combatermos a opinião de tão profundo quanto apreciado romanista, parece-nos que elle não tem razão.

Nos primeiros tempos de Roma, onde o direito antigo estabelecia distincção entre o *dominio quiritario* e o *bonitario* e o *jus strictum* tinha a sua realidade pratica, a tradição tornava-se indispensavel ; mas, quando as distincções entre o *dominio quiritario* e *bonitario* e entre as *res mancipi* e *nec mancipi*, foram desaparecendo e houve, por assim dizer,

(30) Ortolan—Obra cit. pag. 82, t.º 2.

uma invasão e supplantação do direito honorario nos dominios do *jus strictum*, não se exigia mais a tradição real da mulher ao marido.

D'est'arte, vê-se que não se requeria para effectividade do casamento senão o consentimento.

Os escriptores não determinam a epocha em que cahio em desuso a tradição da mulher ; mas não se pôde contestar que foi trabalho lento da civilisação e do correr dos tempos.

Si voltarmos as nossas vistas para o Corpus Juris civilis, veremos que a Nov. 117, cap. 4.º, resolveu completamente a questão, porquanto Justiniano estabeleceu que as pessoas illustres não podiam contrahir justas nupcias sem a celebração de escripturas dotaes e que para todas as mais pessoas era sufficiente o simples consentimento.

Está provado, portanto, que, não obstante a profunda modificação que se operou no direito antigo, havia na epocha imperial pessoas, sobre as quaes o casamento não se podia dar pelo simples consentimento, independente de outro qualquer facto.

Quando o christianismo estendeu a mão ás sociedades para salvar-as e eleva-las até ás regiões da justiça e do direito anathematisando principios julgados até então verdadeiros ; quando elle irradiou uma claridade suavissima por sobre a superficie de Roma e foi abraçado pelos imperadores pagãos, a egreja sanctificou com o sacramento e benção divina o casamento, para validade do qual as leis nunca fizeram d'essa solennidade uma condição essencial, e então Roma, a cidade do direito, ouve attentamente as suas doutrinas, acceita os seus principios como thesouro sagrado, e transformando o seu direito, faz da sua a legislação do mundo, da mesma forma que anteriormente, alterando as suas leis com o genio

da philosophia hellenica, convertera as doutrinas dos seus jurisconsultos na legislação do mundo pagão.

Está terminado o nosso trabalho sobre uma das theses mais interessantes do Direito Romano que, no dizer de R. Von Ihering, se tornou, assim como o christianismo, um elemento da civilização do mundo moderno.

Netto Campello.





© Código Civil

A redacção do Projecto de Código Civil no Senado

I

O choque violento dessa mole ingente de saber profundo e rude critica philologica, que, das mãos cyclicas do senador Ruy Barbosa, acaba de ruir fragorosamente sobre o *Projecto de código civil*, deixou-me aturdido.

Fôra eu o primeiro a deslustrar, com a minha inhabilidade excepcional e a minha ignorancia incorrigivel, essa obra que todos requerem primorosa na forma, tanto quanto solida e elegante na construcção systematica. Grande é, por isso, o peso da minha responsabilidade. E, para exculpar-me, em parte, da grave offensa que involuntariamente fiz á reputação da sociedade culta e da época illustre em que vivo, por lhes prender, ao manto rutilante, producto de tal modo mesquinho, só descubro uma levissima attenuante. O transitio constitucional da formação das leis havia de levar o *Projecto* á Camara e ao Senado, onde, submettido á lima e ao buril de tão insigne mestre, perderia as rudezas e as maculas da primeira factura.

Quer isto dizer que as correcções agora publicadas não podiam ser uma surpresa para mim. Eram esperadas. Mas nem as suppunha tão minuciosas e prolixas nem tão ruidosamente clamadas, nem as imaginava antepostas aos aperfeiçoamentos da materia juridica fundida no *Projecto*.

Na minha ingenuidade, acreditava que somente depois de assentados definitivamente quaes os preceitos cuja systematização deveria constituir o nosso Codigo civil, é que caberia cuidar da forma grammatical das proposições, do boleio rhetorico da phrase. E, ainda hoje, não atino com a explicação desse desvio da ordem natural das cousas, que faz exigir apuros requintados de estylo para revestir idéas ainda em elaboração.

Que razão justifica o dispendio de tanto tempo, de tão grande esforço, na escolha das palavras com que se hão de exprimir regras juridicas que, afinal, podem ser rejeitadas pela discussão? Confesso que não comprehendo. Mas, como guardar silencio, nesta emergencia, importaria reconhecer a procedencia de todas as increpações e a vantagem de todas as emendas sobre os differentes dispositivos do *Projecto*, vejo-me coagido a deixar-me levar pela torrente inversiva das boas normas da arte de preparar leis.

Melhor fôra que me dirigisse ao Senado, onde se acha em maceração o trabalho da Camara. Não me parece, entretanto, que seja possivel fazel-o deante da resolução tomada pela douta Commissão daquelle ramo do poder legislativo nacional, declarando desde já approvadas as emendas propostas pelo illustre senador bahiano.

Seria impertinencia, sinão protervia, agravar de sentença proferida solemnemente por entre applausos e saudações enthusiasticas,

Accresce que um preclaro director da mentalidade brasileira, o Sr. JOSÉ VERISSIMO, e devo crêr que a sua opinião seja a da maioria dos nossos cidadãos, já fez, pela imprensa, a peremptoria intimativa de minha exclusão do numero dos collaboradores do futuro *Codigo civil* brasileiro. E não sou o unico excluído. Afastados são tambem todos quantos se afadigaram por trazer o seu contingente de reflexão e experiencia, á grandiosa lei em preparo. « *Pelo fundo e pela forma*, diz S. S. que o senador Ruy Barbosa virá a ser o verdadeiro autor do nosso futuro *Codigo civil*. » (1)

Que mais tenho eu com o que se disser a respeito do malsinado *Projecto*, si a esponja de auctoridade tão conspicua já obliterou o que, nesse trabalho, pudesse recordar o meu esteril ainda que bem intencionado esforço?

Nada sem duvida. Mas para que não continuem a pesar impiedosamente sobre os meus hombros fragilimos, além das culpas de que me devo penitenciar, outras muitas que ou não existem ou não se prendem á minha individualidade por nexos causal, talvez fosse conveniente publicar as glosas que, ao fluir da leitura, fui escrevendo á margem do parecer do inlyto presidente da Commissão do Senado, cujas correções, si realmente se devem reputar *uma alta e sabia licção de portuguez*, não se deixaram saturar desse grato aroma de sympathia e de equidade que sobe ao cerebro pelo caminho do coração.

Não quero, porém, aggravar a monotonia que naturalmente reçuma de trabalhos do genero deste que agora se lê, com inuteis minacias.

(1) Veja-se o artigo publicado no *Correio da Manhã*, numero de 4 de Agosto, sob o titulo — *Uma licção de portuguez*.

Pouco amante das discussões em qualquer terreno, tenho quasi horror ás disputas de grammatica. Mas a excepcional auctoridade do erudito censor da redacção do *Projecto* não me permite o silencio que, não podendo ser, na hypothese, manifestação de menospreço, seria interpretado como signal de acquiescencia ou submissão. Escolho, por isso, um meio termo entre o que pedem a indole do meu espirito e a singularidade da minha situação.

Afim de pôr em relevo as imperfeições do *Projecto*, é o longo parecer precedido de uma introdução em que se destacam os mais graves desacertos e as mais extravagantes cincoas linguisticas de que esse producto legislativo em formação se fez, pelos modos, ubertoso alfôbre.

Examinarei o valor dessas accusações. Não de todas certamente, pelas razões já expostas.

Porei de lado, salvo uma ou outra excepção, os artigos que não tiverem correspondente no *Projecto primitivo*, ou cuja redacção differir, no ponto censurado, da que eu tinha escolhido. Taes são, por exemplo: a) Os artigos 200 (que somente apparece na redacção final do *Projecto* ⁽²⁾), 202, 219, ⁽³⁾, 232, 238, 294, 223, n. I, 477 § 1, 593, 670, 716, 1.228, 1.264, 1558, 1.620, devidos á iniciativa da Commissão da Camara. ⁽⁴⁾

b) Os arts. 593 §§ 3 e 5 ⁽⁵⁾, 9 pr. e 673 introduzidos pela Commissão revisora do Governo. ⁽⁵⁾

⁽²⁾ *Trabalhos*, VIII, pag. 34, art. 202. Apenas exemplifico, não vejo necessidade de fazer uma enumeração completa.

⁽³⁾ Este artigo foi extrahido do dec. 181 de 1890, art. 11 (*Trabalhos*, VI p. 71).

⁽⁴⁾ Consultem-se os *Trabalhos*, VI, p. 213, 239, 412, 451, 476 e 491.

⁽⁵⁾ *Actas*, p. 106 a 107.

c) Os arts. 10, 14 e 17, da lei preliminar redigidos por modo diverso do que se encontra nos arts. 33, 39 e 14 da lei de introdução.

d) Os arts. 34, 46 n. II, 101, 185, 196, 199 n. I, 212, 255 n. IV, 262 § unico, 420 n. IV, 438, 558, § unico, 596, 627, 631, 694, 877, 937, 1.000, 1.093, 1.300, 1.385, 1.388, 1.690 § unico, 1.777 e 1.808, que não conservam as expressões usadas pelo *Projecto* primitivo, arts. 43, 60 n. 2, 212, 116, 226, 229, 247, 289, n. IV, 297, 491, 513, 514, 675, 586, 693, 734, 789, 1.083, 1.139, 1.230, 1.448, 1.515, 1.518, 1.860, 1.933 e 1963.

e) O art. 767 n. IV cuja redacção é do sr. Andrade Figueira. ⁽⁶⁾

f) E ainda os arts. 163, 438 § unico e 596 remodelados pela Comissão revisora do Governo ⁽⁷⁾, sendo de notar que este ultimo dispositivo é literalmente transcripto de TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 68. Resvalam, pois, os remosques do commentario e vão ferir em cheio o excelso jurisperito. E' delle «o amphiguri».

Afastando esses dispositivos criticados, não pretendo admittir que a respeito de todos procedam as censuras. Algumas serão acceptaveis; outras fazem cabedal de erros typographicos de facil correcção (arts. 1.000 e 1.777, por exemplo); outras ainda apegam-se a futilidades improprias da grandeza intellectual do censor. ⁽⁸⁾ Ha, porém, na Comissão da Camara quem melhor do que eu assumo a defeza do *Projecto* nesses pontos. O que me cumpre é tentar justifical-o das incorrecções oriundas do *Pro-*

⁽⁶⁾ *Trabalhos*, VII p. 275, 1.ª col.

⁽⁷⁾ *Actas*, p. 75, 139 e 168.

⁽⁸⁾ Não é para causar estranheza que se faça ruidoso commento por se pensar que uma virgula é incabivel num determinado logar (art. 122), ou porque ha signal de crase onde se acredita que é dispensavel essa notação lexica ?

jecto primitivo que, todas, devem ser levadas á conta do meu desaso.

Passarei tambem silencioso á margem das simples alteraçõs no modo de dizer. Algumas dellas, realmente como era de esperar, melhoram a expressão da lei futura; outras, porém, podiam ser dispensadas por equivalerem perfeitamente, sob o poncto de vista da forma, ao que estava escripto; e ainda outras são menos felizes, por conturbarem a intelligencia da phrase ou modificarem o pensamento.

Exemplo de alteraçõs da segunda classe offerece-nos a emenda ao art. 17 da lei preliminar. Dizia o *Projecto*, no art. citado, que não teriam efficacia no Brazil as leis e sentenças estrangeiras nem os actos juridicos fóra de nossas fronteiras realizados, nem tão pouco as convenções celebradas dentro do paiz, uma vez que importassem offensa ás leis de ordem publica, á soberania nacional e aos bons costumes. Não será, talvez, muito feliz a redacção do citado artigo, mas diz isso, como se poderá verificar, lendo-o:

Art. 17. *Em caso algum, as leis, os actos e as sentenças de um paiz estrangeiro e as convenções e disposições privadas poderão derogar as leis rigorosamente obrigatorias do Brazil, concernentes ás pessoas, aos bens e aos actos, nem as leis por qualquer modo relativas á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.*

Porque o adjectivo *privadas* não agradou, fez-se uma reconstrucção de phrase em virtude da qual a emenda assevera não terem efficacia, no Brazil, as leis estrangeiras concernentes ás pessôas, bens e actos. Ora, como não ha leis que se refiram a outro objecto além das pessôas, dos bens e dos actos (*omne jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel*

ad actiones), está, de um jacto, eliminado o direito internacional privado.

Aqui estão as palavras da emenda :

Art. 17. *As leis, actos e sentenças de outro paiz, bem como as disposições e convenções particulares não derogarão, em caso nenhum, AS LEIS DO BRAZIL, CONCERNENTES ÀS PESSOAS, BENS E ACTOS ou relativas, por qualquer modo, á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.*

Era conveniente concertar o enunciado do art. 17 da lei preliminar, mas, por certo, não assim. E nem era mister eliminar o epitheto *privadas*, que não pôde ser convenientemente substituído por *particulares*. *Particular*, de parte, oppõe-se, mais directamente, a *geral*; *privado* é qualidade antithetica de publico. *Sunt quedam PUBLICÉ utilia, quedam privatim.* (⁹)

E quanto ao privilegio das terminações masculinas, sempre isemptas da tisona dos maus pensamentos, parece-me bem duvidoso.

O art. 492 fornece um bom exemplo das alterações que, mantendo o pensamento do Projecto, o envolvem mais em sombra.

Dizia o Projecto :

Art. 492. *A posse directa, mas temporaria, do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario e de todos aquelles que se acham em situação juridica que lhes dá direito ou impõe obrigação de possuir coisa alheia, não exclue a posse indirecta da pessoa em relação á qual o direito de possuir lhes é garantido.*

A emenda reconstroe a phrase por este modo :

Art. 492. *Quando, por força de obrigação ou di-*

(⁹) *Jus publicum e Jus privatum; sacra publica e sacra privata; vindicta publica e vindicta privata.* São expressões que, á similhança de outras muitas, traduzem a antithese a que allude o art. do Projecto.

reito, em casos como o do usufructuario, do credor pignoratício, do locatario, se exerce temporariamente a posse directa, não annulla esta ás pessoas, de quem elles a houveram, a posse indirecta.

Si obscuridade havia, a diligencia empregada para removê-la foi infructifera, pois o final do artigo está agora mais burro do que antes da correção. (1^o)

Tambem não me preocuparei com os echos, as collisões, as assonancias, porque seria, muitas vezes, necessario sacrificar a limpidez ou a energia da idéa, si tentassemos evitar esses inconvenientes. E é preferivel manter a pureza do pensamento a procurar simplesmente a sonoridade da phrase.

De cacophonias, no rigor da expressão, creio que não sou culpado. E parece que os melhores escriptores, como CAMÕES, VIEIRA, CAMILLO e o proprio senador RUY BARBOSA, que a justiça manda collocar entre os mais distinctos, podem ser accusados de peccados taes. Na introdução ao parecer que motiva estas linhas, apesar de cuidadosamente escripto, os fulgores da palavra, uma vez por outra, se empanam com algumas jaças deste genero, pois ali se lêem no ultimo paragrapho, bem proximos uns dos outros, estes máos sons: — *frouxo éco... por corromper... a não se desconvencerem*. E, logo no primeiro paragrapho, a phrase se fecha com alguns *ãos* que lhe conservam a elegancia, mas que poderiam causar reparo em escriptos de outro qualquer: ... «critica e decifração a que a redacção das leis não deve expol-as.»

De falhas typographicas é justo que não sobre-

(1^o) Outros exemplos occorrem, entre os quaes a emenda ao art. 315 onde não se sabe a que *outro conjuge* se refere a redacção approvada.

carregue estas glosas. Sabe-se quanto ellas abundam nos productos de nossas typographias. E é preciso uma dose bem forte de má vontade para suppor que alguém, sabendo ler por cima, ignore que o verbo deve receber a flexão do plural, quando desse numero fôr o sujeito.

O revisor da imprensa nacional deixou passar esta discordancia, que tambem me escapou ao reler as ultimas provas:—Emquanto *alguns* dos credores solidarios não *accionar* o devedor commum (art. 1.045), este poderá pagar a qualquer delles.—O leitor mais prevenido logo veria que a ultima curva do *m* da palavra *algum* fôra transformada, pelo typographo, em um *s*, e leria, sem difficuldade, a palavra como fôra naturalmente escripta. Mas a Commissão do Senado leva esse feio solecismo á conta de nossa ignorancia (minha e das Comissões revisoras).

O artigo em questão é uma simples variante do que se lê no livro *Direito das obrigações*, p. 95, linhas 8 e seguintes: «Porém si algum dos credores já tiver demandado o devedor, não terá mais este liberdade de fazer o pagamento a outro que não aquelle que o demandou em primeiro logar.»

E nem teria senso o plural de *algum* na enunciação do principio que se tenciona traduzir, pois que é da iniciativa de um dos credores que se cogita, para assignalar-lhe um dos effeitos.

II

Restam, para objecto destes artigos, os peccados grammaticaes e as impropriedades de linguagem.

Mas discutir si pode ou não ser licito empregar intransitivamente verbos que no estado actual da evolução da lingua se incluem na classe dos transitivos; examinar si o vocabulo *interessado* comporta ou não depois de si uma certa preposição; deslindar outras graves questões de lexicologia ou syntaxe, pode ser de alto interesse, mesmo quando se tracta de resolver um problema juridico tão grave e complexo como é um codigo civil, mas não me atráe, não me seduz. Será defeito da minha educação intellectual que me faz suppôr que a esthetica das construcções juridicas está antes na disposição e encadeiamento hierarchico das idéas, na clareza do pensamento que deve actuar como ordem, no matiz peculiar a cada conceito, do que no sabor classico da phrase.

Vejo-me, por isso, forçado a não aproveitar a oportunidade para expôr a defesa de alguns dizeres do *Projecto* que incorreram em censura, por terem, ao que se diz, irrogado offensa ás regras da grammatica. ⁽¹⁾

Entrarei, portanto, no capitulo das impropriedades de linguagem, porque mais de perto se ligam á rhetorica applicada á redacção das leis, segundo a expuzeram MONTESQUIEU, BENTHAM, ROSSI, LERMINIER e ROUSSET.

(1) Entre as mais graves dessas offensas enumera-se uma discordancia do verbo com o sujeito, que se suppoz encontrar no art. 337 do *Projecto* actual, que reproduz exactamente o 389 do primitivo. Mas o engano da critica foi já patenteado por MEDEIROS E ALBUQUERQUE,

Art. 655 do *Projecto* actual e 758 do primitivo. «Desnatura-se a significação dos nomes ao ponto de *classificar entre as obras, as revistas e os jornaes.*» «Certamente só por descuido se terá dado applicação tão incorrecta áquella palavra.» São as ponderações da critica.

O peccado dos redactores do *Projecto* aqui se agrava infelizmente, porque foi premeditadamente que o commetteram.

A lei de 1 de agosto de 1898, art. 2, declara que se comprehendem na expressão--*obra litteraria, scientifica ou artistica*--todas as producções do dominio das lettras, das sciencias ou das artes. Ninguem, creio eu, contestará que os jornaes e as revistas sejam producções da intelligencia, e, segundo a sua especialidade, se hão de classificar em alguma daquellas categorias a que se refere a lei. Portanto o *Projecto* não se desviou da tecnologia estabelecida pelo direito vigente.

E seria, ao menos, original, nessa designação, o legislador patrio?

Parece-me que não, porquanto LYON CAEN, na introducção á obra que escreveu em collaboração com DELALAIN, usa desta phrase: « Parmi les ŒUVRES LITTÉRAIRES, une place à part doit être faite AUX ARTICLES DE JOURNEAUX ET REVUES. »⁽²⁾

Aos jornaes e revistas refere-se a lei hungara de 26 de abril de 1884, art. 2.º, cuja traducção franceza é a seguinte:—Pour les œuvres littéraires composées d'articles de plusieurs personnes et considérées comme formant un seul tout, le rédacteur en chef bénéficie, comme les auteurs, de la protection

(2) *Propriété littéraire et artistique* I, p. L.

légale. Le droit d'auteur appartient, pour chaque article séparé, à chaque collaborateur. ⁽³⁾

Mais positiva é ainda a lei luxemburgueza de 10 de maio de 1898, art. 1.º, 2.ª parte, cujo edicto muito se aproxima do da lei patria citada.—L'expression *œuvre littéraire et artistique* explica o legislador do Grão Ducado de Luxemburgo, comprend les livres, brochures, et *touts autres écrits...* enfin toute production quelconque du domaine littéraire ou artistique, *qui pourrait être publiée de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.* ⁽⁴⁾

Si toda produção do dominio litterario, que pode ser publicada por qualquer modo é—*obra litteraria*, o jornal e a revista devem ser incluídas nessa designação.

E tanto isto é verdade que os redactores da lei allemã, de 11 de junho de 1870, sentiram necessidade de, na hypothese a que nos estamos referindo, declarar que não comprehendiam as revistas *entre as obras compostas de fragmentos de auctores diversos* ⁽⁵⁾. Não cumpre agora verificar si essa é ou não a bõa doutrina. Mas o facto de se sentirem obrigados áquella confissão, claramente indica não ser uma extravagancia a inclusão dessas produções na classe das obras litterarias.

Realmente si era absurdo fazer similhante classificação, era inutil a resalva.

Em relação ao art. 1.652, II e 1.725, I ⁽⁶⁾ o commentario assume um tom mais causticante, fazendo-se, a chasquear, a observação seguinte: «Levase a cacologia até ao *ridiculo*, appellidando com a

⁽³⁾ Op. cit., I, p. 143.

⁽⁴⁾ *Clunet*, 1899, p. 508.

⁽⁵⁾ LYON CAEN et P. DELALAIN, op. cit., I, p. 55, not. 3.

⁽⁶⁾ *Projecto primitivo*, art. 1.882, 1.º

designação de escriptor o individuo, talvez nem escrevedor ou escrevente, chamado pelo testante impedido ou analfabeto para por elle escrever o testamento.» (*Parcer*, p. 3, 1. col.) «Esta extravagancia reproduz-se no art. 1.875» (*Parcer*, p. 181, 1.ª col.)

Quando isto li, vieram-me á lembrança umas palavras de EMILIO LITTRÉ, nas quaes a delicadeza, talvez melhor dissera a unção, desfarça a monitoria subtil.

O celebre estudo critico de S. MILL, sobre AUGUSTO COMTE e o positivismo, termina por uma phrase que soou mal aos ouvidos do bondoso e meigo LITTRÉ: But in an age less tolerant of palpable absurdities, and to which those he has committed, if not in themselves greater, at least appear *more ridiculous* (7).

Desta ultima phrase da obra, a ultima palavra, a que ha de ficar gravada no ouvido e na mente do leitor é—*ridículas*.

Doído com o deprimente epitheto applicado a um pensador digno de respeito por seu valor e por sua sinceridade, reflexiona o sabio divulgador do positivismo, em sua feição puramente scientifica: «O que offende meu sentimento de equidade e até de artista é que esta palavra seja a ultima, com que se deixe o leitor, e que uma phrase digna do Sr. COMTE e do Sr. MILL não volva o espirito á contemplação das grandezas do homem e da sua obra.» (8)

Aliás uma pagina antes o philosopho inglez tivera, para com o creador da escola positivista, palavras de generosa e tocante emoção. (9)

(7) *Comte and positivism*, London, 1866, p. 200.

(8) *Fragments de philosophie positive*, Paris, 1876, p. 244.

(9) *Comte and positivism*, p. 199: Other may laugh, but we could for rather weep at this melancholy decadence of a great intellect.

Não por mim que nada sou, mas por alguns homens distinctissimos que tomaram parte na elaboração do *Projecto* de Código Civil brasileiro, lastimo sinceramente deparar no Parecer senatorial certos adjectivos deprimentes, vocabulos depreciativos e um tom geral de mordacidade e menosprezo que avultam ainda mais por virem do Senado e se referirem á Camara. ⁽¹⁰⁾

Mas passemos cautelosamente por essas arestas cortantes sem dellas muito nos approximar, ponderando que *escriptor* é aquelle que escreve, pela mesma razão que *subscriber* é o que subscreve, *prolator*, o que profere, *reccbedor*, o que recebe.

Si a designação—*escriptor* se applica especialmente ao productor de obras litterarias, não será isso razão invencivel para recusarmos a mesma denominação a quem escreve cousa diversa.

O uso juridico deve tambem ser levado em conta, e foi elle que auctorisou os redactores do *Projecto* a empregarem o vocabulo *escriptor* na accepção censurada.

COELHO DA ROCHA (*Instituições*, § 681, *escholio*) deporá em favor da existencia do uso que agora invoco, falando assim: «a Ord., quando diz que nesta disposição o testador ou *escriptor* do testamento seja tido no lugar do tabellião, dá logar a entender que o acto ficou authenticico e concluido.»

TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação*, art. 1.060 e §§) contempla, entre as solemnidades do testamento particular: «que intervenham cinco testemunhas varões

⁽¹⁰⁾ Vejam-se ainda como exemplos de dureza de expressões: p. 90—*disposição mal amanhada*; p. 91—*embrulhadamente redige*, p. 99—*balburdiando...extravagancia*; p. 107—*não tem grammatica nem senso*; p. 144—*expressão original e ridicula*; p. 171—*é o cumulo da simplicidade no pleonasmo*. Simplicidade aqui vale por tolice. O tom escarninho é o dominante no *Parecer*.

e maiores de quatorze annos, além do testador, ou além do *escriptor* ou signatario do testamento. »

CARLOS DE CARVALHO, tractando do mesmo assumpto, repete as palavras de Teixeira de Freitas : « que intervenham cinco testemunhas, varões e maiores de 14 annos, além do testador, ou além do *escriptor* ou signatario da testamento. »—(*Direito civil brasileiro*. art. 1.765).

Como não extranhar a aspereza caustica do commentario, si a linguagem usual entre os doutos autoriza o emprego do vocabulo no sentido em que o tomou o *Projecto*?

O art. 1.142 provoca este reparo : « Porque resgate, aqui e no art. 1.144 ?

Na retrovendição, o termo technico para designar o resgate é *retracto*.

Ver Codigo Civil port. art. 1.588 e T. DE FREITAS, *Consolid.* n. 51 ao art. 351. » (11)

Não contestarei os foros do vocabulo *retracto*, de que me servi no *Direito das obrigações* (12); mas afirmo que os seus titulos não são melhores do que os de *resgate*.

Abro o *Codigo Civil portuguez annotado* por DIAS FERREIRA, na parte referente ao artigo invocado (13), e, nos esclarecimentos que ahi se desenvolvem, nem uma vez sequer deparo o termo inculcado como technico. Em logar d'elle, o que se encontra é *remissão*.

Ora o commentador não repeteria sete vezes na mesma pagina a palavra *remissão*, sem um certo proposito ; não evitaria systematicamente o emprego do vocabulo *retracto*, que lhe estava indicando a letra da lei, si a sua educação juridica lhe não tivesse

(11) *Proj. primitivo*, arts. 1.261 e 1.285.

(12) § 147, 4.º

(13) Vol. IV.

desenvolvido sympathias em favor de outra dicção. É esta supposição como que se confirma ao recordarmos que é esse mesmo commentador quem contesta a exactidão da phraseologia juridica do Codigo Civil portuguez. São delle estas palavras: « O Codigo seria um trabalho completo, si houvesse mais cuidado com a redacção juridica, que, em vez de ser tão trabalhada como a redacção grammatical, foi sempre preterida por esta. » (14)

Remissão é o termo de que se servem COELHO DA ROCHA e CORRÊA TELLES, quando tencionam designar, por um substantivo, o direito reservado ao vendedor de recobrar o objecto vendido, mediante certas condições. (15) *Direito de remir* é também expressão empregada quer pelos auctores citados quer por outros. (16)

Ora *remir* e *resgatar* são vocabulos de significação identica, segundo se vê em AULETTE, por exemplo: REMIR, v. tr.—redimir, *resgatar* etc.; RESGATAR, v. tr.—*remir* ou livrar do captiveiro a troco de presentes ou de dinheiro etc. Portanto é possível substituir a *remissão* de que se servem os escriptores citados pelo synonymo que o *Projecto* preferiu. É a razão dessa preferencia é que a palavra *remissão* já se applica em direito para traduzir factos differentes. Temos a *remissão* das dividas, a *remissão* hypothecaria, a *remissão* dos bens do executado.

Cumpria não concorrer para a confusão da linguagem da lei, mantendo a mesma expressão para significar ainda outra relação de direito.

(14) *Codigo civil portuguez annotado*, por JOSÉ DIAS FERREIRA, Lisboa 1870—1876, vol. I.

(15) *Ins.* § 823, texto e escholio; *Doutrina das acções*, ed. T. de Freitas, § 127.

(16) *Suzano*, á Ord. 4, 4,

O art. 1.429 ⁽¹⁷⁾ incorre em censura por ter falado em *direito de accrescer* a proposito de constituição de renda, quando a expressão é peculiar á theoria da successão. ⁽¹⁸⁾

Mas o que se entende por direito de accrescer? E' o instituto em virtude do qual ao herdeiro ou legatario se transfere o quinhão do coherdeiro ou collegatario conjuncto que não pode ou não quiz adir á herança. Funda-se na vontade presumida do testador.

Ora, a constituição de renda pôde resultar de uma disposição de ultima vontade. Portanto pode-se lhe applicar, nesse caso, com toda a propriedade o direito de accrescer, salvo si o legislador entender que certas condições especiaes da figura juridica intitulada constituição de renda reclamam que para ella se abra uma excepção ao principio. Essas condições existem, e por terem impressionado os redactores do *Projecto* é que o art. 1.429 adverte de que, *sem declaração expressa*, não se dará accrescimento na constituição de rendas.

Não procede consequentemente a censura, quando a renda fôr constituida por testamento.

Procederá em relação ao caso em que fôr da classe dos *inter vivos* o acto que lhe servir de base? Absolutamente não, porque a analogia das situações juridicas é manifesta.

Ha dois ou mais consortes beneficiados conjuntamente, com o direito de perceber, periodicamente uma certa prestação. O titulo desse direito poderá differir, segundo fôr uma disposição testamentaria

⁽¹⁷⁾ *Projecto primitivo*, art. 1.560. O art. 745 suscita o mesmo reparo (*Proj. prim.*, 839).

⁽¹⁸⁾ *Parecer*, p. 3, 1.ª col., 106 e 160.

ou uma doação entre vivos, mas a situação jurídica é a mesma.

E a analogia das cousas auctorisa o uso do mesmo nome para significá-las.

Vindo o legislador brasileiro tão posteriormente a muitos outros seria realmente estranho que fosse o primeiro a lobrigar essa analogia tão mal escondida. Mas a verdade é que muitos dos códigos, citados pelo *Parecer* em seu apoio, suffragam antes o dizer do *Projecto*. Taes são, por exemplo, o chileno e o argentino.

Não se pode, portanto, afirmar tão peremptoriamente *que não se depara nem um código civil (ao menos dos imitáveis)* onde se use da formula *direito de accrescer* com outra applicação além da que lhe é tradicional. (19)

— La renta vitalicia podrá constituir-se a favor de dós ou mas personas que gocen de ella simultaneamente, CON DERECHO DE ACRECER o sin él, ou successivamente, segun él orden convenido, con tal que todas existan al tiempo del contracto.

Eis como fala o código civil chileno, art. 2.265. O argentino, art. 2084 consagra a mesma doutrina, mantendo a mesma locução. Cuando la renta vitalicia, diz elle, fuese constituida a favor de dós o mas personas para que la perciban simultaneamente, se debe declarar la parte de renta que corresponda a cada uno de los pensionistas, y si el pensionista que sobrevive tiene DERECHO Á ACRECER.

O código civil do Uruguay, art. 2.162 reproduz o artigo citado do argentino com uma simples alteração de palavras que não influe sobre o que agora temos em vista.—Se debe declarar la parte que cor-

(19) *Parecer*, p. 161.

responde á cada uno de los pensionistas, diz elle, y si él que de éstos sobrevive tiene o NO DERECHO DE ACRECER.

A fonte destes dois ultimos codigos, assim como a do *Projecto* foi o art. 2.261 do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, onde se lê: « Quando fôr constituída ou reservada em proveito de duas ou mais pessoas para a perceberem simultaneamente, deve-se declarar a parte que a cada um dos pensionistas compete e si o pensionista sobrevivente tem DIREITO DE ACCRESCER.

O ponto juridico a fixar é si a reversibilidade da parte de um dos rendeiros conjunctos se presume ou deve resultar exclusivamente de clausula expressa, assumpto este que tem sido larga e proficientemente discutido em França.

O *Projecto* não podia deixar sem solução o problema, e acabo de mostrar que não foi infeliz nos termos de que se serviu, pois que os foi buscar em bôa fonte.

III

O capitolo das faltas de exacção na linguagem technica é abundante e vasto. Não o exgottaremos facilmente, ainda mesmo que marchemos com rapidez e somente nos detenhamos deante dos reparos mais graves.

O art. 18, n. XIV do *Projecto* estatue que se não pode matrimoniar:—*A mulher viuva ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, até dez mezes depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo si, antes de terminado o referido prazo, der á luz algum filho.* (1)

Arremina-se o *Parecer* deante dessa proposição e declara que « não pôde haver maior embrulhada » (2) do que a exhibida nesta pequena amostra, pela incuria dos collaboradores do *Projecto*, além de outros motivos, porque « estão em palpavel desencontro, nesta disposição, a primeira e a segunda parte. » (3)

Esta *embrulhada* vem do dec. n. 181, de 1890, art. 7 § 10, e os nossos juristas foram até hoje bastante felizes deslindando-a sem grandes gastos de argucia. Comprehenderam que a expressão usada pelo legislador—*separação judicial dos corpos* não significava a mesma cousa que desquite. Perceberam que na largueza d'aquella expressão havia ensancha apenas sufficiente, para, no lugar em que se achava, comprehender os casos de nullidade e annullação do casamento, nada tendo o dispositivo transcripto com o desquite ou divorcio canonico, não obstante lhe

(1) *Projecto primitivo*, art. 218 n. 13.

(2) *Parecer*, p. 4, 1.ª col.

(3) *Parecer*, p. 39, 1.ª col.

convir algumas vezes a designação de que aqui se tracta :—*separação judicial de corpos*.

Mas o *Parecer*, partindo da falsa premissa de que, na linguagem do *Projecto*, *separação judicial dos corpos* e *desquite* são expressões equivalentes, amontôa sombras onde o pensamento é claro.

Leia-se o art. 228 e se reconhecerá que, para o *Projecto*, a separação dos corpos se pode dar por decreto judicial : a) ou quando se pronuncia a nullidade do casamento ; b) ou quando a sociedade conjugal se dissolve em consequencia do desquite. Eis como se exprime o citado artigo : *A acção de NULLIDADE OU ANNULLAÇÃO DO CASAMENTO e a DE DESQUITE serão precedidas de uma petição do autor, documentada quanto baste para justificar a SEPARAÇÃO DE CORPOS, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.*

E ninguem dirá que realmente, em qualquer dessas hypotheses, não se dá a separação dos corpos em consequencia de uma ordem da auctoridade judicial.

A emenda não me parece mais feliz do que a critica. Diz ella : «A viuva ou a descasada por nullidade ou annullação do matrimonio, até dez mezes do começo da viuvez ou da *dissolução da sociedade conjugal*, salvo se, antes de findo esse prazo, der á luz algum filho. »

Ao jurista logo occorre uma objecção. Só se dissolve a sociedade que existe, e, si o casamento está inquinado de nullidade absoluta, não deu lugar a que se formasse a sociedade conjugal. Inexistente juridicamente, não pode produzir effeito em relação aos contrahentes e aos filhos, como preveniu o *Projecto*, art. 211. A excepção que se abre a este principio de logica irrecusavel, em favor da boa fé dos

que contrahiram casamento nullo, origina-se da intervenção benéfica da equidade, não tem por base o rigor do direito.

E' certo que o *Projecto*, art. 322, accetando doutrina pouco sustentavel da Commissão revisora do Governo (*Proj. rev.* art. 294), include, entre os modos de dissolução da sociedade conjugal, a declaração de nullidade do casamento. Mas, ainda que se possa invocar o exemplo da lei chilena de 10 de Janeiro de 1884, art. 37 e do código civil uruguayano, art. 1792, o equívoco é manifesto, si não tivermos o cuidado de restringir o alcance da phrase accrescentando que tal só é possível, *quando o casamento fôr considerado putativo*.

Cumpra, portanto, desfazer esse equívoco e não erigil-o em ponto de apoio para a construcção jurídica de que se cogita.

Si se tivesse attendido ao que acabo de ponderar, certamente os artigos referentes á constituição do dote se haveriam de bem comprehender como foram concebidos por quem os redigiu.

Suppõe o *Parecer* que nos arts. 307, 308, 309, 311, 313, 182 § 7 n. VI e § 9 n. I, 259 e 1.178, as palavras—*dissolução do matrimonio* se referem á nullidade ou annullação do casamento. (1) E o argumento unico invocado para a sustentação de tão extranha affirmativa é que, «no art. 313, se determina como, *dado o desquite ou dissolvido o casamento*, os fructos dotaes que correspondam ao anno corrente, serão divididos *entre os dois conjuges*.» «Ambos os conjuges *estão vivos*», continúa o *Parecer*. «*Nenhum*

(1) Cumpra advertir que o *Projecto* primitivo usou, nos arts. 349 a 357, de expressões mais genericas:—*dissolução do matrimonio e separação dos corpos*.

falleceu. E, comtudo, segundo esses cinco artigos, o matrimonio *está dissolvido*; quando o art. 322 § unico terminantemente estabelece que só morrendo um dos conjuges, se dissolve o casamento, indissolvel durante a co-existencia dos casados. » ⁽⁵⁾

Este argumento unico seria improcedente si fosse real; porquanto uma disposição especial referente ao dote não poderia ter força para destruir um principio geral que domina, no systema do *Projecto*, a constituição da familia.

Mas, além de improcedente, não encontra base nos dizeres do *Projecto*. O art. citado como fornecedor dessa clava desmoronadora da engrenagem do *Projecto* contém algumas palavras, além das que o *Parecer* transcreve, e essas palavras não podiam ser supprimidas sem prejuizo da integridade do pensamento. O art. 313 está redigido nos termos seguintes: *Dado o desquite ou dissolvido o casamento, os fructos doaes que correspondam ao anno corrente serão divididos entre os dois conjuges* OU ENTRE UM E OS HERDEIROS DO OUTRO, *proporcionalmente á duração do casamento no decurso do mesmo anno.*

As palavras em versalête, que o *Parecer* não viu, estão indicando que um dos conjuges falleceu, pois que só ha herdeiros de pessoa morta, e que a dissolução do casamento de que se tracta nos arts. citados, é sempre a mesma, é sempre a unica reconhecida pelo *Projecto*, isto é, a que resulta do fallecimento real, não bastando o presumido, de um dos conjuges.

Assim o «erro crasso», contra o qual flammejaram tantas phrases iracundas tem... as apparencias de um acerto. Por ter deixado de ler uma clausula

(5) Arts. correspondentes do *Proj. prim.*:—349 a 356.

essencial do dispositivo, é que o illustre auctor do *Parecer* viu contradicção em vez de harmonia, confusão em vez de clareza, balburdia em vez de simplicidade correcta.

O art. 313 allude claramente aos casos de desquite e de morte. Si a separação provier da nullidade ou annullação do casamento, applicar-se-á o disposto no art. 226 combinado com o art. 238, segundo os quaes somente em relação ao conjuge de bôa fé se ha de considerar a união sexual como produzindo effeitos civis de casamento valido.

À bôa fé fará com que, a favor de ambos os conjuges ou somente em beneficio de um delles, a situação equivoca em que se acharam se equipare á sociedade dissolvida pela morte de um dos consortes.

Não havendo, porém, bôa fé, rigorosamente não houve dote, porque os pactos antenupciaes presuppõem a celebração do casamento e a sua efficacia legal, e porque o art. 238 do *Projecto* estatue que «declarado nullo o casamento *por culpa de um dos conjuges este perderá todas as vantagens havidas do innocente*.

Acceita, portanto, a emenda que a Comissão do Senado approvou, e dizendo-se no art. 313—*dado o desquite* ou annullado o casamento—, em primeiro lugar, deixa-se de contemplar o caso commum da *morte de um dos conjuges*, imprevidencia gravissima; e, em segundo lugar, dá-se a entender que, na separação dos corpos determinada por nullidade do casamento, se effectuará normalmente a partilha dos fructos, segundo a regra firmada no mesmo dispositivo; o que não é absolutamente acceitavel, perante a razão juridica.

E' indispensavel, penso eu, á vista das reflexões

que acabo de suscitar, que se restabeleçam os arts. 307 a 313 com a redacção que levaram da Camara. ⁽⁶⁾

Quanto aos arts. 182 § 7 n. VI. 259 e 1.178, cumpre dar mais alguns esclarecimentos. ⁽⁷⁾

Referem-se o primeiro e o setimo ás doações que o conjuge adultero fizer ao seu cumplice, e o segundo aos actos praticados pela mulher sem auctorisação marital, decretando que a nullidade desses *negotia juris* pode ser pedida ou durante a permanencia do casamento ou até certo prazo após a dissolução do vinculo matrimonial.

E' justamente do *ligamen* creado pelo matrimonio legalmente celebrado que ahi se tracta e não da sociedade conjugal que desapparece pelo desquite.

Não ha difficuldade em reconhecê-lo. Considere-se em primeiro logar, a hypothese da doação do conjuge adultero. E' uma injuria irrogada ao consorte, e, é em desaffronta da dignidade da familia, do respeito que os conjuges devem um ao outro, e da obrigação de mutua fidelidade por esse modo menos-presada, que a lei concede ao conjuge offendido pela indecorosa liberalidade do outro, o direito de a desfazer.

Porque no regimen da communhão universal ou limitada, essa liberalidade acarreta prejuizo á meação do conjuge innocente, e ainda para reforçar a

⁽⁶⁾ Art. correspondente do *Proj. prim.* — 1.317. Devo observar, de passagem, que é necessario harmonisar os prazos estabelecidos nos arts. 182 § 7 n. VI e 182 § 9 n. III do *Proj.* da Camara. O primeiro é de dois annos e o segundo de quatro. No entanto as hypotheses são perfeitamente analogas e no *Proj. prim.* eram tractadas com egualdade (art. 290 cbn. com 289 n. 2 e 1.317).

⁽⁷⁾ Auctorisam-me o emprego da palavra *esposo* no sentido de conjuge: AULETTE, *Diccionario Contemporaneo* e LATINO COELHO, *Theatro*, I, pag. 152, linha 16 e pag. 218, linhas 12 e 22.

reacção legal contra a immoralidade, o direito de annullar a doação passa do conjuge aos seus herdeiros. Comprehende-se bem a intenção do legislador e vê-se o alcance do dispositivo.

Mas supponha-se que, por esse mesmo facto, ou por outros aos quaes elle se associe, os esposos se desquitaram. Já o facto injurioso produziu as suas naturaes consequencias, destruindo a associação conjugal, dispersando a familia. Já o conjuge innocente desaffrontou a sua dignidade e a moralidade social, obtendo o divorcio. Já o culpado foi punido, soffrendo os effeitos que a lei faz recahir sobre o conjuge que, por seu proceder, deu causa á desagregação da familia. Porque e em nome de que principio, ainda se viria, passados annos, levantar novamente o véo do esquecimento e da quietude que cobria essa magoa ou essa miseria? Depois de attendidos, pelo divorcio, os resentimentos que um conjuge tinha do outro, e depois de liquidados os seus interesses economicos, não ha razão juridica sufficiente para se virem levantar novas questões sobre o mesmo assumpto, ou seja o proprio divorciado quem as levante, ou sejam os seus herdeiros, o que ainda mais improcedente será. O divorcio deu satisfação a todos os reclamos e pôz termo á situação juridica em que se achavam os conjuges antes de desquitados.

Foi esse o pensamento do *Projecto*, e supponho que não lhe recusarão a sua approvação os que o considerarem de animo desprevenido.

Mas, si assim é, não deve ser admittida a emenda que nos arts. citados manda dizer *dissolução da sociedade conjugal* em vez de dissolução do casamento, como intencionalmente se expressara o *Projecto*.

IV

No art. 4 da lei preliminar, tentaram os redactores do *Projecto* condensar os principios geraes da revogação quer expressa quer implicita da lei ⁽¹⁾, dizendo: *A lei só pode ser derogada ou revogada por outra lei posterior em contrario; mas a disposição especial anterior não revoga a geral anterior, nem a geral posterior revoga a especial anterior, sinão quando a ella se referir para alteral-a explicita ou implicitamente.*

Apezar do que se diz no *Parecer* ⁽²⁾, acho mais incisiva, mais energica, a formula do *Projecto*, do que a da emenda. Prefiro, neste caso, a «conjugação paraphrastica, mediante o auxilio do verbo ser», para dar uma expressão mais frisante ao pensamento, e não acho razão sufficiente para refugal-a o pretendido mau som resultante da combinação das duas palavras *só* e *pode*. Ou havemos de reconhecer que o portuguez é lingua aspera, pouco malleavel e sem plastica, visto serem inevitaveis semelhantes combinações de sons, ou que são excessivos os escrúpulos, aliás somente agora revelados pela critica.

Mas certamente não pederia a attenção dos leitores para este reparo, si cousa de maior interesse não me parecesse estar envolvida na emenda.

Supprime ella as noções de *posterioridade e contrariedade*, essenciaes ao conceito da revogação, mas não evidentes de modo tal que se os possã calar sem prejuizo da limpidez do pensamento.

Desde os legisladores romanos até os de nossos

⁽¹⁾ *Projecto primitivo*, arts. 8 e 9 da lei de introd.

⁽²⁾ Pag. 2.

dias, todos sentiram a necessidade mental de accentuar que a acção revogatoria de uma lei sobre outra é uma reflexão da posterior sobre a anterior, sem a qual esta continuaria actuando sobre as relações jurídicas.

Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores ad priores pertinent. São palavras de PAULO no D. 1, 3, frs. 26 e 28. MODESTINO tambem diz no D. 1, 4, fr. 4: *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quæ ipsas præcesserunt.* E Tertuliano insiste: *antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est* (D. 1, 3, fr. 27).

O dec. de 6 de julho de 1693 por sua vez não se esqueceu de enunciar a relação de posterioridade, segundo a ementa que nos dá NOGUEIRA COELHO ⁽³⁾: *Lei posterior deroga a anterior na parte em que especialmente dispõe.*

Abro ao acaso um dos nossos auctorisados escriptores de direito civil e leio: «Dá-se a abrogação expressa, quando, por uma lei *nova ou posterior*, se declara que outra lei precedente ou anterior deixará de ser executada.» ⁽⁴⁾

Entre os codigos civis estrangeiros, são muitos os que auctorisam este modo de dizer.

Le leggi non sono abrogate che da leggi *posteriori* etc., estatue o codigo civil italiano. art. 5 das *disposições sobre a publicação, interpretação e applicação das leis.* O hespanhol expressa-se tambem por este modo: Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores (art. 5). São do chileno, art. 52, as palavras seguintes: La derogacion de las leyes po-

⁽³⁾ Apud. TEIXEIRA DE FREITAS, *Regras de direito*. pag. 362, ed. Garnier, 1882.

⁽⁴⁾ LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil portuguez*, Coimbra, 1848, I, pag. 40.

drá ser espresa o tacita. Es espresa, quando la *nuova* ley dice espresamente que deroga la *antigua*. Es tacita, quando la *nuova* ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley *anterior*. Linguagem identica é a do uruguayano, art. 10, e similhante a do mexicano, art. 8.

Ainda nos escriptores estrangeiros não seria difficil deparar exemplos em apoio da linguagem do *Projecto*. Limito-me a citar um. CHIRONI, falando da cessação da força obrigatoria da lei, depois de alludir á revogação tanto geral quanto parcial, explica: Il primo caso si avverà, quando il legislatore abbia con disposizione *posteriori* tolto forza a tutta la legge *anteriore* (*abrogazione*) o da parte de essa (*derogazione*). (5)

Eis ahi, em todos esses auctores e codigos, juriconsultos e legisladores, posto em relêvo o elemento da posterioridade na acção revocatoria da lei.

O mesmo, talvez com razão maior, se deve dizer do elemento que traduz a idéa de opposição ou incompatibilidade. Não é, portanto, uma expletiva superflua, a que se depara na locução adverbial — *em contrario* de que se serve o *Projecto*.

Sem essa condição a lei posterior, não annullará nenhum dispositivo da anterior, salvo si o fizer por declaração expressa.

Não diz o *Projecto*, como suppoz o *Parecer*, que é indispensavel fazer-se a declaração de que se acham revogadas todas as disposições em contrario. Não foi, portanto, adequada a invocação da auctoridade de PLANIOL.

O douto civilista francez condemna, por inutil, a declaração que costuma apparecer como fêcho de

(5) *Istituzione*, I § 20.

todas as leis : *revogam-se as disposições em contrario*. O principio da abrogação tacita é sufficiente, diz elle, e todos os juristas se hão de inclinar deante da verdade dessa affirmação.

Mas o *Projecto* não exige que a lei contenha essa viciosa precaução. Quer apenas que a lei posterior disponha em sentido opposto ao da lei anterior, se mostre incompativel com ella. Nisto é que consiste a revogação tacita.

Les lois régulièrement promulguées et publiées conservent une autorité tant qu'elles existent, et elles existent tant qu'elles n'ont pas été détruites par une loi *contraire*.

La destruction ou anéantissement d'une loi par une autre loi, constitue *l'abrogation*.

L'abrogation *est expresse* ou *tacite*, suivant qu'elle résulte d'une déclaration formelle du législateur, ou de l'incompatibilité qui existe entre les dispositions d'une nouvelle loi et celles d'une loi ancienne. On admet, en cette matière, qu'une loi spéciale n'est jamais tacitement abrogée par une loi générale. (6)

Estas palavras do circumspecto THEOPHILO HUC expõem toda a doutrina reflectida no art. 4 da lei preliminar do *Projecto* brasileiro, do qual constitue o melhor commentario.

Passemos a outro ponto.

A emenda ao artigo primeiro do *Projecto*, *parte geral*, não me parece accetavel, nem fundado em bôa razão o commentario que a explana.

As palavras do *Projecto* são estas : Art. 1.º *Este Codigo regula os direitos e as obrigações de caracter privado, das pessoas quer naturaes, quer juridicas, entre si e em relação aos bens.*

(6) *Commentaire* I, n. 47.

A emenda, para evitar o adjectivo *privado*, que lhe desagrada, transforma aquelle enunciado, que já se me afigura por demais restricto, na proposição seguinte: *Este código regula os direitos e obrigações PARTICULARES concernentes ás pessoas, aos bens e ás suas relações.*

Nada quero dizer quanto ao complemento—*as suas relações*, porque não será certamente ás relações dos bens que allude o artigo correcto. Mas está me parecendo que si fôra do *Projecto* aquelle modo de dizer, logo lhe faria a critica a interrogação que, em muitos passos, reproduz: relações de quem? Dos bens ou das pessoas? (1)

O que importa notar é que o qualificativo *particulares* não substitue satisfactoriamente o epitheto —*privadas*, no caso em questão. Obrigações particulares serão obrigações especiaes, em opposição ás geraes, e não obrigações de character privado em opposição ás de feição publica.

Seria de todo inconveniente que por motivo de ogerisa infundada a um nome, se o excluísse do Código civil, quando na linguagem corrente, scientifica ou commum essa dicção é que mais precisa e exactamente traduz a idéa que se tem em vista.

«Aliás não sei para que esse texto», observa o commentario. «Nem o código civil, francez, nem o portuguez, nem o hespanhol, nem o chileno, nem o argentino, nem o italiano, nem o montenegrino, nem

(1) Realmente, em muitos passos, o *Parecer* anhora o principio da proximidade para a referencia do adjectivo possessivo á cousa possuida em regra inflexivel, sem modificação, sem a tolerancia de um ligeiro desvio auctorisado pela evidencia do pensamento. Vejam-se: pag. 30, nota ao art. 154; pag. 72, commento ao art. 423; e ainda outros ponctos em que se insiste sobre esse preceito.

No emtanto aqui se depara uma flagrante infracção da norma considerada inamolgavel.

o allemão, nem o ante projecto do codigo civil suiso encerram disposição semelhante. ⁽⁸⁾

O fim desse texto é determinar, numa formula geral, o objecto do Codigo civil, fazendo as vezes de uma definição que, aliás, seria ahi descabida. Apresenta elle a synthese do Codigo, o seu campo de acção e o seu modo de actuar sobre as relações humanas.

Sempre me pareceu vantajoso abrir-se o Codigo civil por essa declaração que valia por uma janella aberta sobre a perspectiva desdobrada em face do observador. E essa minha convicção foi corroborada pelas observações de ENDEMANN ao Codigo civil allemão. ⁽⁹⁾ Mostra o preclaro expositor de direito civil que, ao preparar-se o Codigo civil era a occasião mais azada para se fazer exacta discriminação entre a materia do direito civil e a dos outros dominios juridicos, particularmente do direito publico e do processual, até porque o codigo veio abrogar todas as leis locais concernentes ao direito privado, salvo os casos expressamente reservados.

Não foi simplesmente a novidade da empreza que fez recuar o legislador tudesco deante de uma definição ou de uma enumeração da materia propria do direito civil. Mais talvez tivessem pesado em seu espirito as difficuldades da tentativa. ⁽¹⁰⁾ Mas, pondera o sensato jurista, não se tractava de obter uma definição exhaustiva e rigorosamente scientifica. Devia aproveitar-se a opportunidade para dar, numa

⁽⁸⁾ *Parecer*, pag. 10. 1.^a col.

⁽⁹⁾ *Einfuehrung* I, p. 86.

⁽¹⁰⁾ *Einfuehrung* cit. pag. 29: Zum Verzichte auf eine gesetzliche Definition oder eine kasuistische Aufzählung der einzelnen Gebiete des burgerlichen Rechtes bewog indessen aufs Neue die Schwierigkeit eines solchen Versuches,

formula concisa e frisante, a verdadeira noção do direito privado e separar a sua materia da do direito publico. Era o sufficiente. (11)

Inspirou-se nestas idéas o *Projecto* brasileiro e agora o censuram por isso. Bem difficil é contentar a critica.

E não está assim desacompanhado, como se pretende fazer acreditar, o artigo primeiro do *Projecto*. Pode invocar precedentes honrosos. O Codigo civil d'Austria encabeça os seus preceitos pelo artigo que passo a transcrever :

Der Ingebriff der Gesetze, wodurch die Privat Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates, unter sich bestimmt werden macht das buergerliche Recht indemselben aus. O que pode ser trasladado a portuguez pelo modo seguinte: O complexo das leis, que determinam os direitos e deveres privados dos habitantes do Estado entre si, constitue o direito civil.

O codigo civil portuguez incluído foi pelo *Parecer* entre os que desabonam o systema do *Projecto*. No entanto o seu artigo 3 bem pode ser aponctado como uma das fontes em que se inspiraram os redactores do flagellado ensaio de codificação do direito civil patrio.

Verifiquem por si os que me lerem.

Eis o art. 3 do Codigo civil portuguez :

SE OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES SE LIMITAM ÁS RELAÇÕES RECIPROCAS DOS CIDADÃOS ENTRE SI, COMO MEROS PARTICULARES, OU ENTRE OS CIDADÃOS E O ESTADO EM QUESTÕES DE PROPRIEDADE OU DE DIREITOS PURAMENTE INDIVIDUAES, ESSES DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONSTITUEM A CAPACIDADE CIVIL DOS CIDADÃOS, DENOMINA-SE DI-

(11) Op. cit. I pag. 29 nota 5.

REITOS E OBRIGAÇÕES CIVIS E SÃO REGIDOS PELO DIREITO PRIVADO CONTIDO NO CODIGO CIVIL, *excepto na parte que é regulada por lei especial.*

Não falta ao dispositivo que o *Projecto* collocou justamente no portico da *parte geral* nem o apoio dos precedentes, nem a egide efficaz das auctoridades, nem a razão de utilidade.

Ainda neste lanço, se me afiguram improcedentes as observações do *Parecer*, sustentando que as expressões que enformam o art. 1.º do *Projecto*, na sua parte geral, não traduzem com exactidão e rigor tudo quanto deviam comprehender.

A formula do art. 1 é a do *Projecto* revisto, condensado pelo Sr. Andrade Figueira ⁽¹²⁾ e, ao meu ver, abrange os direitos e obrigações de ordem privada, inclusive os que são irradiações da personalidade e os que são organicos ás pessoas juridicas.

Todo direito é uma relação entre dois termos, o *sujeito* e o *objecto*, e esse objecto ou ha de ser o proprio homem em seu corpo e em suas faculdades mentaes ⁽¹³⁾, ou uma acção de outro homem, ou, finalmente o mundo material externo e distincto do ser composito de cada homem e n favor do qual o direito existe.

«Ter um direito, ensina o grande IHERING, significa:—alguma cousa existe para nós, o poder publico o reconhece e nol-o assegura. O que, porém, existe para nós pode ser :

1) *Nós mesmos.*

A expressão juridica desse facto é o direito da *Personalidade*. O fundamento ethico desta noção é o principio: o homem é fim de si mesmo. O escravo não existe para si, mas para o seu senhor,

⁽¹²⁾ *Projecto* rev. art. 1. : *Trabalhos* VI. pag. 81.

⁽¹³⁾ KOHLER,—*Einf. in die Rechtswissenschaft* § 16,

não tem em si o seu proprio fim, é apenas meio para fins alheios.

O que existe para nós pode ser :

2) *Uma cousa.*

A expressão desta relação que destina as cousas á satisfação de nossos fins é o direito das cousas ou a propriedade no sentido mais amplo. (E' neste sentido que os philosophos e os economistas costumam empregar esta expressão. Abrange ella, então, a propriedade no sentido dos juristas, a posse, o direito sobre cousas alheias e o direito hereditario).

O que existe para nós pode ser:

3) *Uma pessoa*, seja em sua totalidade e com reciprocidade (*relações de familia*), seja em razão de prestações isoladas (obrigações).

O que existe para nós pode finalmente ser :

4) *O Estado.*

A expressão juridica desse facto, sua relação attributiva de direitos é a *cidadania* ⁽¹⁴⁾.

Consequentemente dizendo o Codigo civil que todos os direitos se reduzem a relações da pessoas entre si e em referencia aos bens, exgottou a materia, muito embora pudesse particularisal-as, separando o direito da personalidade, o da familia e dos bens.

Por outro lado, só existem direitos, isto é, poderes de acção, entre homens e dentro da sociedade. Os proprios direitos organicos das pessoas juridicas, somente existem emquanto importarem *afirmações juridicas da existencia dessas pessoas em frente a outras pessoas naturaes ou juridicas*. O direito não constitue um conceito absoluto, uma idéa de

⁽¹⁴⁾ IBERING, — *Der Zweck cim Recht*, I pag. 66. Leipzig. 1884.

relação. E', para quem o possui, uma faculdade, um poder. Sobre os outros actúa exigindo que o respeitem, sob pena de invocar, em seu favor a protecção coactiva do poder publico.

V

Reza o art. 2: «Todo o *ser humano* é capaz de direitos e obrigações na ordem civil». E o art. 4, descortinando outro aspecto da mesma idéa :

«A personalidade civil do *ser humano* começa do nascimento com vida ; mas, desde a concepção, a lei põe a salvo os direitos do nascituro.

Exprobam-se estes dispositivos por empregarem a expressão *ser humano* em vez do vocabulo—*homem*.

E' certo, como pondera o *Parecer*,⁽¹⁾ que no *Projecto primitivo* havia mais fortes motivos para se preferir aquella dicção ; mas nem por ter desapparecido a idéa que exigira esse revestimento adequado, valeria a pena fazer a alteração. Será impossivel que o Senado restaure a doutrina rigorosamente logica do *Projecto primitivo* e do *Esboço*, segundo a qual a pessoa começa a existir, desde que é portadora de direitos, isto é, desde a concepção ? Si não é impossivel, e si parece inapplicavel ao feto, ao embrião, a designação de homem, porque, ao menos, não esperar pela solução definitiva da pendencia ? Allega-se que o Codigo civil portuguez, art. 1, usa da palavra—*homem*, como o allemão, art. e tambem o projecto Suisso. Quanto ao Codigo Allemão 1, peço venia para advertir que *der Mensch* corresponde exactamente a *ser humano*, porque a lingua allemã distingue entre *homo* (*der Mensch*) e *vir* (*der Mann*). Attendeu a essa distincção o provector ERNESTO LEHR, quando traduziu o art. 7 do Codigo civil de Zurich.

As palavras do Legislador Zurichense são estas : *Jeder Mensch ist in der Regel allés Privatrechts faehig.*

(1) Pag. 12.

Kein Mensch ist rechtlos. O erudito conselheiro da embaixada de França na Suíça passou-as, deste modo, para o francez: En principe, *tout être humain a capacité pour l'ensemble des droits civils.* Nul *être humain* n'est sans droits. E explica em nota: «Vertemos o palavra *Mensch* do texto allemão por *ser humano*, para evitar toda confusão entre *vir e homo*».

Não é tão profunda a ignorancia ruidosamente apregoada dos collaboradores do *Projecto*, a poncto de não saberem que o appellativo *homem* designa a especie humana, nem que *hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur* (D. 50, 16, fr. 152). Reflectidamente escolheram uma expressão isempta de quaesquer laivos de equivoco e, sobretudo, capaz de corresponder á extensão toda do pensamento do legislador.

A locução *ser humano*, sobre ser mais vigorosa, mais extensa e mais flexivel, tem, na parte geral do Codigo civil, um alcance para o qual mais uma vez chamo a attenção dos legisladores do meu paiz. Ella exclue o requisito da forma humana de entre as condições necessarias para que se attribua a alguem a personalidade civil. E não era extranho cogitar da persistencia desse romanismo, quando o Codigo civil portuguez, art. 110, o peruano, art. 4, o mexicano, n. 303 e o hespanhol, art. 30, ainda o consagram de modo expresso, ou indirectamente o mencionam.

Resolve tambem a questão da *viabilidade* (2).

(2) Apesar da reverencia com que encaro sempre as lições do *Parecer*, continuo distinguindo entre *viabilidade*, aptidão para a vida extra-uterina, e *vitalidade*, força, exuberancia de vida ou qualidade do que tem vida. Esta é susceptivel de augmento ou diminuição, pode ser maior ou menor, variar com as circumstancias, e tanto se diz do recém-nascido quanto do adulto. Aquella é uma qualidade especial do resceinnascido, e qualidade, por assim dizer, absoluta

Si todo ser humano é capaz de direitos, não temos que indagar si, ao nascer, se mostra elle com forças de prolongar a sua existencia, no meio novo em que se acha. Basta-nos saber que existe.

Em conclusão, si o Codigo civil portuguez prefere dizer *homem*, quando o *Projecto* diz *ser humano*, á sua auctoridade se pode contrapor a de outros productos legislativos de igual respeitabilidade.

Eis aqui como se expressa o Codigo civil argentino, art. 51: Todos *los entes* que presentasen signos caracteristicos de humanidade, sin distincion de cualidades ó accidentes son personas de existencia visible.

O Chileno, por sua vez, estatue, art. 55: Son personas todos *los individuos de la especie humana etc.*

O do Uruguay, art. 21: Son personas todos *los individuos de la especie humana etc.*

E o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 35: «Todos os entes que apresentem signaes caracteristicos da humanidade, sem distincção de qualidades ou accidentes, são pessoas de existencia visivel.»

As correcções feitas ao art. 5 do *Projecto* são de menor monta, pois não envolvem materia de doutrina; mas, não obstante, pedem alguns ligeiros reparos.

O principio do citado artigo preceitúa: «São absolutamente incapazes de exercer *por si* os actos da vida civil: I os menores etc.

A emenda retira o adjuncto adverbial—*por si*, para em seu logar, escrever—*pessoalmente*: «São

Ou a creança desprende-se, das visceras maternas, viavel ou não. Mais viavel ou menos viavel é que, ao menos para o direito, não teria sentido. Vide LITTRÉ ET ROBIN—*Dict de Méd.* verb. *Viabilité*, e BROUARDEL, *Mariage*, Paris, 1900, pag. 178—179.

absolutamente incapazes de exercer *pessoalmente* os actos da vida civil »...

Dois inconvenientes descubro no vocabulo preferido. Parece mal escolhido no momento em que se está expondo a theoria das pessoas, e faz suppôr que os menores de quatorze annos, os loucos de todo genero e os ausentes podem confiar o exercicio de seus direitos a mandatarios eleitos por sua vontade.

A formula do n. IV do mesmo artigo,—os ausentes *declarados taes em juizo*, suscita objecções. « Declarados por quem »? Interpella o *Parecer*. « Não diga a lei mais, continúa admoestando, mas tambem não diga menos do que deve, para exprimir o que quer ». (3)

No emtanto a linguagem do *Projecto*, nesta passagem, pensava eu que fosse genuinamente juridica, por vel-a reproduzida em mestres que apuraram as finas qualidades de seu espirito n'uma educação exclusivamente juridica. TEIXEIRA DE FREITAS (4) e NABUCO (5) disseram ambos—*declarados taes em juizo*, e diariamente se repete essa expressão em papeis juridicos.

Todos sabem que declarado em juizo quer dizer declarado pelo juiz no exercicio de sua jurisdicção, a requerimento de um interessado.

Esta ultima circumstancia, que a linguagem usual presuppõe inclusa na formula do *Projecto*, não se pode subentender na phrase da emenda. *Por acto do juiz* tanto pode indicar o exercicio da jurisdicção honoraria por solicitação dos interessados quanto o desenvolvimento da auctoridade judiciaria

(3) *Parecer*, pag. 13, 1. col.

(4) *Esboço*, arts. 41, ns. 3 e 5 e 107,

(5) *Projecto*, art. 16 n. 3,

por determinação propria, deante de qualquer circumstancia que o solicite. Até parece que é mais propriamente essa manifestação espontanea do *imperium mixtum* que se quer significar, quando se usa da formula—*por acto do juiz*. No emtanto bem outra deve ser a intenção do legislador.

Por uma facil transição, irei passando das pretendidas impropriedades da terminologia do Projecto para as que se me afiguram reaes, o *Parecer*.

Pela remodelação que soffreu o art. 9 § unico, a idade de dezoito annos é somente requisito necessario para a declaração da maioridade dos tutelados. A emancipação dos filhos—familias pode verificar-se em qualquer idade. Mas não ha razão alguma que justifique essa differença no tractamento dos menores, e foi pensamento do *Projecto* fixar a mesma idade de dezoito annos para a concessão da capacidade juridica por antecipação. E' a emenda que o faz manquejar neste passo.

Diz ella: « Cessará para os menores, a incapacidade: I Por concessão do pai, ou, si fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, *si o tutelado tiver dezoito annos completos*.

Esta ultima clausula—*si tiver dezoito annos completos*—não é simplesmente ao *tutelado* que se deve referir, mas a todos os menores que pretendam ser declarados maiores. Não se tracta neste artigo simplesmente do supplemento de idade segundo existe no direito patrio em vigor. Tem maior amplitude e é mais completo o instituto a que elle dá fôrma, pois que, remontando a um principio mais geral abrange os filhos-familias e os orphams.

Outra emenda que desvirtua, penso eu, a *mens legis*, é a que soffreu o art. 18. As palavras do *Projecto* são estas: « *As pessoas juridicas estrangeiras* »

de direito publico não podem adquirir ou possuir, por qualquer titulo, propriedade immovel no Brasil nem direito susceptivel de desapropriação. »

Tive occasião de reclamar, por mais de uma vez, contra este dispositivo. Primeiramente contra a sua doutrina pouco liberal; depois contra o emprego do verbo *possuir* que impossibilitará as potencias estrangeiras até de alugarem predios para as suas legações no Brazil, visto o alcance dado, pelo *Projecto*, ao conceito da posse; e, finalmente, contra a expressão pouco precisa — *direitos susceptiveis de desapropriação*.

Não fui attendido, mas diz-me a consciencia que cumpri lealmente o meu dever.

A correcção feita pela douta Commissão do Senado não melhorou, infelizmente, nenhum desses ponctos a meu ver defeituosos. Onde reformou, estou convencido de que não o fez com vantagem.

Refere-se o *Projecto* ás *peçoas juridicas estrangeiras de direito publico*. Sob o fundamento de uniformisar a linguagem do futuro Codigo, a Commissão do Senado quer que se diga:—*As peçoas de direito publico externo* não podem adquirir etc.

Direito publico externo é o direito publico internacional. Peçoas juridicas do direito publico internacional são os diversos Estados e a Igreja catholica. Entre os Estados se enfileira forçosamente o Brasil. E, assim, a nação brasileira, como peçoas de direito publico interno, art. 14, pôde ter propriedades immoveis no paiz, e como peçoas do direito publico internacional está sujeita ás restricções do art. 18. Similhante antinomia desaparece, desde que se respeite a terminologia do *Projecto*:—*peçoas juridicas estrangeiras de direito publico*.

Além disso, ha entre os internacionalistas uma disputa bem conhecida sobre quaes são as pessoas de direito publico internacional. A opinião mais segura não considera taes sinão os Estados e a Igreja Catholica, ou, segündo alguns, o summo pontifice. Outra, mais radical, exclue dessa classificação a Igreja e o seu chefe. Não falemos agora de uma terceira opinião que attribúe esse predicado tambem ao homem, ao individuo, considerado independentemente do vinculo da nacionalidade. Mas, si o Codigo civil brasileiro disser que as pessoas juridicas de direito publico externo não pôdem adquirir immoveis no Brasil, terá recusado o direito de propriedade immovel somente aos Estados estrangeiros e á Igreja, pois que são ellas pessoas juridicas de direito publico externo. As provincias estrangeiras, os municipios estrangeiros e certos estabelecimentos publicos erigidos em pessoas juridicas não incidirão nesse impedimento, porque a sua personalidade lhes foi attribuida pelo *direito interno* do respectivo Estado. São pessoas estrangeiras, mas não de direito publico externo.

E seria intuito do dispositivo fazer semelhante concessão, recusando ao todo o que faculta a cada uma de suas partes?

Creio que, depois desta reflexão, ninguem dirá que a redacção correctá se mostre mais previdente neste artigo, do que a incorrecta.

Si duas virgulas, flanqueando um innocente adverbio, motivam cogitações valiosas como as do *Parecer* (pag. 26) que mostra dissentir, no modo de considerar a pontuação, do Visconde de CASTILHO, não será muito que a substituição de uma palavra, capital para a transmissão do pensamento, acarrete consequencias tão graves.

Passemos a outro assumpto.

A inscripção da secção III, liv. I da parte geral — *Sociedades e associações* pareceu-me, desde o começo, velada e perigosa, porque nem claramente affirma a distincção entre sociedades e associações nem deixa a consciencia do interprete segura ácerca da synonymia entre os dois termos. Essa ambiguidade eu a quizera ver desfeita. Por isso chamei para ella a attenção do Senado. (6)

A emenda elidiu, com effeito, a perplexidade da inscripção, declarando synonymos os dois vocabulos — *sociedade e associação*. Esqueceu-se, entretanto, de que o assumpto já deixara raizes no art. 16 (7), onde o legislador parece reservar a palavra associação para uma especie determinada: os conjunctos de homens tendo em vista a consecução de fins de utilidade publica.

As associações de utilidade publica não podem ter fim que não seja religioso, pio, moral, scientifico ou litterario, e esses mesmos fins podem ser proseguídos pelas sociedades (art. 16, I.) Resulta desta observação que não é sob o ponto de vista teleologico que se poderá fazer a distincção entre sociedade e associação. Qual será, então, o criterio para a distincção? Não cabe agora examinar, mas tambem não se póde suppor que sejam synonymos os dois vocabulos, quando o art. 16, I depois de alludir aos differentes fins que podem dar existencia ás sociedades de character privado, destaca as *associações de utilidade publica*.

A conclusão que se impõe é que as duas pala-

(6) *Observações*, p. 4 a 5.

(7) Reclamei contra a doutrina deste artigo (*Diario do Congresso* de 27 de fev. de 1902, p. 350, e *Observações ao Senado*, p. 4).

vras não são synonymas para o *Projecto*, e não havendo synonymia, a emenda augmentou as difficuldades, retocando a inscripção da secção III, sem attender ao que anteriormente dispuzera o art. 16.

Ao art. 40, antes e depois de correcto, caberia interrogar qual é o domicilio anterior a que elle se reporta, quando é de um domicilio unico que se trata. « Os funcionarios publicos, é a linguagem da emenda, reputam-se domiciliados onde exercem as suas funcções, não sendo temporarias, periodicas ou de simples commissão ; porque, nestes casos, não operam mudança no domicilio *anterior*. »

Si não operam mudança no domicilio, este continua o mesmo, e, si continua o mesmo, não póde ser anterior, porque outro não foi constituido.

Da emenda ao art. 46 I não tenho que dizer, pois me parece bôa a sua redacção. Mas não posso deixar de attender ás censuras do commentario, tendo contribuido para a formula acceita pela Commissão da Camara. Eil-a (8) :—« São bens immoveis: I O solo, no qual se comprehendem: a superficie, com as arvores e fructos pendentés, o espaço aereo e o sub-solo. »—

A critica a esta proposição assevera que « não se póde correctamente dizer que o solo comprehenda o espaço aereo. Contra essa arrojada ficção protesta a realidade physica. » (9)

A emenda, entretanto, destôa dos conselhos e das increpações da critica, porquanto diz tambem que o espaço aereo faz parte do solo. São estas as suas palavras :—« O solo, com os seus accessorios e adjacencias, comprehendendo: a superficie, as arvo-

(8) Trabalhos IV, pag. 172.

(9) *Parecer*, pag. 19, 1.^a col.

res e os fructos pendentes, o espaço aereo e o subsolo. >

Eis ahi:—o solo.....comprehendendo.....o espaço aereo.

E fez bem a emenda em desprezar a parenese da critica, porque si, physicamente, o espaço aereo não é parte do solo, não ha duvida que|juridicamente, é um dos seus elementos integrantes, por ser indispensavel ao exercicio do direito de propriedade e de seus desmembramentos, quando tiverem o solo por objecto.

Em sociologia, observa DE GREEF ⁽¹⁰⁾ entende-se por territorio, toda a phenomenalidade inorganica e mesmo organica exceptuado o homem. No direito não é tão ampla a noção de solo, mas não se reduz á parte solida da crusta terrestre.

Dir-se-á tambem, e mais razoavelmente, que «repugna á realidade physica» serem immoveis os rios que aqui deslisam mansamente na planicie e além se despenham atroadoramente em catadupas ⁽¹¹⁾; serem immoveis as estatuas collocadas em nichos nas paredes de um palacio; serem immoveis certos direitos. No emtanto ninguem se lembrou de contestar á sciencia juridica, em nome da physica, a faculdade de attribuir essa qualidade aos mencionados objectos, ninguem lhe combateu a pretensão de affeição os seus conceitos segundo os fins que lhe são especiaes.

Não ha, portanto, o arrojo que se lobrigou na phrase do *Projecto*. Ao contrario, rasteja ella a realidade juridica dos phenomenos.

⁽¹⁰⁾ *Introduction á la sociologie* I, p. 50.

⁽¹¹⁾ ROTH *System der deut. Privatrechts* I § 75 ; cod. ital. art. 412 ; CHIRONI, *Istituzioni* I § 47.

VI

O *Parecer*, inexoravel com os erros typographicos que zombáram dos mais sollicitos cuidados da revisão, deixou-se enredar nas malhas que um delles lhe teceu—no art. 54. Tracta-se, nesse poncto, de fixar a noção de *cousas consumiveis*, distinguindo as que o são materialmente das que se consideram taes por sua funcção economico-juridica. As cousas destinadas á alienação capitulam-se entre as *juridicamente consumiveis*. (1) O *Projecto* primitivo dissera-o de modo claro (art. 68): «São consumiveis os bens moveis que se extinguem pelo uso normal, seja porque o uso delles importa destruição de sua substancia, seja *porque são destinados á alienação*. »

Esta formula, que continuo a reputar scientificamente exacta, assumiu outra physionomia na primeira revisão. «São consumiveis os bens moveis, alvitrou que se dissesse a commissão revisora do Governo, cujo uso importa destruição immediata de sua substancia, *sendo considerados taes os destinados á alienação*. »

Evidentemente esta redacção deixa de accentuar, como tivera o cuidado de fazer a primeira, a differença entre o consumo juridico e o material, mas sempre se vislumbra o matiz assignalado, através das ultimas palavras do dispositivo.

Foi na redacção da Commissão da Camara que, pela primeira vez, se instillou na phrase do *Projecto* a incorrecção typographica (2) destináda a perdurar e a metamorphosear-se na emenda a que alludo.

(1) PLANIOL, *Traité*, I n. 784; ROTH, *System*, I § 76; WINDSHEID, *Pand.*, § 140; Cod. civ. all., art. 92.

(2) *Trabalhos*, vol. VII, p. 10, art. 56,

No art. 56, *in fine* do *Projecto* da Camara, lê-se realmente: « sendo considerados taes os destinados á alimentação. » Era de *alienação* que se tractava.

Agora desaparece o erro de composição typographica; occupa o seu posto, porém, uma negligencia de redacção ou inadvertencia no encadeiamento das idéas juridicas que, penso eu, não é desprecienda.

Em primeiro logar, a fórmula correcta ⁽³⁾ eliminou, por completo, o consumo juridico. O dinheiro e as mercadorias expostas á venda são desclassificadas. Não pertencem mais á categoria das cousas consumiveis, pois que o uso normal que se faz desses bens não lhes acarreta immediato anniquilamento da substancia; nem se enquadram entre as inconsumiveis, porque uma vez realizado o uso a que se destinam sáem do patrimonio a que pertenciam, deslocam-se arrastadas pela corrente da circulação que as vae conduzindo para onde as necessidades as solicitam. No emtanto já os romanos ensinavam que o dinheiro é consumivel: *consumitur pecunia*. ⁽⁴⁾

Depois, os generos alimentares entram na classe geral dos bens que se destroem pelo uso, e não ha necessidade de fazer qualquer declaração especial a respeito delles. A consumibilidade é, neste caso, material, e, portanto, intuitiva. Porque haveremos de destacal-a?

E' indispensavel, vê-se, que se restaure o enun-

⁽³⁾ Eil-a : Art. 54 « Consumiveis são os moveis, cujo uso lhes destróe para logo a substancia. Taes se consideram os *gencros alimentares*. »

⁽⁴⁾ *D.* 4, 4, fr. 32 e 12, 1, fr. 13. WINDSHEID faz a ponderação de que essa mesma idéa está consignada nas *Inst.* 2, 4 § 2: *in ipso usu assidua permutacione quodanmodo extinguitur*. Allude a phrase transcripta ao gasto pelo uso e não ao que possa produzir o attricto das moedas em curso quotidiano.

ciado do art. 54, de modo que se não mutile o pensamento juridico.

Da emenda ao art. 77 por certo nada me abalançaria, a dizer, si não fosse o commentario que a illustra; porque para o fim que ahi se tem deante dos olhos, tanto *importa asseverar que todo direito é provido de uma acção que lhe garante o exercicio*, como affimar que a todo direito corresponde uma acção que o assegura. (*)

O intuito da emenda e a explanação que a fundamenta é que reclamam alguns reparos. Suppõe o *Parecer* que a acção se destina a assegurar o gozo e não o exercicio do direito, e que o *Projecto*, na sua insciencia desastrosa, toma um pelo outro. (6)

Examinemos si realmente a linguagem do *Projecto* merece, neste poncto, a increpação que se lhe faz. Antes disso, porém, será de bom conselho abroquelar esse producto do *deleixo*, (7) com a auctoridade do codigo civil portuguez, art. 12, que assim se expressa: « Toda lei, que reconhece um direito, legitima os meios necessarios para o seu exercicio. » E' o mesmo pensamento, variando a fôrma por que se externa verbalmente. E não é de *gozo*, mas de *exercicio* que fala o legislador portuguez.

Prosigamos agora mais desassombradamente.

Ninguem, que haja passado por nossas escholas de direito, ignora que os escriptores francezes distinguem o gozo do exercicio do direito. *Gozo* de um direito, dizem elles, é a aptidão legal de uma pessoa para se utilizar das vantagens reconhecidas ou sancionadas pela lei. *Exercicio* de um direito é a realização effectiva do gozo. Este confunde-se com o proprio direito, e o exercicio é o *facto* que corresponde

(5) Pag. 23 do *Parecer*.

(6) Pag. 24.

(7) *Parecer*, p. 18, linha 59.

ao direito. ⁽⁸⁾ Por outros termos um pouco mais precisos: o gozo é a faculdade concedida pela lei; o exercício é o uso dessa faculdade. ⁽⁹⁾ Ou ainda: gozar de um direito é ser titular d'elle; exercer um direito é extrahir d'elle as vantagens que possa fornecer. O primeiro destes estados poder-se-á denominar *estatico* e o segundo *dynamico*. ⁽¹⁰⁾

São, porem, os proprios jurisconsultos francezes que nos descobrem a falta de precisão desses termos—*gozo* e *exercício* de direitos, e a consequente vacillação da doutrina a que elles procuram dar forma. PICARD não o desconhece. ⁽¹¹⁾ Mais positivo, PLANIOL externa o seu pouco affecto por essa dichotomia da idéa do direito subjectivo. « Estas duas expressões, diz elle, têm um duplo defeito: em primeiro lugar, não accentuam claramente a antithese, porque o vocabulo *gozo*, em seu sentido natural, designa antes um simples uso do que uma attribuição definitiva. Depois não despertam sinão uma idéa de direitos e acabamos de ver que é preciso pensar tambem nos deveres, encargos e obrigações». ⁽¹²⁾ E poderia o douto jurisconsulto insistir na incerteza dessas noções que muito ainda teria que dizer.

Para evitar a amphibologia, para desfazer o equivoco das alludidas expressões, quando tomadas em accepção antithetica, prefere a sciencia assignalar os momentos da actividade juridica das pessoas por meio das noções de *capacidade* e de *exercício dos direitos*. A personalidade é um enfeixamento de direitos; a capacidade é a extensão concedida a esses poderes de acção, o modo geral de ser da pessoa; e o exercício dos direitos é a personalidade em acção,

(8) HUC, *Commentaire* I, n. 219; PLANIOL, *Traité*, I, n. 416.

(9) LAURENT, *Principes*, I, n. 319, *Cours* I, n. 56.

(10) E. PICARD, *Droit pur*, § CXI.

(11) E. PICARD, *op. cit.* § cit.

(12) *Op. cit.*, n. 416.

usando, segundo a sua capacidade, das faculdades que a ordem juridica lhe assegura.

Para este modo de ver, que é o do *Projecto*, o exercicio dos direitos é a sua effectividade, o seu gozo, a sua realização, o seu funcionamento. Foi, portanto, com a maxima propriedade que o art. 77 declarou que as acções se destinam a assegurar o exercicio dos direitos.

Mas supponhamos que seja accetavel a distincção refugada pela propria doutrina que a engendrou. Poder-se-á dizer que as acções garantem sempre o gozo do direito? (13)

Invertida, estaria certamente mais perto da verdade a affirmação. As acções são sempre solicitadas pelo exercicio, mas aproveitam o gozo.

Realmente si acção é o meio para fazer reintegrar ou reconhecer em juizo o direito violado (14), é necessario que o exercicio do direito tenha sido obstado para que a ordem juridica intervenha e o restabeleça. Si o direito ainda não se manifestou, não foi usado, não foi posto em pratica, como diremos que houve a perturbação contra a qual virá reagir o poder publico solicitado pelo titular do direito?

O gozo, simples aptidão, mera faculdade ainda não utilizada, enquanto não se manifesta em acto, como se dirá que foi tolhido? O gozo é o poder juridico em *quietação* e o remedio trazido pela acção foi inventado particularmente para socorrer o direito em *realização e movimento*.

Gozar de um direito é ser o seu titular; exercel-o é tirar do mesmo direito as vantagens que elle

(13) «Nem sempre a acção se destina a assegurar o exercicio de um direito. Mas assegura sempre o seu gozo» (*Parecer* p. 24).

(14) GIANTURCO, *Istituzione* § 124; P. BAPTISTA, *Pratica* § 2; S. NAVARRO, *Processo civil*, art. 2; JOÃO MONTEIRO, *Processo civil*, I §§ 12 e 13.

possa fornecer, disse PICARD. Pergunto eu agora : si alguém contestar-me a posse de um direito, será pelo simples prazer de se declarar senhor dessa faculdade moral de agir, ou para colher as vantagens que o direito proporciona? Evidentemente é o interesse real, o accrescimo de energia que todo direito contém que pretende o demandista, e não um titulo desprovido de utilidade. E' o direito poder, na ordem social, é o direito valor, na ordem economica, o que a acção garante, e não uma simples abstracção em que a metaphysica de alguns ideologos se deleita.

Desenvolvendo o seu pensamento, accrescenta o *Parecer* : «Si o direito sobre ser uma faculdade moral de praticar, tambem é a de não praticar certos factos (Cod. civ. port. art. 12), claro está que, para os direitos da segunda categoria, ha de haver na acção o mesmo escudo que para os da primeira. O direito á honra, por exemplo, não é sinão o titulo que nos assiste ao respeito da nossa dignidade moral pelos nossos semelhantes. Esse direito, pois, só se exercita pela acção que o defende, quando por outrem violado : a acção de perdas e danos (art. 1550). Antes da acção haverá o gozo ou fruição do direito, fruição ou gozo que está no sentimento de consideração, em que a sociedade e os individuos o envolvem. » (15)

Ha no trecho que acabo de transcrever, certas asserções que me parece não reflectirem a verdade juridica.

Os direitos que consistem em não praticar determinados actos são protegidos por acções e estas emergem, como nos direitos positivos, quando alguém os viola pretendendo impôr a pratica do acto a quem possui a faculdade, legalmente assegurada,

(15) *Parecer*, p. 24.

de omittil-o, exigindo que se ponha em actividade quem se acha autorizado por direito a conservar-se inactivo. Não ha, portanto, sob o ponto de vista da acção, differença alguma entre os direitos positivos e os negativos, ou, como dizia TOBIAS BARRETTO, entre os direitos commissivos e os omissivos.

O direito á honra, como o direito á vida, á liberdade, á integridade de corpo etc., constitue emanação directa da personalidade, é um dos modos pelos quaes o eu se affirma juridicamente. Não se pode, consequentemente, asseverar que tal direito «só se exercita pela acção que o defende, quando por outrem violado». A violação suppõe impedimento ao exercicio, ao uso do direito. E a acção não é neste caso como em nenhum outro o modo pelo qual o direito se exercita normalmente; é sim o modo pelo qual o direito reage contra as turbações que o molestam; é o apparelho defensivo do direito posto em movimento; é o tegumento protector, que se antepõe ás ameaças de lesão, ou que tende a restaurar o equilibrio perturbado.

Todo direito suppõe a garantia da ordem juridica. Emquanto se desenvolve sem contrariedade, essa garantia permanece em repouso.

Logo, porém, que surge o estorvo á expansão da actividade juridica, o titular do direito pode reclamar do poder publico a effectividade da segurança que lhe é promettida por lei. Como dizer que, numa classe de direitos, o seu exercicio, isto é, a sua utilização, se confunde com a acção destinada a defendel-o das aggressões ou a restabelecel-o depois do esbulho?

Por outro lado, não me parece exacto dizer-se como no *Parecer*, que o direito á honra consiste em não praticar certos actos. Ao contrario, a sua manifestação é positiva: affirma a dignidade como predicado da pessoa e exige que todos a respeitem.

Não é somente quando o violam que reconhecemos existir o direito á honra. Nas diversas relações da vida elle apparece e brilha de modo positivo.

KOHLER faz a observação de que os direitos sobre as cousas do mundo physico se traduzem por uma relação de *dominação*, e os direitos pessoaes, ou sejam os chamados individuaes ou sejam os obrigaçionaes, se manifestam por uma *coacção*, porque «os individuos são coagidos pela ordem juridica, á pratica de certos actos correspondentes ao direito» alheio. ⁽¹⁶⁾ No caso examinado, teriamos, segundo a theoria de KOHLER, que o direito á honra consiste, para cada um de nós, na faculdade de exigir dos outros certas acções ou inacções que sejam como que a repercussão desse nosso direito no meio social que nos circumda.

Tal concepção reflecte melhor a realidade das cousas do que o modo de ver esposado pelo *Parecer*.

Finalmente reputo aventurosa a proposição final do trecho transcripto acima «fruição ou gozo que está no sentimento de consideração em que a sociedade e os individuos o envolvem.»

O gozo de um direito, segundo a doutrina franceza reflectida nas passagens de HUC, PLANIOL, LAURENT e PICARD, que acima foram resumidas ou transcriptas, não é o respeito de que o cercam os individuos e a sociedade. Esse momento do respeito, que importa reconhecimento e attitudo amiga, já corresponde ao exercicio.

Eu possuo um campo. Meus visinhos não penetram nelle sem meu assentimento, nenhuma utilidade d'elle colhem sem concessão minha, numa palavra, por seu procedimento reconhecem e acatam o meu direito. Dir-se-á que eu, por isso, me conservo na phase ataraxica do gozo, sem baixar ao estadio

(16) *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*. p. 17.

mais humano da actividade pelo exercicio do direito?

Não, por certo.

Pois o mesmo se dá com o direito á honra. Na consideração que me prestam os meus concidadãos está uma feição do exercicio do meu direito á honra.

Nada tem, portanto, de orthodoxa a doutrina do *Parecer*, no passo transcripto; antes francamente se desvia da trilha aberta pelos mestres.

VII

Sem outorga uxoriana, o marido não pode validamente praticar certos actos juridicos, nem tambem a mulher sem auctorisação marital. Contra a infracção desse preceito de lei é comminada a pena civil da nullidade.

Esta reacção da ordem juridica poderá, porem, acarretar detrimento injusto a quem haja, de bõa fé, tomado parte no acto que se annulla. O que fazer então? Coagir a quem deu causa á nullidade a satisfazer, por seus bens proprios, o damno que resultou da sua acção contraria ás normas juridicas.

Esta é a solução natural. Entretanto o principio ethico-juridico de que ninguem se deve locupletar com a jactura alheia nem sempre se satisfará com esta simples providencia. Cumpre, em vista disso, additar:—si o casal tiver colhido vantagens do acto annullado, deve restituil-as, porque esse proveito é um modo franco de enriquecer illicitamente.

Tentou reflectir essas idéas o *Projecto* primitivo, art. 297, determinando: « Annullado o acto da mulher, por falta de auctorisação do marido, repõem-se as cousas no estado anterior, satisfazendo ella, por seus bens particulares, e pelos communs na proporção do proveito colhido pelo casal, os damnos resultantes do acto annullado, si os prejudicados estiverem de bõa fé. A mesma disposição é applicavel ao caso de ser annullado o acto do marido por falta de consentimento da mulher.

A revisão da Camara dos srs. Deputados transformou o dispositivo que acaba de ser transcripto neste outro em que algumas das providencias aconselhadas foram omittidas— «Art. 262. A annullação dos actos do marido ou da mulher, por falta de

auctorisação necessaria de um ao outro, importa a divida do proveito que a cada um, a ambos ou ao casal tenha resultado do acto annullado. »

Evidentemente a concisão aqui sacrificou a idéa. A regra de direito, comprimida desta formula, desarticula-se e não pode satisfazer plenamente as exigencias da consciencia juridica. Mas comprehende-se o que pretende o legislador prescrever:—*Annullado o acto, restitue-se o proveito obtido e não mais do que o proveito, devendo fazer a restituição quem teve o lucro.*

A emenda nenhum desafogo trouxe á regra de direito. Ao contrario mais a constrange, obrigando, em todos os casos, o agente pelas vantagens do acto, mesmo quando foi o outro conjuge quem as granjeou. «*A annullação dos actos de um dos conjuges por falta da outorga indispensavel do outro, propõe a emenda, importa em ficar obrigado aquelle pela importancia da vantagem, que do acto annullado haja advindo a esse conjuge, aos dois ou ao casal.*» (1)

Nem o direito estricito nem a equidade approva semelhante rigor. O que ensinam os mestres é que respondam pelo enriquecimento illicito os que o desfructaram, os que com elle augmentaram os seus haveres.

Si, como affirma o *Parecer*, a redacção da Camara estava «*mal ageitada, viciosa e obscura*» (2), cumpria melhora-la sem destruir o pensamento, que, neste caso, constitue applicação de um dos principios mais solidos e elevados da sciencia do direito.

As correcções feitas no capitulo consagrado ao regimen dotal foram das menos adequadas. Já, noutra parte, alludi a algumas. Os arts. 288 e 310 deram motivo a outras que prejudicam a flexibilidade e a precisão dos dispositivos.

(1) e (2) Pag. 51.

No primeiro, substitue-se a palavra *terceiro* pelo termo *extranho*, dando ao artigo pensamento muito outro do que obteve a aprovação da Camara. *Dote constituído por terceiro*, na constância do casamento, é modo de dizer equivalente a este outro:—dote constituído, na constancia do casamento, por quem não é conjuge.

Dote constituído por extranho, durante o matrimonio, vem a ser o mesmo que dote constituído por quem não é parente. E não é isso o que se teve em vista.

Já vimos que no art. 307 se traduz *dissolução do casamento* por annullação e desquite, quando nenhum desses factos importa rompimento do vinculo conjugal. Fonte de lamentaveis confusões será egualmente o art. 310, si fôr conservada a redacção do *Parecer*.

« A mulher pode, em todo caso, reter os objectos de seu uso, estatue esse art. em conformidade com a disposição do art. 270 n. X, deduzindo-se-lhes o valor do que o marido houver de restituir. »

O art. 270 n. X, a que se refere o texto reproduzido aqui, declara que são excluidas da communhão: «as roupas de uso pessoal, as joias esponsalicias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de familia. »

Somente porque o art. 310, tractando da restituição do dote destaca, as roupas de uso da mulher, dir-se-á que exista conformidade entre o pensamento expresso por elle e o que traduz o art. 270 n. X? Absolutamente não. Em um caso, o regimen é de communhão universal e no outro o de separação modificada pela clausula dotal. Os preceitos a que obedecem diversificam fundamentalmente. Em um caso os objectos referidos escapam á lei do regimen, conservando-se incommunicaveis; no outro, o regi-

men, que é o dotal, não soffre excepção. A mulher pode reter os objectos de seu uso pessoal em qualquer hypothese; mas si tiverem elles sido computados no valor do dote, cumpre deduzir deste valor a importancia a que montarem esses objectos.

Não se percebe, portanto, a relação entre os dois artigos. Approximal-os é lançar o espirito do interprete em perplexidade.

Ao passar pelos arts. 331 e seguintes, condemna o *Parecer* (3) a expressão—*posse dos filhos*, que, diz elle, devemos ao dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, mas que não vê como justificar.

Não sei si ao decreto citado cabe a responsabilidade dessa innovação no falar juridico. O que me parece é que, em parte por um phenomeno de persistencia, commum nas formulas e nos vocabulos do direito, e, em parte, por um natural processo de analogia, os nossos civilistas foram sempre levados a approximar a posse das cousas do direito que têm os paes de conservar os filhos menores em sua companhia e sob a sua guarda.

E' assim que LOUREIRO, no seu livro classico, decompõe o patrio poder, quanto á pessoa dos filhos, em nove elementos, o terceiro dos quaes é o seguinte:—«exigir a exhibição ou *tradição* delles de quem lh'os *subtrahir*. (4) LIS TEIXEIRA, examinando, de accordo com MELLO FREIRE, as acções que se originam do patrio poder fala na de «*reivindicação* para haver d'outrem o filho». (5) A COELHO DA ROCHA, si pareceu excessivo o vocabulo tecnico usado por seu illustre confrade, não repugnou o verbo *repetit* que mais convém ás cousas do que ás pessoas. (6) Tambem foi esse o termo preferido por LOUREIRO

(3) Pag. 62.

(4) *Inst. de dir. civil brasileiro* § 41.

(5) *Curso de dir. civil*, I, p. 197.

(6) *Instituições de dir. civil* § 304. Outros exprimem a mesma idéa por outras palavras equipolentes.

quando se referiu á acção do pae « para *repetir* seu filho. »

A phrase da lei, por seu lado, auctorisou tambem esse modo de dizer, pois na Ord. 1, 88 § 6 se deparam estas palavras :—*emquanto tiver seus filhos em poder.*

Foi, portanto, levado pela corrente tradicional que o *Projecto* no art. 391 n. I, que escapou á censura meticolosa do *Parecer*, aponctou entre os direitos do progenitor sobre a pessoa do filho :—*tel-os em sua companhia, posse e guarda.* LAFAYETTE ⁽⁷⁾ e CARLOS DE CARVALHO ⁽⁸⁾ disseram : « tel-os em sua companhia, sob sua guarda e sujeição. » Mas a palavra *posse* suggere pensamento mais benevolo, sentimento mais delicado e affectuoso do que *sujeição*. Aspiramos á posse do que amamos, mas a sujeição não diz bem com os laços atados pelas expansões da ternura e do affecto.

Dizendo que os paes teem a posse de seus filhos, alludimos ao dever que elles teem de conservar em sua companhia, sob as suas vistas as frageis creaturas que trouxeram á luz da vida, e fazemos sentir que esse dever oriundo do amor se transforma em poder pela intervenção da lei.

E assim o que é a resultante da convergencia, da persistencia e da analogia, recebe um jacto de luz da verdade permanente.

A persistencia consiste na conservação de certas formas depois que perderam a sua significação propria. JHERING, que estudou este phenomeno com a sua costumada superioridade, designou-o sob o titulo de *formas residuarias* e nos apresentou innumerables casos delle no direito romano e no inglez. ⁽⁹⁾

⁽⁷⁾ *Direitos de familia* § 114.

⁽⁸⁾ *Direito civil brasileiro*, n. 1564.

⁽⁹⁾ *Espiritu del derecho romano*, III, p. 221 a 230 ; *Prehistoria de los indo-europeus*, p. 23 a 27.

Ha residuos reaes como a *hasta celibaris*, o *licium liteum* (mandil de couro) do direito romano, e ha residuos nominaes como a *hasta publica*, a *vara* do juiz e outras expressões frequentes na linguagem forense de nossos dias.

A *posse* dos filhos pode ser considerada um caso de residuo verbal. O *pater familias* entre os romanos tinha a posse dos filhos, porque dispunha delles como de sua propriedade, podendo a principio vendel-os, dal-os *noxaliter* e até matal-os. O abrandamento dos costumes eliminou essas grosserias do antigo direito, porém algumas palavras subsistiram, perdendo o valor e a significação de outr'ora.

Esse caso de evolução progressiva da idéa dentro de formas ou de palavras que serviram para traduzil-a em seus rudes inicios, quando estava longe de ter a extensão e o brilho que depois adquiriu, é muito commum. Quem supporia hoje que a *vara* da judicatura fosse alguma cousa mais do que a palavra destinada a symbolisar a auctoridade do juiz? Quem esperaria em nossas arrematações publicas encontrar fincada a *hasta* dos velhos tempos? Quem na palavra *municipio*, sem que a historia e a glottica o revelassem, reconheceria o estado vencido ⁽¹⁰⁾ a que era imposta a obrigação (*munus*) de prestar serviços militares e outros encargos, mas a cujos habitantes eram concedidos alguns direitos dos attribuidos ao cidadão romano (*cives romani sine suffragio et jure honorum*)? A palavra *precarium* significava, a principio, tudo o que o *patrono* cedia ao seu *cliente*, a pedido deste (*preces*,) e que podia em qualquer tempo ser retirado do poder do mesmo. Mais tarde foi dado esse nome ao pacto pelo qual o proprietario de uma cousa cedia o uso della ou uma das

(10) *Municipium* deriva-se de *manus capere* ou *capessere*. *A quo munere capessendo appellati videntur*, diz Varro. Veja-se PADELLETTI COGLIOLO, *Direito romano*, nota 1 ao Cap. VI.

suas utilidades, reservando-se o direito de fazer terminar essa concessão quando lhe aprouvesse. Hoje ora se toma o vocabulo na acceção de posse por tempo indeterminado, até que se manifeste em contrario a vontade do proprietario, ora no sentido de detenção por tempo certo ou incerto. Foi o codigo civil francez art. 2236 que deu auctoridade a esta ultima applicação do termo, considerando detentores precarios o rendeiro, o depositario, o usufructuario, o emphyteuta, o credor pignoratício etc. ⁽¹¹⁾

No caso da posse dos filhos, a persistencia verbal foi auxiliada pela analogia, porque o direito attribuido aos progenitores de os terem sob sua guarda e direcção, direito que os auctorisa a promover acção adequada contra quem injustamente os detiver, offerece notavel similhaça com a posse das cousas protegida pelos interdictos. E assim é licito usar do termo, sem aliás pretender-se estabelecer identidade entre as duas relações juridicas.

O art. 499 § unico do *Projecto* declara applicavel á acquisição da posse o disposto no titulo I, liv. III da parte geral. Tenho por ociosa similhante remissão, mas quer ella dizer que os principios reguladores dos actos juridicos presidem tambem á acquisição da posse. A emenda que caberia fazer neste passo seria ou elidir a remissão por desnecessaria, ou fazel-a abranger as disposições preliminares do livro III citado, porque foram deslocadas do titulo I a que allude o art. 499 § unico.

Em vez disso, a emenda restringe a referencia aos arts. 83 e seguintes até 87, cujos dizeres ou são de todo extranhos á materia da posse, por constarem de simples definições, ou a ella tanto se applicam quanto outros muitos do mesmo titulo. A razão da preferencia escapa inteiramente ao leitor,

⁽¹¹⁾ Huc. *Commentaire* XIV, n. 371 e segs. PLANIOL, *Traité* I ns. 992 e segs.

pois não é crível que se queira insinuar não ter applicação, aós modos de adquirir a posse, o que o Codigo civil estatuir relativamente á coacção, ao dolo e a outros vicios da vontade, porque, si assim fosse, como é que se dizem applicaveis os preceitos dos arts. 83 a 87 que estabelecem os principios geraes reguladores dos actos juridicos, isto é, das declarações de vontade?

VIII

Não quer o douto *Parecer* da Commissão do Senado que se extenda «o designativo *de inscripção* á forma de publicidade adoptada para os actos de constituição e transmissão da propriedade sobre immoveis. » (1)

« Essa alteração na linguagem juridica é indefensavel », sentençaia, sem cogitar da possibilidade de quaesquer embargos infringentes do julgado.

Pesemos, porém, as razões de tam peremptoria condemnação. Indicam-se duas. A primeira é que « a legislação patria sempre reservou o nome de *inscripção* ao registro de *hypotheca*. » (2) Não me parece irrefragavel esta primeira razão. Tem-me ao contrario visos de fragilima. Si prevalecesse, nenhuma alteração se faria na linguagem do direito. E si o verbo do direito deve ter esse dom da inalterabilidade, privilegio identico ha de ser attribuido, e com melhores motivos, aos institutos que são a essencia de que a palavra é a fôrma imperfeita. Em que grosseiro estadio da evolução chapinhariamos ainda? Nem um passo teriamos dado para aquem do tartamudear monosyllabico e da affirmação da vida pelo desenvolvimento rude da força physica, si assim fosse.

Consiste a segunda razão em asseverar-se que a distincção entre os dois vocabulos—*inscripção* e *transcripção*—é tradicional nas principaes legislações estrangeiras das quaes se afastou apenas o codigo civil allemão. (3) Em appoio dessa allegação citam-se apenas a legislação civil franceza e a italiana, dei-

(1) e (2) *Parecer*, p. 83.

(3) *Parecer* p. 83-84.

xando-se em olvido injusto todas as outras, que emittiriam voto divergente si fossem invocadas.

Realmente em direito francez se faz a distincção alludida, mas na França, como na Italia, a palavra *transcripção* corresponde ao seu significado, é copia integral do titulo. (4) Ahi a linguagem do direito está em harmonia com a realidade dos factos, ao contrario do que se observa entre nós onde o registro dos actos translativos da propriedade se faz normalmente *por extracto*. (5) Entre nós, portanto, o que realmente existe é inscripção, como bem ponderára LAFAYETTE, mostrando a incorrecção da nomenclatura do nosso direito hypothecario. (6)

E o *Projecto*, conservando o registro per extracto, nada mais fez do que lhe dar o nome adequado.

Não colhe, parece claro, nem o argumento da tradição nacional, porque mal fundado, nem o do direito francez e italiano, porque por modo differente determinar elles que se opere o registro dos titulos de transmissão da propriedade immovel.

Agora vejamos a tradição das outras legislações que o *Parecer* dá como seguindo a esteira do codigo civil francez. Abramos primeiramente o codigo civil portuguez. Ahi está o art. 953: « A INSCRIPÇÃO no registro de um TITULO TRANSLATIVO da propriedade etc. E' de *inscripção* que tambem falam os arts. 956, 950, 960 e outros. Já se vae quebrando a uniformidade da allegada tradição.

Passemos ao codigo civil hespanhol. As palavras de seu art. 605 são as seguintes:—El Registro

(4) Vejam-se TROPLONG, *Priv. et hyp.* p. XXXVIII, PLANIOL. *Traité* I n. 1371. La transcription, diz este ultimo, est une formalité qui consiste à copier un acte sur des registres spéciaux tenus dans chaque arrondissement par le conservateur des hypothèques.

(5) Dec. 169 A de 19 de Jan. de 1890, art. 8 § 1.

(6) *Direito das cousas* § 52 nota 6.



de la Propriedad tiene por objeto la INSCRIPCIÓN ó anotacion de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Os artigos seguintes não se afastam desse modo de dizer. SANCHES ROMAN, expondo esta materia, muito a esclarece, dando o conceito de inscripção, distinguindo os elementos reaes e pessoas della, e mostrando como se opera. Trasladarei delle apenas uma passagem : *Actos sujetos á inscripção* : 1.º *Los titulos* traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales sobre los mismos. (7)

Não usa de linguagem differente o codigo civil do Chile cujo artigo 686 assim começa : Se efectuará la tradicion del dominio de los bienes raices por la INSCRIPCIÓN del titulo en el *Registro conservador*. Poderia ainda fazer appello ao codigo civil do Mexico, art. 3190 e seguintes e ao do Cantão de Zurich, art. 118, letra *d*. Mas creio já ter mostrado, sem possibilidade de contestação, que a proposição categorica do *Parecer* não coincide com a verdade, e que não é a unidade do codigo allemão que apoia a linguagem do *Projecto*, mas sim a pluralidade preponderante das legislações mais chegadas á nossa.

O dispositivo do artigo 1346 é accusado por *desageitado* em sua locução, assim como o do art. 1356 pecca, segundo o *Parecer* (8), por excessiva ingenuidade.

Taes artigos tiveram por fonte o Codigo suisso federal das obrigações, onde se encontram o vilipendiado desazo de linguagem e a escarnecida ingenuidade no providenciar.

Pelo contracto de edição, diz o *Projecto*, art. 1346, o editor não só se obriga a reproduzir, por algum processo mecanico e a espalhar pelo publico a producção scientifica, litteraria ou artistica etc. *Espalhar pelo pu-*

(7) *Derecho civil español*, vol. III, p. 894.

(8) Pag. 154 e 155.

blico, observa o *Parecer* que não é expressão *legislativa*. Si tivesse affirmado:—não é dizer portuguez, eu... passaria adiante. Mas tendo a censura em vista essa parte da nomotechnica a que não descabe a denominação de rhetorica legislativa, apadrinho o *Projecto* com o exemplo de uma lei bem trabalhada e tida como capaz de servir de paradigma a outras.

De facto o art. 372 do Codigo suisso das obrições, termina por essas palavras:—à la reproduire en un nombre plus ou moins considerable d'exemplaires et à la repandre dans le public. Si a dicção é *legislativa* na Helvecia através do francez, deve tambem ser no Brazil, utilizando-se do portuguez.

O art. 1356 do *Projecto* é uma transplantação do art. 377 do citado codigo suisso. A linguagem do primeiro é a seguinte:—*Entende-se que o contracto versa apenas sobre uma edição si o contrario não resultar expressa ou implicitamente de seu texto.* Confronte-se este dispositivo com o edictado pelo legislador helvetic:—Si le contrat ne précise pas le nombre des éditions à faire, l'éditeur n'a le droit d'en publier qu'une seule. Si a phrase varia, o pensamento se unifica na mesma pretendida pequice, na qual anteriormente incidira tambem o *codigo baltico*, segundo refere LEHR:—Dans le doute, l'éditeur n'a le droit de faire qu'une seule édition. (°).

O art. 391 do *Projecto* usou do vocabulo *progenitor*, para frisar bem o pensamento de que os direitos inherentes ao patrio poder eram exercidos, não conjuntamente pelo pae e pela mãe do menor, nem exclusivamente por aquelle na constancia do matrimonio, mas precisamente, e salvo excepções, por aquelle dos dois ascendentes immediatos a quem coubesse a posse, o uso effectivo desse poder. O

(°) *Droit civil russe*, II p. 299.

Parecer ⁽¹⁰⁾, sob o fundamento de que *progenitor* significa *avô*, no que se divorcia da opinião de quasi todos os nossos dictionaristas, ordena que, em vez do que está no *Projecto*, se diga:—*Compete aos paes quanto á pessoa dos filhos: I Dirigir-lhes a educação; II Tel-os em sua companhia, posse e guarda; etc.*

Mas pergunto eu : quem representa o filho nos actos da vida civil? Serão os dois, pae e mãe, simultanea ou indistinctamente? A linguagem correcta faz suppor a affirmativa, mas creio que não é bem isso o que se pretende estabelecer. Procederíamos sem duvida com acerto, si, menos rigorosos neste apuro de linguagem quinhentista, attendessemos de preferencia á exacta conformidade do pensamento da lei com a sua clara expressão.

Estas glosas muito ainda se poderiam desenvolver. A cada passo, uma observação mais ou menos valiosa acodia-me ao espirito, quando ia passando os olhos pelo *Parecer*. Mas quando a messe é farta não vale a pena restolhar, e penso já ter dicto o bastante para que as almas justas reconheçam que o *Projecto* não constituia, antes da limpa do Senado, um acervo de erros juridicos envolvidos na textura mal alinhavada de desconchavos grammaticaes, nem surgiu, depois dessa operação, um rutilo brilhante sem jaça.

Não foi o meu trabalho que procurei defender. Esse desapareceu na assimilação das commissões e dos collaboradores successivos. Meu esforço, ainda quando tenho por fito explicar os dizeres do *Projecto* primitivo, é em prol do *Projecto* actual que desejo aperfeiçoado, mas cujo sossobro se me afigura de muita gravidade. Os esforços de natureza tam diversa que em synergia produziram esse resultado, devem ser secundados e não combatidos, porque vêem do imo da

(10) Pag. 68.

consciencia nacional e são a forma que ella ensaia consolidar, neste momento, para revelar-se expandindo-se ao sol do direito. Orientemol-os, corrijamolhes os desvios, mas não os malbaratemos.

« Uma epocha que sente a necessidade da reorganisação de seu estado juridico ou simplesmente de uma codificação, escreveu o preclaro JHERING, e que se abstem, sob pretexto de que lhe falta maturidade scientifica, confessa, ao contrario, possuir em excesso esse espirito scientifico, e toma para si o privilegio não da indigencia scientifica, mas da indigencia moral. » (11)

Tenho certeza de que o Brazil republicano, no começo do seculo vinte não ha de ostentar sob a forma de escrupulos litterarios ou scientificos essa fraqueza moral. Reagindo contra os obstaculos e transformando os obices em elementos de combate, saberá colher o fructo de tantos labores, desdobrando deante dos olhos dos incréos o seu *Codigo civil*. (12)

Recife, 25 de Setembro de 1902.

CLOVIS BEVILAQUA.



(11) *Mélanges, F. C. de Savigny*, p. 57, trad. Meulencœre, 1902.

(12) Estes artigos foram primeiramente publicados na *Revista de Legislação*.



O código civil germanico e a legitimação dos filhos adulterinos

A secção que no código civil germanico tem por objecto o parentesco, divide-se nestes titulos :

I Disposições geraes.

II Descendencia legitima.

III Obrigação de prestar alimentos.

IV Posição juridica dos filhos legitimos.

V Posição juridica dos filhos nascidos de casamentos nulos.

VI Posição juridica dos filhos illegitimos.

VII Legitimação dos filhos illegitimos (*unchelichen Kinder*).

VIII Adopção.

Quando o filho nascido de casamento nullo não é considerado legitimo, porque os dois esposos conheciam a nullidade ao tempo da celebração, pôde elle, não obstante, exigir do pae os alimentos, como se fosse legitimo (art. 1703). O motivo da nullidade conhecida de ambos os progenitores pôde ser o anterior casamento de um delles.

No titulo VI, artigos 1705 a 1718, não se encontra a distincção de filhos simplesmente naturaes e filhos adulterinos, etc. Assim dispõe o art. 1707;

« A mãe não tem o patrio poder sobre o filho illegitimo (*uneheliche Kind*). Ella tem o direito e o dever de cuidar da pessoa do filho e represental-o... »

Esta disposição, como outras do mesmo titulo, comprehende evidentemente quaesquer filhos illegitimos.

O titulo VII divide-se em duas partes : 1.^a Legitimação por subsequente matrimonio, artigos 1719 a 1722 ; 2.^a Declaração de legitimidade.

O filho illegitimo (*uneheliches Kind*) pôde, a requerimento do pae, ser declarado legitimo por uma disposição da autoridade (art. 1723).

Essa declaração é inadmissivel depois da morte do filho (art. 1733), ao passo que a celebração do casamento entre o pae e a mãe tem para os descendentes do filho illegitimo anteriormente fallecido os efeitos da legitimação (art. 1722).

Para a declaração de legitimidade exige-se o consentimento do filho (art. 1726). Esse consentimento não é necessario na legitimação por subsequente matrimonio.

Não tem logar a declaração de legitimidade, se ao tempo da concepção era prohibido o casamento entre o pae e a mãe conforme o art. 1310, al. 1.^o, por motivo de parentesco ou afinidade (art. 1732). O codigo não se referiu ao impedimento do art. 1309: casamento de um dos progenitores.

A declaração de legitimidade, e sem exclusão dos filhos adulterinos, poderia algumas vezes motivar escandalo, se não fosse o correctivo que a lei confiou com a maxima amplitude ao criterio da autoridade : a declaração pôde ser repellida ainda quando nenhum impedimento legal a elle se opponha (art. 1734).

Quanto ao subsequente matrimonio, o legislador foi coherente e manteve as tradições do direito germanico : se nada impede o casamento, nada exclue a legitimação,

Entretanto alguns dos nossos deputados estão convencidos de que, segundo o código allemão, os filhos adulterinos não podem ser legitimados pelo matrimonio de seus paes. Talvez tenham concorrido para isto as versões francezas daquelle código e a expressão *enfants naturels*, com que em francez são geralmente designados os filhos illegitimos.

O proprio Meulenaere, que escreveu no indice:
Titre VI.—Position juridique des enfants illégitimes,
Titre VII.—Légitimation des enfants illégitimes,
escreveu no código :

Titre VI.—Position juridique des enfants naturels,
Titre VII.—Légitimation des enfants naturels.

Quando alguns lêem no art. 1719: « L'enfant naturel acquiert la situation juridique d'enfant légitime par la conclusion du mariage entre son père et sa mère, » entendem que ahí se faz distincção entre filhos *naturales e espurios*.

Fallei nas traducções do direito germanico. Eis o que diz o Dr. Kœnigswarter, *Essai sur la législation des peuples anciens et relative aux enfants nés hors mariage*, p. 82 :

« Il n'y a que le droit commun allemand, le droit civil d'Autriche, de Prusse, et de quelques autres états allemands de deuxième ordre, qui est suivi entièrement les traces du droit canonique, en donnant au mariage subséquent la force de légitimer les enfants adulterins. La plupart des autres Codes modernes interdisent la légitimation de ces enfants. »

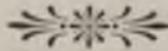
O Dr. Kœnigswarter escreveu em 1842; em 1890 disse E. Lehr, *Traité élémentaire de droit civil germanique (Allemagne et Autriche)* :

« Les enfants naturels peuvent être légitimés :
« 1.º Par le mariage subsequent de leurs père

et mère, lors même qu'ils sont des enfants adultérins. Il n'en est pas de même, en Allemagne, d'enfants incestueux, parce que la loi de 1875 n'admet point de dispense pour les empêchements pour cause de parenté et que, par suite, des personnes à un degré prohibé ne peuvent plus jamais contracter mariage. »

São estes os antecedentes do código allemão.

OLIVEIRA FONSECA.





CITAÇÃO

Nemo debet inauditus damnari.

I

O chamamento de alguma pessoa a juízo para responder sobre a pretensão de outra, que se julga com o direito de pedir alguma cousa, é o que em geral se denomina citação.

E' um acto de importancia incontestavel que alguns Processualistas consideram proveniente do direito natural, como base e principio de todo procedimento judicial, porque respeita á defeza, que a ninguém deve ser recusada.

Admittida em todos os tempos e em todos os processos, mantida sob os mesmos fundamentos, a citação tem apenas experimentado em sua pratica as modificações, que a civilização e o caminhar continuo da sciencia vai indicando para maior garantia dos direitos.

Onde quer que haja um direito a ser reclamado, uma reparação a ser exigida, uma culpa a punir, a citação se impõe como uma providencia substancial e necessaria de modo que a sua falta trará como consequencia a annullação de qualquer procedimento judiciario, que por ventura tenha sido invocado,

Tratando da citação, e referindo-se a Boncenne e a a Jousse, Bordeaux (*Philosophia do Processo Civil*) diz :

« Uma maxima de eterna justiça quer que ninguém seja condemnado sem que tenha podido defender-se ; é a idéa dominante, que se desenvolve, se estende e se ramifica em todos os detalhes das regras do processo.

« Necessario para obrigar a parte a comparecer em juizo, é o primeiro acto essencial do processo. »

« Este acto tem sempre parecido de tal maneira necessario, que tem sido em todos os tempos usado entre todas as nações, e que não ha tribunal em que aquelle, que tem de formar alguma demanda, não seja obrigado a avisar ou a fazer avisar a parte contraria de comparecer perante o juiz.

« E' um principio que a *lei natural* exige e que é seguido em todos os Estados civilizados. »

Assim se pronunciam em geral os processualistas ; e Lobão, com a franqueza com que costumava escrever, disse : « Não ha principios mais triviaes como ser a primeira citação o principio, a base e o fundamento de todo o juizo, ou seja ordinario, sumario, executivo, ou em que se proceda de plano sem estrepito ou ordem judicial. »

II

Tem-se pretendido assignalar differença entre a citação, a notificação e a intimação ; mas os processualistas não têm firmado de um modo positivo e seguro a intelligencia dos referidos actos.

O distincto mestre, de veneranda memoria, Barão de Ramalho, em sua *Praxe Brasileira* diz que « a citação é o chamamento de alguma pessoa a juizo, feito por mandado do juiz competente, a requerimento da parte interessada ou *ex-officio* para algum

acto judicial. Differe da notificação, que é o acto pelo qual publica-se á outra parte uma noticia daquillo que se lhe pede para o entregar, sem mais figura do juizo. »

Dando mais desenvolvimento á materia, disse ainda o mesmo mestre em umas prelecções de practica civil e commercial :

« Na citação ha o simples chamamento; ha um aviso de que em juizo tracta-se de negocio determinado que interessa á pessoa citada. »

« Na notificação, o juiz impõe á parte um preceito de fazer ou deixar de fazer alguma cousa.

« Si, por exemplo, alguém é turbado em sua posse, requer ao juiz um mandado de retenção. Aqui, não ha citação, ha propriamente notificação; pois que o juiz manda notificar o turbador para que desista dos actos turbativos que tem praticado contra a posse de outrem. »

« A intimação consiste em certificar-se a alguém de um facto que foi praticado pelo juiz relativo ao processo ou á questão que se discute em juizo. »

M. Caetano Soares, (*Repertorio Juridico*) procurando estabelecer a differença, diz :

« Citação é o chamamento para o principio da causa; notificação—o chamamento para essa causa proseguir, e intimação—a noticia de qualquer acto da causa. »

Como se vê, não ha uniformidade no modo de entender ou considerar o verdadeiro sentido das expressões—*citação e notificação*; pois que Ramalho explica a citação como um simples chamamento a juizo, ou um aviso de que em juizo trata-se de negocio determinado que interessa á pessoa citada, e Caetano Soares como o chamamento para o principio da causa. Ramalho pensa que a notificação é o chamamento com a imposição á parte, de um pre-

ceito de fazer ou deixar de fazer alguma cousa, e Caetano Soares que é o chamamento para o proseguimento da causa pendente.

Accordam-se os dois jurisconsultos quanto a *intimação*, como a noticia ou aviso de qualquer acto judicial.

Entretanto a confusão dos termos—*citação*. *notificação* e *intimação* é notavel e acha-se até consignada nas leis processuaes, embora em algumas decisões do Poder Executivo e do proprio Poder Judiciario se tenha declarado haver completa distincção.

Assim são empregadas as expressões indistinctamente e sem se dar importancia a qualquer differença que possa haver entre ellas.

Lobão, por exemplo, em suas—*Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, nota 199, diz : «Pode ser legitimamente executada a *citação*, ainda que não *intimada* verbalmente face a face. »

Pereira e Souza (*Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, nota 1021) expondo o processo do inventario e partilha, diz que *citado* o cabeça de casal, na falta deste o filho mais velho, e na falta do filho o interessado de mais probidade para fazer o inventario e dar partilha com a comminação competente de sequestro e revelia, ou elle obedece ou repugna. No primeiro caso defere-se-lhe o juramento. No segundo caso julgada a *notificação* por sentença, em sua execução se mandam pôr os bens em sequestro.

Souza Pinto (*Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*) diz no § 515 :

« A sentença passa em julgado dez dias depois de sua publicação e *notificação* á parte vencida, sem que por esta seja impugnada. »

No Codigo do Processo Criminal, art. 232, se lê :
« Quando o Juiz de Direito concede a fiança, compete-lhe expedir precatoria para a *citação* das testemunhas que deverão ser *notificadas* para comparece-

rem na primeira reunião, ou na immediata seguinte... »

A Ord. L. 3. tit. 86 pr., tratando das execuções que se fazem geralmente pelas sentenças, determina — « que sendo a condemnação por acção pessoal em que alguma parte seja obrigada a pagar alguma quantidade em dinheiro, seja o condemnado requerido para que pague ou dê penhores bastantes sendo achado no lugar onde se faz a execução; e não sendo ahi achado para ser requerido, seja citado na forma do que dispõe o titulo 1.^o. E feita a dita *notificação* e requerimento, não será necessario ser o condemnado mais requerido ao tempo da venda e rematação dos penhores.... »

Ainda a dita Ord. L. 3. tit. 1.^o § 13, recommendando que seja *citada* a parte para ver jurar as testemunhas, manda que tendo ella procurador em juizo, seja o mesmo *notificado*; e que seja havido por nenhum o depoimento que for dado sem a *notificação* da parte ou do seu procurador.

O Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, estatuinto o processo para a acção de deposito dispõe: « A petição inicial deve consistir em requerer o autor que o réo em 48 horas, que correrão no cartorio, e depois da *intimação* judicial, entregue sob pena de prisão, ou o deposito cuja quantidade e qualidade serão declaradas circumstanciadamente, ou o seu equivalente... »

O Decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, regulando no cap. 30 o executivo fiscal, manda no art. 196 que o processo se inicie « requerendo a expedição de mandado pelo qual o devedor ou quem de direito, seja *intimado* para no praso de 24 horas, que correrão em cartorio da data da *intimação*, pagar a quantia pedida e custas, ou dar bens á penhora; ficando logo *citado* para os termos da execução até final julgamento... »

III

« São principalmente as leis processuaes que trazem a confusão entre a citação, a notificação e a intimação.

Cita-se em geral a parte quando é chamada pela primeira vez a juízo para responder aos termos de alguma acção; mas cita-se também no correr do processo para diversos actos, como a inquirição de testemunhas (Ord. L. 3. tit. 1.º § 13, Regul. n. 737 de 1850 art. 129 e Dec. n. 848 de 1890 art. 165); para depor (Ord. L. 3. tit. 53 § 13) e outros.

Cita-se ainda a quem não é parte, como as testemunhas (art. 95 do Cod. do Proc. Crim., Regul. n. 737 art. 127 e Dec n. 848 art. 174).

Notifica-se a parte para o começo do processo nas acções de preceito comminatorio, denominadas *notificações*, como diz Teixeira de Freitas. (*Doutrina das Acções de Correia Telles*, nota 415), nas quaes se o réo não comparecc em juízo ou não embarga a *notificação*, julga-se o preceito por sentença (Pereira e Souza citado, nota 1024).

Notifica-se os interessados, se forem conhecidos e presentes, para o processo da ratificação de protestos formados a bordo (Dec. n. 848 de 1890 art. 229).

Notifica-se no correr do processo o réo para a sessão do julgamento pelo Jury, (arts. 254, 255 do Cod. do Proc. Crim.)

Notifica-se no fim do processo as sentenças criminaes como está disposto nos arts. 296 e 310 do citado Cod. do Proc. Crim.

Intima-se no começo do processo os credores, quando tiver sido requerida a homologação do accordo, ou concordata preventiva (art. 116 da Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902).

Intima-se no começo do processo a parte para

acção de deposito (art. 269 do Regulamento n. 737 de 1850).

Intima-se no seguimento do processo até o seu termo todos os despachos e sentenças proferidas, das quaes devam as partes ter sciencia; como tambem são intimados diversos actos isolados ou dependentes de processos existentes, como os protestos de letras, de preferencia e outros para conservação e resalva de direitos, conforme os arts. 383, 611 e 391 do Reg. n. 737.

As precedentes observações servem para demonstrar que os escriptores e as leis processuaes não se preocuparam com a significação propria da citação, da notificação e da intimação, ou não lhes attribuiram um sentido juridico particular ou privativo.

IV

A citação, tal como tem sido considerada pelos Praxistas e leis processuaes, é geral ou especial: geral quando feita no começo da causa para todos os seus termos até final sentença, e especial quando feita para certos actos da mesma causa.

A Ord. L. 3. tit. 1 § 13 preceitúa que—«A parte não será citada mais de uma vez em cada um negocio, e por aquella citação procederão até sentença definitiva *inclusive*, ainda que a citação seja feita simplesmente, sem dizer nella *peremptoriamente*, porque a citação, feita no começo da demanda, se entenderá feita para todos os actos judiciaes. »

Mas é a mesma Ord. que estabelece excepções, mandando fazer citação no curso da causa entre outros actos, para a inquirição de testemunhas e para o depoimento da parte. (L. 3. tit. 1. § 13, e tit. 53, § 13),

A citação geral é em regra pessoal, e deve ser feita a todos aquelles a que o negocio toca. (Ord. L. 3. tit. 2 pr. e Assento de 11 de Janeiro de 1653).

Taes principios foram adoptados no Regul. n. 737 de 1850, o qual tendo sido expedido para as causas commerciaes, foi pelo Dec. n. 763 de 19 de Setembro de 1890 mandado applicar ás causas civéis com pequenas restricções reclamadas pela natureza e differença dos direitos, que a cada processo incumbe proteger.

Com o fim de realisar as condições inherentes a todo o processo, como a brevidade, economia e remoção de todos os meios superfluos, conforme a licção do sabio mestre Paula Baptista, o Regul. n. 737 firmou a regra de que só é necessaria a citação pessoal no principio da causa e da execução (art. 47), o que foi reproduzido no art. 105 do Dec. n. 848 de 1890.

Os principios, porem, de que a primeira citação deve ser pessoal, e citados devem ser todos aquelles a que o negocio toca, não são absolutos.

Alem da citação com hora certa e da citação edital, como se verá adiante, ha casos em que a citação não é feita pessoalmente, ha casos em que não são citados todos aquelles a que o negocio toca.

O Regul. n. 737 de 1850 no art. 48 e o Dec. n. 848 de 1890 no art. 106 permitem que a primeira citação, achando-se o devedor fora do logar em que a obrigação foi contrahida, se faça na pessoa de seus mandatarios, administradores, feitores ou gerentes nos casos em que a acção derivar de actos praticados por taes agentes, procedendo-se da mesma forma a respeito das obrigações contrahidas pelos capitães ou mestres de navios e sobrecargas, não se achando presente o principal devedor ou obrigado.

Igualmente, havendo procurador bastante especial ou geral para receber e propor acções durante

a ausencia de seu constituinte, a citação poderá ser feita ao procurador, como dispõe o art. 56 do Regul. n. 737 nessa parte repetida pelo Dec. n. 848 de 1890 no seu art. 113.

Para a acção hypothecaria, se houver de ser intentada contra os herdeiros ou successores do originario devedor, não é necessaria a citação pessoal de todos: basta, diz o art. 387 do Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, que a intimação do mandado executivo seja feita áquelle que estiver na posse e cabeça de casal ou na administração do immovel ou immoveis hypothecados, para com elle, como pessoa legitima, correr a acção todos os seus termos.

Para as acções de divisão e demarcação das terras do dominio privado, processadas de accordo com o Regulamento mandado observar pelo Dec. n. 720 de 5 de Setembro de 1890, só é pessoal a primeira citação, ou antes a citação inicial, em relação aos interessados que tiverem domicilio real na comarca onde se tratar o feito. (art. 1.). Havendo condomínios ou confrontantes por direito de successão ainda indivisa, basta que a citação seja feita (pessoal ou editalmente) ao que estiver na posse e cabeça do casal ou na administração do immovel, para com elle, como pessoa legitima, correr a acção todos os seus termos (art. 11).

No processo das execuções ha restricções mais pronunciadas sobre os principios geraes da citação.

A execução é uma nova instancia, pois que esta é o curso legal da causa que começa pelo chamamento a juizo e termina pela sentença (Ord. L. 3. tit. 27 pr.); e como tal deve ser em regra iniciada pela citação pessoal de todos aquelles a que o negocio toca, conforme a mesma Ord. tit. 86 pr. e Regul. n. 737, arts. 489 e 673 § 2.º.

Mas assim não se procede nas causas de divisão e demarcação de terrenos particulares, porque

o art. 14 do Dec. n. 720 de 5 de Setembro de 1890, dispensa a citação inicial na execução, declarando que a citação feita no principio da causa é comprehensiva da execução, mesmo nos casos em que a divisão ou demarcação haja de preceder sentença provocada por discussão contenciosa.

Nas execuções das sentenças procedentes da acção executiva tambem não ha citação para o ingresso das mesmas execuções (arts. 312 e 316 do Regul. n. 737 de 1850 e 196 do Dec. n. 848 de 1890).

V

A necessidade de não surpreender a parte a respeito de certos actos de processo, que possam convir a outra para sustentação ou defeza dos seus direitos em litigio, determina a citação especial para a realisação dos mesmos actos, não obstante ser a primeira citação effectuada para todos os termos da causa até final sentença.

Mas é que os termos, para os quaes a citação inicial é feita, são os normaes de todos os processos, qualquer que seja a sua forma, os quaes sendo de direito publico não podem ser alterados ou preteridos pelas partes, e não os actos voluntarios de existencia contingente, de que se pode usar ou não.

Differentes são os actos processuaes que exigem a citação especial, ora por disposição expressa do direito judiciario, ora pela praxe, notando-se como mais frequentes os seguintes:

1.º Addicção á petição inicial, quando o réo estiver ausente do lugar em que lhe fazem a demanda (Ord. L. 3. tit. 20 § 8.)

2.º Produccção de testemunhas (Ord. L. 3. tit. 1 § 13, Regul. n. 737 art. 129 e Dec. n. 848 art. 165.)

3.º Extracção ou conferencia de traslados ou publicas formas dentro da dilação probatoria (Regul. n. 737 art. 137 e Dec. n. 848 art. 169.)

4.º Juramento suppletorio (P. Baptista *Theoria e Pratica do Processo civil* § 90 e Lobão *Dissertação* 8. § 96.)

5.º Depoimento da parte (Ord. L. 3 tit. 53 § 13.)

6.º Exame ou vistoria, avaliação e arbitramento (P. Baptista §§ 171 e 174, Pereira e Souza, nota 534 e § 262. Lobão *segundas linhas*, nota 204.)

7.º Renovação da instancia, quando a causa estiver parada por mais de seis mezes (Ord. L. 3) tit. 1 § 15.) excepto nas acções de demarcação e divisão de terras particulares, em que não ha suspensão da instancia pelo lapso de tempo decorrido (Dec. n. 720 de 5 de Setembro de 1890, art. 12 § unico.)

8.º Habilitação incidente (Ord. L. 3 tit. 27 § 2.º, Regul. n. 737 arts. 404 e 406, Dec. n. 720 citado art. 12.)

9.º Artigos de falsidade. (Lobão, citada nota 204.)

10. Artigos de attentado (Ramalho *Praxe Brasileira* § 283, Moraes Carvalho, *Praxe forense* § 193 n. 15).

11. Fiança ás custas (Lei de 10 de Julho de 1850, art 2.º)

12. Pagamento do resto ou nomeação de bens a segunda penhora, se os nomeados pelo executado a primeira penhora, depois de arrematados, não foram bastantes para a solução da divida (Ramalho § 376 nota f, Ord. L. 3 tit. 86 § 14.)

13. Justificação dos factos relativos á occultação de bens afim de não serem penhorados (Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886 art. 13 § un.)

14. Deserção da appellação (Regul. n. 737 art.

657, Dec. n. 5467 de 12 de Novembro de 1873, art. 24 Dec. n. 848 art. 345.)

15. Remessa dos autos para outro juizo. (Ord. L. 3 tit. 20 § 9 e tit. 87 § 14.)

16. Nomeação de outro advogado para o seguimento do feito, quando o constituido houver fallecido ou estiver doente alem dos cinco dias de espera. (Moraes Carvalho § 193 ns. 8 e 9, ord. L. 3 tit. 20 § 13.)

17. Collação de bens em inventario para igualdade da partilha (Menezes *Juizos Divisorios*—cap. 2. § 9, ord. L. 4. tit. 97.)

Ha ainda outras citações especiaes no processo que não se referem ás pessoas que figuram originariamente nas acções, ou ás pessoas principaes como o autor e o réo, ou nas execuções como o exequente e o executado; mas a outras, e taes são:

1.º O chamado á autoria (Ord. L. 3, tit. 45 § 10, Regul. n. 737 arts. 113 e 114, Dec. n. 848 arts. 151e 152).

2.º As testemunhas que houverem de ser inqueridas. (Regul. n. 737 art. 180, Dec. n. 848, art. 174.)

3.º Os arbitradores para prestar juramento. (Regul. n. 737 art. 201, P. Baptista § 173.)

4.º Na acção de deposito em pagamento:

a) Os litigantes ou contendores se ha litigio sobre a divida. (Regul. n. 737 art. 394 § 2).

b) Os credores conhecidos e desconhecidos, se a divida é embargada em poder do devedor (Reg. n. 373 art. 394 § 3.)

c) Os mesmos credores se a cousa comprada está sujeita a algum onus ou obrigação (Regul. n. 737, art. 394 § 3.)

5.º Os credores certos e incertos, quando a penhora for feita em dinheiro (Regul. n. 737, art. 547, Dec. n. 848 art. 278.)

6.º O depositario do dinheiro penhorado para entregal-o dentro de tres dias (P. Baptista § 201, Pereira e Souza nota 824, Regul. n. 737 art. 522.)

7.º Os credores conhecidos para o concurso da preferencia (Regul. n. 737 art. 613, Dec. n. 848 art. 321.)

8.º Os credores do senhor da cousa desapropriada, depois de feito o deposito da quantia fixada para a indemnisação (Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845, art. 31. Ord. L. 4 tit. 6 pr. e § 1.)

VI

A citação especial é ordinariamente feita ao procurador; mas não havendo, ou não sendo encontrado para receber a citação, esta se effectua por meio de pregão em audiencia.

E' o que dispõe o Regul. n. 737 de 1850, dizendo no art. 722.

« A' excepção da citação no principio da causa e da execução, todas as outras citações e intimações de sentenças, appellações, e de quaesquer actos prejudiciaes, serão feitas sob pregão em audiencia não havendo procurador judicial ou não sendo este encontrado para ser citado ou intimado. »

Já a Ord. L. 3 tit. 1 § 13 continha semelhante disposição, quando tratando da prova testemunhal, determinou: 1.º que se a parte appareceu em juizo quando primeiramente citada, e for presente, no lugar, onde se trata o feito, seja citada para ver jurar as testemunhas; 2.º que não sendo presente, tendo feito procurador, seja notificado o procurador; 3.º que não sendo presente ou não tendo procurador, e sendo morador no dito lugar, seja citada uma pessoa de sua familia para assim ver jurar as testemunhas; 4.º que não sendo morador nesse lu-

gar e nem tendo procurador, não seja necessario citarem a parte, antes o farão apregoar no juizo, e a sua revelia assignarão a dilação; 5.º que se a parte nunca appareceu em juizo posto que presente e morador no lugar, onde se tira a inquirição, não seja necessario outra citação mais que a primeira.

Nem todas as citações especiaes podem ser feitas ao procurador, ao que tem simples mandato, e antes devem ser pessoalmente aquelle a que o negocio toca.

Quando a lei processual permite que seja citado o procurador para diversos actos do processo, só se refere ás partes, que figuram em juizo, ou se acham nelle, ou devam estar no mesmo, por terem sido citadas no começo da demanda, pois que a primeira citação é em geral comprehensiva de todos os actos até a sentença final.

Assim, não devem ser citados no procurador aquelles que, estranhos ao procedimento judicial, são chamados para tomar parte nelle como interessados.

E tanto é assim que o Regul. n. 737 art. 704 determina que: — « Além de advogados nomearão sempre as partes procurador judicial, que será sempre um dos solicitadores do juizo, para com elle correr o feito seus termos legaes, e ser citado e intimado quando não fôr requerida a citação pessoal. »

O Regul. dizendo no art. 704 que as partes, alem de advogados, nomearão sempre um procurador judicial, e no art. 722 que serão feitas sob pregação em audiencia todas as outras intimações e citações que não forem as do principio da causa e da execução, não havendo procurador judicial ou não sendo este encontrado para recebê-las, deixa ver claramente que o procurador que pode ser citado é o que foi constituido na causa.

Ora, como não pode haver procurador judicial sem uma parte que o constitua, (tomada a expressão parte como a pessoa que concorre para formar o juízo em defeza de seus direitos ou de seus representados) é evidente que quem ainda não é parte não tem a obrigação de nomear procurador nos termos do art. 704 do Reg. n. 737; e portanto, não existindo procurador, qualquer primeira citação, que fôr necessária no curso da causa, só poderá ser feita á propria pessoa que tiver de ser chamada a juízo.

E' verdade que o Regul. diz que as citações serão feitas sob pregão em audiencia, *não havendo procurador judicial.*

Mas isso deve ser entendido em termos: quando não houver procurador, porque a parte não o constituiu no processo, como devia, afim de receber as *outras citações*, serão as mesmas citações feitas sob pregão; mas não havendo procurador, porque também não havia parte para nomeal-o, a citação daquelles que pela primeira vez são chamados a juízo, deve ser necessariamente feita á propria pessoa.

E' assim que o Regul. n. 737 no art. 406 dispõe terminantemente na habilitação dos herdeiros de qualquer das partes litigantes, dizendo que—*será pessoal como primeira a citação daquelles que devem ser habilitados*, quando os artigos forem offerecidos pela parte que os quer habilitar.

Devem, pois, ser citados pessoalmente:

- 1.º O chamado a autoria.
- 2.º Os litigantes ou contendores sobre a divida, para cujo pagamento foi requerido o deposito.
- 3.º Os credores conhecidos, se a mesma divida foi embargada em poder do devedor.
- 3.º Os mesmos credores, se a cousa comprada estiver sujeita a algum onus ou obrigação.
- 5.º Os herdeiros da parte fallecida, quando houverem de ser habilitados a requerimento da outra parte,

6.º Os credores certos, quando a penhora recahir em dinheiro.

7.º Os credores conhecidos, quando se processar o concurso da preferencia.

8.º Os credores, depositado o preço da coisa desapropriada, se forem moradores e presentes no logar da desapropriação.

E devem ser citados pessoalmente: os credores conhecidos, quando a divida for embargada em poder do devedor, ou a coisa comprada estiver sujeita a algum onus, em vista do art. 394 § 3.º do Regul. n. 737; os herdeiros, que tiverem de ser habilitados, em vista do art. 406 do mesmo Regul. n. 737; os credores certos, quando a penhora fôr em dinheiro, em vista do art. 547 do dito Regul. n. 737; e os credores, depositado o preço da desapropriação, em vista do art. 31 da Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845, combinado com o § 1 da Ord. L. 4.º tit. 6.º, a que a mesma Lei faz referencia.

O chamado a autoria, os litigantes sobre a divida, cujo pagamento se promove por meio do deposito, e os credores conhecidos, no processo da preferencia, devem tambem ser citados pessoalmente, porque a respeito delles militam as mesmas razões que determinam a citação pessoal dos demais interessados, que são chamados a juizo no correr da demanda.

Todos elles não sendo ainda partes na causa, e sendo a ella convidados pelo interesse que têm ou porque o negocio lhes toca, não se achando representados por procurador judicial e nem podendo incorrer em revelia porque não receberam citação alguma, só devem ser chamados a juizo, fazendo-se-lhes o aviso pessoalmente e pela mesma forma por que o são as partes principaes, quando citadas pela primeira vez.

Convem ponderar que dos casos de citação especial, que para diversos actos do processo se faz ás

partes que nelle figuram, alguns são de citação pessoal, como os de :

- 1.º Adição á petição inicial, quando o réo estiver ausente do lugar em que lhe fazem a demanda.
- 2.º Juramento suppletorio.
- 3.º Depoimento da parte.

Parece que já tendo havido a primeira citação geral, e devendo por isso o réo ter nomeado procurador judicial, bastará que a nova citação seja feita ao mesmo procurador, e na falta deste, sob pregão em audiencia nos termos do art. 722 do Reg. n. 737.

Mas assim não deve succeder.

Quanto a adição á petição inicial, porque, sendo a nova citação exigida para que o réo conheça o pedido ou pretensão do autor com todas as suas especificações e importando o additamento novo pedido, o réo necessita prestar novas informações ao seu procurador afim de que possa este deduzir e encaminhar a defeza; e attendendo-se a que os termos para a contestação, e em geral dizer nos autos, são improrogaveis e não dão espaço para que o procurador possa inteirar da adição o réo, que se acha ausente do lugar da demanda e receber as devidas instrucções, é forçoso concluir que na hypothese só pode e só deve ser pessoal a citação.

Quanto ao juramento suppletorio e ao depoimento da parte, sendo actos de maxima importancia que influem sobre a causa, o primeiro porque a recusa importa perempção da acção ou excepção e só pode ser deferido á pessoa que tenha razão de saber do facto (arts. 169 e 170 do Regul. n. 737), e o segundo porque, se a parte não comparece, ou comparece e não quer depor, é havida por confessa e somente podem depor aquelles que estão na livre administração de seus bens, (Regul. n. 737 arts. 206 e 207), é evidente que em taes casos a citação deve ser pessoal.

Essa intelligencia está de accordo com o que di-

zem Pimenta Bueno (*Apontamentos sobre as formalidades do Proc. Civ.*) Cap. 8.º § 11, sobre o juramento suppletorio e Moraes Carvalho (*Praxe Forense*) § 438 sobre o depoimento da parte, accrescendo que a Ord. L. 3.º tit. 7 pr., permittindo que todo aquelle que é citado por feito civil, possa mandar seu procurador, porque não é obrigado a responder a juizo pessoalmente, exceptúa o caso em que for citado expressamente, para apparecer em pessoa, ou quando o julgador lhe mandar expressamente, para lhe fazer perguntas, que necessariamente pertençam a bem do feito...

Ha entretanto Praxistas, como Pereira e Souza (1.ª *linhas*, nota 515), que dizem que o juramento suppletorio póde ser prestado por procurador; mas tal opinião não é contraria ao principio da citação pessoal, porque o mesmo Praxista entende que no caso o procurador deve estar munido de especiaes poderes; o que não é de notar, porque com poderes especiaes o procurador pode receber a primeira citação geral.

VII

A citação, embora considerada por sua importancia e pelo papel que representa no processo como principio e fundamento do juizo, de modo que a sua falta constitue uma nullidade para o procedimento judicial, nem sempre pode ser praticada; antes deve ser dispensada, ora pela impossibilidade de ser feita, ora pelo prejuizo que de sua realisação poderia resultar.

Se a defesa deve ser protegida, como effectivamente é, porque o réo tem favores e meios mais fauceis para a sustentação do seu direito, tambem a acção deve ser amparada de modo a dispor o autor de condições para dar actividade ao seu direito, tão respeitavel quanto o do réo.

Ha casos, em que a citação não pode ser feita, ha outros em que a citação frustraria o direito do credor, e portanto é desnecessaria ou não pode ter lugar, estabelecendo-se assim uma excepção á regra de que a citação é o principio e fundamento do juizo.

São elles :

1.º Justificação de ausencia ou incerteza da parte como preliminar da citação edital.

2.º Arresto ou embargo.

3.º Detenção pessoal.

4.º Fallencia requerida por credor com certidão de protesto, se o devedor estiver ausente e for impraticavel a sua audiencia ou de procurador dentro do prazo de 24 horas.

No primeiro caso a citação é impossivel, porque não ha quem possa recebê-la; e a justificação tem justamente por fim mostrar a impossibilidade de se fazer a citação por outro modo.

No segundo e terceiro casos a citação não deve ter lugar, porque ficaria o direito do credor sem a garantia, que as duas medidas indicadas offerecem.

Esta verdade está firmada no Regul. n. 737 de 1850, que a respeito do arresto dispõe no art. 324 que — « a justificação previa, quando o juiz a considerar indispensavel, pode ser feita *em segredo*, verbalmente e de plano, reduzindo-se a termo os depoimentos das testemunhas, e sobre a detenção pessoal reproduz no art. 345 a mesma disposição.

No quarto caso a citação é dispensada (L. n. 859 de 16 de Setembro de 1792, art. 6), em vista da natureza da causa, que envolvendo os interesses de todos os credores não pode soffrer demora, e exige que seja desde logo declarada a fallencia.

VIII

A citação tem requisitos, que devem ser observados, sob pena de nullidade.

Taes requisitos são divididos em internos e externos, conforme referem Pereira de Souza §§ 83 e 84, Ramalho §§ 107 e 108 e Pimenta Bueno ns. 154 e 155, nas obras já citadas, e encontram fundamento na Ord. L. 3 tit. 1.º

São requisitos internos :

1.º O nome do Juiz que manda fazer a citação, ou indicação do Tribunal ante o qual deve comparecer o citado.

2.º O nome do autor.

3.º O nome do réo, se é sabido, e no caso contrario a designação de característicos, que possam firmar a identidade do mesmo réo.

4.º O motivo da citação, bastando que expresse a causa geral e remota, que é nas acções pessoaes o contracto, e nas reaes o dominio.

5.º O lugar do comparecimento do citado, não sendo necessaria a indicação, quando as audiencias do juiz forem dadas em lugar certo.

6.º O dia em que o citado deve vir a juizo.

São requisitos externos :

1.º Que a citação seja feita a requerimento de parte, excepto nos casos expressos na lei, em que o juiz deve proceder *ex-officio*.

2.º Que seja ordenada por juiz competente.

3.º Que seja commettida a official do juizo.

4.º Que seja executada com as formalidades legaes.

Alem dos requisitos indicados, outras condições devem ser observadas nas citações, e taes são :

1.º Que seja feita em dias uteis e livres, e não em dias feriados. (Ord. L. 3. tit. 1 § 17 e tit. 18 pr.)

2.º Que seja feita de dia, isto é, depois de nascer e antes de se pôr o sol. (Ord. L. 3. tit. 1 § 16).

3.º Que seja para a audiencia ou dia posterior

ao em que a mesma citação se effectuar. (Ord. L. 3 tit. 1 § 12. Regul. n. 737, art. 41).

4.º Que seja accusada na audiencia para a qual ella for feita. (Gomes — *Manual Pratico*, Parte 1.ª, cap. 1.º n. 12, Ord. L. 3, tit. 1, § 18. Regul. n. 737 arts. 57 e 58).

Cumpre dizer que a prohibição de se effectuar a citação em dias feriados acha-se limitada pela lei n. 1285 de 30 de Novembro de 1853, que no art. 3.º menciona diversas causas, que podem ser tratadas em ferias, e pelo Dec. n. 859 de 16 de Agosto de 1902, que no art. 128 declara não haver ferias no processo das fallencias.

O Dec. n. 1285, porem, não deve ser entendido de modo absoluto para ser applicado somente aos casos nelle expressos. De seus termos resulta um conceito que serve de norma ás hypotheses occorrentes, e é, que podem ser tratados em ferias, e não se suspendem pela superveniencia dellas, os actos que ficarião prejudicados não sendo feitos durante as mesmas ferias.

Para taes actos, como para os casos expressos no Dec. n. 1285, se for necessaria a citação, esta será feita em ferias.

A disposição não é nova. A Ord. L. 3. tit. 1 § 17, diz: « A citação, que é feita em dia feriado, não valerá, salvo onde o réo se quizer ausentar para outra parte, ou a acção do autor fosse de tal qualidade, que pereceria, se a citação não fosse feita naquelle dia, porque em tal caso valerá a citação feita em dia feriado para responder em dia não feriado.»

Cabe tambem notar que a Ord. L. 3, tit. 1 § 12, dispondo que a citação feita simplesmente entende-se para a primeira audiencia que se fizer depois do dia em que a parte é citada, permite que a citação seja para o mesmo dia *se o que citar, disser que cita para a audiencia, que naquelle dia se ha de fazer.*

Mas a Ordenação não pode ser em sua ultima parte applicada ao processo, pois que o Regul. n. 737,

fonte do nosso actual direito judiciario, diz peremptoriamente que—a citação subentende-se feita para a primeira audiencia seguinte, *nunca para o mesmo dia da citação*. (Art. 41).

A respeito da necessidade de ser a citação accusada em audiencia, vem a proposito observar que a Ord. L. 3. tit. 1, § 18 e o Regul. n. 737, arts. 57 e 58 cogitam da primeira citação, ou da citação geral que se faz no começo da causa.

Mas d'ahi não se deve deduzir que outras citações, que forem necessarias e que sejam feitas no curso da demanda, podem deixar de ser accusadas em audiencia.

Comprehende-se que, chamando-se a juizo qualquer das partes, ou mesmo quem ainda não é, para algum acto do processo, o que sempre se requer sob certa comminação, deve-se verificar se o citado acudio ou não ao chamamento para, á sua revelia ou no caso de recusar-se ao acto judicial, ser decretada a mesma comminação.

E como a comminação influe poderosamente na causa e affecta os direitos das partes, não deve tornar-se effectiva sem ter precedido uma providencia, que acautele a parte citada e a colloque a salvo de insidia ou outro equivalente procedimento do seu adversario.

Essa providencia se encontra no pregão, acto publico que por assim dizer completa a citação, e que é até o meio de realisal-a quando não ha procurador judicial ou este não é achado para recebela. (Regul. n. 737, art. 722).

Isto posto, sendo o pregão determinado pela citação, esta deve ser conhecida e denunciada na audiencia para a qual foi feita; o que quer dizer que a citação precisa ser accusada para que possa produzir effeito juridico.

O Regul. n. 737 trata da necessidade de ser accusada a citação em audiencia; mas só se refere á primeira citação, como se observa dos arts. 57 e 58,

o que não impede que também sejam accusadas as outras citações, ou as citações especiaes feitas ás partes para virem a audiencia, afim de que tenha lugar qualquer acto processual.

As razões que fundamentam a necessidade da accusação da primeira citação, justificam a das citações especiaes feitas ás partes para comparecerem á audiencia — *Ratio ubi est eadem, debet esse juris dispositio*.

No Regul. n. 737 mesmo se encontra exemplo de accusação de citação especial, como a dos credores no concurso da preferencia (art. 614), o que também se acha no Dec. n. 848 de 1890, art. 322.

Cabe aqui dizer que a accusação da citação deve ser feita por quem a requereu; mas nas acções de demarcação e divisão de terras do dominio privado, qualquer dos litisconsortes pode accusar as citações e promover os termos da acção, se o autor não comparecer.

Se houverem muitos réos e não poderem ser todos citados para a mesma audiencia, serão *accusadas as citações* a medida que se fizerem, e a proposição da acção terá lugar na audiencia em que for accusada a ultima citação.

E' o que dispõe o art. 72 do Regul. n. 737 sobre o processo das acções ordinarias, mas que tem applicação ás outras acções, segundo o art. 320 do mesmo Regul.

Nas acções de demarcação e divisão de terras, porem, a accusação das citações, embora diversos os litisconsortes, e feitas em differentes datas, será de uma só vez, conforme o art. 16 do Dec. n. 720 de 1890.

IX

Quando o processo civil era regulado pelas Ordenações Philippinas, a citação tinha effeitos que os processualistas, que escreveram sob o dominio das

respectivas disposições, enunciavam nos seguintes termos:

1.º Obrigar o citado a comparecer em juízo. (Ord. L. 3, tit. 15.)

2.º Fazer a coisa litigiosa. (Ord. L. 4 tit. 10 pr.)

3.º Interromper a prescrição. (Ord. L. 4 tit. 97 § 1.º).

4.º Induzir litispendencia. (Pereira de Souza, primeiras linhas § 93.)

5.º Prevenir a jurisdição. (Ord. L. 1 tit. 62 § 4).

No processo actual, modelado pelo Regul. n. 737 de 1850, a citação tem os efeitos enumerados no art. 59 do mesmo Regul. e são:

1.º Tornar a coisa litigiosa.

2.º Induzir a litispendencia.

3.º Prevenir a jurisdição, salvo sendo nulla ou circumducta a citação.

4.º Interromper a prescrição.

5.º Constituir em mora o devedor.

O Regul. n. 737 não mencionou como effeito da citação o de obrigar o citado a comparecer em juízo; e com razão porque em verdade ninguem é obrigado a defender-se.

A Ord. L. 3. tit. 15, em que os processualistas se baseiam para dar á citação o indicado effeito não diz que o citado é obrigado a comparecer em juízo, e sim que se o citado for revel e nunca apparecer em juízo por si, nem por seu procurador, ou apparecer e se ausentar sem deixar procurador, o autor seguirá seu feito á sua revelia.

Assim como ninguem é obrigado a demandar, como está preceituado na Ord. L. 3. tit. 11 § 4 e é regra de direito— (*Agens invitus nemo compellitur*); assim tambem ninguem pode ser coagido a defender o seu— (*Invitus nemo rem cogitur defendere*) ao que accresce que a Ord. L. 3. tit. 20, traçando a ordem do juízo nos feitos civeis, faz apenas uma recommendação, dizendo no § 3. « Ao réo convem, tanto que for citado e souber o que

lhe querem demandar ir á audiencia, para que é citado ou mandar procurador bastante.»

O effeito da mora que o Regul. n. 737 attribuiu á citação, era resultante da litiscontestação nas causas civeis, conforme a Ord. L. 3. tit. 66 § 1.º; passou a ser da citação inicial, como uma consequencia do disposto no art. 138 do Codigo Commercial.

X

Deve a citação ser feita para dia e lugar determinados, subentendendo-se na falta de declaração que é para a primeira audiencia, que o juiz é obrigado a dar em lugar, dia e hora certos, como prescrevem diversas leis processuaes, notadamente a Ord. 3, tit. 19 pr. e o Dec. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, art. 77.

Mas tanto o que fez citar como o citado podem deixar de comparecer, incorrendo assim em revelia.

A falta de comparecimento produz effeitos, que influem na causa e chegam até a perimir o direito da parte.

Os effeitos não são os mesmos, varião conforme a citação, ou o caso para o qual ella for feita, o que convem assignalar.

Os Processualistas, e entre elles Pereira e Souza, Lobão, Ramalho e Paula Baptista, referem-se apenas á revelia do autor e do réo quanto á citação inicial nas acções, ou á citação geral.

A revelia, porém, verifica-se nas diversas citações especiaes da mesma maneira que na citação geral, desde que o que fez citar e o citado não vêm á juizo.

Quando a citação é geral, se o autor não apparecer em juizo para accusar na respectiva audiencia a citação, esta ficará circumducta, sendo o réo absolvido da instancia, conforme a Ord. L. 3, tit. 1 § 18 e tit. 14 pr. e Regul. n. 737, art. 58, ficando o autor sujeito ao pagamento das custas.

Se feita a segunda ou nova citação o autor deixar de vir a juízo, o réo será ainda absolvido da instancia, pagando o autor as custas. (Ord. L. 3, tit. 14 pr.).

E se pela terceira vez for o réo citado, diz a mesma Ord.—« e o citado apparecer em juízo e não o que fez citar, o citado será absoluto e o que fez citar condemnado nas custas. E não poderá mais por aquella causa cital-o em tempo algum. E se o citar outra vez, fazendo o citado certo, como já tres vezes foi absoluto de tres citações, que pela dita causa lhe foram feitas, não será mais o autor ouvido sobre a dita causa, em que assim tres vezes foi revel. »

As Ords. fazem depender a circumducção da citação, a absolvição da instancia e a condemnação nas custas de pedido do réo, se este vier a juízo ou apparecer para responder á citação.

Ramalho (*Praxe brasil.*), repetindo no § 119 a disposição das Ords. sobre a revelia do autor, diz que—« quando o réo, sendo citado, não requer em audiencia a absolvição da instancia, fica somente circumducta a citação, e então pode ser citado por mais de tres vezes. »

P. Baptista (*Theoria e Pratica do Processo*), no § 98 occupando-se da revelia do autor, diz « A citação *inicial* deve ser accusada na audiencia seguinte, sob pena de ser o réo, a requerimento seu, absolvido da instancia, condemnado o autor nas custas. Ord. L. 3 tit. 1 § 18 e tit. 14 pr. Dec. n. 737 arts. 58 e 70. Pagas as custas, pode o autor, sujeito ás mesmas penas, e repetir a citação segunda e terceira vez; mas nesta ultima, cahindo em falta não mais pode inquietar o réo, que fica com o direito de pedir a perempção da instancia e da acção. Ord. L. 3. tit. 14 pr. § 3. »

As referidas opiniões não têm procedencia deante do actual processo, sendo que Ramalho, que só se reportou ás Ords., destoou de suas disposições, di-

zendo: «quando o réo, sendo citado, não requer a absolvição da instancia, fica somente circumducta a citação, e então pode ser citado por mais de trez vezes; ao passo que as Ords. manifestamente declararam que o réo deve vir a juizo pedir a absolvição da instancia, e que o autor não será mais ouvido sobre a causa em que trez vezes foi revel.

E não têm procedencia deante do actual processo, porque o Regul. considera desde logo circumducta a citação e o réo absolvido da instancia, dizendo no art. 58—«Não comparecendo o autor por si ou seu procurador para fazer accusar a citação, *ficará esta circumducta, sendo o réo absolvido da instancia; e não será novamente citado sem que o autor mostre haver pago ou depositado as custas.* »

As Ords. são certamente subsidiarias do Regul., mas somente nos casos omissos, e ainda assim n'aquillo que não for contrario ás disposições do mesmo Regul. (art. 743).

Desde que o Regul. declara que, *não comparecendo o autor, ficará circumducta a citação, sendo o réo absolvido da instancia*, e que o autor deve mostrar haver *pago ou depositado as custas* para renovar a citação, não ha motivo para se affirmar que os effeitos da revelia do autor são dependentes do pedido do réo na audiencia para a qual foi citado.

Isso não quer dizer que o réo não possa requerer na referida audiencia que fique circumducta a citação, sendo elle absolvido da instancia, condemnado o autor nas custas.

Em face da disposição do Regul. o réo nada tem a requerer; a absolvição da instancia e a circumducção da citação se operam unica e simplesmente pela falta de comparecimento do autor á audiencia, em que devia accusar a mesma citação, independentemente de qualquer procedimento do réo ou do juiz.

Apreciando a Ord. L. 3. tit. 14 pr. na parte em que dispõe que o autor não será mais ouvido sobre

a causa, em que trez vezes foi revel, P. Baptista diz em uma nota ao § 98 o seguinte :

« E' esta uma pena fulminada á revelia do autor repetida por trez citações circumductas, em cujo numero não entra a que, depois de accusada, fosse julgada nulla, e a de que o autor desistisse : eis as palavras da citada Ord.—*em que assim trez vezes foi revel.*—Outro sim, nem a absolvição da acção neste caso, nem a da instancia neste, e em outros casos, em que caiba, pode ser applicada *ex-officio*; mas deve ser requerida pelo réo, e antes de praticar actos validos concernentes ao feito, pelos quaes approve tacitamente a citação, citada Ordenação nas palavras: *pedindo ao juiz*, e depois nas palavras: *fazendo certo*. Contra o merito desta doutrina não se diga que a perempção da instancia é de ordem publica; não; pelo contrario é estatuida em beneficio do réo contra a reiteração vexatoria de citações, embora attenuada pela condemnação das custas; e se não pode privar o réo, que, confiado em seu bom direito, queira preferir uma defeza regular e publica á valer-se de faltas do autor; e taes sejam os factos fundamentaes da acção, que uma defeza plena seja para o réo um indeclinavei dever de honra. »

As ponderações do sabio mestre, reveladoras do seu elevado criterio juridico, terião completo cabimento, se o processo não fosse actualmente subordinado ás prescripções do Regul. n. 737.

Com effeito, dizendo o Regul. n. 58: *não comparecendo o autor ficará circumducta a citação, sendo o réo absolvido da instancia*, deixa ver claramente que a revelia do autor é por si só sufficiente para produzir aquelles effeitos, isto é, a circumducção da citação e a absolvição da instancia, das quaes é uma consequencia a obrigação do autor pagar as custas ao réo, e portanto que este não tem necessidade de vir a juizo pedir aquillo que já se realisou por força da lei processual.

E' ao autor que cumpre mostrar haver pago ou

depositado as custas, para que o réo seja novamente citado (Regul. n. 737 art. 58.)

A obrigação de pagar as custas resulta da circumducção da citação e da absolvição da instancia.

Ora, se taes effeitos da revelia do autor só podessem ter lugar mediante requerimento do réo, o autor ficaria com o seu direito sem acção, sempre que deixasse de vir a juizo accusar a primeira citação; porquanto, não podendo ser renovada a citação sem haver o autor pago ou depositado as custas, não havendo custas sem ter sido circumducta a citação, e o réo absolvido da instancia, e não se dando a circumducção da citação e a absolvição da instancia sem requerimento do réo, comprehende-se que o mesmo réo não viria a juizo fazer semelhante requerimento, para que não ficasse assim o autor habilitado a inquietal-o de novo.

Por outro lado se vê no Regul. que o réo não será novamente citado sem que o autor mostre haver pago ou depositado as custas em juizo.

Mas, a quem deverá o autor mostrar haver pago ou depositado as custas?

Certamente ao juiz, quando o autor requerer que seja renovada a citação, pois esta em qualquer hypothese só pode ser feita por ordem judicial.

Se é assim, ao juiz cabe deixar de ordenar a citação sempre que o autor revel não mostrar haver pago ou depositado as custas; e, portanto, não se deve acceitar a proposição, enunciada por P. Baptista, de que a absolvição da instancia não pode ser applicada *ex-officio*.

Não se diga que assim ficará o réo, como pensa P. Baptista, privado de fazer uma defeza regular e publica, que poderá ser para elle um indeclinavel dever de honra, taes sejam os factos fundamentaes da acção. Não: o réo encontra na revelia do autor por trez vezes repetida, a sua defeza; e se isso não lhe bastar, nada impede que elle uze da competente acção para de um modo directo, posi-

tivo e publico mostrar a inanidade do direito que aquelle, que o chamou tres vezes a juizo e outras tantas foi revel, pretende haver.

Uma duvida pode surgir das ultimas expressões do art. 58 do Regul. n. 737—*e não será novamente citado sem que o autor mostre haver pago ou depositado as custas em juizo*—as quaes parecem indicar que a citação será repetida tantas vezes quantas o autor entender, comtanto que não o faça sem haver pago ou depositado as custas.

Mas, assim não é, e nem podia ser, em face dos principios reguladores do actual processo.

Com effeito as modernas leis processuaes, procurando tornar mais facil e mais rapido o modo de fazer encaminhar as acções, têm se affastado das normas estabelecidas pelas Ords., já fixando prazos improrogaveis, já reduzindo o numero das excepções e as especies de agravo, já finalmente limitando, como fez o Dec. n. 848 de 1890 art. 116, as acções a tres typos: ordinario, summario e executivo.

Se, pelas modificações apontadas e ainda por outras, que o estudo comparativo do processo anterior e do actual mostra, se conhece o empenho de evitar as delongas que aquelle processo occasionava, não se pode admittir que o actual deixasse ao autor a faculdade de chamar a juizo a mesma possoa, tantas vezes quantas quizesse para a mesma causa.

O Regul. n. 737 não diz claramente que, sendo o autor tres vezes revel, a sua acção ficará pre-rempta, mas tambem não diz que o autor poderá repetir indefinidamente a citação.

Se das palavras do art. 58 pode deduzir-se que ao autor cabe o direito de renovar a citação as vezes que entender, pagando previamente as custas da citação circumducta, tambem se pode deduzir que a renovação só terá lugar uma vez.

Nessas condições é necessario firmar o verda-

deiro sentido do Regul., pois que será arbitraria qualquer das soluções.

Assim, ou se considere o Regul. obscuro ou omisso, deve-se recorrer á Ord. L. 3 tit. 14: na primeira hypothese, porque é um dos meios de interpretação comparar a parte obscura de uma lei com as disposições de outras leis anteriores, que tiverem relação com o caso—*Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur*—; na segunda hypothese, porque o Regul. manda no art. 743 invocar nos casos omissos o processo civil, como subsidiario, não sendo opposto ás disposições do mesmo Regulamento.

O processo civil, a que allude o Regul., é o das Ords., que no L. 3. tit. 14 pr., referindo-se ao autor que fez citar o réo por tres vezes e foi revel, dizem: *E não poderá mais por aquella causa citalo em tempo algum.*

Tudo isto diz respeito á citação inicial da causa.

Quanto ás demais citações ou ás especiaes no curso da demanda, se o autor não comparecer em juizo, ficarão ellas sem effeito e poderão ser renovadas se ainda não houver terminado o prazo, dentro do qual devam ser praticados os actos, que as reclamaram.

No processo Federal devem ser observadas as mesmas regras, porque o Dec. n. 848 de 1890 nos arts. 115 e 387 contem disposições idênticas ás do Regul. n. 737, isto é, o art. 115 attribuindo á revelia do autor a circumducção da citação feita ao réo, a absolvição da instancia e a obrigação de pagar as custas para poder renovar a citação; e o art. 387 mandando recorrer nos casos omissos ás antigas leis do processo civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do mesmo Decreto.

E foi por isso que a Consolidação das leis re-

ferentes á Justiça Federal, approvada pelo Dec. n. 3.084 de 5 de Novembro de 1898 supprio a falta do Dec. n. 848 transcrevendo as leis processuaes anteriores, que tinham relação com os casos omissos.

Nas acções de divisão e demarcação a revelia do autor nem sempre induz a circumducção da citação. A falta do comparecimento pode ser supprida, conforme o Dec. n. 720 de 1890, que no art. 17 dispõe: « Qualquer dos litisconsortes pode accusar as citações e promover os termos da acção se o autor não comparecer. Ellas produzirão todos os effeitos tanto para a louvação como para os actos posteriores, ainda que o autor continue a ser revel, e só ficarão circumductas se algum dos interessados assim o requerer e nenhum outro usar do direito de supprir a falta do autor, que, a todo o tempo, poderá tomar e seguir o feito no estado em que se achar. »

A revelia do citado sugeita-o ao proseguimento da causa, assignando-se-lhe em audiencia e sob pregação todos os termos, se a citação tiver sido geral (Ord. L. 3. tit. 15 pr. e tit. 20 § 21, Regul. n. 737 art. 57).

A revelia neste caso, diz P. Baptista § 100, é unicamente para que o réo não ache em sua ausencia, ou no seu silencio uma preciosa immuni-
dade, e não fique destituido do direito de defeza.

Quando a citação for feita por meio de editaes a revelia do réo será supprida pela presença de um curador, que o juiz nomeará ao ausente para com elle correr o feito os seus devidos termos (Regul. n. 737 art. 54 e Dec. n. 848 de 1890 art. 111 e Dec. n. 720 do mesmo anno art. 18).

Se o citado comparecer no curso da demanda, receberá esta no estado em que se achar e será admittido a proseguir no feito (Ord. L. 3. tit. 15 pr., Regul. n. 737 art. 57 e Dec. n. 848 art. 114).

Quando o citado estiver prezo, a causa não começará sem que se lhe nomeie um curador *in litem* (Regul. n. 737 art. 739 e Dec. n. 848 art. 386).

Na revelia ás citações especiaes os actos, para os quaes ellas forem feitas, serão praticados na ausencia do citado, que ficará sugeito aos efeitos de outras comminações legaes cabiveis no caso.

XI

A citação tem experimentado diversas alterações no modo de ser effectuada.

No direito Romano, quando vigoravam as acções da lei (*legis actiones*) o processo começava pelo *in jus vocatio*, um acto solemne que consistia em o autor levar seu adversario ao magistrado intimando-o por meio das expressões: *In jus ambula, sequere, in jus i, in jus eamus, in jus te voco.*

Se o adversario não attendia ao chamado, o autor podia leval-o á viva força (*in jus repere*) e até *obtorto collo*.

No processo formulario (*ordinaria judicia*) o *in jus vocatio*, que a principio teve applicação com todo o seu rigor, foi modificado chamando o autor a juizo o seu adversario, e lhe dando até a conhecer a sua pretenção e acção, o que constituia a *actionis denuntiatio*.

A violencia, de que o autor podia usar para levar a juizo o seu adversario, foi substituida por outros meios publicos—O magistrado intervinha com sua autoridade, e a recusa em vir a juizo era reprimida pela tomada de penhores, ou por uma acção para obrigar a uma pena pecuniaria.

No processo extraordinario (*extraordinaria judicia*) a citação era feita por ordem do magistrado, ao qual o auctor expunha em resumo sua intenção em um escripto, que o mesmo magistrado mandava ao réo por intermedio de um official denominado *viator* ou *executor*.

A Ord. L. 3. tit. 1. estabelecia quatro modos de se fazer a citação.

O 1.º modo era dando o julgador licença á parte ou a qualquer outra pessoa em seu nome, para poder citar perante uma testemunha ao menos. (pr.)

O 2.º modo era por porteiro, o qual podia citar sem licença do julgador se a citação houvesse de ser feita no lugar ou em seus arrabaldes, e somente com licença se a citação devesse ser feita no Termo (§ 1.º).

O 3.º modo era por tabellião, quando lhe fosse mostrada alguma carta do soberano, ou de algum corregedor ou juiz pela qual lhe mandassem citar alguma pessoa (§ 3.º).

O 4.º modo era por editos (§ 8.º).

A citação por precatoria era uma dependencia do 2.º e 3.º modo de citar, quando o citando se achava fóra do territorio do juiz (§§ 2.º e 5.º); e a hora certa era uma providencia quando a citação pelo primeiro, segundo e terceiro modo não podia ser feita pessoalmente, por ter o que havia de ser citado se escondido ou ausentado para não receber a citação (§ 9º).

O processo actual accitou com algumas restricções as normas prescriptas pela Ord. L. 3. tit. 1. e adoptou outras para maior garantia do direito das partes.

XII

Diversos são os modos pelos quaes se effectua a citação.

O Regul. n. 737 de 1850 estabelece os seguintes modos :

- 1.º Por despacho ou mandado do juiz.
- 2.º Por precatoria.

3.º Por editos.

4.º Com hora certa.

5.º Por pregão em audiência.

O Dec. n. 848 de 1890 indica os seguintes :

1.º Por despacho do juiz.

2.º Por precatoria.

3.º Por editaes.

4.º Com hora certa.

A Lei n. 859 de 1902, mencionando em suas disposições a citação por despacho do juiz e por editaes, admittio dois outros modos :

1.º Por comunicação telegraphica ou telephonica.

2.º Por carta do escrivão.

XIII

A citação será feita por despacho do juiz, quando for dentro da cidade, villa ou seus arrabaldes (Regul. n. 737, art. 42 e Dec. n. 848, art. 101).

A citação será feita por mandado, quando for dentro do termo (Regul. n. 737, art. 42).

Para as referidas citações é necessario que o official incumbido da diligencia :

1.º Leia á propria parte que vai citar o requerimento com o despacho do juiz, ou o mandado por este assignado ;

2.º Dê ao citado contra-fé, embora não lhe seja pedida ;

3.º Certifique haver feito a citação, declarando se deu contra-fé e o citado recebeu-a ou não quiz receber.

XIV

A citação por precatoria tem lugar quando a parte, que deve ser citada, se acha em jurisdicção

alheia a do juiz perante o qual tem de comparecer (Regul. n. 737, art. 50 e Dec. n. 848, art. 108).

Esta regra soffre excepções.

Nas acções hypothecarias, quando intentadas contra herdeiros ou successores do originario devedor, em que basta que seja demandado quem estiver na posse e cabeça do casal, ou na administração dos bens hypothecados, a intimação dos demais interessados, estejam presentes ou ausentes, poderá ser feita por editaes (Dec. n. 370 de 1890, art. 388).

Nas acções de divisão e demarcação de terras, a citação por precatoria só tem lugar de um termo para outro da mesma comarca, pois que para os domiciliados em lugar sabido e certo fóra da comarca, a citação se fará por editaes (Dec. n. 720 de 1890, arts. 3 e 4).

Dando normas para a citação por precatoria, o Regul. n. 737 nos arts. 51 e 52 dispõe que, cumprida a mesma precatoria pelo juiz deprecado, mandará este citar a parte por mandado nos termos do art. 43, e com hora certa nos do art. 46, e que oppondo a parte citada embargos, serão estes remettidos ao juiz deprecante para delles conhecer, salvo se concluirem evidentemente a incompetencia do juiz deprecante.

O Dec. n. 848 no art. 109 tambem dispõe que cumprida a precatoria pelo juiz deprecado, mandará este citar a parte por despacho e hora certa, se tanto for preciso; mas não cogitou de embargos que podessem ser oppostos á precatoria pelo citado, o que importava uma omissão, que entretanto seria sanada desde que se invocasse as leis do processo civil e commercial, subsidiarias segundo o art. 387 do mesmo Dec., como fez o Dec. n. 3.084 de 1898, que no art. 45 da 3.^a parte repetio a disposição do art. 52 do Regul. n. 737 sobre os embargos a precatoria.

A praxe tem estabelecido que apresentada a carta precatoria ao juiz deprecado, este por seu despacho mande cumpril-a, e feita a citação pelos meios necessarios, simples despacho, mandado ou hora certa, e recolhida ao cartorio do escrivão, corra o prazo de 24 horas afim de que o citado possa offerecer embargos.

Se, findo o prazo, o citado não tiver apparecido em juizo, o juiz deprecado mandará devolver a precatoria ao juiz deprecante. ficando copia do processado.

Se, porém, o citado offerecer embargos dentro do referido prazo, será devolvida a precatoria com os embargos para delles conhecer o juiz deprecante, salvo se concluirem evidentemente a incompetencia do juiz deprecante, caso em que o conhecimento dos embargos caberá ao juiz deprecado.

A Ord. L. 3, tit. 1, § 18 mandava esparar pelo citado por precatoria vinte dias depois de ser assignado o prazo, no qual o mesmo citado devia comparecer em juizo.

Nem o Regul. n. 737 e nem o Dec. n. 848 fallaram no prazo de espera, de que trata a citada Ord., e nem tal prazo é compativel com a brevidade, que deve ser observada no actual processo.

As causas civeis em regra são processadas segundo as formulas e termos do Reg. n. 737, dado ás causas commerciaes, havendo assim uniformidade no modo de invocar o juizo; e tal foi o fim do Dec. n. 763 de 19 de Setembro de 1890, conforme declarou o Aviso circular de 30 do mesmo mez e anno.

Ora, devendo as causas commerciaes ser processadas em todos os juizos e instancias, breve e summariamente de plano e pela verdade sabida, sem que seja necessario guardar estrictamente todas as formas ordinarias, prescriptas para os processos civeis, como foi recommendado no art. 22 do Tit. Un.

do Cod. Com., é visto que o actual processo não comporta a delonga de vinte dias logo no começo da demanda.

E' isso que se accorda com o espirito do direito processual em vigor.

E' assim que o Regul. n. 737 no art. 724 declara improrogaveis os termos do processo, quer haja procuração, quer não.

E' assim que o Dec. n. 720 de 1890 no art. 3 declara expressamente supprimida a espera da Ord., L. 3, tit. 1 § 18.

E' assim que o Dec. n. 3084, consolidando as leis vigentes sobre o processo federal, determina no artigo 46 que, se a parte citada não comparecer no termo assignado na precatoria, observar-se-ha o disposto no art. 65, isto é, seguirá a causa á sua revelia até final, ficando-lhe em todo o caso, quando comparecer, o direito de proseguir no feito no estado em que este se achar.

XV

A citação por editos tem em regra cabimento e deve ser feita :

1.º Quando a pessoa que houver de ser citada, se achar em lugar incerto ou não sabido.

2.º Quando a pessoa, que houver de ser citada, se achar em logar certo, mas inaccessible por peste ou guerra.

3.º Quando a pessoa, que houver de ser citada, for incerta.

Taes são os casos indicados na Ord. L. 3, tit. 1 § 8, Regul. n. 737, art. 53 e Dec. n. 848 art. 102.

A regra, porém, tem diversas excepções estabelecidas para diferentes processos especiaes, em que a citação é feita a pessoas certas e existentes em lugares sabidos e de fácil accesso,

As excepções são encontradas nos processos executivos por dividas garantidas com hypotheca, nos de remissão do immovel hypothecado, nos de divisão e demarcação de terras e nos das fallencias.

Nas acções hypothecarias propostas contra os herdeiros ou successores do primitivo devedor, depois de intimado o respectivo mandado ao cabeça do casal ou ao administrador dos bens hypothecados, e feita a penhora, poderão os demais interessados ser chamados a juizo por meio de editaes, quer os mesmos interessados estejam presentes, quer estejam ausentes. (Dec. n. 370 de 1890 art. 388).

Diz o citado art. 388 :

« A intimação dos demais interessados, estejam *presentes* ou *ausentes*, poderá effectuar-se mediante editaes affixados nos lugares publicos e publicados pela imprensa, onde a houver, com o prazo de 30 dias, estando presentes no Estado, e de 90, estando fora delle ou da Republica, para que venham a juizo requerer o que entenderem a bem do seu direito, sob pena de revelia.»

Como se observa, o Dec. n. 370 permite no caso de ser a acção intentada contra os herdeiros ou successores do originario devedor hypothecario, que todos os interessados sejam chamados por editaes para virem defender-se, exigindo apenas que a acção seja iniciada contra aquelle que estiver na posse e cabeça de casal ou na administração dos bens hypothecados (art. 387).

Assim podem ser citados por editaes o que estiver presente no lugar, em que a acção for proposta, e o ausente em lugar certo e sabido, abandonando-se a regra que manda citar pessoalmente os presentes, e por precatória os ausentes em lugar certo e conhecido.

Nas acções de remissão do immovel hypothecado, se o adquirente quizer evitar a exçussão, deve no

tificar para a remissão os credores hypothecarios (Dec. n. 370 art. 257); devendo a notificação effectuar-se no domicilio inscripto, ou por *editos*, se o credor nelle se não achar. (Cit. Dec. art. 261).

Ha nisso uma excepção á regra geral das citações, pois que são chamados a juizo, por meio de editaes, credores certos e residentes em lugares sabidos, quando, a prevalecer a mesma regra, a citação deveria ser por precatoria.

Nas acções de divisão e demarcação de terras, tanto para *os domiciliados em lugar sabido e certo*, fora da comarca, como para os ausentes em lugar ignorado ou incerto e para os que forem desconhecidos, a primeira citação se fará por editos (Dec. n. 720 de 1890 art. 4).

Como se vê o Dec. n. 720 autorisa fazer-se por editaes a citação do ausente em lugar certo e sabido, affastando-se da regra que manda em tal caso effectuar-se a citação por precatoria.

Cumpre ponderar que, tanto nas acções hypothecarias, como nas de divisão e demarcação, a citação nas hypotheses indicadas não deve ser exclusiva e necessariamente feita por meio de editaes. O Dec. n. 370, dizendo — *poderá effectuar-se mediante editaes*, não impede que a citação dos interessados presentes seja feita pessoalmente, e dos ausentes em lugar sabido e certo seja realisada por meio de precatoria; do mesmo modo que o Dec. n. 720 no art. 10 declara que não fica inhibida a citação por precatoria aos interessados residentes fora da comarca, se o autor preferir.

Nos processos da fallencia (Lei n. 859 de 1902) os credores serão citados por editaes:

1.º Para reunião, que deverá effectuar-se logo depois da publicação da sentença declaratoria da fallencia, afim de verificarem os respectivos credits,

e conhecerem das causas da fallencia, e da concordata, que for offerecida.

2.^o Para resolverem sobre a concordata, que for proposta depois da primeira reunião de credores.

3.^o Para tomarem conhecimento da reabilitação que for requerida pelo fallido.

No 1.^o caso a citação edital será feita aos credores presentes ou ausentes em lugares certos e incertos, sendo que aos ausentes em lugar sabido e com o qual haja communição telegraphica ou telephonica serão avisados por esse meio ou, conforme a distancia, por carta registrada (art. 47 §§ 1. e 2)

No 2.^o e 3.^o casos a citação edital será feita a todos os credores presentes ou ausentes sem distincção (art. 63 § 2 e art. 94).

Em todos esses casos se nota excepção ás regras geraes da citação.

E não é isso uma disposição nova, porque o Cod. Com. nos arts. 812 e 899 e o Regul. n. 738 de 1850 nos arts. 130 e 133 mandavam citar por editaes os credores presentes e ausentes até em lugares conhecidos.

XVI

A citação com hora certa tem lugar quando a pessoa, que deve ser citada, se esconder para não receber a citação.

E' o que dizem a Ord. L. 3 tit. 1 § 9, Regul. n. 737 art. 49 e Dec. n. 848 art. 107.

Para a citação com hora certa requer-se, segundo dispõem o Regul. n. 737 no art. 46 e Dec. n. 848 no art. 104 :

1.^o Que a pessoa que tem de ser citada, tendo sido procurada por trez vezes, se occulte para evitar a citação, declarando-o assim na fé que passar o official da diligencia ;

2.º Que a hora certa para a citação seja marcada pelo official para o dia util immediato, podendo-o fazer independente de novo despacho.

3.º Que a hora certa seja intimada a pessoa da familia ou da visinhança, não havendo familia, ou não sendo encontrada pessoa capaz de receber a citação.

4.º Que á pessoa assim intimada seja entregue contra-fé com a copia da petição, do despacho do juiz, da fé de ter sido a parte devidamente procurada, e da hora designada para a citação.

5.º Que o official vá levantar a hora certa, e, não encontrando a parte, passe de tudo a competente fé, dando-se por feita a citação.

A Ord. L. 3 tit. 1 § 9 exigia que o juiz tivesse verdadeiro conhecimento por inquirição de que o que havia de ser citado se escondeu, ou se ausentou para não ser citado; mas essa exigencia não era satisfeita no fôro; por estylo inveterado bastava, como attesta Paula Baptista (nota ao § 93), a fé do official de como a parte se occultara.

XVII

A citação por pregão em audiencia só pode ter lugar no curso da causa, porque ella é sempre especial, e nunca geral como base de qualquer procedimento judiciario.

E' o Regul. n. 737 que no art. 722 dispõe que, á excepção da citação no principio da causa e da execução, todas as outras citações serão feitas sob pregão em audiencia, não havendo procurador judicial ou não sendo este encontrado para ser citado.

O Dec. n. 848 não fallou em citação sob pregão em audiencia; mas no juizo federal tambem se faz a citação pelo mesmo meio e nos mesmos casos, como se vê no Dec. n. 3084, art. 60.

Esse modo de citar não era desconhecido no antigo processo brasileiro. A Ord. L. 3 tit. 1 § 13, fallando na citação para a inquirição de testemunhas na dilação probatoria, diz: « E se não for morador nesse lugar, nem tiver procurador, não será mais necessario citarem a parte para as ver jurar, antes o farão *pregoar no juizo* . . . Porem, quando for citada pessoa de sua casa, ou elle *apregoado á revelia*, não será necessario mais notificação do dia, tempo e lugar.»

A citação por pregão só pode ser feita a quem está em juizo ou já foi chamado a elle por outra citação e, não comparecendo, tornou-se revel; sendo que no primeiro caso, se a parte estiver em juizo, a citação só terá lugar por pregão, não havendo procurador judicial, ou não sendo este encontrado para ser citado.

Donde resulta que, sendo tal citação subsidiaria da que deve ser feita ao procurador, não será admissivel nos casos em que o procurador não pode ser citado, e portanto quando for necessaria a citação pessoal.

XVIII

A citação por via telegraphica ou telephonica, estabelecida pelo Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, que revogou o Titulo 3.º do Codigo Commercial—*Das quebras*—e a parte do Regul. n. 738 de 1850 sobre o respectivo processo, foi adoptada pela Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, que substituiu o referido Dec. n. 917.

O art. 47 da Lei, mandando reunir os credores dentro de vinte dias contados da publicação da sentença de declaração da fallencia, determina que os credores por dividas civis ou commerciaes sejam citados por edital (§ 1.º); mas se elles estiverem em lugar sabido e com o qual haja communicação tele-

graphica ou telephonica, serão avisados por esse meio (§ 2.º).

A disposição do dito art. 47 é a reprodução fiel do art. 38 do Dec. n. 917 e tem por fundamento a rapidez com que deve ser feito o processo de fallencia.

Para nenhum outro acto mais, que possa ter relação com a fallencia, ou seja preventivo de sua declaração, ou seja constitutivo, incidente ou consequente do respectivo processo, é indicada a citação por via telephonica ou telegraphica.

Entretanto é de notar que o legislador não permittisse a citação por aquelles meios no accordo ou concordata preventiva em que os credores têm apenas o prazo de dez dias para remetterem a juizo, além do seu voto de acceitação ou recusa, os documentos em que fundam o seu credito (Lei n. 859, art. 116) assim como não a admittisse para a concordata quando proposta em qualquer estado da fallencia, como se evidencia do art. 63 § 2 da mesma Lei.

Nenhuma razão pode justificar a differença no modo de chamar a juizo os credores, e especialmente para a concordata preventiva, em que o prazo de dez dias intimado por carta é insufficiente para levar ao conhecimento dos credores ausentes o pedido do devedor.

XIX

A citação por carta do escrivão foi adoptada pela Lei n. 859, da mesma forma que já havia sido estabelecida no Dec. n. 917 e para os mesmos casos.

Antes disso o Regul. n. 738 nos arts. 133 e 134 e o Cod. Com. nos arts. 842 e 899, mandavam fazer citação de credores por carta do escrivão.

Esse modo de citar vem de longa data e era

muito usado no juizo conciliatorio, a respeito de certas pessoas qualificadas.

Lobão (2.^{as} linhas, nota 199) diz: « Pode ser executada a citação, ainda que não intimada verbalmente de face a face, quando, como é estylo, o *Escrivão cita por carta* o nobre, em que lhe declara a causa da citação, ou incluye a ordem.»

A citação por carta do escrivão tem sido considerada legitima, como se observa no art. 118 § 2.^o do Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 e de diversas decisões do Poder Executivo, como os Avisos de 19 de Outubro de 1877 e de 9 de Fevereiro de 1881.

Actualmente, porem, a citação por carta do escrivão só tem lugar no processo das fallencias para a primeira reunião dos credores, dentro de vinte dias contados da publicação da sentença de declaração da tallencia, nos termos do art. 47 § 2.^o, e para o accordo ou concordata preventiva, conforme o art. 116 da Lei n. 859.

XX

A citação deve ser feita a todos a que o negocio toca e com a observancia dos requisitos internos e externos, e ainda mais pelos modos estabelecidos nas leis processuaes, como ficou exposto.

A falta de citação, ou a citação não legitimamente feita, induz nullidade para o feito.

Pessoas ha, porem, a que o negocio toca e não devem ser citadas, umas porque não podem por si figurar como parte em juizo, e outras porque considerações especiaes e temporarias impedem a sua citação.

Não podem figurar em juizo como parte e portanto não devem ser citados :

1.º Os menores impuberes, ou sejam filhos-familias, ou sejam orphãos.

2.º Os interdictos (mentecaptos ou prodigos) julgados taes por sentença.

3.º Os fallidos, salvo se tiverem feito concordata com os seus credores, e nos negocios que não se referirem directa ou indirectamente á massa fallida.

4.º Os surdo-mudos, salvo se tiverem educação, que faça conhecida a sua vontade.

Todos elles são considerados inhabeis para estarem em juizo activa ou passivamente, e apparecem por seus representantes legaes.

Os menores impuberes são representados, quando filhos-familias, por seu pai como seu legitimo administrador (Ord. L. 1 tit. 88 § 6.º); e não existindo o pai, por sua mãe, que, se não for binuba, succede nos direitos do pai sobre a pessoa e bens dos filhos menores (Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 94); e quando orphãos, por seu tutor (Ord. L. 3. tit. 41 § 8.º).

Os interdictos são representados por seu curador (Ord. L. 4 tit. 103).

Os fallidos são representados pelo syndico, que o Juiz deve nomear (Lei n. 859 art. 16) e é competente para demandar e ser demandado (Lei citada art. 31).

Os surdo-mudos são representados por seu curador (L. 2 § 8 D. de *tutor. et curat*).

P. Baptista, tratando das pessoas que não podem absolutamente ser citadas, porque são prohibidas de figurar em juizo, indica o fallido, depois da sentença de abertura da quebra, a cujos bens se dá curador no interesse dos credores (Cod. Com., arts. 826 e 838 e Dec. n. 738 de 1850 art. 154).

Effectivamente pelo Cod. Com. assim era; mas em vista da vigente Lei das fallencias (n. 859 de 1902) que no art. 23 § 3.º garante ao fallido o exer-

cicio da capacidade civil em tudo quanto não se referir directa ou indirectamente aos interesses, direitos e obrigações da massa fallida, não se pode dizer que o fallido tem prohibição absoluta de estar por si em juizo e portanto de ser citado.

Nas causas, pois, em que a massa fallida não tiver interesse, e só se referirem aos direitos que constituem a capacidade civil do fallido e affectarem o exercicio do poder marital e do patrio poder e a administração dos bens proprios e particulares da mulher ou dos filhos (Lei n. 859 art. 23 § 2), o fallido pode ser citado, como pode activamente defender taes direitos.

O mesmo se dá com o fallido concordatario, porque, consistindo a concordata na manutenção do fallido na posse da massa pelo tempo accordado para o pagamento dos credores (Lei citada art. 53), o fallido readquire necessariamente a sua capacidade de obrigar-se e consequentemente de estar em juizo.

Pereira e Souza, Ramalho, P. Bueno e outros entendem que o surdo-mudo tambem não pode absolutamente ser citado e fundam-se no Direito Romano, que considera-o doente de enfermidade perpetua.

Mas, esse modo de pensar encontra resistencia na educação do surdo-mudo que o habilita a comunicar seus sentimentos e sua vontade e a dirigir-se por si, e portanto assegura a sua aptidão para estar em juizo como autor, como réo, ou como interessado.

A Ord. L. 4 tit. 81 § 5 prohibê ao mudo e surdo de nascença a facção testamentaria.

Teixeira de Freitas, porem, diz que com a educação dos surdos-mudos sua incapacidade testamentaria activa fica sem razão (*Consolidação das Leis Civis*, 3.^a edição nota ao art. 993 § 4.^o).

Foi sem duvida por isso que o *Projecto do Codigo*

Civil, elaborado pelo distincto Jurisconsulto Dr. Clovis Bevilacqua, no art. 1798 § 2, só considerou incapaz de testar o surdo-mudo não tendo recebido educação que o habilite a fazer conhecida a sua vontade, como sómente sujeitou á tutela o surdo-mudo sem educação para dar a conhecer inequivocamente a sua vontade (art. 528 § 2.^o), o que em substancia foi reproduzido nos arts. 1663 § 4 e 456 § 2 do referido projecto em sua redacção final feita pela commissão especial da Camara dos Deputados.

Assim não ha razão para se dizer que o surdo-mudo é absolutamente incapaz de estar em juizo, quando é incontestavel que aquelle defeito physico não é incompativel com a sanidade da intelligencia e tanto que elle, o surdo-mudo, pode receber a necessaria instrucção.

XXI

Não podem ser citados por considerações especiaes e temporarias :

1.^o O Clerigo na Igreja emquanto celebrar o Officio divino (Ord. L. 3. tit. 9, § 7.^o).

2.^o As pessoas que estiverem ouvindo o mesmo Officio (Ord. cit. § 7.^o).

3.^o Os conjuges no dia do casamento e até nove dias depois (Ord. cit. § 8.^o).

4.^o O conjuge no dia do fallecimento ou enterro do outro conjuge e até nove dias depois (Ord. cit. § 9.^o).

5.^o As pessoas a que tiverem morrido o pai ou mãe, filho ou irmão, no dia do fallecimento ou enterro e até nove dias depois (Ord. cit. § 9.^o).

6.^o Os officiaes de justiça e funcionarios publicos no exercicio de seus empregos, dentro do tribunal, audiencia ou repartição (Ord. cit. § 11, Ay, de 19 de Fevereiro de 1835).

7.º Os ministros diplomaticos emquanto exercerem a sua missão e até dez dias depois, salvo por obrigações que tiverem contrahido durante a missão, e isso se a acção for temporal e ficar prejudicada, não sendo posta em juizo no referido tempo (Ord. L. 3. tit. 4. pr.)

8.º As pessoas da comitiva dos ministros diplomaticos nos mesmos casos que estes, salvo quando nacionaes. (Ord. cit. § 1.º).

Referindo-se ás prohibições indicadas, P. Baptista diz que no silencio do Dec. de 25 de Novembro de 1850 as razões especiaes, em que se fundam as disposições civis, dominam tambem as materias commerciaes sem embargo da celeridade e simplificações proprias da marcha habitual de seus processos.

Se assim era então, hoje que os dois processos se harmonizam ou se confundem e estam em geral sujeitos ás mesmas regras, mais se accentúa a opinião do grande mestre, sendo applicaveis ao actual processo as disposições das Ordenações relativas aos que não podem ser citados, quando não são contrarias ao direito vigente.

E tanto é assim que o processo federal consignou diversas prohibições da Ord. L. 3. tit. 9. como se vê no art. 53 da respectiva Consolidação approvada pelo Dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898, Parte 3.ª.

A Consolidação, reportando-se á Ord. L. 3. tit. 9 §§ 8, 9 e 10, inclue nos que não podem ser citados os enfermos de molestia grave e os que acompanham o enterro; mas sem razão.

Com effeito aos enfermos não é vedada a citação; ao contrario a Ord. no § 10 autorisa a citação, mas concede ao enfermo *nove dias contados do dia, que lhe a citação for feita, para ir ou mandar seu procurador, que por elle responda ao juizo.*

Os que acompanham o enterro tambem podem ser citados. O que a Ord. no § 9 não quer, é que elles sejam citados para responderem na occasião em que estam com o finado e com elle vão ao enterramento; mas *poderão ser citados no dito tempo para responderem, depois que o corpo for enterrado, e acabado o officio do enterramento*; o que entretanto não precisa ser expresso, porque a citação nunca pode ser feita para o mesmo dia, como se observa da propria Consolidação art. 39 e do art. 41 do Reg. n. 737 de 1850.

Os ministros diplomaticos, a que se refere a Ord. L. 3. tit. 4. pr., que não podem ser citados, são os dos paizes estrangeiros acreditados na Republica.

Quanto aos ministros e mais agentes publicos do Brazil, emquanto estiverem ausentes em exercicio de sua missão fóra da Republica, não podem tambem ser citados, salvo nos mesmos casos, em que são chamados a juizo os agentes publicos estrangeiros, na conformidade da Ord. citada.

E' isso o que se vê ordenado no Alvará de 21 de Outubro de 1811, que no § 4 diz: « Em todos os casos de Embaixadas, Legações, ou Commissões ordinarias, não deve ter lugar contra o ausente a citação em começo da demanda, seguindo-se a este respeito o que se acha disposto no livro 3. tit. 4. da Ordenação do Reino sobre os que vierem com Embaixada... »

Ha pessoas que não podem ser citadas sem a manifestação de uma prova de respeito, dada pela parte que requer a citação; e taes são os pais legitimos ou naturaes e outros ascendentes (Ord. L. 3. tit. 9 § 1.º), e os pais adoptivos, e os sogros e padrastrós emquanto durar a affinidade (Ord. cit. § 2.º).

A respectiva citação deve ser requerida com venia, a qual não depende de um acto especial, bas-

tando que seja implorada na petição inicial e consentida tacitamente pelo Juiz deferindo a mesma petição.

No caso do § 1.º da Ord., a falta de impetração da venia sujeita o que requerer a citação á pena pecuniaria de 60\$000 em favor do citado, que poderá pedir a absolvição da instancia, ficando circumducta a citação; no caso do § 2.º, não terá lugar a pena pecuniaria, mas o citado poderá igualmente pedir a absolvição da instancia e a nullidade da citação.

A pena marcada na Ord. cit. § 1.º é de cinquenta cruzados, mas importa actualmente na quantia indicada, por força do Alvará de 16 de Setembro de 1814, que triplicou as penas e multas a dinheiro, que se acham nas Ordenações.

XXII

Alguns Praxistas, e entre elles Pereira e Souza, dizem que não podem ser citados, porque são respectivamente prohibidos, os menores puberes e as mulheres casadas.

Mas não ha tal prohibição, pois que uns e outros podem receber a citação.

Os menores puberes podem ou antes devem ser citados, porque têm intervenção propria, posto que deva, para o proseguinto da acção contra elles, ser tambem citado seu pai, e na falta sua mãe, e na falta desta seu tutor (Ord. L. 3. tit. 41, § 8.º e Dec. n. 181 de 1890, art. 94.)

As mulheres casadas são citadas conjuntamente com seus maridos, quando a acção ou execução versar sobre bens de raiz (Reg. n. 737, arts. 47 e 673 § 8.º), excepto na divisão ou demarcação de terras, em que a citação dellas é desnecessaria. (Dec. n. 720 de 1890 art. 13).

Se são commerciantes, as mulheres casadas fi-

guram por si só em juízo, e portanto podem ser exclusivamente citadas, como são do mesmo modo citadas para as acções de annullação do casamento e de divorcio. Ellas até podem receber a citação por seus maridos, se elles se occultam ou se ausentam para evital-a (Ord. L. 1. tit. 62 § 6.º e L. 3 tit. 1 § 9.º e Regul. n. 737, art. 46 § 3.º).

Se as mulheres casadas não são citadas para as acções que não versam sobre os bens immoveis, não é porque ellas estejam prohibidas de receber citação, e sim porque, formando-se pelo casamento uma perfeita sociedade, o marido fica constituido chefe da mesma sociedade, como tal com o encargo de represental-a e de defender os direitos e interesses sociaes ou do casal.

XXIII

A citação que é feita a pessoas que não podem ser citadas, como a que se effectua sem a observancia dos requisitos internos e externos, modos e formulas estatuidas pelas leis processuaes, é nulla e portanto nenhum effeito produz.

A nullidade em regra deve ser allegada pela parte interessada no processo; mas quando a citação for feita a pessoas que não podem ser citadas por incapacidade absoluta, a nullidade respectiva pode ser pronunciada pelo juiz *ex-officio*, como se deduz da Ord. L. 3. tit. 63 § 5.º e affirma T. de Freitas (Consol. das leis civis, nota 30 ao art. 25).

Nos demais casos a nullidade da citação deve ser decretada logo que a parte arguil-a, quando tiver de fallar no feito.

Se não for allegada a nullidade deve-se entender que a parte renunciou o seu direito, ficando assim confirmada a citação para todos os effeitos.

E' questão saber se o comparecimento volunta-

rio da parte sana os defeitos ou mesmo a falta da citação.

Pereira e Souza (1.^{as} linhas, § 94 e nota 232) diz que o comparecimento do citado em juizo sana os defeitos da citação, ainda que compareça para allegar esses mesmos defeitos.

Lobão (2.^{as} linhas) distingue. Se o réo apresenta-se para arguir a nullidade da citação por interesse especial, que lhe resulte da nullidade mesma, e para que ella não produza os seus effectos de interromper a prescripção, induzir litispendencia, ou para não haver attentado e para não haver prevenção, anullidade não deve ser supprida; mas se não allega outro interesse mais do que ser nulla e dever reiterar-se a citação, a nullidade fica sanada pelo comparecimento do réo.

P. Baptista diz que o principio de que o comparecimento do réo suppre a falta ou os defeitos da citação não é tão absoluto, como o fazem; mas tem limitações mui justas e razoaveis, como quando o réo tem interesse em arguir os defeitos para que a citação não interrompa a prescripção, não produza litispendencia e outros effectos.

Fazendo diversas ponderações, P. Baptista diz mais que o comparecimento do réo, que suppre a falta ou os defeitos da citação, é o que, guardados certos principios substanciaes, o réo faz voluntariamente para defender-se.

Deante da divergencia entre os praxistas e na ausencia de lei positiva sobre a hypothese, e seguindo os principios, que devem ser observados no processo, parece que, se a parte vem a juizo allegar a falta ou os defeitos da citação, deve ser pronunciada a nullidade; e se a parte, comparecendo em juizo, defende-se, acceitando a citação tal como foi feita, não ha motivo para que a mesma citação seja nullificada. A citação é, como diz Pimenta Bueno,

instituida para chamar a parte a juizo, e dar-lhe conhecimento da questãõ; e portanto se ella vem por seu gosto, e toma conhecimento do negocio, está preenchido o fim da lei, e não se deve, mormente contra sua vontade, impor-lhe como pena o principio que fôra concedido como protecção.

Reunido em artigo o que se acha disperso sobre a citação, tivemos unicamente por fim facilitar a consulta das leis processuaes áquelles que começam a sua aprendizagem no fôro, e portanto concorrer para que elles possam assentar com firmeza os seus primeiros passos no campo da lucta judiciaria.

DR. AUGUSTO CARLOS VAZ DE OLIVEIRA.



Bibliotheca da Faculdade

A Bibliotheca foi frequentada durante o anno lectivo de 1902 por 4.924 leitores, dos quaes 2.076 consultaram 3.102 obras em 4.272 volumes, occupando-se os restantes 2.848 com a leitura dos jornaes avulsos, como adiante se vê :

<i>Mezes</i>	<i>Obras</i>	<i>Vols.</i>	LEITORES	
			<i>de obras</i>	<i>de jorn.</i>
Janeiro	26	31	22	48
Fevereiro	56	72	36	86
Março	102	133	61	145
Abril	9	14	6	22
Julho	637	860	409	407
Agosto	684	964	399	503
Setembro	566	712	409	435
Outubro	530	793	388	582
Novembro	376	553	250	436
Dezembro	116	140	96	184
	3102	4272	2076	2848

A Bibliotheca esteve fechada durante os mezes de Maio e Junho por causa da peste bubonica.

Deram entrada nas estantes da Bibliotheca durante o mesmo periodo de tempo, 369 obras em 681 volumes, assim discriminados :

Por offerta :	16	obras em	17	vols.
Por compra :	201	»	»	258
Officialmente :	39	»	»	141
Por troca :	113	»	»	265
	369	»	»	681

Eis os titulos das obras offertadas á Bibliotheca e os nomes dos respectivos offertantes :

Carvalho Aranha.—Teias. Est. S. Paulo, 1900; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

Araujo Maia.—Recordações. Bello Horisonte, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

Freitas Ccutinho.—Miscellanea postal. Recife, 1902; in-4.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

Ewerton e Silva.—Assessor policial. Parahyba, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

Dr. José Vicente Meira de Vasconcellos.—Imitação de marca industrial e usurpação de nome commercial. Recife, 1902, in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

Drs. Clovis Bevilaqua e Coronel Thaumaturgo de Azevedo.—Memoria XV do terceiro Livro do Centenario. Rio, 1901; in-4.º, 1 v. br.—Off. pelos AUTORES.

Dr. Carvalho de Mendonça.—Das fallencias, S. Paulo, 1899; in-8.º, 2 vs. brs.—Off. pelo AUTOR.

Dr. Coelho Rodrigues.—Limites entre o Ceará e o Rio Grande do Norte. Rio, 1903; in-8.º 1 v. br.—Off. pelo Sr. DEZEMBARGADOR VICENTE DE LEMOS.

Estatutos da Cooperativa Beneficente da Faculdade de Direito do Recife. Recife, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pela DIRECTORIA DA SOCIEDADE.

Almanach Popular Brasileiro para 1903. Pelotas, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo SR. ALBERTO F. RODRIGUES.

Dr. Moncorvo Filho.—Discurso proferido na solemnidade da inauguração do dispensario central para tratamento gratuito das creanças pobres (Instituto de protecção e assistencia á infancia do Rio de Janeiro). Rio, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

Catalogo delle edizioni Haeppli. 1872—1896. Milano, s. d.; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo Sr. DR. JOSÉ JOAQUIM DE OLIVEIRA FONSECA.

Journal.—Atlas historico da guerra do Paraguay. Rio, 1871; in-folio, cart.—Off. pelo DR. HENRIQUE MARTINS.

Dr. João Cabral.—Das fallencias e do respectivo processo. Recife, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

Annaes da Obra dos congressos catholicos em Pernambuco, 1.º Congresso (Junho de 1902). Tomo 1.º, Recife, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pela COMISSÃO DA OBRA DOS CONGRESSOS CATHOLICOS EM PERNAMBUCO.

Dr. Netto Campello.—Instrucção secundaria christã. Recife, 1902; in-8.º, 1 v. br.—Off. pelo AUTOR.

A Bibliotheca recebeu as seguintes revistas, as 9 primeiras por compra e as 30 restantes em troca das publicações academicas :

Revue internationale de sociologie, Paris.

Revue de droit international et de legislation comparée, Bruxellas.

Bulletin mensal de la société de législation comparée, Paris.

Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris.

Archives d'antropologie criminelle, Paris.

Archivio de psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale, Torino.

Revista penale, Roma.

O Direito, Rio.

Revista de Jurisprudencia, Rio.

Gazeta Juridica, S. Paulo.

A Tribuna, Natal.

Huchschul—Nachriten, Munchen.

Revista dos Tribunaes, Bahia.

- Revista Industrial e Mercantil, Recife.
Boletim telegraphico, Rio.
Archivos de criminalogia, medicina legal y psichia-
tria, Buenos Aires.
Revista Maritima Brasileira, Rio.
A Lavoura, Rio.
Revista Medico-cirurgica do Brazil, Rio.
Archivo Bibliographico da Bibliotheca da Universidade
de Coimbra.
Anales de la Universidad de Chile.
A Revista do Norte, S. Luiz do Maranhão.
World's fair bulletin, St. Louis, U. S. A.
Revista Juridica (orgão do Gremio Teixeira de Frei-
tas), Recife.
Revista de Instrucção publica do Estado de Per-
nambuco.
Revista de legislação, Rio.
Vida Moderna, Montevideo.
Revista de Derecho, Historia y Letras, Buenos-Aires.
A Justiça, Pará.
O mundo legal e judiciario, Lisboa.
Gazeta commercial e financeira, Lisboa.
A Universal, Rio.
Revista Pernambucana.
Gazeta Federal, Rio.
O sportsman, S. Paulo.
Boletim mensal do observatorio do Rio de Janeiro.
Revista da associação typographica bahiana.
Revista Militar, Rio.
Revista de Medicina, Rio.
Revista de ensino da associação do professorado pu-
blico de S. Paulo.
Revista do centro litterario militar e escola prepa-
ratoria e tactica (Realengo).
Nova Revista, Bahia.
Boletim Postal, Rio.

Boletim Salesiano, S. Paulo.

Leituras Catholicas, Nictheroy.

Recebeu ainda por assignatura o Jornal do Commercio do Rio, e em troca das publicações academicas o Diario Official, o Diario de Pernambuco, Jornal do Recife, A Provincia, Jornal Pequeno, Gazeta Popular, alem de varios outros de diversos Estados.



Lista dos Bachareis que receberam o gráo no anno de 1902

1	Carlos Levino de Carvalho..	Pernambuco	Jurídica e Sociaes
2	Salustino Ephigenio Carneiro da Cunha.....	Parahyba	> >
3	Bartholo da Nobrega Dantas	Parahyba	> >
4	Francisco Tavares da Cunha Mello Filho.....	Pernambuco	> >
5	Galdino dos Santos Lima Filho.	Rio G. do Norte	> >
6	Sebastião Fernandes de Oliveira.	Rio G. do Norte	> >
7	José Raulpho da Costa Queiroz.....	Pernambuco	> >
8	João Lins de Barros Guimarães.....	Pernambuco	> >
9	Affonso Rodrigues de Souza Campos.....	Parahyba	> >
10	Oscar de Gouveia Cunha Barretto	Pernambuco	> >
11	João de Medeiros Peretti....	Pernambuco	> >
12	Luiz Tavares de Lyra.....	Rio G. do Norte	> >
13	Augusto Carlos de Vasconcellos Monteiro	Rio G. do Norte	> >
14	Vulpiano de Aquino Fonseca	Pernambuco	> >
15	Benjamin de Oliveira Costa Azevedo	Pernambuco	> >
16	Luiz de Mascarenhas.....	Alagôas	> >
17	Antonio Gomes de Sá.....	Pernambuco	> >
18	Albino Meira Filho.....	Pernambuco	> >
19	Heliodoro Balbi	Amazonas	> >
20	José Maciel Vieira Neves....	Pernambuco	> >
21	José Severino Gomes de Araujo	Pernambuco	> >
22	Manoel Barbalho Uchôa Cavalcanti Junior	Pernambuco	> >
23	Manoel Innocencio Menna da Costa Filho	Pernambuco	> >
24	Pedro Antonio da Costa Palmeira.....	Alagôas	> >
25	Francisco Gomes de Mattos Sobrinho.....	Ceará	> >
26	Antonio Soares de Araujo...	Rio G. do Norte	> >
27	João Paes de Carvalho Barros.....	Pernambuco	> >
28	Raphael Benaion.....	Rio de Janeiro	> >
29	Alexis Barboza Morin.....	Ceará	> >
30	Oscar Regueira Brandão....	Pernambuco	> >
31	Adelino Cabral da Costa....	Pernambuco	> >
32	Manoel Arthur Mendes de Azevedo	Pernambuco	> >
33	Francisco Alexandrino de Albuquerque Mello.....	Pernambuco	> >
34	Manoel Anisio de Souza Jobin	Alagôas	> >
35	Francisco Octaviano da Costa	Pernambuco	> >

36	Jeronymo Tavares de Souza Campos	Parahyba	Jurídica e Sociaes	
37	Elysio de Albuquerque Lima	Alagôas	»	»
38	Joaquim Freire Barboza da Silva	Pernambuco	»	»
39	Agricola Castello Branco....	Piauhy	»	»
40	João Magalhães	Piauhy	»	»
41	Bianor Marques Baptista....	Piauhy	»	»
42	Antonio de Andrade Lima.	Pernambuco	»	»
43	Felismino Guedes.....	Pernambuco	»	»
44	Rodrigo Francisco Pereira..	Parahyba	»	»
45	Abdias de Arruda.....	Pernambuco	»	»
46	Alcides Ferreira Baltar	Parahyba	»	»
47	Esperidião de Lima Medeiros.....	Parahyba	»	»
48	Armando de Albuquerque Pereira de Oliveira.....	Pernambuco	»	»
49	Eurico de Castro Chaves....	Pernambuco	»	»
50	João Baptista Vieira.....	Ceará	»	»
51	Juvenal Antunes de Oliveira	Rio G. do Norte	»	»
52	Alcebiades Cabral de Oliveira.....	Rio G. do Norte	»	»



INDICE

Dr. Augusto Carlos Vaz de Oliveira. Barão de Ramalho.....	1
Dr. Netto Campello. Direito romano—O matrimonio em Roma	3
Dr. Clovis Bevilacqua. O Codigo civil—A redacção do projecto do codigo civil no Senado.....	35
Dr. Oliveira Fonseca. O Codigo civil germanico e a legitimação dos filhos adulterinos.....	105
Dr. Augusto Carlos Vaz de Oliveira. Citação.....	169
Bibliotheca da Faculdade.....	163
Lista dos Bachareis que receberam o grão no anno de 1902.....	159



3m/9A