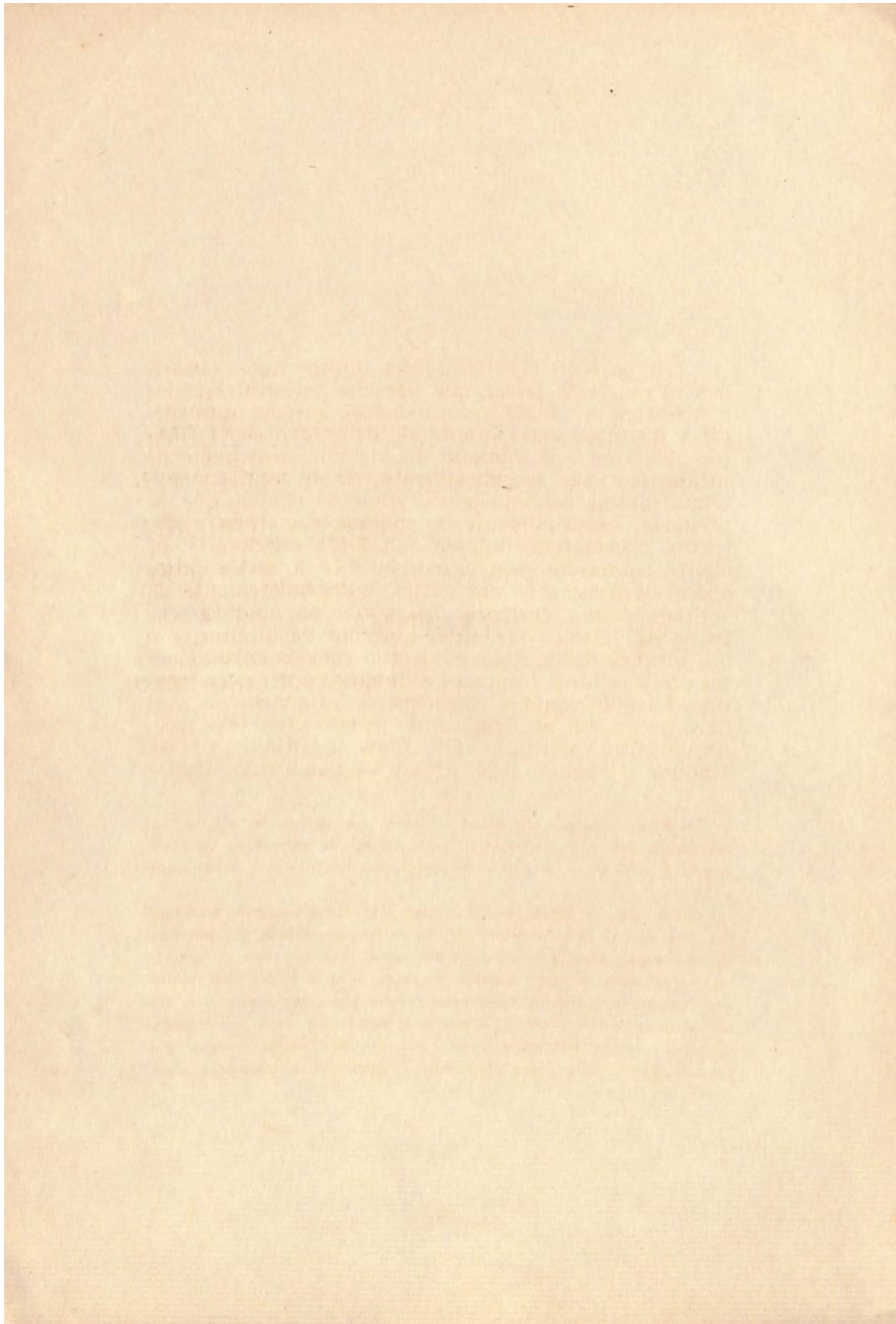


A CONSTRUÇÃO CIENTÍFICA ALEMÃ
SÔBRE OS ATOS JURÍDICOS EM SENTI-
DO ESTRITO E A NATUREZA JURÍDICA
DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO
ILEGÍTIMA

PROF. SORIANO NETO



Em parecer (1) escrito há quinze anos (1929), dentro em certo prazo, que não me permitiu estudos e investigações mais aprofundados, busquei estabelecer a distinção entre a vontade de reconhecer a filiação ilegítima e a vontade de atribuir consequências jurídicas ao seu reconhecimento, ou de limitar a extensão dessas consequências; entre os efeitos, que se prendem, essencialmente, à vontade declarada e derivam, necessariamente, da sua força criadora, e os efeitos conferidos pela ordem jurídica a certos fatos, objeto de declaração das partes, independentemente da vontade destas. Distinção assentada na oposição entre o ato jurídico atributivo,, criador de direitos, e o ato jurídico declarativo, de acôrdo com os ensinamentos dos escritores franceses e italianos, que, nêsse sentido, haviam exercido considerável influência no meu livro de estréia no domínio do direito civil (Do reconhecimento voluntário dos filhos ilegítimos, 1.^a ed. Itabuna — Bahia, 1925, 2.^a ed. — São Paulo, 1928).

(1) Reconhecimento da filiação natural em testamento sob a forma enunciativa e sua apreciação em processo de inventário (Itabuna, agosto — 1929) e em meu livro Pareceres, vol. 3.^o (Recife — 1954), pags. 21-53.

Quero, logo de início, salientar que o presente trabalho, elaborado em 1944, não é, nem pretende ser senão simples notícia da literatura jurídica alemã sôbre a matéria de que trata, segundo notas de leituras provocadas pelo parecer emitido em 1929, a que acima me refiro, para comprovar idéias e teses então sustentadas. Justamente por lhe não atribuir nenhum mérito, conservei-o inédito dez anos, e, só agora, vencida a minha relutância, pela insistência de ilustres colegas, que julgam valer a pena a sua publicação, resolvo, afinal, trazê-lo a lume.

A despeito, porém, da pressa que presidiu à elaboração daquêle parecer e não me permitiu pesquisas mais demoradas, consegui ressaltar, vigorosamente, a sutil mas real diferença entre as duas categorias de atos jurídicos.

Não conhecia eu, então, os exaustivos trabalhos sistemáticos do professor Alfred Manigk e do docente-livre Peter Klein, da Universidade de Königsberg, (Alemanha), sobre a diversidade essencial e a consequente delimitação entre negócios jurídicos (*Rechtsgeschäfte*), e atos jurídicos em sentido estrito (*Rechtshandlungen im engeren Sinne*).

Li-os depois e tive a oportunidade de os mencionar e lhes examinar a teoria publicamente, — pela primeira vez em o nosso país, se me não engano, — ao arguir, em 1938, em concurso para a docência livre de direito civil, o Dr. Nehemias Gueiros, na parte da sua tese (*Da condição em face do Código Civil*, Recife, 1935), em que sustenta, sem razão, a nulidade do reconhecimento do filho natural feito sob condição (págs. 48-54).

Os juristas romanos, que não chegaram a fornecer uma teoria geral do negócio jurídico, só desenvolvida pela moderna ciência do direito (v. Sohm — *Mitteis* — Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des Römisches Privatrechts*, 17 ed. § 40, pág. 211, nota 3, e Ludwig *Mitteis*, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, vol. 1.º § 9, pág. 145), ainda menos podiam fazê-lo no tocante aos atos jurídicos em sentido estrito (v. Peter Klein, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, pág. 1, nota 1).

Teve a ciência do direito comum, na Alemanha, a intuição da diferença entre os negócios jurídicos e os atos jurídicos em sentido estrito, como se pode ver de Savigny (*System des heutigen Römisches Rechts* vol. 3.º, § 104, pág. 6, nota g), Bekker (*System des heutigen Pandektenrechts*, vol. 2.º, § 82, pág. 13 e 14), Windscheid-Kipp (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8.ª ed. vol. 1.º, § 68, pág. 265, nota a), Gierke (*Deutsches Privatrecht*, vol. 1.º, § 32, nota 7), e, sobretudo, de Regelsberger (*Pandekten*, vol. 1.º, § 129, pág. 475).

Referindo-se êste juriscunsulto aos atos lícitos, em que a consequência jurídica não é indesejável, escreve o seguinte: "Êles se dividem, novamente, em duas espécies, segundo se aspira, positivamente, à consequência jurídica, ou esta sobrevem ainda fora da vontade do agente. Os atos da primeira espécie são **negócios jurídicos** (Rechtsgeschaeft). Falta para os outros uma reconhecida designação. Podem-se chamar atos semelhantes aos negócios jurídicos (Rechtsgeschaeftsaehnliche Handlungen).

Ficaram, porém, os juristas nessa intuição, sem lograr completa e segura demarcação entre os negócios jurídicos e os atos jurídicos em sentido estrito, nem reservar a êstes, em consequência, autônoma colocação sistemática na teoria geral do direito civil.

Foi com a elaboração do Código Civil Alemão (B. G. B.) que se abriram novas e largas perspectivas à construção doutrinária dos atos jurídicos em sentido estrito. Já os Motivos do Projeto (Motive zu dem Entwurfe eines Buergerlichen Gesetzbuches fuer das Deutsche Reich) acentuavam a diversidade entre as duas categorias de atos jurídicos, ao conceituar os negócios jurídicos.

"Negócio jurídico, no sentido do projeto, é uma declaração de vontade privada, dirigida à produção de um efeito jurídico, que, conforme a ordem jurídica, se realiza porque é querido. A essência do negócio jurídico está no fato de que se manifesta uma vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos e de que, em reconhecimento dessa vontade, a decisão da ordem jurídica efetua, no mundo do direito, a formação jurídica.

(Omissis)

"A delimitação dada ao conceito do negócio jurídico conduz a uma categoria especial de atos jurídicos. Aos negócios jurídicos, que se efetuam porque são queridos, contrapõem-se atos, a que se ligam consequências jurídicas, para cuja realização é indiferente, segundo a ordem jurídica, se os mesmos são queridos, ou não queridos pelas partes". (Vol. 1.º, pág. 127).

Limitam-se os primeiros comentários e estudos

sobre o B. G. B. a aceitar, como o informa Klein, os resultados imperfeitos e lacunosos da literatura do direito comum e do projeto na esfera dos atos jurídicos.

Somente com os trabalhos de Eltzbacher (*Die Handlungsfaehigkeit nach deutschen buergerlichen Recht I B., Das Rechtswirksame Verhalten*, 1903, pág. 176 e segs., *Einfuehrung in das Deutsche buergerliche Recht-Ein Grundriss zu Vorlesungen*, 1910, pág. 70 e segs.), Biermann (*Buergerliches Recht*, 1.º, 1908, §§ 38, 58, 61' 79), Enneccerus (*Lehrbuch des Buergerlichen Rechts*, I, 1, §§ 128, 194), e, principalmente, de Manigk (*Das Anwendungsgebiet der Vorschriften fuer die Rechtsgeschaefte*, 1901, *Willenserklaerung und Willensgeschaefte, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Buergerlichem Gesetzbuch, Ein Sistem der juristischen Handlungen*, 1907, pág. 643 e segs. e *Rechtshandlungen*, — *Handwoerterbuch der Rechtswissenschaft* von F. Stier — Somlo u. A. Elster, *Vierter Band*, pág. 664-671) e Klein (*Die Rechtshandlungen im engeren Sinn, Eine Untersuchung auf dem Gebiet des deutschen buergerlichen Rechts*, 1912), é que se operou a completa renovação e aprofundamento da matéria: discriminação entre os negócios jurídicos e os atos jurídicos em sentido estrito, construção sistemática destes atos e solução do problema fundamental dos limites da aplicação analógica aos segundos dos princípios reguladores dos primeiros sobre capacidade de contratar, necessidade de aceitação, representação, prescrições de forma, declaração expressa e tácita, reserva mental, simulação, gracejo, erro, ameaça, coação, consentimento, ratificação, condição, termo, etc. (v. Klein, *obr. cit.*, pág. 3).

Problema fundamental êsse resultante da ausência de normas legais acêrca dos requisitos e do manêjo jurídico dos atos jurídicos em sentido estrito.

Com efeito, se a lei não os disciplina especialmente, cabe ao cientista do Direito ir buscar, por meio do método analógico, no ordenamento jurídico positivo, os preceitos que se lhes devem aplicar, entre os quais, no dizer de Klein, oferece a regulação dos negócios jurídicos (*Die Rechtsgeschaeftsregelung*) o

ponto de partida natural, suficiente, sempre utilizado para a colocação da questão.

Depois de observar que, assentada a resposta de que encontram aplicação analógica as normas dos negócios jurídicos e existem dúvidas na interpretação dessas normas a aplicar, se contenta o seu livro, dedicado aos atos jurídicos em sentido estrito, em expor a sua interpretação pessoal delas, escreve o ilustre docente de Koenigsberg:

“Como a ciência é colocada livre na solução da questão do manêjo dos atos jurídicos em sentido estrito, podendo, pois, também, ali, onde aceita, em princípio, para êles a regulação dos negócios jurídicos, corrigir inexatidões e injustiças dessa regulação (aceita em princípio) e chegar, dêsse modo, a uma decisão mais conveniente, — esforçar-se-á a presente dissertação, por tôda a parte, em fazer sobressair, fortemente, as diferenças entre a regulação dos negócios jurídicos e a dos atos jurídicos e as causas dessas diferenças (obr. cit. pág. 4).

Declara, ainda, Klein que, para chegar a resultados satisfatórios nas suas pesquisas, trabalha com o método da analogia, cuja magnífica explicação acabava de dar R. Stammler na sua “Teoria da Ciência do Direito” (Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 933 ff):

“Existe um preceito jurídico expresso tècnica-mente; nasce uma nova questão a respeito de uma certa consequência jurídica: aplicam-se, então, aos pressupostos jurídicos dados pela questão as consequências jurídicas do preceito jurídico existente, com o qual aquêles pressupostos apresentam semelhança jurídica”.

Partindo daí, assinala o professor de Koenigsberg, que a sua investigação tende sempre, em cada caso particular, à pergunta: “Há, nas características de um preceito jurídico existente (do negócio jurídico), essenciais, precisamente, para as consequências jurídicas, “semelhança” com as características a descobrir nos pressupostos não regulados (dos atos jurídicos)?

“Com Stammler, continua êle, concebemos a “se-

melhança jurídica" como "igualdade parcial de condições de dois pressupostos jurídicos".

"No recorrer a êsse expediente, poder-se-ia verificar que, nos pressupostos já regulados (do negócio jurídico), não se encontram semelhanças essenciais com os atos jurídicos (atos jurídicos em sentido estrito). Recusar-se-ia, então, a analogia como meio científico no manêjo do "direito formado".

"Pode-se, porém, de logo, observar, aqui, que não nos desampara o acaso favorável, de que fala Stamler, obr. cit., 645, a saber, o acaso "de que, dentro de um direito formado, já se encontre uma igualdade parcial com os pressupostos jurídicos postos, agora, em questão."

Depois de ter, assim, apreciado a analogia, passa Klein a examinar outro método de pesquisa.

"Investigações, que se ocupam com problemas como o nosso, adverte êle, topam, frequentemente, com a concepção de que elas só produzem resultados de uma "jurisprudência de conceito construtiva" ("pura"), contêm apenas consequências de representações gerais jurídicas", "consequências de conceitos jurídicos", ao passo que só "uma jurisprudência de realidade", "jurisprudência de vida", "jurisprudência de interesse" oferece "os meios pelos quais se satisfazem as necessidades jurídicas biológicas e se obtém um direito como o exige a vida" (Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 5-7).

"No espaço dêste escrito, prossegue Klein, não posso expor, aprofundadamente, a conhecida controvérsia em torno dos métodos da ciência jurídica alemã, e tanto menos preciso fazê-lo quanto, justamente, nos últimos tempos, crescem vozes avisadas, que, com acêrto, contestam a oposição entre uma "jurisprudência de construção compreendida exatamente e a jurisprudência de interesse, e falam em favor de um método que designam, propriamente, como "jurisprudência de construção dirigida teleologicamente" (Riezler, *Venire contra factum proprium*, 128).

E acrescenta: "Como trabalho com o expediente da analogia, tenho sempre em consciência que "em toda a analogia se precisa jogar com o fator teleoló-

co". Se é logicamente possível a aplicação das normas dos negócios jurídicos aos atos jurídicos, que não são regulados em lei, em virtude de um *tertium comparationis*, o é, não porque se trata de mim — para usar as palavras de Riezler — senão, também, e especialmente, porque conduz a um resultado racional, correspondente ao fim típico da relação em aprêço (Riezler, obr. cit. 125); atinge-se, com a aplicação analógica das normas dos negócios jurídicos aos atos jurídicos, um resultado politicamente desejável". (Riezler, obr. cit. 128).

"A via que, na solução de cada questão particular, levaria a bom êxito, pode-se resumir assim:

Porque ligou a lei a uma vontade de resultado as consequências jurídicas do negócio jurídico? Porque ligou a lei, na maioria dos negócios jurídicos, a eficácia deles, à capacidade do ajuste para o negócio jurídico? Em que consiste a natureza do ato que está, justamente, em questão? Porque só pode ser de ato jurídico? Levaria a resultado politicamente desejável se se aplicassem, analogicamente, a êsse ato jurídico as normas sobre a capacidade para o negócio jurídico?" (*Rechtshandlungen im engeren Sinn*, págs. 4-6).

—:—

Expostos, assim, em traços rápidos, os aspectos histórico, sistemático e metodológico do problema, passo, agora, a apreciar os resultados a que chegaram as investigações de Alfred Manigk, o maior teórico alemão do negócio jurídico, e Peter Klein, autor do mais completo estudo sobre os atos jurídicos em sentido estrito, no objetivo de fixar a diferença conceitual entre negócios jurídicos e atos jurídicos em sentido estrito, reunir os preceitos gerais que fluem da natureza desses atos e colocar, num dos grupos que lhes compõem o sistema geral, o instituto do reconhecimento dos filhos ilegítimos, para o submeter, além da aplicação daqueles preceitos gerais, a uma disciplina específica.

Os fatos jurídicos (consideráveis juridicamente) são puros fatos objetivos, ou conduta humana. A con-

duta humana, que interessa ao direito civil, é, em geral, ato humano (Biermann).

Designa-se como ato a conduta humana externa determinada pela vontade (ação ou omissão), que leva a um resultado perceptível matèrialmente, à provar depois.

A principal divisão, geralmente admitida, dos atos com significação jurídica é de atos conforme o direito e atos ilícitos (contrários ao direito),

Dividem-se, por sua vez, os atos conforme o direito em negócios jurídicos (declarações de vontade, negócios de vontade) e atos jurídicos em sentido estrito (V. Klein, obr. cit. págs. 7-8).

“O negócio jurídico, diz Manigk, é o ato jurídico que serve à autonomia privada do sujeito de direito e em cujos pressupostos de fato é essencial a vontade dirigida ao efeito jurídico (vontade de resultado). Sobre isto constroem-se ambas as espécies do negócio jurídico: as declarações de vontade e os negócios de vontade.

Sòmente a formação mais aprofundada do requisito da “vontade de resultado” impõe, aqui, correção do nosso escrito anterior. Não é a vontade interna, psíquica o elemento essencial exigido em nossa definição do negócio jurídico, senão a vontade que leva a uma conduta externa e aí se completa. Podemos, pois, definir mais exatamente: O negócio jurídico é o ato jurídico que serve à autonomia privada do sujeito de direito e em cujos pressupostos de fato é essencial a vontade do sujeito completada por uma conduta externa e dirigida ao efeito jurídico.

Ou mais resumidamente: o negócio jurídico é o ato jurídico a que é essencial a vontade de resultado completada por uma conduta externa”. (Willenserklaerung und Willensgeschaef, §153, pág. 639).

No parágrafo seguinte (154), tratando dos atos jurídicos em sentido estrito, escreve o eminente professor de Koenigsberg: “Para os atos conforme o direito, cujos efeitos jurídicos se produzem sem consideração à vontade do sujeito, sempre contrapostos aos negócios jurídicos, e que são colocados e tratados pela lei como a serviço da autonomia privada, intro-

duziu-se a expressão **atos jurídicos** em um sentido estrito (*Rechtshandlungen in einem engerem Sinn*). Contra a sua manutenção, alega-se que ela também é usada em sentido lato, idênticamente ao superconceito dos "atos jurídicos" (*"Juristischen Handlungen"*), e que esta significação tem por fundamento algumas leis do Reich. Recomendamos, contudo, a sua conservação (obr. cit., § 154).

E, em trabalho posterior publicado no *"Handwoerterbuch der Rechtswissenschaften"* de Stier—Somlo e A. Elster (1927), Manigk definiu assim aqueles atos: "Atos jurídicos em sentido estrito são, pois, aqueles atos jurídicos, cujos efeitos, sob fundamento de uma situação de fato caracterizada e regulada legalmente, se produzem **ex-lege** e sem consideração a uma correspondente vontade de resultado jurídico do agente". (Vol. 4.º, pág. 666).

Mais adiante, nêsse trabalho, para acentuar a diferença entre as duas categorias de atos com significação jurídica, doutrina: "A vontade de resultado jurídico do agente é, nos atos jurídicos em sentido estrito, insignificante, ao passo que a sua falta, nos negócios jurídicos, apesar da conduta exterior divergente na declaração da vontade, leva, conforme os §§ 116 e seguintes do C. C., à nulidade ou anulabilidade da declaração. Não se devem, por consequência, aplicar, diretamente, estas normas aos atos jurídicos. São os negócios jurídicos instrumentos da autonomia privada colocados, pela ordem jurídica, à disposição dos sujeitos de direito, por meio dos quais podem eles formar, de moto próprio, correspondentemente à sua vontade, as suas relações jurídicas. Os atos jurídicos são pressupostos de fato da conduta humana, a que a ordem jurídica, por motivos próprios, liga puros efeitos legais: segundo o § 950, a aquisição da propriedade, porque se criou uma espécie nova e deve passar-se a uma nova esfera jurídica; de acôrdo com o § 7, o domicílio, porque exige o interêsse público que se considere um sujeito como domiciliado em determinado lugar. Produzem-se êsses efeitos, ainda que

o agente os não quisesse, ou tivesse outro objetivo (vol. 4.º, pág. 667).

Klein estabelece, em termos precisos e claros, as características discriminantes entre os negócios jurídicos e os atos jurídicos em sentido estrito:

“No negócio jurídico quer o agente que se opere um efeito jurídico, quer produzir êsse efeito jurídico pela sua declaração ou manifestação de vontade, e, por isso, faz a declaração, isto é, a manifestação de vontade. Ordena, pois, a lei a produção do resultado jurídico querido, justamente porque o é. Nos atos jurídicos, ao contrário, trata-se de atos a que se prendem efeitos jurídicos, para cuja produção é indiferente, segundo a ordem jurídica, se êles são ou não queridos pelo agente.

“Nos atos jurídicos trata-se de atos lícitos, juridicamente significativos, que não são negócios jurídicos; nos quais o resultado se opera puramente **ex-lege**, isto é, sem consideração a que se apresente no agente uma vontade de resultado e que direção tem essa vontade; os quais (em contraposição aos negócios jurídicos) não são postos pela lei a serviço da autonomia privada, e cujos efeitos são antes ditados por interêsses político-legais. Todos os atos jurídicos não são negócios jurídicos, porque ou

a) a natureza e peculiaridade dos atos naturais, a que a lei liga e precisa ligar consequências de direito, excluem, de antemão, a idéia de uma regulação de negócios jurídicos, ou senão

b) porque a lei só podia atingir, plenamente, determinados fins político-legais numa regulação de atos jurídicos (isto é, ordenando que se operem, puramente **ex-lege**, as totais consequências de direito do ato, e, por isso, afastava a possível, mas pouco conveniente regulação dos negócios jurídicos (obr. cit. págs. 8, 19, e 20).

Biermann não emprega a expressão atos jurídicos em sentido estrito, mas realça, bem expressivamente, a diferença entre declarações de vontade (*Willenserklärungen*), que constituem negócios jurídicos (*Rechtsgeschäfte*), exteriorizações de vontade sem o caráter de negócio jurídico (*Willensäußerungen*

ohne Rechtsgeschaeftscharakter), e exteriorizações de idéia (Vorstellungsaueuesserungen) no capítulo intitulado Atos conforme o direito (Rechtmaessige Handlungen):

a) **Declarações de vontade**, os mais importantes de todos os atos. Aqui, quer alguém a produção de um efeito jurídico, quer operar êsse efeito jurídico pela sua declaração e emite, por isso, uma declaração correspondente. Ordena, pois, a lei que se produza o resultado jurídico querido, justamente porque o é.

b) **Exteriorizações de vontade sem o caráter de negócio jurídico.** — São elas também feitas para operar um resultado jurídico, vêm outrossim acompanhadas de efeitos jurídicos, mas os efeitos jurídicos produzidos não são queridos, ou, se realmente o deviam ser, não se produzem, em todo o caso, porque o são.

A exteriorização de vontade sem o caráter de negócio jurídico é somente um **pressuposto** para a produção do efeito jurídico, que sem êle não se opera, e não a causa dessa produção, que se não realiza porque é querida (Biermann aponta, logo depois, como exemplo dessa exteriorização, o reconhecimento do filho natural ilegítimo — “der Antrag des Vaters, das uneheliche Kind fuer ehelich zu erklaeren (§ 1723...)”).

c) **Exteriorizações de idéia.** — Elas não exprimem uma vontade dirigida a um resultado jurídico, senão a idéia que o exteriorizante tem de um fato (indica Biermann, entre essas exteriorizações, o caso de aviso de assunção da gestão de negócio — die Anzeige der Uebernahme eines Geschaeftsfuehrung § 681) (V Buergerliches Recht, vol. 1.º, § 38, págs. 114-116).

Na 39.^a edição (1931) da conceituada obra de Ennecerus, já citada, com a 13.^a revisão de Nipperdey, “foi abandonado o ponto de vista da edição anterior contra a reunião dos mencionados atos como atos jurídicos. Desde que os dois grandes grupos dos atos jurídicos (atos semelhantes aos negócios e atos

reais) são tratados bem diferentemente, não podem, assim, qual o queria a edição anterior, ser colocados como coordenados ao lado dos negócios jurídicos. Pois, dêsse modo, encobria-se o que lhes é comum, de que se não trata de efeito de vontade, senão de efeito legal, isto é, a contraposição à declaração de vontade, e não se acentuava que se não podem aplicar, imediatamente, as regras do negócio jurídico. Sob êste aspecto, deve-se concordar com Manigk e Klein" (§ 128, pág. 413, nota 6). Aliás, a anterior concepção de Ennecerus, depois abandonada, de que o conceito dos atos jurídicos não tem valor sistemático no sentido em que o encaram Manigk e Klein, já havia sido refutada por Manigk no seu citado trabalho publicado no "Handwoerterbuch der Rechtswissenschaft", no qual chama de preciosa a investigação de Klein (vol. IV, págs. 667-668). De acôrdo com essa nova orientação, diz Ennecerus que "há atos jurídicos lícitos, nos quais as consequências jurídicas se produzem **ex lege**, sem consideração ao fato de que tenham sido queridas, ou não. Designamo-los como **atos jurídicos**, ou atos jurídicos em sentido estrito. A característica decisiva dêsse grupo está, pois, na sua contraposição à declaração de vontade (ao negócio jurídico). Trata-se de todos os atos jurídicos lícitos, que não são declarações de vontade". (§ 128, pág. 413).

Fixando aquela contraposição, escreve Ennecerus:

"Declarações de vontade. Como tais se entendem as exteriorizações de vontade do particular dirigidas a um efeito jurídico". **"Atos jurídicos**, isto é, atos humanos lícitos, cujo efeito jurídico não se determina pelo conteúdo da vontade, senão direta e forçosamente pela lei". (§ 128, págs. 414-145).

"Os atos jurídicos (acima § 128 — III, IV 2), distinguem-se das declarações de vontade em que se não dirigem à produção de um efeito jurídico, não indicando êste, pois, como querido (ou, pelo menos, não precisando indicá-lo), e em que o efeito se produz não porque é querido, senão, exclusivamente, porque a lei o determina". (§ 194, pág. 647).

Segundo as investigações de Klein e Manigk, deduzem-se da natureza dos atos jurídicos princípios

que valem, igualmente, para todos êles (Ennecerus — Nipperdey observam que “êsses princípios negativos sem exceção, tanto quanto são exatos, nada mais dizem senão que os atos jurídicos não são declarações de vontade — obr. cit. § 128, pág. 413, nota 6).

Passo a resumir êsses princípios.

1. Não perde o ato jurídico o seu caráter e não se transforma em negócio jurídico pela vontade declarada do agente de querer produzir as consequências jurídicas; porque, como explica Manigk, “a ordem jurídica imprime no ato regulado a sua natureza jurídica. Ela pode submetê-lo à autonomia privada, e, dê-se modo, fazê-lo negócio jurídico, ou atingir com êle fins político-jurídicos, cuja realização é, com efeito, conduzida de novo jurídico-privadamente e colocada no interesse das partes, muitas vêzes, justamente, no do agente mesmo, mas que nunca precisam ser concebidos **in concreto** pela vontade de consequências jurídicas dêste”. v. Manigk, *Rechtshandlungen*, no cit. *Handwoerterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. IV, pág. 669 e *Willenserklaerung und Willensgeschaef*t, pág. 65 e 681; Klein, obr. cit. pág. 20).

Assim, o estabelecimento do domicílio não se torna declaração de vontade e negócio jurídico, porque o domiciliado declara, por acaso, à autoridade policial ter domicílio aqui; a especificação, se se a encara como ato jurídico e não negócio jurídico, não se transforma nêste, porque o especificante faz ao proprietário da matéria, de que se trata, a notificação por escrito de que, pelo trabalho, quer retirar-lhe a propriedade e adquiri-la para si. A aquisição da posse, a aceitação da herança, o reconhecimento do filho etc. não se tornam, por manifestação expressa, declarações de vontade, se se admite, com efeito, que não o são.

2. Cada ato jurídico, pela sua essência, tem seu tipo próprio, específico, de sorte que, como acentua Klein, um ato jurídico “não pode admitir o caráter (tipo) de outro: p. ex., não fica atingido na sua natureza e na sua essência pela circunstância de que, na sua realização, faça o agente uma comunicação, que

não pertence aos “requisitos” do ato jurídico de que se trata. Em todos os atos jurídicos se produzem efeitos jurídicos totais **ex-lege**. As totais diversidades, que apresentam os atos jurídicos particulares, são, assim, queridas pela lei e devem reconduzir-se, imediatamente, à lei mesma. Elas têm seu fundamento nas necessidades e relações especiais da vida, às quais os atos jurídicos particulares devem servir, e são ajustadas e refletidas na sua estrutura, — necessidade da vida cuja frequente satisfação deve ser, justamente, colocada com segurança pela regulação dos atos jurídicos. Para os fins procurados pela lei na regulação dos atos jurídicos, seria, porém, mal, se se ligassem a uma simples (acidental) declaração do agente tais consequências jurídicas, que a lei, na organização dos atos jurídicos particulares, excluiu como impróprias”. (obr. cit. pág. 21).

3. Segundo Klein, é excluída, abstratamente, uma analógica aplicação do § 134 do B. G. B. (“um negócio jurídico que viola uma proibição legal é nulo, quando da lei não resulta uma solução diferente”) aos atos jurídicos em geral, porque o complexo de efeitos jurídicos em todos êsses atos repousa sobre a lei mesma, que, em todos, determina e fixa o pressuposto de fato até no particular. Pois é impossível um ato jurídico, cujos efeitos jurídicos em conjunto se produzem puramente **ex-lege**, e que, ao mesmo tempo, ofenda, uma proibição legal. Possível é somente que um ato jurídico **concreto** seja nulo, porque o agente, no caso **especial**, não compriu o pressuposto legal do ato jurídico, ou, respectivamente, não podia cumprir; ou porque falta qualquer das condições objetivas de eficácia estabelecida pela lei. Exemplos: a notificação é nula, porque a dívida ainda não está vencida, ou não existe, absolutamente, consentimento do cônjuge para o adultério (B. G. B. § 1565 II), no caso de casamento inexistente. — Vida em comum dos cônjuges conforme o B. G. B. § 1324 II, sem que o casamento tenha sido inscrito no respectivo registro (v. obr. cit. pág. 21).

4. Também não se aplica, analogicamente, aos atos jurídicos o art. 138 do B. G. B. (é nulo um negócio jurídico que ofende os bons costumes). Porque, na lição de Klein, determina e fixa a lei, em todos os atos jurídicos, as totais condições de eficácia até no particular, e, além disso, tôdas as consequências jurídicas se produzem sem consideração à vontade do agente — puramente *ex-lege* —, é, de antemão, supérflua, tôda a explicação sobre se um ato, que a lei formou, ofende ou não os bons costumes, a moral, a ordem objetiva dos usos. Assim, firma-se, previamente, como inatacável que êsse ato, precisamente, porque a lei o formou como ato jurídico, porque ela queria, dêsse modo, assegurar completamente, de uma vez para sempre, especiais fins legislativos — queria que, em quaisquer circunstâncias, se produzissem os efeitos legais ligados aos atos jurídicos, se se realizasse o ato —, em nenhum caso e sob nenhuma circunstância, deve ser nulo por causa de imoralidade. A aplicação analógica do § 138 do B. G. B. levaria, ainda, a resultados intoleráveis. Só alguns exemplos: O consentimento para o adultério etc. no sentido do § 1565 II do B. G. B. (“Exclue-se o direito do cônjuge ao divórcio, se êle consente no adultério, ou se se torna culpado na participação do ato punível”), ofende, indubitavelmente, a ordem dos costumes, a moral objetiva. Se, então, fosse possível a aplicação analógica do § 138 do B. G. B. a êsse ato jurídico, seria nulo o assentimento do adultério etc., e não se operaria a consequência jurídica do B. G. B. § 1565 II: exclusão do direito do cônjuge ao divórcio, e, com isso, frustrar-se-ia o especial fim legislativo a provar inteiramente, procurado atingir no B. G. B. § 1565. Sem dúvida, ofende a moral a composição de escritos de conteúdo injurioso ou contrário aos bons costumes. E, no entanto, segundo a mais justa concepção, adquire o autor de tais escritos o direito autoral sobre êles. A aplicação analógica do § 138 do B. G. B. conduziria, aqui, ao resultado pouco satisfatório de que o autor não adquiriria nenhum direito autoral, e, consequentemente, imperseguível a contrafação dos produtos da literatura imoral, considerável incentivado-

ra do incremento dos escritos imorais. — Confr. também B. G. B. § 951 II — É possível, naturalmente, que, no caso particular, um ato não seja ato jurídico, senão ato juridicamente irrevelante, porque se refere a um contrato nulo, a uma relação jurídica nula. Exemplos: comunicação de um contrato nulo; quitação sobre um negócio usurário. Aqui, a irrelevância jurídica do ato não se deduz, evidentemente, do B. G. B. § 158" (obr. cit. pág. 1-22. V., também, Riezler, Deutsches Urheber — und Erfindrecht I pág. 30).

Observam, entretanto, Ennecerus — Nipperdey que, se realmente é exato que o efeito legal do ato jurídico não afende a lei ou os bons costumes, daí não se segue que o ato mesmo não possa conter tal ofensa, e, nêsse caso, não seja de se considerar nulo por analogia dos §§ 134, 138 (obr. cit. § 128, nota 6).

5. Nenhuma importância tem um erro do agente sobre os efeitos legais ligados aos atos jurídicos, cuja eficácia não é atingida por êle (V. Klein, obr. cit. pág. 2).

6. Não é permitido ao agente **modificar**, de qualquer maneira, as consequências jurídicas dos atos jurídicos (efeitos legais). (V. Klein, obr. cit. pág. 22). Salienta Manigk que "da natureza contrária dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos resulta que só há **normas dispositivas** da legislação nos primeiros, não nos últimos. Só num negócio jurídico pode o legislador dar normas supletivas e suscetíveis de modificação, porque estas devem servir à disposição da parte. As normas formadoras do ato jurídico (§§ 7s., 950, 954s, 971, 973, 677s, 532, 1570, 1565, 284, 208, 1170 e v. m.) são por consequência, — como aquelas para os ilícitos, — sempre **jus cogens**" (Rechtshandlungen, no Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, IV, pág. 669).

Antes, no "Willenserklärung und Willensgeschäft" (pág. 650) ensinava Manigk que "se se propõe a questão — porque dá a lei normas dispositivas somente aos negócios jurídicos, e, ao contrário, nunca aos atos jurídicos, — mostra ainda êste fenómeno,

claramente, o fim e, com êle, o conceito do negócio jurídico, que é destinado a servir a autonomia privada, enquanto os efeitos do ato jurídico são ditados por puros interêssos político-legais”.

7. “Condição e “têrmo” (B. G. B. §§ 158 e seguintes), diz Klein, não aparecem nos atos jurídicos. Condição e têrmo sò se apresentam como possíveis onde o agente pode determinar, livremente, os efeitos jurídicos do seu ato. Como, porém, nos atos jurídicos tôdas as consequências jurídicas se produzem **ex lege**, isto é, sem atenção a uma vontade do agente dirigida a ela, não é dado a êste tornar dependente duma condição ou dum têrmo a produção das consequências jurídicas. É excluída a realização de um ato jurídico sob uma condição suspensiva ou resolutiva, com a fixação de um têrmo inicial ou final”. (obr. cit. pág. 23).

Em sentido contrário a Klein, manifestam-se Ennecerus — Nipperdey (obr. cit. § 128, nota 6).

8. Aplica-se a todos os atos jurídicos o princípio de que o plenamente capaz para os negócios jurídicos, também o é para os atos jurídicos (v. Klein, obr. cit. pág. 3).

—:—

Foi Alfred Manigk o primeiro jurisconsulto alemão que tentou a construção de um sistema dos atos jurídicos em sentido estrito, classificando em grupos os diversos atos semelhantes.

Peter Klein, que o segue e o homenageia, dedicando-lhe, “in herzlicher Verehrung und Dankbarkeit”, a excelente e exhaustiva monografia aqui tantas vêzes citada, procede a largo e aprofundado estudo dos numerosos atos jurídicos, agrupa-os, sistematiza-os, discute-lhes, demoradamente, o conceito quando controvertido, ressaltando-lhes as peculiaridades e dá-lhes o devido tratamento específico.

É a seguinte a classificação de Manigk:

1. Atos puramente externos (como especificação, aquisição de frutos e o.)

2. Atos ligados a fatos internos especiais:

a) casos em que, ao lado do ato externo fixado legalmente, se exige, independentemente, um fato interno (fixação de domicílio, gestão de negócio);

b) atos, que se apresentam, exclusivamente, como perfeição de um fato interno importante (pensamento, convicção, querer), visando a uma conduta externa, nos quais, portanto, não se fixa, legalmente, a maneira de agir (remissão, consentimento no caso do § 565, reconhecimento da paternidade ilegítima).

3. Comunicações:

a) de representações, julgamentos ou convicções (comunicações de representação).

α de representações ou julgamentos sobre acontecimentos e fatos externos, que também podem ser ineficazes, (afirmações, informações, avisos, comunicações). Informação de descontentamento, por ex. na censura de defeitos.

β de convicções (reconhecimentos nos §§ 208, 1170).

b) de um querer (comunicações de vontade): notificação, convite, oferta, aviso cominatório, oposição, protesto (Willenserklaerung und Willensgeschaef, pág. 652 e segs. e Rechtshandlungen, no Handwoerterbuch citado, pág. 669).

Seguindo a orientação de Manigk, Klein classifica os atos jurídicos em quatro grupos:

1 — Atos puramente externos.

2 — Atos, cujo pressuposto de fato não se preenche com a realização de um resultado externo, e para cuja eficácia exige ainda a lei um fato interno de qualquer espécie.

3 — Atos que se apresentam, unicamente, como perfeição de um fato interno importante (pensamento, convicção, querer), visando a uma conduta externa, nos quais, pois, não se fixa, legalmente, o ato de exteriorização.

4 — Comunicações:

- a) — Comunicações de representação.
- b) — Comunicações de vontade (obr. cit. pág. 26 e segs.).

—:—:—

Quero, agora, para remate desta notícia sobre a construção teórica alemã dos atos jurídicos em sentido estrito, apreciar as opiniões dos juriconsultos tudescos acerca do problema da natureza jurídica do reconhecimento da paternidade ilegítima.

Antes de tudo, por um imperativo de probidade intelectual, é de mister reconhecer e proclamar que há, em torno do assunto, forte controvérsia.

A mais antiga concepção, a que se filiam, entre outros, Dernburg, Crome, Endemann, Staudinger — Engelmann, Planck, considera o reconhecimento da paternidade ilegítima declaração de vontade ou negócio jurídico, que não necessita de aceitação.

Dernburg: “O reconhecimento do § 1718 é um negócio jurídico unilateral, que não necessita de aceitação” (Das bürgerliche Recht, 4.^a ed., vol. 4.^o, § 89, pág. 321, nota 13).

Crome: “Inversamente, não pode a determinação da paternidade ser facilitada por um reconhecimento do filho. Este reconhecimento é, antes de tudo, um simples **meio de prova**. Mas, se se realiza, depois do nascimento do filho, em instrumento público, tem o caráter de negócio jurídico, desde quando o declarante, após isto, não pode mais levantar a exceção de incerteza da procriação em virtude de pluralidade de copuladores § 1718... A declaração é unilateral e não necessita de aceitação” (System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4.^o vol. § 617, pág. 554 e nota 22).

Endemann: “Trata-se de uma declaração de vontade jurídica formativa, em virtude da qual se dá a consequência jurídico-familiar querida”. (Lehrbuch

des Buergerlichen Rechts, 8/9 ed. vol. 2.^o, 2.^a parte, § 206 a. 2 a) pág. 645).

Staudinger — Engelmann: — “Natureza jurídica do reconhecimento da paternidade ilegítima. O reconhecimento da paternidade ilegítima contém a confissão de cohabitação dentro do tempo hábil; mas, além disto, a declaração de vontade de querer considerar-se como pai ilegítimo do filho. Ele é, por consequência, um negócio jurídico unilateral”, (Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch 7/8 ed. 4.^o vol.; 2.^a parte, § 1718 4, pág. 1120). V., também, Planck's Kommentar, § 1718, obs. 4.

Hellmann considera o reconhecimento da paternidade ilegítima uma “realização de vontade” (Willensverwirklichung)—Recht, 1900 XIII, pág. 589-590).

A moderna concepção, ao revez, baseada em investigações aprofundadas sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a sua distinção dos negócios jurídicos, repele, vigorosamente, o conceito do reconhecimento da paternidade ilegítima como negócio jurídico, e proclama a sua natureza de simples ato jurídico.

É, realmente, o que resulta dos estudos de Eltzbacher (Handlungsfähigkeit, págs. 202-203), Biermann (obr. cit. vol. 1.^o, pág. 139 nota 7), Klein (obr. cit. págs. 129-135) e Manigk (Willenserklärung und Willensgeschäft, págs. 720-723).

Há, entre êsses escritores, divergências apenas no tocante ao lugar que cabe ao reconhecimento da paternidade ilegítima no sistema dos atos jurídicos: enquanto Elzbacher e Biermann o consideram “comunicação de representação” (Vorstellungsmittelteilung), Manigk e Klein o enquadram no grupo dos “atos que se apresentam, exclusivamente, como perfeição de um fato interno, visando a uma conduta externa”.

Vários são os argumentos desenvolvidos pela moderna corrente, a fim de demonstrar que o reconhecimento da paternidade ilegítima é ato jurídico e não declaração de vontade.

Como, porém, alguns dêles, por se estribarem, simplesmente, em dispositivos especiais do B. G. B., sem correspondência em nenhuma outra codificação

civil, só valem para a ordem jurídica positiva alemã, limito-me a referir, aqui, os dois seguintes de caráter doutrinário e de valor geral, e que, por isso, interessam a outros sistemas jurídicos, como o francês, o italiano e o nosso.

a) Fala, decisivamente, contra a admissão de uma declaração de vontade, observa Biermann, a circunstância de que as consequências jurídicas ligadas ao reconhecimento, p. ex., a exclusão da **exceptio plurium concumbentium**, não são, normalmente, queridas pelo reconhecimento, e, portanto, se operam **porque** são queridas (obr. cit. pág. 139 e nota 7).

b) É incontroverso, escreve Klein, que, no caso de realizar-se o reconhecimento da paternidade ilegítima sem forma, ou antes do nascimento do filho, se trata, unicamente, de uma confissão, de uma declaração, cujo conteúdo é o de que se coabitou com a mãe do filho e se está na convicção de ser pai deste. Por que motivo devia a declaração admitir outro sentido e outra essência, se se realiza após o nascimento do filho? Uma mais ampla prova da justeza da nossa concepção, segundo a qual o reconhecimento da paternidade ilegítima não é declaração de vontade (realização de vontade), senão ato jurídico". (obr. cit. pág. 133).

E, no que diz respeito à posição do reconhecimento da paternidade ilegítima no sistema dos atos jurídicos, pondera o citado Klein: "O reconhecimento da paternidade é ato jurídico. Por consequência, só se questiona ainda se ele pertence ao grupo dos atos jurídicos aqui discutidos (terceiro grande grupo, que compreende atos que se apresentam, unicamente, como perfeição de um fato interno importante (pensamento, convicção, querer), visando a uma conduta externa, nos quais, pois, não se fixa legalmente, o ato de exteriorização). Eltzbacher e Biermann consideram-no uma comunicação de representação. Seria isto acertado se a proposta (Prot. p. 6207), —

"Reputa-se como pai do filho ilegítimo, no sentido..., quem, após o nascimento do filho, em frente do tutor ou da mãe

do filho, reconhece a sua paternidade em instrumento público" —,

se tivesse convertido em lei. Como, porém, o reconhecimento, segundo o B. G. B. §§ 1718 etc., não precisa de aceitação, não se trata de manifestação da convicção de ser pai do filho. ..., manifestação de uma vontade de reconhecimento dirigida a um interessado (determinado destinatário); não pode ser o reconhecimento da paternidade ilegítima (eficaz para com aquele terceiro não participante) comunicação de representação. O reconhecimento da paternidade ilegítima pertence ao grupo dos atos jurídicos aqui tratado. Basta à lei que existam, no pai ilegítimo reconhecente, a convicção de ser pai do filho e a vontade de reconhecimentos como fatos **internos**, e que estes fatos **internos** tenham levado a uma **conduta externa**, que pode ser compreendida como **perfeição dêesses fatos internos**" (obr. cit. págs. 133-134. V. também, Manigk, (obr. cit. § 181, págs. 722-723).

—:—:—

Esta notícia, em traços gerais, do movimento científico alemão sobre a construção sistemática dos atos jurídicos em sentido estrito, como categoria autônoma, distinta das declarações de vontade ou negócios jurídicos, e sobre a controvertida situação do reconhecimento da paternidade ilegítima num ou outro domínio, — elaborei-a honesta e imparcialmente, estribado nos elementos e dados colhidos em tratados e monografias alemães, a fim de demonstrar que, no parecer escrito há quinze anos (1929, — "Reconhecimento da filiação natural em testamento sob a forma enunciativa e sua apreciação em processo de inventário", —, no começo da minha carreira profissional, ainda alheio àquêle movimento, que só anos depois, através dos meus pacientes estudos e pesquisas, vim a conhecer, coloquei o problema nos devidos termos e dei-lhe segura e justa solução.

Recife, junho de 1944.