

# Estudos de Direito Civil

## I

### *O Casamento in extremis*

O direito, disse-o muito bem o Ihering, L'Esprit Du Droit Romain, vol. 4.º, é considerado, na sua interioridade, "o interesse juridicamente protegido" e, na sua exterioridade, "a segurança jurídica do gozo".

O estofo, o miolo, a substancia do direito é, realmente, uma vantagem, uma utilidade, um bem necessario á vida, quer elle se refira ás pessoas quer ás cousas, á liberdade ou a propriedade, ás obrigações, como ao casamento.

O revestimento externo do direito é a garantia que a lei concede aos nossos licitos interesses.

Não ha direito que não tenha por conteúdo um bem ; e o ideal para que tende toda sociedade é fazer proteger pelo direito tudo

aquillo que os homens consideram capaz de satisfazer suas necessidades de qualquer ordem.

As necessidades humanas, mostra-o a historia, têm vindo a se expandir num crescente desenvolvimento, o direito tem vindo acompanhando esse desenvolvimento e, onde não se fez sentir ainda o preceito legal para amparar a vontade dos homens e favorecer a expansão de sua natureza, é preciso acudir para dar —“a segurança juridica do gozo” — na expressão ainda do grande mestre. E' admiravel o trabalho de distensão e aperfeiçoamento que a actividade individual tem urdido na trama das relações juridicas, desde os primeiros codigos mais atrazados como o das XII Taboas até o Complexo dos Codigos Constitucionaes, civis, commerciaes, penaes, administrativos, de cada Estado adiantado moderno.

A compulsar esses Codigos volumosos e recheiados de regras de conducta para tornarem cada vez mais garantidos os interesses das pessoas em sociedade, parece que nada mais se teria de fazer, porque tudo se acha previsto e determinado.

Entretanto, de quando em vez surge um facto que mostra a necessidade de tapar uma abertura da malha, que não ficou bem tecida ou que escapou completamente á providencia e á sagacidade dos legisladores.

Como um exemplo disso podemos citar o casamento *in extremis*, de que cogitou o nosso Código Civil, adiantando-se até á outras legislações europeas e americanas, mas que, todavia, deixou incompleto na protecção que devia

offerecer áquelles que se encontram em circumstancias especiaes de perigo de vida e precisam entretanto acautelar legitimos interesses, mais do que isso, sagrados interesses com relação á familia, que todos reconhecem, é a base da sociedade.

O casamento *in extremis* é o que é celebrado no extremo momento da existencia, em artigo de morte.

Nos velhos tempos, como aconteceu em Roma, passado o primeiro periodo da *captura*, em que o homem fazia da mulher a sua presa, e a subordinava ao seu dominio exclusivo, adquirindo afinal sobre ella um direito pela usucapião, o casamento se effectuava pela *compra* que o homem fazia da noiva aos seus parentes, o *coemptio*, que depois de real se conservou muitos annos como simples formalidade, presentes os nubentes, o *libripécus* e as testemunhas e não havia necessidade de comparecimento diante de uma autoridade especial, em logar consagrado e apresentação previa de documentos habilitantes.

E' verdade que em Roma, depois dos primeiros tempos da barbaria, houve uma forma solenne, religiosa, de casamento, diante do Pontifice e com a presença de dez testemunhas representando as dez curias da tribu, a *confarreatio*.

Mas, essa forma de casamento, além de ser somente para os patricios e não exigir a apresentação previa de documentos habilitantes, cahiu cedo em desuso.

Na ultima phase da historia romana, ensina Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*,

n. 345, se deduz do Cod. de Nuptiis, assim como da Novella 74 de Justiniano, cap. 4: — “para a perfeição e validade do casamento bastava somente o *consentimento das partes*, justificado pelo testemunho das pessoas diante das quaes tivessem declarado querer unir-se como marido e mulher, sem mais formalidades.”

As cerimoniaes familiares eram todas particulares, sem character algum juridico; mesmo sem ellas o casamento era valido.

De modo que, em todas essas formas de casamento, era possível ao individuo legitimar sua união até o derradeiro instante de sua vida, sem a minima difficuldade. A Igreja Christã, ainda depois de victoriosa, conservou o casamento completo pela simples troca do consentimento por parte dos nubentes, diante de testemunhas, sem mais requisitos.

Consta mesmo que os primeiros christãos se casavam em suas assembléas, declarando apenas quererem se receber por marido e mulher, sob a benção de um sacerdote, ou mesmo sem essa benção — Pothier, ob. cit. log. cit.

O Concílio de Trento, porém, para dar ao casamento mais segurança e nobreza, elevou-o á altura de um sacramento indissolúvel e prescreveu regras mais rigorosas: 1º, tres enunciações feitas pelo parochio do domicilio de cada um dos contrahentes; 2º, declarações de vontade dos nubentes diante desse parochio; 3º, assistencia, ao acto de duas testemunhas; e 4.º, que enfim, se lavrasse desse acto um assentamento em livros proprios.

Foi essa a forma do casamento que pas-

sou para Portugal e depois para o Brasil, até o advento do dec. de 24 de janeiro de 1890, segundo a Ord. L. 4, Tit. 46 e Cons. das Leis Civis, art. 95 e seguintes.

Todavia, o direito canonico teve principios liberaes que adoçaram o rigor das normas estabelecidas quando havia motivo justificavel para a excepção. Assim, os banhos ou enunciações ou proclamas, que se faziam antes do casamento, para dar publicidade ao acto e evitar os abusos dos casamentos clandestinos, podiam ser dispensados em certos casos pelos bispos e até pelos proprios parochos.

—“As causas para se dispensarem os banhos eram : 4º, quando *urgia uma viagem do esposo*, que era necessaria e não se podia differir...

8º, *em artigo de morte*, quando o parochos assistia ao casamento do concubinario e não podia recorrer ao bispo ; então o mesmo parochos por *epicheia* remetia os banhos — Monte, Dir. Ecclesiastico, vol. 2º, Cap. 6º.

De maneira que, sendo a regra que, ao casamento deviam preceder os banhos, nos casos de urgencia, esses banhos se dispensavam para facilitar a realisação do casamento.

Mas, não é só.

Era outra regra imperiosa que o casamento se havia de celebrar em presença do parochos. Mas, como ha casos em que os nubentes não podem sahir de suas habitações, lá ia o parochos assistir-lhes as declarações de vontade e dizer-lhes o — *ego conjungo vos* — *aos enfermos nos hospitaes, á hora da morte e aos*

*presos recolhidos ás casas de detenção* —cit. Monte —Dir. Ecc. vol 2º, cap. 5.

De maneira que, ainda para facilitar os casamentos, não podendo as partes procurarem o parochio, este era quem procurava as partes.

Ainda mais :

Em certos logares em que o Conc. Trid. não fôra publicado podiam casar os proprios catholicos, *não guardada a forma do mesmo Concilio*, e, não obstante, casavam validamente, uma vez que tinham nesses logares domicilio ou quasi domicilio.

E alguns autores advertem que, dada a falta do parochio e sacerdotes, os catholicos se *faziam assistir de duas ou tres testemunhas, observando* quanto é possível a forma do Concilio, cit. Monte —Dir. Ecc., vol. 2º, cap. 17.

De maneira que, finalmente, na falta absoluta de parochios para presidirem a cerimonia, bastava que as partes declarassem, perante testemunhas, se quizerem para marido e mulher e, *em caso de perigo de vida*, estavam casados. E. Dernburg —Dir. Di Famiglia, paragrapho 8º, confirma.

“—Segundo o direito romano, bastava para conclusão do casamento o consentimento, a vontade declarada por ambas as partes de entrarem para o estado matrimonial. Tal declaração não era ligada a uma forma, embora o matrimonio fosse nas mais das vezes contraído com sollemnidade. Era pois sufficiente á conclusão delle que a mulher fosse levada á casa do esposo ausente, como dona da casa.”

—“*O simples consentimento era tambem*

sufficiente, segundo o direito canonico mais antigo”.

\*\*\*

O Codigo Civil Francez foi o primeiro que recebeu e fundiu em bases novas as correntes do direito romano, costumeiro e canonico, que desde muito se vinham estendendo e reciprocamente se influenciando. Glasson, *Le Mariage Civil et le Divorce*.

O Codigo Civil Francez, porém, consagrando a obra da Revolução, manteve, na organização da família, a separação entre as crenças religiosas e a regulamentação legal; secularizou o casamento fazendo delle um simples contracto; admittiu o divorcio completo; e, em consequencia, confiou os actos do registo de nascimentos, casamentos e obitòs a funcionarios puramente civis; Planiol, *Droit. Civ.* vol. 1.<sup>o</sup>, paragrapho 3.<sup>o</sup>

O Codigo Civil Francez dispõe no art. 63 que: — antes da celebração do casamento o official do estado civil fará duas publicações com 8 dias de intervallo, de domingo a domingo e em 661 ou 662 autoridade — “possa dispensar, por causas graves, a segunda publicação”.

Portanto, já existe ali uma difficuldade aos casamentos urgentes, a exigencia da primeira publicação dos banhos, que ninguem pode dispensar. Diz assim o Planiol: — “Todavia, por causas graves (molestias, casamento *in extremis*, partida forçada de um funcionario) a lei permite ás partes ficarem dispensa-

das da segunda publicação, *da segunda somente*, a primeira devendo sempre ser feita.” —vol. 1º, 797.

E’ verdade que Toullier et Duvergier, Droit Civil, vol. ° 649, dizem que os —“casamentos contractados na extremidade da vida, que se chamam *casamentos in extremis*, não são prohibidos pelo Codigo, porque se pensou que não era justo condemnar ao desespero um pae moribundo, cujo coração, despedaçado pelos remorsos, quizesse, deixando a vida, assegurar o estado de uma esposa ou o de uma posteridade innocente, da qual elle prevê a miseria e a desgraça.”

E que Demolombe, Cours de Dir. Civ. vol. 2º, tambem diz, n.º 206, que —“os *casamentos in extremis* são hoje permittidos, por isso mesmo que elles não foram prohibidos e é já um motivo para pensar que o official civil pode celebrar o casamento em outra parte além da casa commum, *por exemplo, no domicilio do futuro esposo moribundo*.”

Mas, como o official não pode ir realizar o casamento *in extremis*, sem que os documentos tenham sido apresentados para a publicação dos banhos e nem pode fazel-o antes da primeira publicação dos banhos, segue-se que a providencia do Codigo é insufficiente.

O Codigo Civil da Italia deu já um passo adiante. Apesar de dispor no art. 76, que —“o matrimonio não pode ser celebrado antes do quarto dia da ultima publicação” —havendo tambem duas publicações de banhos, no espaço de oito dias, permite, contudo, não só a dispensa da ultima, mas, até, das duas pu-

blições (art. 78) quando ocorrem *causas gravissimas*, mediante justificação de cinco testemunhas que attestam não haver entre os nubentes impedimentos absolutos.

E até, conforme Gianturco, Ist. Di Dir. Civ., paragrapho 16 —“*no caso de imminente perigo de vida*, si os esposos têm prole natural viva que pretendem legitimar, o official do estado civil pode proceder á celebração do matrimonio, *omittida a formalidade das publicações e a da apresentação dos documentos*, uma vez que quatro testemunhas affirmem com juramento não existir entre elles impedimento, de parentesco, de afinidade ou de estado e haja o consentimento dos ascendentes ou do tutor (Decr. de 1865 e 1869) pelo referido Gianturco mencionados na obra cit.)

O Codigo Civil da Argentina dispoz nos arts. 46 e 47, que: —“o official publico procederá á celebração do matrimonio, *con prescindencia de formalidades*, quando se justificar com o certificado de um medico ou testemunho de dous visinhos, que um dos noivos se acha em *perigo de morte* e que manifesta querer reconhecer filhos naturaes”. Si ha perigo na demora, o matrimonio, *em artigo de morte*, poderá ser celebrado perante qualquer funcionario judicial, que lavrará a acta da celebração, fazendo constar todas as circumstancias e remettendo ao official do registro para que a protocolise.

O Codigo Civil da Hespanha dispoz, nos arts. 89, 92 e 93 que o juiz municipal fará affixar proclamas por 15 dias no domicilio dos nubentes e no em que estiveram dous annos an-

tes ; que certas pessoas estão dispensadas da publicação de proclamas fóra do logar onde residem ; que o Governo pode dispensar a publicação dos edictos, mediando causas graves sufficientemente provadas ; e que, —“não obstante o disposto nos artigos anteriores, o juiz municipal *autorizará o matrimonio do que se acha em imminente perigo de morte*, esteja domiciliado na localidade ou seja transeunte. —

Egualmente, pelo Código Hespanhol, os Chefes dos Corpos militares (em campanha, assim como os commandantes de navios de guerra e mercante, ex-vi do que dispõem os arts. 94 e 95, podem autorisar o casamento dos que se acham, sob sua autoridade, *in articulo mortis*.

O Código Civil Portuguez, apezar da influencia no paiz do direito canonico, apenas permittiu que, não comparecendo as partes ou seus procuradores á Repartição do Registro Civil, para a celebração do casamento, por motivo de molestia, vá o official ao logar aonde esse contrahente estiver (art. 1081). Mas, Dias Ferreira, censurou-o no vol. 3. de suas Anotações ao cit. Código, dizendo que elle devia —“a semelhança do Código Hespanhol e do que se acha providenciado no Direito Canonico, estabelecer as causas pelas quaes o Governo pode dispensar a affixação dos edictos, assim como devia conceder ao official do Registro Civil a faculdade de dispensar a publicação dos edictos e a apresentação dos documentos, a que se refere o artigo anterior, *nos casamentos in articulo mortis*”.

Os Codigos da Italia, Argentina e Hespera-

nha, não chegaram, porém, á perfeição no assumpto, porque, em casos de urgencia, ainda exigiram formalidades retardadoras, taes como requerimentos á autoridade, justificações de testemunhas, procura de officiaes de registro e de outros funcionarios para a celebração do acto.

O Portuguez, então, ficou ainda mais longe.

O Codigo Civil Allemão dispõe, no art. 1316: —“O casamento deve ser precedido de uma publicação. Esta publicação perde seu effeito si o casamento não é celebrado nos 6 mezes que se seguem.

*A publicação não tem logar, si um dos nubentes está em tal perigo de morte que toda demora é impossivel ; podem obter dispensa”.*

Mas, o Codigo Allemão nem admite o casamento por procuração nem providenciou para que o official fosse á casa dos nubentes, havendo perigo de vida.

Commentando o Codigo, diz apenas o Kullenbeck, “Von den Pandekten Zum Burgerlichen Gesetzbuch”, —“ao casamento deve preceder uma proclamação, cujo fim é trazer ao official o conhecimento dos impedimentos. A proclamação perde sua força, quando o casamento não é concluido até seis mezes depois da publicação dos proclamas.

O proclama pode deixar de realizar-se si a molestia perigosa de um dos nubentes não permittir o adiamento do casamento ; mas, tambem por outros motivos pode ser concedida a dispensa do proclama”— vol. 3., paragrapho 5.º

O Código Civil Suisso foi mais explicito e completo que o Allemão, pois no seu art. 115, dispõe que: —“si, um dos nubentes está doente e ha motivo para temer que o casamento se não possa celebrar observando os prazos legais, a autoridade pode permittir ao official do estado civil abreviar os prazos e até proceder á celebração sem publicação previa—”.

Art. 116. —“O casamento é celebrado publicamente, na sala dos casamentos, em presença de duas testemunhas maiores. Mas, o casamento pode ser celebrado em outra parte, em vista do attestado medico, desde que um dos nubentes se acha impedido por causa de molestia de comparecer perante o official do estado civil.”

Foi, portanto, mais completo o Código Suisso, sem ter logrado satisfazer á consciencia social moderna, porque fez depender o casamento ainda do attestado medico e presença da autoridade.

\*  
\*\*

A primeira lei que, em nosso paiz, regulou o casamento *in extremis* foi a Lei de 24 de janeiro de 1890, chamada do Casamento Civil.

Essa lei tambem secularizou o casamento e entregou o registro delle exclusivamente a funcionarios civis, posto que transigisse com o Direito Canonico no assumpto do divorcio, que não teve coragem de estabelecer á moda romana, como uma consequencia logica e juri-

dica do casamento contracto, sem mais relação o Estado com a Igreja.

A cit. Lei de 24 de janeiro de 1890 dispunha que houvesse também, *depois de habilitadas as partes com a apresentação de documentos perante o official do registro civil*, um prazo de 15 dias para a publicação dos proclamas ser feita duas vezes. Mas, permittia que taes proclamas fossem dispensados pelo juiz, quando algum dos contrahentes se achasse em perigo imminente de vida ou fosse obrigado a se ausentar precipitadamente por motivo de serviço publico, justificada com testemunhas a causa e a ausencia de impedimento ou quando o juiz se convencesse, ainda por testemunhas, que a demora do casamento poderia produzir grave damno. Além disto dispunha mais essa Lei que, havendo molestia grave de um dos contrahentes, o presidente do acto fosse á casa do impedido celebrar o acto, até mesmo á noute, podendo ser esse presidente substituido por outra autoridade competente.

E, enfim, dispunha que, havendo —“*imminente perigo de vida* —ou *obrigação de ausentar-se precipitadamente* em serviço publico obrigatorio, algum contrahente, fossem habilitados os nubentes ao casamento independente de proclamas. E que, não podendo obter a presença da autoridade incumbida de presidir aos casamentos nem a de seu substituto legal, *celebrassem o seu casamento em presença de seis testemunhas somente*, contanto que fossem maiores de 18 annos, não parentes em grau prohibido, convocados para o acto e que, dentro de 48 horas, depois do acto fossem á pre-

427

sença da autoridade judiciaria mais proxima e ahi declarassem ter sido chamadas, parecer-lhes o contrahente ou os contrahentes em perigo de vida, mas em perfeito juizo, a existencia de filhos, de concubinato, de rapto ou de floramento anteriores e haverem os mesmos contrahentes diante delles repetido a formula do casamento.

Tomadas por termo taes declarações, verificado não haver impedimentos, ouvidos os interessados, registrava-se o casamento com effeito retroactivo ao conjuge e aos filhos, salvo si os conjuges convalescessem, porque então teriam de celebrar o seu casamento na forma ordinaria ou esse não mais effeito juridico algum produziria.

Eis ahi resumidamente o que prescrevia a Lei de 24 de Janeiro e que, si por um lado foi mais sabia que as outras, autorizando os noivos a se casarem em casos urgentes, somente diante de testemunhas, como se fazia no primitivo tempo da Igreja Christã, segundo o Direito Canonico, por outro lado, ficou atraz dos Codigos de Hespanha, Argentina, Allemanha, Italia e Suissa, exigindo ainda, em casos que não admittem demora alguma, a apresentação previa de documentos habilitantes ao official do registro.

O Codigo Civil Brasileiro reproduziu, em materia de casamento, a Lei de 24 de janeiro. Examinemos os seus preceitos.

Art. 180º.—Quem pretende casar tem que se habilitar apresentando documentos de sua idade e mais condições ao official do Registro Civil, o qual, á vista delles, lavrará e publicará

os proclamas e, não apparecendo opposição, certificará aos nubentes que estão aptos para casarem dentro do prazo de tres mezes.

Art. 182º.—A autoridade competente poderá dispensar a publicação dos editaes — havendo urgencia — desde que se *tenham apresentado os documentos exigidos pelo art. 180.*

Arts. 192 e 193.— O casamento será celebrado em dia, hora e logar designados pela autoridade, habilitados os contrahentes com a certidão do official, na casa das audiencias do juiz, perante testemunhas ou numa casa particular, querendo as partes e consentindo o juiz, á portas abertas.

Art. 198.—No caso de molestia grave de um dos contrahentes, o presidente do acto irá celebral-o na casa do impedido e, sendo urgente, ainda á noute, perante quatro testemunhas, que saibam ler e escrever.

Na falta da autoridade competente, irá o substituto legal e, na do escrivão proprio, irá outro nomeado *ad hoc*, sendo o termo avulso que se lavrar levado logo depois ao registro.

Art. 199.—O official do registro, mediante despacho da autoridade competente e *á vista dos documentos do art. 180*, dará certidão de habilitação ás partes para se casarem independente de proclamas.

I—quando houver motivo urgente ;

II—quando algum dos contrahentes estiver em *imminente risco de vida*.

*Neste ultimo caso, isto é, quando algum dos contrahentes ou ambos estiverem em imminente risco de vida, si não for possivel obter a presença da autoridade para presidir ao*

casamento nem a de seu substituto legal, os *contrahentes* celebrarão o casamento na presença de seis testemunhas, não parentas em grau prohibido.

Art. 200.—Essas testemunhas comparecerão dentro de cinco dias ante a autoridade judiciaria mais proxima, para fazerem ali suas declarações de que foram convocadas, de que o enfermo parecia em perigo de vida, mas em seu juizo, de que os contrahentes declararam livre e espontaneamente receber-se por marido e mulher, e, autoado o pedido, verificado si os contrahentes podiam ter-se habilitado para o casamento na forma ordinaria, ouvidos os interessados, apreciada a idoneidade dos conjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso para o Poder Superior. Não havendo recurso ou passada em julgado a decisão, mandará o juiz transcrevel-a no Registro dos Casamentos, tendo effeito retroactivo quanto ao conjuge e quanto aos filhos.

·Todavia, si o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento em presença da autoridade competente e do official do registro, o casamento assim feito somente em presença de testemunhas, não valerá.

Emfim, art. 201, o casamento pelo nosso Codigo, tambem pode ser celebrado mediante procuração, com poderes especiaes ; e, assim, poderá casar por procuração o preso ou o condemnado, quando lhe não permittam comparecer pessoalmente á presença da autoridade competente para o casamento.

Do exposto se verifica que o Codigo Ci-

vil Brasileiro, desde que reproduziu as disposições da Lei de 24 de Janeiro de 1890 sobre os casamentos *in extremis*, incorreu na mesma censura que foi feita áquella.

Si por um lado foi mais liberal do que outros, porque permittiu que, nos casos de perigo de vida, não podendo obter a presença da autoridade, celebrassem os nubentes o seu casamento *apenas na presença de testemunhas*, por outro lado, foi mais avaro do que alguns delles, porque só admittiu a dispensa dos banhos mas, *não dispensou a apresentação dos documentos habilitantes* ao official do Registro, na forma do art. 180.

Isto resulta incontestavelmente dos termos do art. 199.

O official do Registro só pode dar certidão ás partes de que se acham habilitadas para o casamento *á vista dos documentos do art. 180*, embora por ordem do juiz o faça independente do edital de proclamas.

Logo, sem a apresentação dos documentos do art. 180 a certidão de habilitação não pode ser dada e o casamento não pode ser effectuado.

Portanto, o Código só dispensou os proclamas, quando haja *urgencia* ou *perigo de vida*.

E, somente neste caso, isto é, somente no caso do *perigo de vida*, é que, *estando previamente habilitadas* as partes, si não puderem obter a presença da autoridade, celebrarão seu casamento em presença de testemunhas.

Não se tolera, por conseguinte, o casamen

to *in extremis* á quem não tenha previamente apresentado documentos habilitantes.

E isto é um atrazo.

O nosso Codigo Civil ficou atraz do velho Direito Canonico, a tal respeito, mais simples e mais humano.

Entretanto o Codigo Civil, vindo depois dos Codigos citados, em um paiz de grandes extensões deshabitadas e em uma epoca de grande desenvolvimento de actividades e, portanto, de grande multiplicidade de *perigos de vida*, não devia deixar sem muitas seguranças a materia dos casamentos *in-extremis*.

Desde que concedeu a celebração do casamento, em perigo de vida, somente com a presença de testemunhas, uma vez que as partes não pudessem obter o comparecimento da autoridade, devia igualmente ter concedido que o acto fosse realizado sem a apresentação de documentos habilitantes ao official do Registro, quando essas partes não pudessem fazel-o previamente.

Obter esses documentos habilitantes, o que além da despeza, demanda tempo e trabalho, é sem duvida ainda mais difficil do que obter a presença da autoridade para celebrar o casamento.

E vêm justamente a proposito as palavras do cit. Dias Ferreira, ob. cit. — “A honra da familia, o porvir da prole desgraçada e innocente, a reparação devida á mulher e, sobretudo, o respeito que merece a vontade dos moribundos requerem que não se ponha o menor embaraço a taes casamentos.

O casamento dos moribundos é condicio-

nal e dependente da prova de que os nubentes tinham a capacidade necessaria para o casamento."

Realmente, o casamento dos que se acham em *perigo de vida* é condicional. Si os enfermos convalescem terão de se casar pela forma ordinaria e convenientemente habilitados. Si, porém, algum fallece ou fallecem ambos, de duas uma: ou não havia entre elles impedimento e, apresentados então pelos interessados os documentos, o casamento é julgado valido e produz todos os seus juridicos effeitos amparando pelo menos com a consideração social, a mulher e os filhos; ou os nubentes não se podiam casar e, feita igualmente pelos interessados a prova, será o casamento julgado nullo.

Nenhum prejuizo poderia pois resultar da concessão, tanto mais quanto, apesar de todo seu receio pelos actos nuncupativos, tendo por isso abolido os testamentos desse nome, que nos vicram do velho Direito, elle conservou ainda a providencia do art. 1663, permitindo aos militares e mais pessoas ao serviço do exercito em campanha, estando empenhados em combate ou feridos poderem testar *nuncupativamente*, confiando a sua vontade a duas testemunhas" — ficando sem effeito tal testamento si o testador não morrer na guerra e convalescer dos ferimentos recebidos.

Entretanto, da forma porque procedeu o nosso Codigo, dando com uma das mãos e tirando com a outra o remedio proprio e efficaz para resolver a situação dos casamentos *in extremis*, abriu a porta á grandes prejuizos e á

clamorosas injustiças, atirando ao abandono, á posições infamantes e á miseria, famílias cujos chefes, pelo perigo em que caíram, inesperada e inevitavelmente, por effeito de uma peste, de uma calamidade, de um desastre, não se puderam previamente habilitar com a aquisição de alguns documentos. Parece que, numa revisão qualquer do Código Civil, este assumpto deve ser melhor estudado e decidido. E é para isto que pedimos a attenção dos doutos.

## II

### *Da Responsabilidade sem culpa*

O homem não crea nada, não tira cousa alguma do nada, não inventa ; mas, descobre, acha, conhece e trabalha para colher toda a utilidade possível das cousas e das forças da natureza, adaptando-se á ellas ou adaptando-as ás suas necessidades.

Lester Ward diz bem, na sua "Sociologia Pura", que —"as modificações artificiaes dos phenomenos da natureza são os factos caracteristicos da actividade humana".

Com o direito, como com as outras forças naturaes, o homem tem procedido sempre da mesma maneira, procurando comprehendel-o, distendel-o, applical-o ás relações sociaes.

Qualquer direito, tendo surgido das necessidades da convivencia social, no seio da aggremação humana, se vai complicando e apurando á medida que a aggremação tambem se vai complicando e apurando.

Não ha direito moderno que não emane

de outro direito mais antigo, do mesmo modo que este ultimo proveio de um primitivo, mais grosseiro e mais simples. As necessidades sociais é que fazem apparecer o direito ; é que fazem desenvolver-se o direito ; é que fazem aperfeiçoar-se o direito.

No seio de cada povo, onde se chocam os interesses, desponta o direito para regulal-os, para conciliar-os ; e, como esses interesses ultrapassam os limites de todo territorio, o direito tambem transpõe as fronteiras, porque é um phenomeno humano, que tende sempre a se tornar comopolita, universal.

Quem estuda o direito, subindo através do tempo e do espaço ás legislações anteriores, verifica que existe uma filiação de institutos e se convence de que, realmente, como disse o Ihering, a vida passa, evolve continuamente e as leis vão ficando para traz, sem mais significação nem serventia, si não forem sendo reformadas ou substituidas para cederem o logar a outras mais conformes ao espirito da epoca.

E' um facto á que nada resiste, quaesquer que sejam os meios empregados ou os obstaculos oppostos.

De sorte que mais vale acceitar esses factos como elles se produzem, facilitando seu desenvolvimento para evitar que elles se exagerem e se desviem de seus justos limites, do que rolar incessantemente o rochedo de Sisypho de uma opposição systematica ao que mais hoje mais amanhã tem de ser, pois é esforço vão querer constranger o facto dentro das linhas da construcção juridica, quando a ver-

dade é, como observa alguém, que *ex facto jus oritur*.

E' o caso com o direito de indemnisação de damno que, já muito velho, agora se renova, pois achando-se já consagrado nos Codigos mais remotos, quaes o de Hammourabi, de 23 seculos anteriores á era vulgar e o de Manu, de 10 e, se tendo aperfeiçoado na jurisprudencia romana até chegar á altura de um instituto perfeito e acabado, nada mais tendo que dar de si, passa presentemente por grande alteração.

Da legislação romana veio a theoria para as dos povos cultos modernos, inclusive para a nossa, cujo Codigo Civil prescreveu dever sempre responder por perdas e danos quem não cumpre sua obrigação ou não a cumpre pêla forma e tempo estipulados assim como quem, por acção ou omissão voluntaria, ou por simples negligencia, imprudencia ou impericia, viola direito ou causa prejuizo a outrem, salvos os casos fortuitos ou de força maior. (Cod. Civ. arts. 159 e 160, 1056 a 1058, 1518 a 1553).

Mas, nessas legislações, o fundamento, a razão do resarcimento do damno tem sido constante e exclusivamente a *culpa*.

Sem culpa não se tem comprehendido obrigação de indemnisar e até, segundo o cit. Ihering, —“não é o damno que obriga á indemnisação ; mas, a culpa —” (*De la faute en Droit Privé*).

Nessas condições, havia uma culpa contractual, outra delictual ; uma directa, outra indirecta ; uma por acção, outra por omissão ;

uma voluntaria, outra por negligencia, imprudencia, impericia ; uma *in eligendo*, outra *in vigilando*, outra *in custodiendo*; uma *in concreto*, outra *in abstracto*; mas, sempre *uma culpa em relação necessaria com a idéa de obrigação*.

De certo tempo, porém, a esta parte se tem levantado na Allemanha e logo penetrado na Italia e na França, uma outra theoria em opposição á da culpa, a theoria da *causa*, que se vai infiltrando em leis e inspirando decisões, como se vê da Lei Prussiana sobre Estradas de Ferro, a que se seguiram a das Minas e a de Infortunios do Trabalho, creando a responsabilidade, independente de dolo ou culpa, pela natureza perigosa dessas emprezas e desses serviços, em que uns enriquecem e outros, quando não perdem a vida, ficam inutilisados para ganhar a subsistencia e como se vê ainda dos livros que se occupam do assumpto quaes, entre outros, Wilhelm Muller (*Unerlaubten Handlung*); Ricca Barberis (*La Responsabilitá Senza Colpa*); Roberto de Ruggero (*Ist. di Diritto Civile*); Kuhlembeck (*Burg Gesetsbuch*); Gonario Chironi (*Lo Stato Di Necessitá*); Gabba (*Nuove Questioni di Diritto Civile*) e theoria que tambem já encontrou agasalho em a nossa Lei de Accidentes de Trabalho, publicada desde 1819 e em execução em todo o territorio brasileiro, desde esse tempo.

\*\*\*

A theoria da responsabilidade inculpada,

não obstante já ter penetrado nas legislações e inspirado julgamentos, ainda é *lis sub iudice*.

De um lado querem manter a applicação incontroversa do principio antigo, pelo qual não ha obrigação de indemnisar sem culpa ; é absurdo fazer responder alguém por damno que não quiz ou para que não concorreu de maneira alguma ; ou ha culpa ou presumpção de culpa ; e, na ausencia disto, somente desgraças, que se devem lamentar, casos pelos quaes ninguém responde.

De outro lado, entretanto, affirmam que as exigencias sociaes modernas, hoje ainda mais graves pela complexidade crescente das relações entre capital e trabalho, reclamam imperiosamente o estabelecimento de novos criterios juridicos e querem fazer valer o principio da responsabilidade sem culpa, como o que descobrirá novos horisontes á philosophia do direito privado e será base de futuras legislações.

Em vez da feroz *luta pela vida*, o humano *curilio pela existencia*.

E ha mesmo, nas relações sociaes de hoje, com os refinamentos da civilisação, danos que exigem a protecção do Poder Publico, *independente de dolo ou culpa*, tal o modo porque elles se têm imposto á justiça, á equidade, á segurança e ao bem estar geraes.

Descobrem alguns no proprio Direito Romano obrigações de indemnisação *sem culpa*, que davam logar á acções noxae ou acções aquilianas, taes as do pai pelos actos dos filhos, do marido pelos da mulher, do amo pelos

do escravo, dos patrões pelos dos prepostos, dos nauticos, estalajadeiros albergadores, locadores que atiram ou suspendem cousas sobre a via publica, donos de casas, de animaes, etc. obrigações que os classicos entendem provir, ora de um contracto, ora de um delicto. porém, sempre de uma culpa real ou presumida ou somente da equidade, por disposição expressa da lei, como si todas não fossem legaes, como si a lei não as protegesse a todas pelas mesmas razões de equidade que as justificam e como si não pudessem algumas, independentemente de culpa ou dolo, formar um grupo á parte, com o nome de *obrigações simplesmente causaes*, por não se basearem na culpa.

Mas, a grande maioria não se afasta da regra da culpa e, onde não existe esta e a lei manda compensar o damno, age de modo excepcional, para attender á elevados motivos especiaes.

Entretanto, dentro da propria theoria das obrigações sem culpa, as opiniões divergem.

Antes de tudo, ha uma doutrina da *causa subjectiva*, e outra, da *causa objectiva*, procurando a primeira encontrar sempre uma relação directa entre o damno e o sujeito, em cuja esphera de acção, de influencia ou de efficacia elle se realizou, á cuja vontade e á cujo interesse elle se prende ; e, não se preocupando a segunda com a pessoa, mas, procurando só e directamente a causa do damno, seja pessoa, animal inferior ou cousa que o haja produzido.

Todavia, a simples relação pessoal, por

si só, sendo vaga, poderia dar lugar a abusos e injustiças, pois sendo, por exemplo, o pae, a causa da existencia dos filhos, chegar-se-ia ao absurdo, não havendo uma restricção áquella relação, de responsabilisar os paes por todos os danos que seus filhos causassem á alguém, em qualquer idade e circumstancia da vida em que se achassem.

Sendo necessario recuar desse absurdo, procurou-se um criterio, que limitasse e ao mesmo tempo esclarecesse aquella relação pessoal.

O primeiro criterio que se propoz, dentro da theoria da causa subjectiva, foi o de *Kries*, o qual distingue entre *nexo causal adequado* e *nexo causal accidental*, realizando-se o primeiro quando a relação entre o facto productor do damno e o damno seja tal que um tenha determinado a objectivação do outro e, realizando-se o segundo quando tal relação de determinação não existe.

Si por exemplo, alguém induz outro a tomar por um caminho, de preferencia a um outro, em certa hora e a essa pessoa succede um mal, haveria somente entre o facto e o damno uma relação de causa accidental, pois o sinistro não pode ser considerado determinado só por aquelle conselho.

Si, ao contrario, alguém emprega uma machina a vapor e esta explode e produz algum damno, a relação causal é adequada, porque a probabilidade de produzir o damno é maior para aquelle que fez uso da machina.

Todavia se acha insufficiente tal criterio, porque, em 1º lugar, a determinação de *nexo*

*adequado* ou de *nexo* puramente accidental não pode ser prestabelecida e tem de ficar ao arbitrio do juiz ; e, em 2º lugar, o *nexo accidental* se pode tornar *adequado* ou, vice-versa, conforme a intenção. No mesmo exemplo citado, o conselho podia ter sido dado de má fé e, para produzir a explosão da machina, podia ter decidido o procedimento da victima.

Vem depois o criterio do *Merkel*, — do *activo interesse* — pelo qual quem age em sua vantagem, para o seu proveito, deve tomar sobre si os riscos que dahi resultem; quem tem as vantagens, justo é que tenha as desvantagens. *Cada um tem de supportar as despesas no valor do seu proprio beneficio, como premio de risco de suas probabilidades de ganho, como passivo de sua economia.*

Em seguida se apresenta o criterio do *Rumelin* e do *Unger*, do —*agir sobre o proprio perigo* — em virtude do qual, deve responder pelo damno quem joga com o perigo, quem trafica com o perigo, quem se expõe ao perigo e ao mesmo tempo põe em perigo a vida dos outros. No uso das forças naturaes, como vapor, electricidade, quedas d'agua, na exploração de emprezas arriscadas, como as de estradas de ferro, no serviço de fabricas, como as de explosivos, o empresario tem de reparar o damno que derivar de sua actividade aventureira.

Fala-se tambem no criterio do —*ordinario* — e *extraordinario* — do *Jung*, pelo qual, quem toma sobre si trabalhos extraordinarios ou poderes extraordinarios, ipso facto se submete ás consequencias damnosas que delles

provenham; assim como no criterio do —*momento final*— do *Sjogren*, pelo qual, é o ponto terminal do interesse economico do individuo que deve decidir da obrigação do damno; criterios estes que se entroncam nos dous precedentes, como modalidades apenas delles.

Diz-se, porém, que ainda estes criterios do interesse e do perigo, posto que verdadeiros e justificadores até certo ponto da obrigação de indemnisar sem culpa, comtudo não abrangem todas as especies dellas; os damnos provenientes da inacção, da actividade de outros, dos animaes inferiores e das cousas ficam fóra do circulo do *activo interesse* ou do *proprio perigo*.

Vejamos agora a theoria da compensação objectiva do damno.

A theoria objectiva é aquella em que se deixa em segundo plano a *relação pessoal* para só attender-se directamente á *causa do damno*. A figura do sujeito só apparece subsidiariamente.

Basta o nexu causal entre o damno soffrido por uma pessoa e a pessoa ou o animal ou a cousa pertencente a outro.

Cada um responde pelo que emana de sua individualidade. O damno objectivo é a lesão de um direio e deve ser por isso resarcido objectivamente.

Quem, por exemplo, observam, escorregando no pavimento, cae e causa damno a outrem, quem, dormindo em um vagão de estrada de ferro, agita as pernas e prejudica outro viajante, quem é dono de uma casa da qual se

desprende uma telha que vai ferir ou matar o transeunte ou a coisa ou o animal do vizinho, deve indemnizar o mal.

Não se faz differença entre —“damnos inculpados tendo origem indirecta, só e remotamente na actividade de uma pessoa ou no exercicio que uma pessoa faz de um direito que lhe pertence sobre pessoa, animal inferior ou coisa propria, danos inculpados causados directamente a outrem, exercendo sem dolo nem culpa com relação a elle um direito concedido por lei e danos inculpados provenientes da pessoa, do animal ou da coisa propria de outrem, sem nenhum concurso da propria vontade ou de um facto proprio”— A reparação desses danos é tão obrigatoria quanto a dos danos dependentes de culpa ou dolo, dentro e fóra do contracto e pelo mesmo título ou motivo, por virtude unicamente do facto objectivo que causa o prejuizo a outrem, tenha esse prejuizo seu antecedente decisivo na vontade ou em uma acção inteiramente alheia á essa vontade.

Essa theoria ainda soffre maior guerra do que a outra porque se allega que é mais geral, mais absoluta e, por isso mesmo, mais susceptivel de levar á crueldades.

Fazer pagar, por exemplo, o damno áquelle que escorregando cae, causa damno a outrem, mas, ao mesmo tempo, quebra a cabeça, um braço ou uma perna, morre ou fica inhabilitado para o trabalho e possui apenas o indispensavel á sua subsistencia, quando o damnificado não precisa disso, é rico, seria o requinte da dureza.

Mas, note-se tambem que, prevenindo taes objecções, propõem os autores dessa theoria certos temperamentos á ella dizendo que — "*circumstancias particulares, inherentes aos direitos violados, excluem talvez a applicação rigida da responsabilidade objectiva e exigem o elemento subjectivo da responsabilidade.*" Pela necessidade de ajuntar esses temperamentos á theoria, a fim de tornal-a praticavel, concluem alguns que ella é inaceitavel.

Todavia, o facto de se admittirem, em tal theoria, temperamentos, não prova que ella seja inaceitavel. Tudo deve ser entendido e feito em termos razoaveis.

A theoria da causa subjectiva tambem tem restricção, na *relação pessoal* entre o damno e o sujeito.

E a propria theoria que se quer considerar inatacavel, a classica theoria da culpa, conta innumeras excepções ao rigor dos seus principios impostos pela equidade, e excepções que são outros tantos temperamentos exigidos por essas mesmas necessidades sociaes que têm feito surgir a theoria das relações praticas da vida para o campo do direito.

Dous temperamentos se affiguram na verdade indispensaveis : um de caracter logico, outro de caracter economico.

O 1.º é o da relação directa que deve existir entre o damno e o facto que o occasionou, para se saber si ha ligação entre a causa e o effeito.

O 2.º é o da proporção entre os recursos financeiros do damnificante e do damnifica-

do, para se saber si um pode pagar e o outro precisa receber a respectiva indemnisação.

Sem o primeiro ella poderia conduzir ao disparate ; sem o segundo ao iniquo. Mas, com ellas, se torna aceitavel.

\*  
\*\*

A theoria da causalidade objectiva, sem falar na legislação romana, já despontou nos Codigos modernos, embora sem esse nome nem essa generalidade.

Assim o Codigo Civil da Austria, depois de haver estatuido a responsabilidade dos que têm sob sua guarda os menores e loucos, pelos damnos por estes causados a terceiros, acrescentou que (art. 1310) quando esses guardas não possam satisfazer o damno, ordene o juiz o resarcimento pelo patrimonio dos guardados, total ou parcialmente, *em termos de equidade*, tendo em consideração além de outras circumstancias pessoaes, *a fortuna da parte lesada e a do autor do damno*.

E nada mais razoavel.

Si um louco, por exemplo, ou um menor sem discernimento, ateia fogo a uma casa e a damnifica, total ou parcialmente, tendo recursos, não deve indemnisar o mal causado, sobretudo si o dono dessa casa fôr um pobre ?

A doutrina desse artigo passou para o nosso Codigo Criminal de 1830, o qual, no art. 11, dispunha que —“posto não pudessem ser punidos os menores, loucos, violentados, criminosos casuaes, comtudo, seus bens seriam sujeitos á satisfacção do mal causado.”

O nosso Código Penal de 1890 não reproduziu essa disposição, sem duvida por consideral-a mais propria do Código Civil.

E este, o nosso Código Civil, dispoz —“que os bens dos responsaveis pela offensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos á reparação do damno causado e, sendo muitos, responderão solidariamente ; assim como que, o que resarcir o damno causado por outrem, pode reaver, em regra o que por elle pagou” (art. 1518 e 1524).

E' assim que o Código Allemão, no art. 829, declara que — quem não é responsavel pelo damno occasionado sem dolo ou culpa, deve entretanto, reparal-o, si a reparação do damno não pode ser obtida do terceiro encarregado da vigilancia, quando conforme as circumstancias, especialmente conforme as relações existentes entre os interessados, a *equidade* exige uma reparação e elle possui recursos sufficientes que lhe permittem ao mesmo tempo occorrer á sua manutenção de maneira conveniente e cumprir as obrigações alimentares que lhe sejam impostas pela lei.”

E' assim que esse Código, no art. 823, *abstrahindo ainda da culpa*, presereve que— “si um animal causa a morte de um homem ou fere seu corpo ou o offende em sua saude ou lhe damnifica alguma cousa, deve ser reparado o prejuizo pelo possuidor do animal.

E' assim que, ainda esse mesmo Código, no art. 835, *abstrahindo mais uma vez da culpa*, estabelece a obrigação de pagar o damno causado no immovel, pela caça, a pessoa autorizada á mesma caça.

E é assim que o Código de Processo Alemão, ainda autorisa a indemnisação do dano por execução das sentenças julgadas afinal improcedentes.

E é assim, finalmente, que também em nosso direito ha acções contra actos praticados erradamente, toda vez que o erro seja substancial, independente de dolo ou culpa, Código Civil, art. 86.

Em o art. 86 do Código Penal manda-se igualmente pagar indemnisação pela União ou Estado ás victimas dos erros judicarios, quando julgadas pelo Supremo Tribunal innocentes do crime por que foram processadas e condemnadas.

E, em geral, o Código Civil, art. 1521, n. 3 e 1522, impõe ás pessoas juridicas, inclusive á União, Estados e Municipios indemnizarem o damno causado pelos seus prepostos, independente de culpa e dolo.

Nestas condições, pois, parece que, com os temperamentos propostos, a theoria da causa objectiva se torna preferivel á outra, justamente porque é mais larga, envolve-a completamente e abrange, assim, *todos os casos de responsabilidade sem culpa*, alguns dos quaes escapam á primeira.

### III

#### *Do Damno moral*

A palavra *damno* veio do latim — *damnum* — perda, mal, prejuizo (Dice. Etym. Latin de Michel Breal et Bailly).

O *damno* é designado por Paulo, no Dig. 39. 2, 2 — “*damnum et damnatio ab ademptio-  
ne et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*” — como diminuição de patrimônio e, portanto, pode parecer que, no Direito Romano, o *damno* era somente diminuição do patrimônio, havendo uma especie unica de *damno*, o patrimonial.

Mas, o proprio Paulo, L. 50, 16, 5, diz que — “*rei appellatio latior est quam pecunie, quæ etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; cum pecunie significatio ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt*”.

E, portanto, Paulo nos ensina que, mesmo em Direito Romano, havia bens que estavam no

patrimônio e outros, que ficavam fóra do patrimônio ; vindo, assim, a ser o damno definido por elle, no primeiro trecho citado, somente o damno sob um de seus aspectos, o aspecto puramente economico, o que não quer dizer que o Direito Romano e Paulo não conhecessem nem admittissem o damno sob outro aspecto, o damno causado aos bens que ficam fóra do patrimônio, o damno moral.

E' certo que, nos primeiros tempos da Lei das XII Taboas, os damnos eram expressamente indicados e só se referiam ao patrimônio.

Na taboa 12 dessa Lei estavam a ruptura de membros, a fractura de ossos e outras injurias, o mal causado por animaes, os sortilegios para fazer manchar ou destruir as colheitas, o estrago nas fructas do campo, o incendio de casas e de trigo, e córte de arvores, o furto, o roubo, as inundações, a propinação do veneno. P. de Francisci (Legge delle Dodici Tavole).

Depois veio a Lei Aquilia, a qual, no Cap. 1, obrigava o autor da morte do escravo ou do gado alheios a pagar o mais alto valor dessas cousas, naquelle anno ; no Cap. 2., se referia ao caso do "adstipulator" que, para frustrar o estipulante, tivesse libertado o devedor, fazendo-lhe remissão da divida pela "acceptilatio"; e, no Cap. 3, cogitava de qualquer outro damno causado pela destruição ou lesão de alguma cousa, mediante o pagamento do maior valor della nos trinta dias anteriores.

Ainda depois, veio a Lei Cornelia, que acrescentou aos damnos existentes o da violação

do domicilio e deu outras providencias de character processual.

Mas, em seguida, começou o trabalho da jurisprudencia a distender as idéas de *damno* e de injuria, por maneira que os Pretores chegaram a conceder a *actio injuriarum estimatoria*, por qualquer facto tendente a prejudicar a reputação, a offender os sentimentos de pudor, decôro, honra, liberdade, qualquer direito do cidadão e, portanto, por qualquer *damno não patrimonial*. (Mainz, Cours de Droit Romain, II 356, R. Sohm, Dir. Rom., paragrapho 85, etc. Ed. Cuq. (Inst. Jur. Rom). accrescenta: —“a estimação da injuria era cousa assás delicada porque a injuria attingia a victima em sua pessoa, em sua honorabilidade e não em seu patrimonio.”

Por sua vez diz o Paul Girard (Man. Dr. Rom.) —“ o pretor reformou a pena do delicto e, ao mesmo tempo, sua noção. Elle conservou os casos antigos, mas, creou outros em disposições multiplas, das quaes sahiu o desenvolvimento doutrinal que incluiu no conceito da injuria todos os *ataques* physicos e moraes á personalidade.”

Diz ainda o cit. Mainz, ob. cit., 357 : —“a injuria é em geral tudo que se faz contra direito ; (*omne quod non jure fit*) mas, em um sentido restricto, é o acto que contem uma *lesão physica ou moral* de nossa personalidade, quer por vias de facto, quer por palavras, quer por qualquer outro modo.”

Diz tambem R. Sohm, —“A injuria é toda desconsideração intencional á personalidade alheia.

Nos casos de direito civil era o Pretor obrigado a conceder *a actio*; nos outros casos elle concedia essa *actio* conforme entendia. Nisso assentou o desenvolvido direito da jurisprudencia romana; toda offensa proposital á personalidade alheia poude ser incluída na noção de injuria, de modo que *a actio injuriarum*, que completava os outros meios de direito, foi possível em todos os casos em que o adversario podia ser consciente da illegalidade praticada."

Diz, igualmente, o Ihering, conforme Fadda e Bensa, (Notas a Windcheid, Pandette 610) — "já segundo o Direito Romano competia ao damnificado um direito ao resarcimento do damno não exceptuados aquelles que usualmente se costumam chamar *damnos moraes pela dor soffrida*."

Diz, enfim, o C. de Mendonça (Doutrina e Pratica das Obrigações, n. 732) — "já nos ultimos tempos da legislação romana era admittida a reparação pecuniaria dos *prejuizos moraes* decorridos do acto illicito.

A victima recebia reparação, não só das perdas materiaes, como tambem das restricções trazidas ao seu bem estar, ou ás suas conveniencias, ás agitações de espirito e aos vexames que lhe haviam sido causados."

De tudo isto se conclue, pois, que mesmo em Roma, houve o damno moral ao lado do patrimonial, e que sobre todos elles se fez sentir a protecção do Poder Publico.

Na antiga jurisprudencia e, depois, na propria legislação tedesca, foi considerada e applicada a indemnisação pelo *damno moral*,

que se chamou —*Schmerzensgeld* —o dinheiro da dor. (A. Minozzi Studio Sul Danno Morale. Gabba, Questioni di Diritto Civile).

O Codigo Civil Francez, no art. 1382, dispoz : —“Todo facto qualquer do homem que causa um damno a outrem, obriga aquelle por culpa do qual succedeu, a reparal-o.”

Como se vê, o Codigo Francez não menciona expressamente o damno moral ; mas, tambem não fez distincção alguma entre damno patrimonial e não patrimonial. E dahi a corrente de doutrina e de jurisprudencia que se tem formado nesse paiz em favor da indemnisação do damno moral.

O Laurent entendeu que o resarcimento do damno moral era a consequencia do art. 1382 do Codigo Napoleão que, falando de damno em geral, quiz comprehender nelles todas as especies, tanto o material como o moral (Dir. Civ., vol. 3º, n. 362).

E, como Laurent, pensaram Aubuy et Rau, o Larombière, o Merlin, o Dalloz, o Sourdat, o Planiol. Gabba transcreve, (ob. cit.) as decisões dos Tribunaes Francezes no mesmo sentido.

Por egual é a jurisprudencia da Belgica que, pelo Tribunal de Cassação de Bruxellas, tem decidido que na palavra damno, não se fazendo distincção, está comprehendido o damno moral. A Minozzi, ob. cit. cap. 3 n. 19 ; Planiol, Dir. Civ., vol. 2º, n.º 252.

O Codigo Civil da Austria, no art. 1293, dispoz : —“Todo prejuizo causado a alguém em sua fortuna, em seus direitos, em sua pessoa, se chama ‘damno.’”

No art. 1325 acrescenta : —“Aquelle que causa um ferimento corporal é obrigado a pagar ao ferido as despezas da cura, a dar-lhe conta do proveito que elle perdeu e, si o ferido ficou incapaz de ganhar sua vida, a fornecer-lhe o lucro que elle teria no futuro. Além disso, pagar-lhe-á, si elle, o pedir, *uma indemnisação chamada de dor*, (proporecionada ás circumstancias.”

E, no art. 1530, ainda preceitua : —“Aquelle que soffre realmente um damno ou uma falta de ganho, *por effeito de ataques á sua honra*, tem direito de reclamar perdas e danos.”

O Codigo Civil Italiano, no art. 1151, dispoz tambem como o Francez, quasi nos mesmos termos, sem distincção alguma.

E dahi, do mesmo modo, a corrente da doutrina e da jurisprudencia em favor do damno moral.

O Bianchi, o Vidari, o Borsari, o Galdi, o Giorgio reconhecem igualmente que a disposiçãõ ampla do art. 1151 comprehende o resarcimento do damno moral. (Roberto de Ruggero, *Ist. Dir. Civ.* 2<sup>o</sup>, 102 ; A. Minozzi, *ob. cit.* ; Gabba, *ob. cit.*).

O Codigo Civil Allemão, no art. 823 dispoz : —“Quem propositalmente ou por negligencia offende a vida, o corpo, a saude, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro *direito de alguẽm*, é obrigado á reparaçãõ do damno causado.”

E' verdade que o art. 253 restringiu os termos dessa disposiçãõ, determinando que —“si o damno não é relativo aos bens, uma in-

demnisação em dinheiro só é devida nos casos enumerados em lei.”

Todavia, apesar dessa restrição, o Código Allemão admittiu a indemnisação do damno moral.

(Dernburg. Dir. di Oblig. paragrapho 44).

O Código Hespanhol, no art. 1902 não fez ainda distincção entre damno patrimonial e não patrimonial.

O Código Argentino fala mesmo do *agravo moral* —art. 1099).

O Código Suisso dispoz : —“Si alguem fôr lesado por outros actos illicitos, além dos arts. 52 e 53, que produzam grave offensa á sua situação pessoal, o juiz pode conceder uma indemnisação equitativa, *quando mesmo fletum damno material exista.*”

A lei autorisa, pois, diz o V. Rossel (Dir. Fed. das Obrig. n.º 83) —“toda pessoa lesada por actos illicitos que lhe causarem um damno material ou *moral*, ou *um e outro*, a pedir a reparação.”

Nos Estados Unidos da America do Norte então, é até principio constitucional que —“toda pessoa, por um damno causado a si, em sua pessoa, em sua reputação, em suas terras, em seus bens, deve achar remedio na lei e na justiça, em cuja administração não haverá recusa nem demora. (Waker, American Law, paragrapho 88).

A theoria da resarcibilidade do damno moral tem vindo, pois, a se alargar constantemente nos tempos actuaes. obedecendo á im-

pulsos naturaes e imperiosos da consciencia social.

\*  
\*\*

O Alfredo Minozzi (ob. cit. cap. 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup>) declara com razão que —“não se pode negar haver entre todos os factos humanos um nexo que os liga e uma tendencia que os dirige para um fim que, pela sua permanencia e universalidade, é o fim mesmo do homem.”

Realmente, o fim para que tendem todos os nossos esforços é a satisfação de todos os nossos desejos, o nosso bem estar, a nossa felicidade; e, para conseguir esse fim, nós nos apropriamos das cousas e ellas tomam o nome de bens, porque nos proporcionam com a sua utilidade o bem, nada importando que essas cousas tenham existencia material, como a terra e os animaes, ou tenham existencia immaterial, como os serviços dos outros, a consideração social, a paz de espirito, uma vez que todas ellas chegam ao mesmo resultado de satisfazer os nossos desejos:

A divisão mesma de bens materiaes ou immateriaes, como de damno material e damno moral, é convencional; porque, na realidade dos factos, nós só conhecemos as cousas materiaes ou immateriaes e só sentimos o damno material ou moral de uma só maneira: *pelas nossas sensações*. (Alfredo Binet — *A Alma e o Corpo*; — Ribot — *Psychologie des Sentiments*.)

Ora, si a satisfação de nossos desejos é o bem, segue-se que tudo que contrariar a isto,

tudo que fizer desaparecer ou diminuir o nosso bem estar, a destruição de nosso patrimonio, como de nossa reputação, de nosso socego, tudo que nos causar soffrimento é um mal.

Nós, ao nascer, somos investidos definitivamente de uma personalidade, em que ha direitos que têm valor economico e entram para o patrimonio e outros que nos dão principalmente o bem estar e a felicidade, mas, que, entretanto, não têm valor economico, não constituem patrimonio.

Todos esses direitos são interesses licitos de nossa parte á vida. *a nossa quota nos bens da existencia*, como se exprime o Dernburg e portanto, a lei deve a todos egual protecção, a mesma garantia contra todos os *ataques* e não se justifica que, protegendo a pessoa contra os danos aos seus bens chamados materiaes, não a proteja e, até com maioria de razão, contra os ataques aos outros bens chamados moraes, á sua liberdade, á sua honra, ao seu socego.

O damno é sempre um só, argumenta o Minozzi, é o mal causado a cada um de nós. Apenas, o objecto desse damno é que varia, cahindo ora sobre as cousas ora sobre a propria pessoa.

O facto de se achar muitas vezes a pessoa protegida peloCodigo Penal, não é sufficiente porque tambem o furto e o roubo são punidos peloCodigo penal e, todavia, não deixam os seus autores de estar sujeitos á indemnisação do damno causado.

Vejamos as objecções que se levantam contra a doutrina da resarcibilidade do damno moral e que são resumidas pelo Minozzi,

162

do Gabba e de Chironi, salientando que aquelle confessa haver sobre o assumpto — “uma rica jurisprudencia preponderantemente favoravel ao resarcimento” — e que, no proprio Direito Romano, — “a injuria se applicava em particular tambem ás *offensas moraes*, sendo apenas as acções que concediam a reparação, por sua natureza penaes e não transmissiveis aos herdeiros.”

Allegam os citados autores que :

— “Ha uma impropriedade de linguagem para grande parte dos chamados danos moraes” — porque, o damno moral é somente a dor que é sentida internamente, ou consiste na diminuição de valores não materiaes, ou na impedida aquisição do bem de indole moral, ou na offensa de internos, naturaes e licitos affectos ; mas, esses danos não têm effeito *duradouro*, passam rapidamente sem deixar vestigios e, sendo assim, elles não têm o caracter proprio do damno, não são males apreciaveis e o nome de damno lhes é impropriamente applicado.

Essa allegação não procede, porque, o damno não é damno somente porque seja *duradouro* ou rapido ; porém, porque nos causa um mal ; além de que, o damno material tambem pode ter pouca duração e, por fim, a duração ou brevidade do damno moral é relativa á cada pessoa, conforme o seu organismo, temperamento, idade, saude.

Quando muito essa duração ou brevidade poderia servir para a graduação do resarcimento, nunca para caracterisar o damno.

Allegam em 2º lugar que “—nessa especie de damnos ha incerteza do direito violado”.

Essa não é exacta porque o damno é sempre a lesão de um de nossos direitos, ou seja patrimonial ou seja pessoal propriamente dito, de modo que nenhuma incerteza existe nisso.

Allegam em 3º lugar que —“ha impossibilidade de resarcir em sentido civil, isto é, com o criterio da equivalencia e não com o da pena pecuniaria, toda especie de damno não patrimonial.”

Tambem não é tal allegação razão decisiva contra a doutrina do resarcimento do damno moral, porque não é só por equivalencia que se pode indemnisar o damno, em direito civil. Antes de tudo equivalencia não é *egualdade*: é apenas *aproximação*.

O ideal da indemnisação do damno é a reposição das cousas no seu estado anterior á offensa.

Mas, toda gente sabe que isto é muito difficil e, em innumerados casos, impossivel: pelo que se tem de recorrer ao criterio da aproximação, avaliando-se o prejuizo pelos peritos.

No caso do damno moral recorre-se igualmente á aproximação, avaliando-se o mal para ser indemnizado em dinheiro, que é o modo civil da reparação, do melhor modo que for possivel.

Depois, não se podendo estimar a indemnisação pelo lado objectivo do mal, procura-se a aproximação pelo lado subjectivo, pela condição da pessoa, proporcionando-se-lhe, com a indemnisação pecuniaria, satisfações que compensem as dores soffridas.

Allegam em 4º lugar que —“é perigoso confiar a esse respeito um poder illimitado ao juiz.”

A essa allegação se responde vantajosamente que o juiz não tem a esse respeito, como a nenhum outro, arbitrio illimitado ; elle só decide, nas causas submettidas a seu conhecimento, mediante o allegado e provado pelas partes e com recurso para uma instancia superior.

E, quando mesmo fique ainda á autoridade algum arbitrio, é em todo caso preferivel correr esse risco, a deixar abandonados pelo Poder Publico tantos casos de offensas aos direitos dos individuos.

Allegam, emfim, que “—é immoralidade compensar a dor com dinheiro.”

E essa ultima allegação, emfim, tambem ainda menos valor tem que as outras.

Nenhuma immoralidade existe nesses casos, porque não se mercadeja com a dor, não se compram nem se vendem por dinheiro os bens moraes, não se transige com os soffrimentos intimos, em troca de moeda. Apenas, causado o damno, indemnisa-se com dinheiro o prejudicado, dando-se-lhe meios para compensar-se do mal soffrido e punindo-se ao mesmo tempo o transgressor da lei, com essa obrigação.

Immoral é o que se mostra inconveniente ao bem do individuo e da especie e immoral seria, na hypothese, abandonar sem protecção nem recursos o individuo, victima de danos dessa ordem, com detrimento de sua actividade e do seu concurso ao desenvolvimento da sociedade.

O Windcheid diz : (Pandette, vol. 2.º, paragrapho 455, nota 1.ª) —“Eu tambem sustentei que dor e prestação de dinheiro eram incompatíveis e, por isso, não podia o damno moral ser indemnizado por dinheiro. Mas, agora, reconheço, com o Wachter tambem, que indemnizar é contrabalançar a sensação dolorosa causada ao offendido com a produção de uma sensação agradável, que lhe pode causar o dinheiro.

Neste sentido a indemnisação da dor se pode comprehender como resarcida pelo dinheiro ; e este é costume”.

O Girgio Giorgi diz : “Teoria Delle Obligazioni, vol. 5, n.º 238). —“As dores, os prazeres, a vida, a saude, a liberdade, a honra, a belleza não têm preço e, portanto, não se podem resarcir : é o argumento dos adversarios.

Mas, esse modo de raciocinar se parece um pouco com a logica do fallido que, não tendo meios para pagar integralmente a seus credores, nada pagasse.

Dada a impossibilidade de estabelecer uma equivalencia perfeita entre o damno moral e a compensação pecuniaria, procure-se um meio de approximação e não se deixe o damno moral absolutamente insatisfeito. Quem furta um asno, deve pagar uma indemnisação ; quem rouba a honra, o socego, a liberdade, nada deve suffer ?

A conclusão se revolta contra o senso innato do justo ; e esta é a tradição que não se deve perder, em beneficio somente dos aggressores, dos malvados, dos seductores.”

O Planiol diz (ob. cit., 252) —“porque

não se pode fazer melhor, não é uma razão para que não se faça nada.”

O Waker diz : (ob. cit., pag. 569) —“E’ evidente que, falando restrictamente, não ha equivalencia entre o damno moral e a compensação por dinheiro. Mas, é tambem evidente que, salvo recurso ao principio da retaliação, a indemnisação pecuniaria, embora ás vezes inadequada, constitue a unica satisfação que a lei pode fornecer.”

E o C. de Mendonça diz : (ob. cit.) —“Entretanto, é sempre o dinheiro que poderá reduzir as afflicções do offendido, collocando-o em condições de obter commodidades, não equivalentes ao mal soffrido, mas, em todo caso, capazes de attenual-o.”

E se pense, com effeito, na situação das victimas desses damnos, que nem ao menos recebam uma insignificante satisfação da ordem juridica organizada para vigiar pelo bem de todos e assegurar a todos o completo gozo de seus direitos.

\*\*

No velho direito portuguez o damno podia ser feito —diz o Coelho da Rocha (Dir. Civ. Port, vol. I. v, paragrapho 137 e seguintes) —“nos bens de fortuna, no corpo, na honra, na liberdade.”

“Emquanto aos bens de fortuna, a indemnisação consiste em repor as cousas no seu estado anterior e, não sendo possivel, pagar em dinheiro o equivalente avaliado por arbitros ou determinado por lei.

Emquanto ao corpo, no caso de morte, a indemnisação é das despesas com a tentativa de cura, funeral e luto, e, havendo dolo ou culpa, dos alimentos, educação e dote aos filhos ; e, no caso de ferimentos, é dos gastos de cura, convalescença e *pelas dores* ; havendo aleijão, dos ganhos de que gozava o offendido e vantagens futuras que podia esperar ; e sendo mulher, á qual se tornasse difficil o casamento, o offensor devia dotal-a.

Emquanto á honra, não se admitte outra indemnisação em dinheiro senão a das perdas nos ganhos de cada um, causados immediatamente pela offensa. E, emquanto á liberdade, deve pagar perdas e damnos o que priva outro da liberdade pessoal, requer ou provoca a prisão de alguém e até o juiz que ordena o constrangimento contra a lei.

E, si a pessoa offendida não pode voltar á liberdade, o offensor deve pagar indemnisação á sua mulher e filhos, como no caso de morte.”

No direito brasileiro, dispunha a Consolidação das Leis Civis, de T. de Freitas, arts. 498, 800 e 801 : — “Todo delinquente está obrigado a satisfazer o damno que causar com o delicto.” — “a indemnisação será sempre a mais completa possível e, no caso de duvida, em favor do offendido” — e, “para esse fim, o mal que resultar á pessoa e bens do offendido será avaliado por arbitros em todas as suas partes e consequencias.”

Como se vê, não havia distincção de damnos, o damno moral era incluído, desde que se

mandava indemnizar *todo mal que resultasse á pessoa e bens do offendido*.

Lacerda de Almeida não admitte (Obrigações, 405) reparação de outro damno que não seja o patrimonial. Nas perdas e danos não se comprehende o prejuizo moral, porque não é apreciavel em dinheiro.

Mas, contra Lacerda de Almeida se podem citar, entre nós, além de outros, E. Spinola, C. de Mendonça, Clovis, Amaro Cavalcanti, Pedro Lessa. Assim, E. Spinola diz, á pag. 701 de suas "Obrigações" — "Não vemos nenhuma razão para se repellir systematicamente a resarcibilidade dos danos moraes.

Os inconvenientes que se apontam são inferiores á injustiça de se deixar sem protecção a victima de uma perda puramente immaterial."

Assim, C. de Mendonça, pag. 870 de sua ob. cit. — "Para nós o que ha a reparar é o soffrimento intimo do lesado e não uma supposta perda objectiva da reputação ou da honra ; é o desgosto pessoal de sentil-a ultrajada pela calumnia ; é sempre, em summa, a sensação dolorosa que taes danos occasionaram e que a reparação tem por fim attenuar.

E' o systema que adoptamos.

A velha maxima — *non fit injuria qui de suo jure utitur* — já é insufficiente na forma negativa de seu preceito e vai sendo recalçada pela consideração mais elevada do sentimento social e pelo mutuo respeito á dignidade humana.

Parallelamente, para não cahir no illogismo, o direito vai alargando o ambito da pro-

tecção á parte affectiva da natureza do homem.”

Assim Clovis (Projecto do Código Civil) —“Para propor em juizo ou contestar uma acção, é necessario ter um interesse legitimo, de ordem economica ou moral”.

Assim, Amaro Cavalcanti (Acc. Sup. Trib. Federal de 13 de dezembro de 1912) —“Meu voto foi para condemnar a União Federal a prestar 54 contos de damno material propriamente dito e mais 40 contos de *damno moral, conforme o laudo dos peritos.*”

Assim, Pedro Lessa, cit. Acc. do Sup. Trib. Fed. Revista Juridica, pag. 192, 1916: —“Votei mandando pagar á Aggravante 54 contos de indemnisação de damno material e 40 contos de *damno moral*, tendo sido este o valor dado ao mesmo pelos peritos.

Na verdade, depois de avaliado o damno economico, soffrido pelo aggravante, ainda cumpria arbitrar o damno moral.

A necessidade de resarcir essa especie de offensas feitas á pessoa singular é geralmente admittida no actual estado do direito e da jurisprudencia dos mais abalisados tribunaes contemporaneos.

...Si o damno moral não se pode compensar completamente, por não haver preço que o pague, indemnise-mo ao menos nos limites do possivel, dando-se uma somma que, si não é um perfeito resarcimento, representa todavia aquella compensação que comportam as forças humanas.

Reconhecidos os direitos do homem sobre attributos physicos e moraes de sua pes-

sôa e, sendo manifesto que taes direitos muitas vezes não são apreciaveis economicamente, não é possível deixar desamparados, sem uma sanção efficaz, esses direitos.

E, quando não ha crime, mas só culpa, a unica sanção possível consiste em condemnar o causador do damno á uma reparação pecuniaria, seja embora difficilimo avaliar essa reparação e haja embora um innegavel arbitrio no fixar a somma devida, porque, muito mais contrario á defeza juridica da sociedade e de seus membros fôra consentir na offensa de taes direitos *sem sanção de especie alguma*".

Depois disto veio o nosso Codigo Civil e, continuando a tradição, dispoz logo, no art. 46, que : —“para propor ou contestar uma acção é necessario ter um interesse legitimo economico ou *moral*”.

E, adiante, no art. 159 —“Aquelle que por acção ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudencia, *violar direito* ou *causar prejuizo* a outrem, fica obrigado a reparar o *damno*”.

E, depois, ainda no art. 1518 : —“os bens do responsavel pela offensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos á reparação do damno causado ; e, si tiver mais de um autor a offensa, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Quando, pois, houvesse duvida, pela disposição do art. 76, de que o nosso Codigo Civil admittiu a indemnisação pelo damno moral, essa duvida se dissiparia diante dos preceitos dos arts. 159 e 1518.

O Codigo não fez distincção alguma e não é licito á ninguem aqui fazel-a.

Quem, pelo nosso Codigo Civil, viola direito (qualquer direito pessoal ou real) quem causa damno a outrem (qualquer damno material ou moral) fica obrigado a reparal-o.

Apenas o nosso Codigo, não tratou de todos os casos do mesmo modo.

Enumerando, no Capitulo II do Tit. 8, alguns casos de damno proveniente de homicidio, ferimentos, destruição ou estrago de cousas, actos profissionaes, calunnia, injuria, ataques á honra da mulher, offensas á liberdade pessoal, (arts. 1537 e 552) determinou logo para elles a indemnisação que julgou necessaria; e, quanto aos *outros casos não previstos nesse capitulo*, deixou ao juizo de arbitradores.

Com effeito, o art. 1553 é claro, e terminante:

—“Nos outros casos não previstos neste capitulo, se fará por arbitramento a indemnisação”.

De ter o Codigo procedido assim, concluiu Lacerda de Almeida, em parecer publicado na Rev. Jur. de 1919, que elle admittiu a satisfacção do damno moral; mas, só excepcionalmente, nos precisos termos dos artigos em que delle se fala, isto é, dos arts. 1547 a 1552, seguindo o bom exemplo do Codigo Allemão.

Entretanto, o Codigo Allemão, como já se disse, depois de haver disposto em termos geraes sobre a indemnisação do damno por offensa á qualquer direito de outrem, —art.

823 — entendeu, no art. 253, dever restringir a indemnisação em dinheiro, no caso de damno não patrimonial, aos artigos por elle expressamente declarados.

Mas, o nosso não fez restricção de especie alguma e, portanto, não seguiu o exemplo do Codigo Allemão, nem pode ser entendido nos termos em que o entende Lacerda.

Por sua vez tambem concluiu o Clovis, em parecer publicado nas “Soluções Praticas do Direito”, que—“o damno moral não se deve considerar susceptivel de satisfação, na systematica do Codigo, senão quando constituir uma das figuras consideradas nos arts. 1544 a 1550, ou quando puder ser apreçado por arbitros.”

Entretanto, data venia, não é tambem isto que diz o Codigo.

Além de poder sempre o interesse legitimo economico ou *moral* autorisar a acção de indemnisação, conforme o art. 76 ; além de dever sempre ser obrigado á indemnisação do damno aquelle que viola direito ou causa prejuizo a outrem, *qualquer que seja o direito ou o prejuizo*, segundo o art. 159 ; além de ficarem sempre os bens do offensor sujeitos á reparação do damno, *qualquer que elle seja*, segundo o art. 1518 ; além de tudo isto, dispoz mais o Codigo que : —“*nos casos não previstos naquelle capitulo se fixaria a indemnisação por arbitramento*, art. 1553.

De maneira que, na systematica do nosso Codigo, em contrario do que ensinam os citados autores, toda especie de damno é indem-

nisavel, sem nenhuma differença entre o material e o moral.

Em alguns casos, o Código fixou logo a forma e a natureza da indemnisação a fazer-se, como nas hypotheses dos arts. 1531 a ... 1552.

Mas, "*nos outros casos do Capitulo 2.º*", isto é, portanto, "*em todos os outros casos que possam occorrer, de damno de qualquer especie*", a indemnisação será fixada por arbitramento.

E' o que nos parece decorrer litteral e logicamente da disposição do art. 1553 do Código Civil.

*A Theoria da Presupposição*

No velho Direito Romano, ensina o Ch. Mainz (Cours de Droit Romain, 1, 4, 119) : terminologia dos commentadores. distinguia nos actos juridicos tres partes : os *essencialia negotii*, isto é, os elementos essenciaes que formavam a substancia do acto e sem os quaes elle não podia existir, como o accordo, a coisa e o preço, nos contractos de compra e venda ; os *naturalia negotii*, isto é, os effeitos naturaes do acto, como a entrega da coisa pelo vendedor e a do preço pelo comprador, e as *accidentalialia negotii*, isto é, as declarações que tinham por fim ajuntar alguma coisa aos effeitos naturaes do acto ou diminuir ou produzir uma alteração qualquer, como si adiavam a execução das obrigações ou faziam-nas dependentes de um acontecimento ou acrescentavam-lhes algum onus.

Esses elementos accidentaes variavam muito, segundo a vontade das partes ; mas, ha-

via tres delles que, pelo seu caracter de generalidade, mereciam especial menção e tratamento e eram : a condição, o termo e o modo, representados pelo *si*, pelo *cum* e pelo *ut*.

Foram justamente esses tres elementos que o direito moderno aceitou e o nösso Código menciona, no art. 114 e seguintes, sob a denominação de "Modalidades dos Actos Juridicos".

A *condição*, ensina o Giorgio Giorgi, (Teoria delle Obligazioni, vol. 4.º, 292) tem um sentido improprio ou lato, significando o requisito essencial de qualquer acto juridico ou a clausula em que a parte estipula alguma vantagem ou impõe algum onus a outro ou ainda o estado ou qualidade da pessoa, e tem um sentido proprio, tecnico, em que é "o acontecimento de cuja futura e incerta existencia as partes contractantes ou os testadores querem fazer depender suas obrigações ou suas ultimas vontades."

O nösso Código definiu — "a clausula que subordina o effeito juridico do acto a evento futuro e incerto."

Si a condição não dependesse da vontade das partes, fosse necessaria, constituiria elemento essencial da obrigação e o contracto não seria mais condicional.

Si o evento, em vez de ser futuro, fosse já realizado, não seria condição, salvo a prova de um facto historico incerto ; e, si não fosse incerto, faltar-lhe-ia o caracter substancial da condição.

Emfim, onde ha condição é mister que da verificação ou não de um evento dependa a

subsistencia ou a resolução do contracto ; porque, si o evento contemplado constitue uma prestação accessoria, como um onus, teremos o modo, não a condição.

As condições são casuaes, quando o evento depende do accaso ; potestativas, quando só da vontade de uma das partes. Estas o Codigo prohibe (art. 115).

As condições são licitas ou illicitas, conforme são ou não contrarias á lei (art. 115).

As condições são possiveis ou impossiveis, conforme são realizaveis ou não perante ás leis da natureza ou da sociedade e, por isso, a impossibilidade é physica ou juridica (art. 116) e, ainda, positivas ou negativas.

Convem ter em mente, para evitar a confusão que, ao lado da impossibilidade physica ou natural, ha uma impossibilidade juridica ou legal, que é somente a dos factos que, sendo contrarios ao direito, não podem ser realizados com efficacia, como por exemplo, o divorcio "a vinculo" no Brasil, onde o Codigo só admite o desquite ou a adopção pelo menor, quando o Codigo só a permite ao maior de cinquenta annos, Dr. Gondim Filho (Condições Impossiveis no Codigo Civil, Revista Academica, 1922) ao passo que as condições illicitas são as de factos que, embora realizaveis, offendem á lei, á moral, os bons costumes.

A esse respeito diz tambem o Kulhenbeck (Burg. Gesetsbuch, cap. V, parag. 8 vol. 1.º) — "a impossibilidade pode ser de facto ou de direito : um facto, que não pode acontecer conforme a ordem juridica, porque attentá contra

o direito obrigatorio, vale como impossivel.”

Emfim, a condição pode ser ainda suspensiva ou resolutive, conforme ella adia a aquisição do direito ou extingue o direito a que se appõe e a condição resolutive pode ser expressa ou tacita, operando no 1º caso de pleno direito, no 2º, por interpellação judicial (art. 118 e 119). A condição resolutive expressa é a que é declarada no acto; a tacita, é a que se subentende, se infere da vontade das partes, resulta das circumstancias do acto.

Ella é subentendida pela lei, nos contractos bilateraes pelos quaes um tem o direito de pedir a rescisão do acto, si o outro não cumpre de sua parte o que prometteu, com perdas e danos (art. 1092).

Em seguida o Codigo se occupa do *termino* —a clausula que subordina o acto a evento futuro, porém certo —o tempo em que começa ou acaba o effeito do acto —e que pode ser tambem, como a condição, suspensivo —o termino inicial e resolutive, o termino final (arts. 123 e 124).

Por fim o Codigo se occupa do *modo*.

Modernamente chamam alguns juristas á essas declarações accidentaes das partes, nos actos juridicos, autolimitações da vontade.

Essa expressão vem de Savigny, que assim diz (*Systema Dir. Rom.* vol. 3, 114) — “a extensão da vontade pode ser modificada por limitações que ella mesma se impõe. Estas possiveis restricções são a condição, o tempo e o modo”.

O modo, diz o Ribas (*Dir. Civ.*, vol. 2º, Cap. V, paragrapho 3.) é a clausula pela qual

restringindo-se a propria vontade, se impõem certos encargos ou obrigações áquelle em cujo proveito se constitue um direito, nos actos de mera liberalidade, como disposições testamentarias ou doações.

O Código dispõe que —“o encargo não suspende a aquisição nem o exercicio do direito, salvo quando expressamente imposto no acto, pelo disponente, como condição suspensiva.

Pela disposição do art. 1181, paragrapho unico, a inexecução do encargo torna revogavel a doação, pois que, pelo art. 1180, o donatario é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso sejam a beneficio do doador, do terceiro ou do interesse geral. Nesse ultimo caso, cumpre ao Ministerio Publico exigir a execução do encargo, si o doador em vida não o fez.

E, pela disposição do art. 1707, se applica ao legatario com encargo tudo quanto se acha disposto no art. 1180, sobre o donatario.

Dahi se vê logo que o modo ou encargo, que apparece sempre nas doações e nos legados, é cousa differente da condição e do termo.

O Ribas ensina (Obr. cit.) —1º que o modo não é suspensivo, mas, apenas, coercitivo; não impede a aquisição do direito, nem depende de dia para começar ou para acabar.

2º que o modo admite caução para sua execução o que não ocorre com os outros dons.

3º que si o modo se torna impossivel, esta impossibilidade não annulla a liberalidade.

A differença essencial do modo para a condição, diz o Kulhenbeck (Ob. cit., log. cit).

é que a condição suspende mas não constrange; o modo constrange, mas não suspende.

O modo, informa o Roberto De Ruggiero, (Ist. Di Dir. Civ., paragrapho 31) é um elemento accessorio proprio dos actos de liberalidade entre vivos ou para depois da morte, pelo qual se restringe a medida da liberalidade. O modo é um onus que o gratificado de uma liberalidade soffre por vontade daquelle mesmo que o gratificou e pode consistir tanto na distribuição de uma parte, como ainda na de toda a vantagem patrimonial para um dado fim, como no cumprir uma acção ou omissão em favor do disponente ou de um terceiro — *Centum Titio lego ut mihi monumentum faciat; ut partem dimidiam scio restituat; ut opus aut epulum municipibus faciat.*

A essencia está em que o disponente mira um fim que se ajunta ao fim principal do acto e age como ulterior movel do animo liberal, sem destruil-o e ao mesmo tempo sem condicionar-o á actuação do fim accessorio.

O modo, explica o Dernburg (Paudette, vol. 1.º, paragrapho 115) é o onus ligado a uma liberalidade e de que se usa nas doações e nas disposições de ultima vontade, admissivel nas promessas de qualquer especie e cujo objecto pode ser uma prestação em dinheiro ou de outro qualquer acto.

Os negocios com o modo têm, segundo elle, um fim duplo, sendo o fim principal o beneficio ao onerado e o accessorio, a realização do onus, devendo esse onus ser mencionado com a declaração expressa de ser querido como vinculo juridico, porque, no caso contrario, é,

apenas, a manifestação de um desejo, que não tem valor obrigatorio.

A coacção ao cumprimento do modo se faz por varios modos, sendo promovida nos legados pelos herdeiros ou testamentarios ; nas doações, pelo doador ou, depois de sua morte, pelos herdeiros ou pelo Ministerio Publico.

O doador pode reaver a doação si o modo não é satisfeito ou não o é no tempo proprio e o terceiro tambem é autorizado a exigir o cumprimento da vantagem estabelecida em seu favor.

Tambem elle ajunta ao negocio a idéa de determinar a outra parte á um acto ou á uma omissão ; mas, ambas as clausulas alcançam o seu fim de modo diverso, porque a condição suspende e o modo vincula somente.

A apposição da condição exercita a pressão mais forte, visto que o negocio só se realiza, si o interessado sob condição tiver cumprido o acto que lhe foi imposto. Isto leva ás vezes ao frustramento do negocio, como acontece nos legados, em que o legatario morre antes de ter podido cumprir a condição ; razão porque se deve escolher a via do modo, pelo qual o beneficio subsiste ainda que o onus fosse desde o principio impossivel, ou mesmo depois, sem culpa de gravado ou seja immoral.

No interesse da conservação dos negocios, em caso de duvida, se considera que ha modo e não condição.

Para a generalidade dos juristas, o modo é toda restricção, limitação, modificação da vontade nos actos entre vivos ou por causa de

morte, que não seja uma condição ou um termo.

Mas, para outros, o modo é apenas a especie de uma figura mais vasta, que existe como autolimitação da vontade, ao lado das condições e dos termos.

E' a essa figura que se chama *presupposição*.

••

A theoria da *presupposição*, segundo o Windcheid, seu creador, (Pandette vol. 1.º, paragrapho 97), considera esta como —“uma condição não desenvolvida ; uma limitação da vontade que não se desenvolveu até chegar a ser uma condição.”

Quem manifesta sua vontade sob uma *presupposição*, quer, tão bem como quem emite uma declaração condicional, que o effeito juridico desejado exista, dado um certo estado das relações ; mas, não vai até fazer depender a existencia do effeito daquelle estado das relações.

A consequencia é que o effeito juridico cesejado subsiste e perdura, ainda que haja falhado a *presupposição*. Mas, isto não corresponde ao verdadeiro e proprio querer do declarante e, por isso, a subsistencia do effeito juridico, ainda que formalmente justificada, não tem substancialmente razão que a explique ou justifique.

E, por conseguinte, aquelle que é prejudicado, se pode defender com uma acção ou com uma excepção.

As circumstancias que cercam a presupposição são as mesmas que cercam as condições.

A presupposição pode ser manifestada por uma declaração expressa ou pode resultar do contendo da declaração. Toda declaração de vontade tem um primeiro intento, atraz do qual podem estas outras, que serão ulteriormente alcançadas por meio do resultado que em primeira linha se deve conseguir; um primeiro intento o têm todas as declarações de vontade.

Ora, com a designação desse primeiro intento se indica necessariamente uma presupposição. Ella pode, entretanto, vir das circumstancias que acompanham a declaração; e pode o facto que se presuppõe se referir ao passado, ao presente ou ao futuro.

Ha differença, porém, entre os actos *inter vivos* e os *mortis causa*, porque, nos primeiros, a presupposição se deve poder destacar não só das circumstancias, mas deve ser também conhecida daquelle em cuja vantagem foi emittida a disposição; ao passo que, nos segundos, basta que se possa ter a convicção de que o testador tenha querido somente na presupposição de um dado estado de cousas. isto é, de que o testador, si conhecesse o verdadeiro estado das cousas, não teria feito a disposição.

Em a nota 1<sup>a</sup> ao cit. art.º, o Windeheid accrescenta que a opinião dominante ajunta á condição e ao termo, como terceiro elemento, não a presupposição, porém o modo, que é também uma autolimitação da vontade, visto que, pelo seu não cumprimento, o effeito juridico

estabelecido se torna revogavel ; mas, que a razão porque o modo opera dessa maneira é uma razão que se encontra tambem em muitos outros casos, é a de não corresponder o resultado ao verdadeiro querer do declarante.

Si isto não se pode negar, conclue elle, não se descobre o motivo pelo qual não se ha de tratar tambem em geral daquellas addições ás declarações de vontade pelas quaes o desejado effeito juridico não corresponde ao verdadeiro querer do declarante.

Pode-se desapprovar o nome de presupposição e propor melhor, discordar dos limites dentro dos quaes esse criterio pode ter valor ; porém, não repellil-o.

E, em a nota 2ª, ao mesmo cit. art.º, ainda observa o Windeheid que nas fontes romanas falta uma fixa expressão technica para o que elle chama presupposição, usando-se dos *tercondictio, causa, modus* ; mas, que este ultimo termo é só ali empregado para significar os onus impostos ás liberalidades.

O Coviello, (Man. Di Dir. Civ. Ital., 450) explica assim a theoria da presupposição.

Em geral, nos negocios juridicos, os motivos são indifferentes, não lhes dando efficaeia a lei, de modo que, realizando se o negocio por motivo errado, illicito, impossivel, o negocio permanece valido.

Mas, esses motivos, emquanto por si mesmos indifferentes, podem adquirir importancia quando, pela intencão dos contrahentes ou do disponente, fazem parte do objecto do negocio ou quando este seja posto unicamente ou principalmente em vista de um motivo dado,

o que acontece quando se parte do presupposto de que existe um facto dado ou deverá existir. Em tal caso se diz que ha uma condição não desenvolvida.

A condição tambem é um motivo ; mas, motivo que assume tal importancia que faz depender de si a efficacia do negocio ; a condição é o motivo na mais alta expressão de seu poder. Mas, quando o motivo não chega a tomar a forma de condição, não deixa por isso de ter importancia. O negocio juridico, nesse caso, será por si mesmo efficaz, ainda que o motivo pelo qual elle se concluiu, não se verifique ; porém fica em contradicção com a intenção do declarante, que queria o cumprimento de sua declaração e essa contradicção deve ser eliminada, revogando-se a efficacia do negocio concluido sob um dado presupposto.

E' justamente por esse effeito inferior áquelle que deriva do não cumprimento da condição, que se fala de condição não desenvolvida, de condição ficada em meio.

O Dernburg (ob. cit., log. cit.) tambem diz que o Windeheid designa como presupposição toda representação que determina uma parte á conclusão de um negocio, considerando alguma cousa como realizada ou a realizar-se. Não se exige que esta tenha sido expressamente declarada. Si, em seguida, não se realiza a cousa presupposta, deve considerar-se que a vontade declarada no negocio não seja "propria", "não seja verdadeira", o que daria fundamento á impugnação do mesmo negocio. Por consequencia, o presupposto se caracterisaria como uma "condição não desenvolvida".

Carmello Scuto, (*Il Modus Nel Dir. Civ. Ital.*) observa, por sua vez, — que o ponto de partida da theoria se acha no campo dos moveis psychologicos ; mas, a presupposição não é o simples movel ou a intenção como tal, é, antes, o movel determinante emquanto é presupposto e por isso mesmo connexo com a declaração de vontade.

O movel psychologico não é por si só valioso sob o ponto de vista juridico ; o direito tutela a relação que delle deriva, mas não se preocupa do porque e do fim. Todavia, o movel se pode elevar e constituir a presupposição. Quando se quer, quer-se por um motivo qualquer ; mas isto não basta para dar a presupposição ; é preciso que o declarante queira em vista de um determinado estado de cousas passadas, presente ou futuro, que elle deve pôr como base da declaração, isto é, que elle deve presuppor.

O resultado immediato que se tem em vista entra como parte constitutiva do querer. Não é ainda a vontade condicionada ; mas, sendo emittida por um determinado estado de cousas, é evidente que não se quer, si o presupposto falha.

A pesquisa mais subtil do Windcheid está no ponto de vista da linha divisoria entre o simples movel ou intenção e a presupposição. Uma declaração é dirigida a um fim immediato, á um certo resultado juridico, que é exactamente a criação do negocio ; mas, o negocio, por sua vez, é um meio para consecução de um fim pratico a que os disponentes ou os contraentes se propõem. Este fim pratico, que se

alcança em seguida, é para o Windcheid, o primeiro fim. Sem um fim entendido em tal sentido ninguém pode querer e quem declara o tem presente, como base da declaração, não tendo querido sem elle.

E por isso que a consecução do primeiro fim não é possível sem um certo estado de cousas, pode-se dizer que a presupposição é esse estado de cousas.

Ainda diz o Giulio Venzi (Dir. Civ. Itl.) A presupposição é uma condição não declarada. Quem presuppõe alguma cousa, suppõe certa a existencia della e não pode por isso incluí-la em condição, que suppõe a incerteza.

Na vespera do casamento de uma filha, por exemplo, alguém toma de aluguel, em uma hospedaria, aposentos para o futuro casal. Mas, por um motivo imprevisto, o casamento não se realiza ou se desfaz e a pessoa não precisa mais daquelles aposentos. Falhando a presupposição, o resultado do negocio não corresponde mais á vontade de quem o fez.

O Saleilles (Theorie Des Obligations, 346) expõe igualmente que essa theoria, puramente subjectiva, pretende distinguir e, como que intercalar entre a condição propriamente dita ou as clausulas que fazem objecto do acto juridico e o simples motivo individual, uma situação intermediaria de previsão (a presupposição) constando do mesmo acto ou deixada por fóra do objecto delle, mas, destacado do motivo puro e simples.

Pode-se imaginar, diz elle ainda, citando Windcheid, que a presupposição de uma das partes não se contenha expressamente no con-

tracto, mas que tenha sido declarada á outra parte. Por exemplo, compra-se um terreno para edificar, na presupposição de que por elle se vai abrir uma rua, que lhe duplicará o valor, sem que, entretanto, se tenha feito dessa previsão uma condição. Si a previsão se não realiza, não ha nullidade ou resolução da venda, pois não se trata de uma clausula do contracto, não se trata de uma condição resolutiva nem da existencia de um dos elementos sobre os quaes tenha recaído o consentimento das partes ; não é, portanto, o caso de nullidade por erro ; a venda subsiste. Porém, na parte que tivesse feito a prestação sobre o fundamento dessa venda, ha ausencia de causa, porque o fim individual pelo qual ella pretendera fazer o negocio, não se realizou.

Emfim, entre nós, Methodio Maranhão (Enriquecimento sem causa, Cap. XVIII)—O Windcheid, observando que na constituição de um acto juridico, as partes sempre têm em vista um fim independente do motivo e da causa, que as partes se determinam por uma especie de condição mental que, falhando, não tem a força de annullar o acto effectuado, mas, demonstra que não se realizou a vontade expressa, inventou uma theoria para crear nos actos juridicos uma nova modalidade, que é um meio termo entre a condição e o motivo. E' a presupposição, que é uma condição não desenvolvida, uma limitação da vontade, que não medrou até ser condição e que pode ser expressa ou tacita, em actos entre vivos ou *causa mortis*, referir-se á uma circumstancia de facto ou de direito, positiva ou negativa,

passada, presente ou futura, licita ou illicita, como as condições.

\*\*

A theoria da presupposição, depois de ter sido aceita pelo primeiro projecto do Código Civil da Allemanha, foi retirada do segundo e tem sido desde então alli mesmo fortemente combatida.

E' assim que diz C. Crome (Dir. Civ., Parte Gên. paragrapho 31). —O methodo do Windeheid de não falar mais do *modo* deixando-o absorver pela *presupposição*, uma condição não desenvolvida, parallella ás limitações da vontade simplesmente accessorias, que constituiriam a alma de todo negocio juridico, não tem e com razão, encontrado o favor dos escriptores tedescos.

E' assim que diz o Derenburg (Ob. cit.) Aceitar a theoria das presupposições significa minar os contractos, porque o que se tem bilateralmente estabelecido e ajustado, deveria ser posto em questão por causa de representações das partes, nem ao menos declaradas! Com isto, se poria em perigo a segurança e a fé do commercio. Um conceito geral da presupposição não se pode assentar.

Antes, somente o que é parte constitutiva do negocio tem valor juridico, especialmente o motivo de uma assignação de patrimonio, a causa della, como ainda o onus a ella imposto, isto é, o modo.

Não é pelo facto de ser o cumprimento do modo presupposto, mas pelo facto de for-

mar uma parte constitutiva do negocio, que o não cumprimento delle dá fundamento a uma impugnação.

E' assim que o Kulhenbeck (Ob. cit., paragrapho 13) diz — Não é de aceitar essa doutrina desde que ella põe em questão a já estabelecida natureza autonoma do modo. Além disso, me parece conter ella um pensamento especial que certamente no Wincheid e seguidores chegou á expressão em forma muito obscura. A presupposição, quando mesmo alguma cousa juridicamente consideravel, não é uma condição não desenvolvida ; mas a chamada condição impropria.

No meu entender a doutrina da presupposição do Wincheid foi uma tentativa para justificar a chamada condição impropria, tentativa que se perdeu em insufficiente clareza logica.

No conceito delle, além dos meios geraes que o direito das Pandectas concedia para invalidar negocios juridicos, podiam as partes prejudicadas recorrer ao erro, si o mesmo era reconhecido legalmente como motivo de nullidade.

Desde que, conclue elle, elevamos um motivo á condição (expressa ou tacitamente mas, no ultimo caso, claramente) levamos isso ao contendo do negocio ; e a objecção de que o erro no motivo seja juridicamente sem consideração, é, nesse caso, improcedente, porque agora não se trata mais de um erro de motivo, mas, de um erro sobre o proprio objecto do negocio.

E' assim que, na Italia, o Coviello (ob.

cit.) diz —E' inaceitavel a theoria da presupposição, porque, do facto de se poder argumentar com as circumstancias, quando a vontade das partes não é expressamente declarada, segue-se que bem poucos contractos ficariam de pé. Não é o presupposto somente que se deve considerar ; mas o objecto do negocio.

Nem se pode admitil-a e applical-a ao modo, porque, o modo tambem é um motivo em vista do qual se cumpre o acto, um presupposto ; mas, é um motivo expresso e formando o objecto do negocio. O modo é mais de que uma simples presupposição, porque é uma obrigação e que só dá logar a revogação da doação ou nullidade do legado, quando não cumprida por culpa.

E' assim que o Carmello Scuto (ob. cit.) diz —A razão que se oppõe á codificação da theoria da presupposição, razão que influin tambem para que a segunda commissão doCodigo Civil Allemão a repellisse, é o perigo de comprometter a segurança dos negocios; e, exceptuando, o primeiro projecto desseCodigo, a figura da presupposição ainda não teve a adhesão mesmo parcial de nenhuma outra legislação ; e até, segundo o Balze, na doutrina a theoria do Windeheid começa a morrer e toda tentativa para infundir-lhe vida nova é balpada.

A theoria da presupposição não acha base segura no Direito Romano, nem na legislação italiana. Ella, si pode ser acollida nos negocios unilateraes, deve ser repellida dos contractos.

Fadda e Bensa (Annotações ás Pandette do

Windcheid, nota *yy*), defendem a theoria do Windcheid, observando o seguinte. A theoria da presupposição é o fructo de um não commum poder de abstracção, talvez a mais genial creação daquelle que, sem exagero, se pode chamar o principe da dogmatica juridica da segunda metade do seculo ultimo. E, na Austria, a innovação achou autorizados adeptos nos professores Pfaf e Hofman, nos seus commentarios ao Codigo Civil Austriaco.

Não procede a critica da falta de uma particula, além do *s*, do *cum* e do *ut*, para representar a presupposição; em primeiro lugar, porque a pobreza da terminologia na fonte romana não basta para fazer repellir aquella figura que, si os romanos não chegaram a formular precisamente, provavelmente tinham em germen na mente; e, em segundo lugar, porque o uso de taes particulas varia nas mencionadas fontes e não pode assim servir de criterio seguro.

O Windcheid não confundiu nunca o que elle chamou presupposição com causa. Do conceito d'elle a consequencia é que a presupposição só se refere aos *accidentalia negotii*. A causa fica fóra da noção de presupposição, porque é o elemento constante, indispensavel, essencial, a determinação principal do negocio; ao passo que a presupposição é secundaria e variavel.

Não é verdade tambem que a presupposição as vezes não occorra manifesta, ao menos tacitamente.

Elle quer, ao contrario, que a presupposição seja sempre ao menos tacitamente declara-

da ; elle o disse : — mas, não se trata de modo algum de uma presupposição “ad libitum” ; trata-se de uma tal que, pelas regras da interpretação, possa ser objectiva e subjectivamente reconhecida como querida.

O modo, na theoria do *Windcheid*, é uma das formas da presupposição, porque é uma disposição, uma declaração da vontade de uma pessoa, a qual disposição, si falhar, si não for cumprida, autorisa a invalidação do negocio.

Ainda não é razoavel a censura de ter o *Windcheid* exagerado o alcance da vontade relativamente ao effeito do negocio, attribuindo esse effeito á vontade, ainda quando a pessoa não tenha pensado nelle ; visto como, o que o *Windcheid* ensina, é que a vontade expressa ou presumida seja a base da presupposição, apresentando-se esta de maneira que todo homem normal possa percebê-la e conhecê-la, segundo a boa fé e o uso dos negocios.

E’ possivel, que o juiz incauto, admitindo levianamente uma presupposição, offenda a equidade ; mas, não se deve por isso privar o juiz de um remedio com que elle em muitos casos pode satisfazer a exigencia do seu sentimento de equidade. Não é correcto repellir um conceito, porque elle não é livre de inconvenientes. A accusação que se faz á theoria, no seu conteúdo, é que a presupposição abala pela base os negocios juridicos, sob a unica impugnação de uma das partes ; que a admissão de uma presupposição tacita acarreta um perigo grave para a segurança do direito. Porém são manifestas a exageração e a injustiça, porque,

em primeiro logar, o Windeheid quer a presupposição declarada ou, pelo menos uma, embora tacita, que seja facilmente reconhecivel pelas regras da interpretação; e, em segundo logar, ninguém nega a admissibilidade da condição tacita, e, portanto, não pode negar a admissibilidade da chamada presupposição, uma condição não desenvolvida, mas uma condição, que só differe da outra pelo modo de agir sobre o effeito do negocio juridico.

E, emfim, que ha casos evidentes de presupposição consignados em lei, como o de rejeitar a coisa comprada por vicios redhibitorios e outros, em que a coisa conseguida não corresponde á verdadeira vontade do adquirente.

Si a regra, termina elle, que a boa fé domina a conclusão, a interpretação, a execução dos negocios juridicos, não é um nome vão, si não queremos crystalisar o direito, reduzindo-o á simples brocardos para applical-os pedantemente, é preciso seguir o exemplo dos juriconsultos romanos e completar e integrar a vontade de maneira que não seja frustrado o *id quod actum est*.

Mas, o Carmello Scuto responde áquellas observações com vantagem.

A theoria do Windeheid se liga aos principios fundamentaes das chamadas *conditiones*, particularmente da *condictio causa data causa nos secuta*, da *condictio indebiti* e de outras das *conditiones sine causa*, que tinham por fim, quasi todas, a restituição do que era retido sem uma razão de facto (enriquecimen-

to injusto); mas, para os juristas romanos não havia uma cathegoria geral das *condictiones*.

Não se tinha em consideração a vontade das partes, salvo o caso do erro, senão quando pactuada especialmente; e, por isso, a theoria não acha senão fragilissimo fundamento no Direito Romano.

Deixando a fonte romana e apreciando a theoria em si mesma, si bem que a presuposição não corresponda á causa, comtudo ella não pode deixar de entrar no numero dos factores essenciaes da vontade e é a base fundamental em que ella se apoia e, por isso, não é ella uma simples autolimitação da vontade. Na designação do character de figura juridica que se quer crear, não é exacto falar de autolimitação, porque a vontade, seja embora no sentido de volição, acto do poder volitivo, não pode ser entendida como limitada por aquelles elementos, que, em substancia, vêm a constituila e a determinál-a.

O Windeheid chega a distinguir uma vontade dupla: uma principal, productiva de effeitos estabelecendo o negocio juridico e a outra, por traz da primeira, limitada, quando não se queira um resultado contrario, ao derivante da presuposição.

Essa differença, assignala o Scuto, é demasiado subtil e pouco conforme á realidade, porque a vontade é uma só, que põe em vida aquellas determinadas relações juridicas para realizar um fim pratico, á que estão connexas as circumstancias presuppostas. A figura da presuposição por mais que o diga o Wit-

deheid, fica sempre imprecisa, quando não manifestada e incluída como condição no contracto ou na disposição de ultima vontade; e, assim, produz a incerteza e o perigo para os actos juridicos em que intervem.

A critica levantada sobre esse ponto não se pode jamais rebater victoriosamente, porque os factos falam sempre mais eloquentemente do que as palavras.

Por isso mesmo que já existe a condição tacita, para que mais essa figura da presupposição tacita.

O modo não é uma simples forma de presupposição; é uma figura propria, porque o modo encerra mais do que uma simples declaração de vontade; é uma imposição. O disponente determina um encargo á outra parte e faz uma explicita declaração de vontade em tal sentido, além daquella que é creadora do negocio; elle por isso não se limita a presuppor.

Nem é preciso recorrer á presupposição para explicar o fundamento de acção redhibitoria, pois aqui se trata de uma obrigação do vendedor de dar ao comprador coisa perfeita, propria ao fim a que se destina, invalidando-se o negocio por erro ou dolo, sem necessidade da presupposição.

Quando se quer deve se declarar expressamente o que se quer, e, sobretudo nos actos bilateraes, sob pena de não valerem.

Em summa: o que se conclue do exposto pelo Scuto, é que essa theoria da presupposição é desnecessaria por já existir, além da condição, do termo e do modo, o erro, para satisfazer

á todas as modalidades dos actos juridicos, e, ainda mais, perigosa, principalmente nos casos de presupposições apenas tacitas, por fóra dos contractos ou deduziveis do que teria querido o disponente em certo estado de cousas, si tivesse conhecido as circumstancias : o que tem de ser deixado ao arbitrio dos juizes decidir.

E, a respeito de arbitrio, só deve prevalecer o que, com tanto senso e conhecimento das cousas já tinha dito Bacon, — no seu Aphorismo 8º — *Optima lex, quæ minimum relinquit arbitrio judicis.*”

Entre nós, o Ed. Spinola (Systema de Direito Civ. Bras. Cap. IV, E.) repete as considerações do Dernburg, de que a presupposição minaria os contractos, de que o que bilateralmente se estabelece e convenciona ficaria em duvida por causa de representações das partes, nem ao menos declaradas! e de que com isto seriam postas em perigo a segurança e a fé do commercio.

E o Clovis, commentando o nosso Codigo Civil, que não conhece a figura da presupposição, nota ao paragrapho 128, diz tambem:

“A theoria da presupposição, imaginada pelo Windcheid, importa em fazer della uma condição cuja evolução se não completou, uma limitação da vontade que não se desenvolveu até se tornar condição.

O *modus*, o encargo, é uma das formas porque ella se manifesta.

Penso, seguindo Dernburg, que, si a presupposição é expressamente manifestada, será o motivo determinante do negocio juridico ou a modalidade que se lhe addita.

Si não se mostra como parte constitutiva do acto, não deve ser tomada em consideração para effeitos juridicos, sob pena de por em perigo a firmeza e a boa fé dos contractos."

Parece ser esta a opinião mais prudente,

*Direito sobre o cadaver*

O direito, como bem disse o Mackeldey (Dr. Rom., paragrapho 2°), é, pelo seu lado objectivo, a *norma agendi* e, pelo seu lado subjectivo, a *facultas agendi*.

E, como, pelo seu lado objectivo, elle se multiplica em varios direitos que, conforme o fim, são publicos ou privados, civis ou penaes, assim tambem, pelo seu lado subjectivo, o direito se multiplica em varios direitos, que, conforme o fim, são reaes ou pessoaes, redutiveis a dinheiro ou não.

Entre os direitos pessoaes que se não reduzem a dinheiro estão certos poderes que o homem tem sobre sua propria pessoa, modos de ser della, forças physicas e psychicas.

—“Quanto aos direitos sobre a propria pessoa, diz o Windeheid (Pandette, vol. I, paragrapho 40) quando se pergunta si ha direitos sobre a propria pessoa, o sentido dessa pergunta só pode ser si a ordem juridica de-

clara que a vontade do titular é decisiva para a pessoa delle, munindo-o de poderes em relação áquelles que lhe estão em frente, como no conceder um direito real declara que a vontade do titular é decisiva para com as cousas. *Assim posta a questão, não pode ser resolvida negativamente.* Chega-se por tal modo a um direito á vida, á integridade corpora e a dispor do proprio corpo sem obstaculos (liberdade”.

Mas, a doutrina não é pacifica.

O Coviello, por exemplo, (Mannale di Diritto Civile paragrapho 9) recusa admittilos.

Elle affirma que o direito fundamental de todos os outros é o da *personalidade*; que as varias faculdades contidas nesse direito se podem conceber como direitos essenciaes ou connaturaes ou fundamentaes á pessoa humana, na linguagem dos antigos; mas, não são direitos sobre a propria pessoa.

O conceito do direito sobre a propria pessoa é para elle absurdo, porque distingue no homem duas pessoas, uma sujeito e a outra objecto do direito. Depois, é inexacto tal conceito, porque se toma por sujeito a pessoa na sua inteireza e por objecto as diversas partes da pessoa, suas condições, suas forças.

E é ainda inexacto porque os poderes da pessoa sobre si mesma só são tutelados pelo direito contra violencias externas. Taes direitos são, portanto, inconcebiveis porque não se separam de seu objecto.

Entretanto, não tem razão o Coviello.

Antes de tudo, segundo elle mesmo, ensina: "A personalidade é o direito contendo em si as varias faculdades pertencentes a quem é pessoa, justamente porque tal é e enquanto é tal, cujo desconhecimento negaria no homem a dignidade de pessoa."

A personalidade, explica tambem o Kuhlénbeck, (Burg. Gesetzbuch, 1º, paragrapho 2º) — "é mesmo um direito e certamente o direito innato, primitivo da pessoa e, ao mesmo tempo, a presupposição de todos os outros direitos."

Tem-se querido negar-lhe esse caracter de direito subjectivo multiplo, porém, uma coisa não collide com a outra; um direito pode como tal ser muito bem a presupposição de outros direitos, como o de credito era, no Direito Romano, a presupposição do de penhor."

A personalidade é, pois, o direito de ter direitos; é uma colonia de direitos, como já disse alguém. Ora, não ha nenhum absurdo em considerar a pessoa sujeito de direito enquanto o exerce e, objecto, quando soffre a acção delle.

Outrora isto succedia de modo absoluto e permanente com os escravos; hoje se verifica de modo relativo e temporario com os menores, mulheres casadas, loucos e até locadores de serviços, que são simultaneamente sujeitos de direitos, porque têm poderes sobre as outras pessoas e sobre as cousas e, objectos de direitos, porque estão sob os poderes de seus pais, tutores, curadores, marido, patrões.

Não ha inexactidão no conceito porque,

si não se podem separar de facto a pessoa de seu corpo e forças, faz-se mental e abstractamente essa separação, como mental e abstractamente se faz a separação do material e do moral, do physico e do psychico, do real e do ideal, pois tudo é substancialmente de facto a mesma cousa.

“A distincção de duas naturezas no homem é uma inferencia illusoria que o senso commum e uma vista mais exacta da realidade desmentem”. —(L. Bourdeau. *Le Problème De La Mort*, pag. 83).

Roberto de Ruggiero (*Ist. Di Dir. Civ. Ital.* vol. 1º, 213) diz a esse respeito : — “é verdade que um effectivo de real destaque das partes para o todo não é possível ; mas, é concebível abstractamente considerar a personalidade em si, como entidade complexa e autonoma, qual sujeito dos direitos singulares que entram na cathegoria em exame.”

E, não é ainda inexacto o conceito, pelo segundo motivo allegado, porque si a protecção juridica sobre os direitos na propria pessoa, só se faz effectiva contra as violações externas, isto acontece com todos os direitos e isto basta para significar o reconhecimento de taes direitos.

Assim, não são inconcebiveis os poderes sobre a nossa propria pessoa, pois continuamente fazemos uso delles, transportando-nos daqui para ali, empregando o nosso corpo nesse ou naquelle mister, utilizando a nossa liberdade num ou noutro sentido, ahugando os nossos serviços a este ou áquelle.

E, portanto, é perfeitamente justificavel

a doutrina dos direitos sobre a propria pessoa, como querem além do Windeheid, o Picard (Le Droit Par., 37, 42); o Chironi (Ist. Dir. Civ. Ital. vol. 1, 22); o Clovis (Theoria Ger. 29, 30); o Spinola (Systema, Cap. 2); o Jhering, o Biaggio Bruggi, etc., etc).

E, Fadda e Bensa, (Anotações ao Windeheid, 663) accrescentam ser a repugnancia em considerar o corpo, ou, em genero, a pessoa como objecto de direito, a consequencia do falso presuppuesto de que um ente, para poder ser objecto de direito, deva tomar a qualidade de cousa. Isto, porém, é desmentido pelos factos, porque a pessoa pode formar objecto de direito alheio sem ter tal qualidade.

A exclusão tem por base a falsa opinião de que os direitos sobre a propria pessoa, desde que se exteriorizam concretamente, assumem o character de direitos patrimoniaes.

E, por fim, fazem elles sentir, nem se diga, como querem alguns, que a doutrina é immoral e perigosa, por autorisar a alienação de si mesmo, a mutilação, o suicidio, porque isto é falso: a doutrina dos direitos sobre a propria pessoa não autorisa consequencia nenhuma contraria ao bem do individuo e da sociedade, mas, em vez disso, inspira cada dia mais rigorosas prescripções contra o uso nocivo do direito, contra os abusos de quem quer que seja relativamente á propria pessoa ou contra as outras pessoas, relativamente ás proprias cousas, como tambem ás cousas alheias.

Ha, por conseguinte, direitos de cada um sobre sua propria pessoa.

Admittido que a pessoa tenha direitos sobre si mesma, que especie de direitos terá sobre seu corpo durante a vida ?

O Coviello responde : (ob. cit. paragrapho 95). Si não é concebivel um direito sobre a propria pessoa, a consequencia é que o corpo não se pode considerar como cousa, isto é, como objecto do direito, enquanto o homem é vivo, porque elle forma uma parte integrante da pessoa humana.

O Dernburg (Pandette, paragrapho 69) diz tambem que—"o corpo do homem é parte do sujeito do direito e como tal incapaz de propriedade. O corpo do homem livre não é cousa."

No velho Direito Romano (Dig., L. 9, tit. 2, 13) está escripto : —"Liber homo, suo nomine utilem Aquili actionem ; directam enim non habet, quoniam *dominus membrorum suorum nemo videtur.*"

As leis penaes e civis protegem o corpo contra todas as offensas, sendo que até o Cod. Civil prohibe contracto de locação de serviços por prazo maior de 4 annos, "*ainda que não concluida a obra*", art. 1220.

Mas, de tudo isto não se pode concluir que não tenha cada um direito sobre seu proprio corpo, embora dentro de certos limites, por ser mesmo isto indispensavel á vida, á actividade que a existencia requer, á obtenção dos meios necessarios á subsistencia, tanto mais quanto geralmente se admite o direito ás partes do corpo que d'elle se separam, como os cabellos, os dentes, as unhas e, com maioria de razão ainda, ás partes artificiaes desse

corpo, como sejam dentaduras, cabelleiras, pernas de pau, etc.

E, Fadda e Bensa declaram, representando então a opinião da maioria, que, realmente, não ha um direito de propriedade sobre o proprio corpo ; mas, *temos sobre elle um direito pessoal, especial*, sem character patrimonial ou economico.

Não havendo direito de propriedade sobre o proprio corpo, em *vida*, *haverá sobre o cadaver?*

O Kuhlénbeck (ob. cit. vol. 2, L. 3, paragrapho 3.), responde que —“o cadaver é cousa ; mas, a piedade prohibe abandonal-o á propriedade do direito privado ou submettel-o, como simples objecto de herança, ás regras communs do direito hereditario. Elle não é nenhuma parte do patrimonio e os herdeiros não podem gratuita nem onerosamente alienal-o ; mas são simplesmente autorisados ou obrigados a cuidar de seu enterro para dar-lhe o eterno descanso.”

O Unger (System, vol. 1º, paragrapho 46, nota 28) diz que “o cadaver não está em propriedade de ninguem, pode, contudo, em certas circumstancias, o esqueleto estar no dominio privado e ser objecto de commercio”.

O Coviello (ob. cit. paragrapho 95) acha repugnante á consciencia pia e religiosa considerar commerciaveis os restos mortaes do homem que todas as crenças circumdam de respeito.

Todavia, hoje se admitte que o homem disponha em vida de seu cadaver para certos fins scientificos ; não os herdeiros.

O Rugiero (ob. cit. 214) pensa que "não se pode desconhecer um direito de disposição do proprio cadaver, embora tambem aqui sejam postas limitações por motivo de policia, hygiene, moral, que vedam efficacia á disposições contrarias ao destino natural do cadaver ou excepcionalmente, ao uso para fins scientificos.

O Gabba, (Fóro Ital., 1885) observa que o cadaver do homem não é propriedade de ninguem ; sendo, porém, que a competencia para dar regras relativas ao tratamento delle é exclusiva do Estado, conforme o interesse publico, hygiene, idéas moraes, religiosas.

O destino normal do cadaver humano é ser dado á sepultura, sob a forma que a lei prescreve, e esse destino é incompativel com a livre disposição do cadaver.

V. Scialloja (Diritti Reali) pondera: — "o mesmo conceito domina ainda no direito moderno si bem que as vezes o cadaver se considere como objecto de relações juridicas. As modernas exigencias scientificas têm tornado o cadaver cousa assás util e interessante, independente da veneração que se lhe deve e nada impede que uma peça anatomica seja objecto de contracto. Não faltam além disso exemplos de contractos feitos por pessôas vivas sobre o proprio cadaver futuro, contractos que têm dado logar a graves questões. Em verdade o direito moderno não fornece elementos sufficientes para resolver problema desse genero.

Em these geral, porém, se pode dizer que

o cadaver não é cousa ; e, por isso, foge ás relações jurídicas patrimoniaes.”

Luiz Dabot (*Droit Des Sepultures*) nota : —“Conforme uma lei de 1887, o defunto tem todo direito sobre seus despojos mortaes ; pode ordenar o embalsamamento, a autopsia, o deposito de seu corpo no amphitheatro de medicina ; pode regular todas as condições de seus funeraes, o lugar, o modo, o transporte, seu caracter civil ou religioso, sem outra restricção que a resultante das leis e regulamentos ; pode regular, enfim, tudo que respeita á sepultura e mesmo á construcção e conservação do monumento funerario que elle designar para sua inhumação.

Deve o individuo ser capaz e sua vontade deve ser expressa em acto valido.

Quando a vontade do defunto é ignorada ou invalida, cabe a seus parentes o direito de regular os funeraes”.

Mas, acrescenta o Debot, —“ o direito de escolher a sepultura e de regular os funeraes é um direito pessoal e intransmissivel.”

Não ha um direito real de sequela ou de reivindicacção do corpo.”

E, na jurisprudencia franceza se apontam decisões condemnando aquelles que se entregam á venda de cadaveres.

Waker (*American Law*, 136) esreve que “não ha propriamente um direito de propriedade sobre o corpo morto, contudo, têm os parentes o direito exclusivo de designar-lhe o lugar da sepultura, tendo o conjuge a preferencia, si não estiver separado.”

E Fadda e Bensa resumem que não ha

propriedade sobre o cadaver visto que os mais elementares principios de ordem publica, saude publica, moral social se oppõem ao conceito dessa propriedade.

Mas, si o destino do cadaver exclue a commercialidade, todavia o homem vivo, como consequencia de seu direito especial sobre si mesmo, tem o direito de dispor d'elle para depois de sua morte e não só para os fins communs, mas ainda para fins de estudos scientificos, etc.

Não se lhe pode negar esse direito e até o Tribunal de Bergamo tem decidido não haver nada mais sagrado do que a vontade do moribundo, não só quanto a seus bens, mas também contra seus despojos mortaes, embora outro Tribunal, o de Zurich, decidisse ser nulla a venda do cadaver.

De maneira que a maioria dos civilistas não quer seja o cadaver objecto de propriedade de ninguém, sendo portanto illicita a sua commercialidade; mas, admite que possa haver livre disposição do cadaver pelo proprio dono d'elle para fins communs ou scientificos e até direito do conjuge sobrevivente ou de seus parentes para os mesmos fins.

E, quanto ao feto, não entrando na categoria de cadaver, porque não chegou a ter a individualidade daquelle, é simples parte do organismo materno, elle não é egualmente propriedade de ninguém, porque é uma *spes hominis*, tem forma humana.

\*  
\*\*

Mas, será verdade mesmo que o cadaver não possa ser objecto de um direito real, de um direito de propriedade da propria pessoa ou de seu conjuge ou parente ?

As razões apresentadas só se referem ao perigo para a saude publica ou ao respeito que se deve ao cadaver.

Ora, não se tratando de molestias infecciosas, que exijam a providencia immediata da inhumação ou da cremação, o perigo não existe, porque o cadaver pode ser preparado para durar e servir aos estudos e experiencias scientificas, sem damno nenhum.

Logo, em geral, o cadaver pode ser objecto de um direito de propriedade, porque é cousa util e, portanto, susceptivel de valor pecuniario, para quem d'elle precisa.

E, quanto ao respeito ao cadaver, elle não desaparece porque este seja submettido á fins scientificos : isto depende do character e da educação do povo.

Parece até que, para muita gente que foi na vida prejudicial ou pelo menos inutil aos outros, será uma grande prova de respeito aproveitá-la depois da morte para alguma cousa tão nobre.

Mas, note-se bem que, não se trata de arrancar os cadaveres ao affecto de seus parentes para submettel-os aos exames scientificos; trata-se somente de reconhecer e proclamar um direito.

Ou o individuo tem feito sua declaração,

dispondo de seu cadaver e, em obediencia á vontade do defunto, se deve cumprir a disposição.

Ou não tem havido disposição alguma do defunto e o conjuge e parentes são livres para agir como entenderem ; salvo, apenas, o caso extraordinario da necessidade ou utilidade publica, em que, então, se deverá realizar a desapropriação.

Em nenhuma dessas hypotheses ha desrespeito ao cadaver só porque elle seja consignado por vontade de seu dono ou pela vontade de seu conjuge e parentes á fins scientificos e humanitarios em vez de ser consignado simplesmente á pasto dos vermes.

As proprias religiões não se podem oppor com razão a esse destino superior do cadaver, pois que para ellas o espirito se escapa sempre para uma outra vida e na terra só fica o que é *vil materia*.

E foi, por certo, pensando assim que S. Francisco de Salles declarou em testamento deixar seu cadaver para a Escola de Anatomia de Padua, onde elle estudou.

Logo, por esse outro lado, o cadaver pode ser objecto de um direito de propriedade e destinado pelo seu proprio dono ou pelo seu conjuge ou parentes a fins communs ou a fins especiaes, a titulo oneroso ou gratuitamente, sem que isto importe em nenhum desrespeito a elle.

O mais é preconceito.

Não ha uma razão valiosa para excluir o direito de propriedade sobre o cadaver.

E, tanto mais quanto, desde muitos an-

nos, segundo Merlin (Rep. de Jur.) e Luiz Dabot (ob. cit.) assim como Briaggio Bruggi (Della Proprietá) as legislações franceza e italiana concedem aos juizes e directores de hospitaes o poder de fornecerem cadaveres ás Escolas de Medicina para as demonstrações anatomicas e as operações de cirurgia.

Fadda e Bensa (ob. cit.) nos falam de uma theoria de Vangerow, um dos mais valentes Pandectistas modernos, segundo elles mesmos confessam, que sustenta a verdadeira doutrina.— “Todo homem é, quanto ao seu physico, objecto do direito de propriedade; e, por isso, elle ou se acha em propriedade de um outro ou tem a si mesmo em propriedade. No primeiro caso elle é escravo e, justamente por isto, vale como cousa, não como pessoa, o que vai tão longe que, si fôr abandonado por aquelle que fôra delle proprietario, não se torna livre, mas “res nullius” e cae no dominio do primeiro occupante.

Si, portanto, deve, em genero um homem se considerar como sujeito de direito, elle deve ser livre, deve estar em propriedade de si mesmo, deve ser senhor de si mesmo.”

Mas, Fadda e Bensa contestam Vangerow oppondo-lhe aquelle texto romano citado acima e as opiniões de outros muitos civilistas. Entretanto, o Vangerow não está só.

Picard (ob. cit. n.º 44) diz: “— depois da morte o envolvero corporeo, o cadaver, não faz mais parte de nossa pessoa; é um simples despojo”.

O Dernburg (ob. cit.) diz expressamen-

te : —“o cadaver é cousa e assim pode ser alienado antecipadamente para fins scientificos”.

E' pena que o Dernburg, ainda cedendo ao preconceito, tenha prohibido aos herdeiros traficarem com o cadáver, por ser contra os bons costumes.

Si é cousa, como elle affirma, e pode ser alienada pelo seu dono, não ha motivo por que não o possa ser tambem pelos herdeiros.

E, ao Dernburg acompanham ainda outros : Holder, Becker, Biaggio Bruggi, etc.

Biaggio Bruggi, *ob. cit.*, vol. 1º, cap. 3º, declara que, em grande parte por motivo de velhos preconceitos, se perde de vista, nessa questão, o interesse social das pesquisas scientificas, que deve predominar.

Elle pensa que o texto romano que se oppõe ao Vangerow não nos offerece nenhuma declaração explicita de que o cadaver seja cousa fóra do commercio, não se devendo exagerar o valor d'essa passagem, pois, do negar a propriedade dos proprios membros não se segue a rigorosa consequencia de que os romanos não admittiam a possibilidade de alguma disposição do homem sobre o seu cadaver.

Allega, enfim, que a propriedade tem um contendo psychologico, antes de tel-o juridico : pois a lingua mesma nos adverte que o homem diz—seu—o proprio corpo, o proprio cadaver ; e, fazendo sentir que as necessidades sociaes romanas divergem muito das actuaes, conclue que “não se pode affirmar seja repugnante á nossa consciencia juridica a idéa de um direito de propriedade do homem sobre seu corpo e, portanto, sobre seu cadaver.”

467

Todavia, quando o Vangerow não tenha razão alguma perante os textos romanos, isto não é motivo para que elle não tenha razão perante a logica dos factos e as exigencias da vida moderna.

O direito de propriedade sobre o cadaver deve, pois, ser incluído nas leis dos povos modernos.

\*\*\*

Descendo dos princípios geraes para nossa legislação, nada encontramos de positivo sobre o cadaver, senão Regulamentos e Posturas sobre inhumação e exumação e disposições do Código Penal sobre inhumações contrarias aos Regulamentos Sanitarios ou transportes de cadaveres para fóra do cemiterio, salvo o caso de exumações autorizadas; sobre profanação de cadaveres, violações de sepultura e damnificações de mausoleus, precéitos estes que não se oppõem de modo algum á um direito de propriedade sobre o cadaver.

E até o velho Código Criminal de 1830 mandava, no art. 42, entregar os corpos dos enforcados aos seus amigos e parentes que os reclamassem, só não podendo estes enterral-os com pompa, sob pena de prisão.

Mas, não havendo nada de positivo entre nós sobre a especie, procuremos no Direito Romano, que era o nosso subsidiario.

No primitivo Direito Romano dispunha a Lei das XII Taboas que — “nenhum morto fosse enterrado ou queimado na cidade” — Nada mais.

Depois Gaio ensinou e as Institutas, L. 2º, tit. 1º repetiram, que as cousas sagradas, santas e religiosas, *não eram de domínio de ninguém*; e que, *religiosas* eram as que *encerravam algum cadaver*.

Os romanos tinham a superstição de que, não inhumando ou cremando o cadaver, a alma do defunto soffria e provocava desgraças para a familia. (Accarias *Precis Droit Romain*, vol. 1, 192 e notas).

Dahi o tradicional pavor de tocar no corpo dos cadaveres, o que tanto impediu durante seculos os progressos da sciencia e produziu o preconceito actual.

As palavras de Ulpiano "*quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*" se referem ao corpo vivo e não ao direito sobre o cadaver.

E, portanto, não sendo aquelle preceito de considerar o cadaver fóra do domínio de alguém, por estar encerrado em cousa religiosa, nada mais ha sobre a materia no proprio Direito Romano.

Clovis ensina (ob. cit., paragrapho 30) que —“ o cadaver é cousa fóra de commercio e não pode ser objecto de contracto nem de transmissão hereditaria.”

Mas, o Ed. Spinola (ob. cit. cap. 2; Parte 2, nota 24) já diz de outro modo:

—“A opinião dominante deve ser a preferida. Sobre o cadaver ha um direito pessoal, que é transferido aos herdeiros; mas, não um direito patrimonial.”

Veio o Código Civil e não adiantou nada sobre a questão, pois, apenas, dispoz no art.

69 que —“são cousas fóra de commercio as insusceptíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis.”

Mas, quaes são as cousas insusceptíveis de apropriação e inalienáveis, não o disse.

O cadaver é susceptível de apropriação e, não foi declarado ainda por nenhuma lei, inalienável.

Logo, o cadaver não é cousa fóra de commercio, nos termos do Código Civil.

O que a lei não prohibe, consente.

Mas, si o cadaver é objecto de um direito de propriedade, a quem deve pertencer?

O nosso Código Civil é omissos á respeito disso. —“Nos casos omissos se applicam as disposições concernentes aos casos analogos— é o preceito, do art. 7° —e, não os havendo, os principios geraes de direito.”

Ora, pelo Código Civil, em falta de convenção em contrario ou disposição prohibitiva da lei, o marido e a mulher são meieiros em todos os bens do casal, presentes e futuros; (art. 258) e a ordem, da successão é a dos descendentes, ascendentes, conjuge, collaterals e o Estado.

Logo, pelo caso mais analogo do Código Civil, o cadaver deve pertencer metade ao conjuge sobrevivente e a outra, aos herdeiros, naquella ordem.

Salvo si o conjuge não era meieiro ou estava separado, porque, então, cabe o direito somente aos herdeiros consanguineos do defunto, preferindo o mais proximo aos mais remotos e dando-se a faculdade da representação (1603 e seguintes).

E, si houver divergencia, ainda se recorrerá, nos termos do cit. art. 7.º, ao caso analogo do condominio e, então, decidirá da divergencia a maioria ou ainda, no caso de empate, resolverá o juiz (635 e seguintes).

Si não houvessem no Código Civil esses casos analogos, ainda nos serviriam os principios geraes de direito.

Os tribunaes italianos, segundo nos informam Fadda e Bensa e Biagio Brugi, ob. cit. e os Tribunaes Francezes, segundo nos informa Luiz Dabot, (ob. cit.) têm assentado a jurisprudencia de que ao conjuge e herdeiros cabe o direito de disporem do cadaver, de accordo com a lei de successão, ou, de accordo com a lei do condominio e decisão do juiz; assim como dos esqueletos, dos ossos, ou cinzas e, ainda, dos tumulos em que estejam ou tenham sido guardados esses despojos. Na falta de parentes, deve caber esse direito ao Estado.

Attendendo, pois, aos progressos da sciencia e ao desenvolvimento que ainda e sempre della se pode esperar, parece dever existir um direito de propriedade sobre o cadaver.

Dr. *Hersilio de Souza*