

## OBRAS PRINCIPAIS DO AUTOR

### I. JURÍDICAS

- Sistema de Ciência Positiva do Direito*, 2 vols. (esgotada).  
*Os Fundamentos atuais do Direito Constitucional* (esgotada).  
*Tratado de Direito Internacional Privado*, 2 vols.  
*Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil* (1934), 2 vols. (esgotada).  
*Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*, 1.º e 3.º vols., únicos aparecidos (esgotada).  
*Comentários à Constituição de 1946*, 2.ª ed., 5 vols.  
*La Conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, t. 39, 1932.  
*La création et la personnalité des personnes juridiques en droit international privé*, Mélanges Streit, Athènes, 1939.  
*Nacionalidade e Naturalização no direito brasileiro* (esgotado).  
*História e Prática do Habeas Corpus*, 2.ª ed.  
*Direito de Família*, 3.ª ed., 3 vols. (esgotada).  
*Da Promessa de Recompensa* (esgotada).  
*Das Obrigações por Atos Ilícitos*, 2 vols. (esgotada).  
*Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro* (história, lacunas e incorreções do Código Civil) (esgotada).  
*Tratado do Direito Cambiário: I. Letra de câmbio. — II. Nota Promissória. — III. Duplicata mercantil. — IV. Cheque*, 2.ª ed., 4 vols.  
*Tratado de Direito Predial*, 5 vols., 2.ª ed.  
*Comentários ao Código de Processo Civil*, 6 vols.  
*Embargos aos acórdãos, Prejulgado e Revista no Direito Processual Brasileiro* (esgotada).  
*A Ação Rescisória contra as Sentenças* (esgotada).  
*História e Prática do Arresto ou Embargo* (esgotada).  
*Conceito e importância da "unitas actus"*.  
*Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band III: Brasilien* (Enleitung von Dr. Pontes de Miranda), unter Mitwirkung von Dr. Pontes de Miranda u. Dr. Fritz Gericke, herausgegeben von Dr. Karl Heinsheimer.  
*Rechtsgefühl und Begriff des Rechts.*  
*Begriff des Wertes und soziale Anpassung.*  
*Brasilien, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, do Prof. Dr. Schlegelberger, em colaboração.  
*Tratado dos Testamentos*, 5 vols. (esgotada).
- ### II. DE FILOSOFIA CIENTÍFICA
- O Problema Fundamental do Conhecimento.*  
*Garra, Mão e Dedo.*
- ### III. SOCIOLÓGICAS
- Introdução à Sociologia Geral* (1.º prêmio da Academia Brasileira, esgotada).  
*Democracia, Liberdade, Igualdade*, os três caminhos (esgotada).  
*Introdução à Política Científica* (esgotada).  
*Método de Análise Sociopsicológica* (esgotada).  
*Os Novos Direitos do Homem* (esgotada).  
*Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho* (esgotada).  
*Direito à Educação* (esgotada).  
*Anarquismo, Comunismo, Socialismo* (esgotada).
- ### IV. LITERÁRIAS
- A Sabedoria dos Instintos* (1.º prêmio da Academia Brasileira, 2.ª ed. (esgotada)).  
*A Sabedoria da Inteligência* (esgotada).  
*O Sábio e o Artista*, edição de luxo (esgotada).  
*Penetração*, poemas, edição de luxo (esgotada).  
*Inscrições da Estela Interior*, poemas, edição de luxo (esgotada).

PONTES DE MIRANDA

# TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE GERAL

TOMO V

Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas.  
Direitos. Pretensões. Ações.

2.ª EDIÇÃO

LIVRARIA CALIL

EMENTARIO FORENSE  
LIVROS JURIDICOS  
NOVOS E ESGOTADOS  
AV. RANGEL PESTANA, 271 - 9.º A. - S. 91  
FONE: 32-0421 - S. PAULO

EDITOR BORSOI  
RIO DE JANEIRO  
1955

347.0981  
M672t  
2. ed.  
v. 5

Mauricio Ferro

*deu, estando C de boa fé.* É ir demasiado longe ver-se aí poder de dispor de coisa alheia. O que se passa é que, *simultâneamente* com a transcrição a favor do primeiro adquirente de boa fé, de um lado se perde a propriedade e do outro se adquire. Qualquer referência à prescrição, de que lançaram mão juristas franceses, seria absolutamente inadequada; mas a simultaneidade ocorre. Essa simultaneidade é que dá a ilusão da transmissão da propriedade de A a C, por ato de B. Acentua-lhe os traços o fato de se verem, após a aquisição por C, remontando-se no tempo, os direitos de C *como se* fôsem os de B (ainda foi vítima dessa ilusão MARTIN WOLFF, *Lehrbuch*, III, 27.<sup>a</sup>-32.<sup>a</sup> ed., 129). A simultaneidade da perda e da aquisição (= no mesmo "ponto de tempo") tem a conseqüência de não constituir óbice ou diminuição do direito adquirido a superveniência da má fé. A data do pedido de transcrição é que importa. A transcrição anterior considera-se exata: enquanto não fôr cancelada, produz todos os seus efeitos legais (Decreto n. 370, art. 103; Código Civil, art. 850; Decreto n. 18.542, art. 276; Decreto n. 4.857, art. 293), que podem ser "prevenidos" pela inscrição do processo que tem por fito o cancelamento. Estão excluídos da eficácia favorável do registro os que tenham conhecimento da inexatidão. Se não há uma dessas ocorrências, a transcrição a favor do outorgado é produtora da aquisição por transcrição. A aquisição não se apoia no direito do verdadeiro titular, nem depende dêle, nem há traspasso de direito sem sucessão (tentativa de terceira solução): há justaposição temporal de titulares, com a aquisição originária pelo primeiro adquirente de boa fé. Não seria de aceitar-se que a derivatividade da aquisição se prove pela composição do suporte fático, porque deve ter havido negócio de disposição, com todos os seus pressupostos (capacidade, acôrdo livre de vícios, consentimento para a transcrição, transcrição). Diz-se (*e. g.*, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 53 s.) que a boa fé do adquirente sòmente substitui a falta de direito por parte do alienante. Tal substituição é pura imagem, que aparece em muitos juristas. Não se substitui nada. Mais: não se cogita, sequer, do verdadeiro proprietário que não constava do registro de imóveis. Só se cogita da transcrição a favor do adquirente de boa fé. Nem cabe trazer-se

à argumentação que o adquirente acreditava em ser dono o alienante, isto é, em ter êsse direito que não tinha. Exatamente, é a êsse êrro que se dá a fôrça de, ligando-se aos outros elementos, compor o suporte fático da aquisição. Os elementos são indispensáveis; porém, se o ato do alienante, de si só, não produziria tal aquisição pelo terceiro, claro é que a boa fé perfaz, com êle, suporte fático, a que não se pode atribuir o *transmitir*.

3. AQUISIÇÃO PELO SEGUNDO, TERCEIRO OU POSTERIOR ADQUIRENTE. — Não se pode pensar em que o segundo (outorgado de má fé, porém adquirente), terceiro ou posterior adquirente *suceda* ao não-dono que, tendo obtido transcrição, alienou o imóvel (K. HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 103, e *Lehrbuch*, I, 275, nota 13, entende que sucede aos dois, ao dono e ao não-dono, porque um dispôs e, quanto ao outro, há eficácia). Há evidente confusão entre sucessão e eficácia. Por isso, se o alienante não-dono estava falido ou insolvente, não se pode ir contra o seu ato de alienação *como successor*: existe, talvez, dano para os credores (sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 56 s., nota 114), mas, se primeiro outorgado, a boa fé opera contra o alienante como opera contra o proprietário, se falido ou insolvente, e, se segundo ou posterior outorgado, a fé pública do registro. Assim é tão falsa a concepção de sucessão jurídica de E. JÄGER para tal espécie quanto a de A. VON TUHR, que o critica. Ficaram a examinar o que ocorre do lado do alienante; em vez de examinarem a aquisição, do único lado, em que importa classificá-la: o de quem adquire. O terceiro não adquire como sucessor do não-dono, embora o tivesse crido; nem do dono, que não alienou. O adquirente não deve o seu direito ao ato do alienante e à transcrição; deve-o a isso *mais* a sua boa fé, se é primeiro adquirente e, abstraindo-se de boa fé, quanto aos posteriores adquirentes. O ato do alienante e a transcrição a favor dêsse *entram* como elementos fáticos, para formar o suporte fático, que exige, como pressuposto essencial, tratando-se do primeiro adquirente, participe no acôrdo, a boa fé.

4. SUCESSÃO NO PLANO PROCESSUAL. — Tudo que acima dissemos só diz respeito ao *direito material*. Se passamos ao

processo, é preciso que atendamos a princípios formativos do *direito processual*. A sucessão pode dar-se na pretensão à tutela jurídica e, pois, até antes do processo; na relação jurídica processual, pela comparência no processo; ou pela sucessão posterior no plano do direito material, com a comparência. A posição formal de parte pode ser *ipso iure* (herdeiro, herdeiro substituto, administrador de massa concursual ou sucessor, se findou o concurso), ou por assunção pelo comparente (sempre que a gestão por outrem não tenha eficácia para o que assume; *laudatio auctoris*; sucessor da propriedade da marca de fábrica; o sucessor, se o réu ou o autor alienou o direito que se discute; fiador). O que crê ter adquirido de outrem a propriedade e aquêle mesmo que estava de má fé (a apuração disso pertence ao direito material) pode assumir a posição formal de parte, se sustenta o mesmo. Se sustenta o mesmo e a sua aquisição como terceiro de boa fé, a eficácia da sentença contra o alienante não-dono não deixa, com isso, de operar contra êle; mas, dada a sua alegação (*plus*) de ter estado de boa fé, a parte da sentença, quanto a êsse ponto, tem de ser examinada depois, com eficácia *para êle*. Essa parte do pedido não é em sucessão; é propositura sua. (Até quando, ou por que meios, há de alegar o *plus*, pertence ao direito processual responder.) Se, ao tempo da aquisição, estava inscrito o processo (Código Civil, art. 860; Decreto n. 18.542, arts. 218 e 267; Decreto n. 4.857, arts. 227 e 281), ou, não estando inscrito, o adquirente conhecia a litispendência, a boa fé não basta, ou não na há. Se o adquirente conhecia a litispendência (o ônus da prova toca àquele a quem a afirmativa interessa), a sentença produz efeitos quanto a êle. Se a não conhecia, não pode sofrer a eficácia, pois que tem por si o registro de imóveis. Aqui, surge discordância quanto ao efeito de direito material: se a sentença foi injusta, — ou se entende que o terceiro apenas não pode ir contra o vencedor (K. HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 195), ou que a eficácia sentencial atinge o direito material (K. R. ROMEICK, *Zur Technik des BGB.*, III, 165). A antinomia entre os dois ramos do direito reaparece. Mas a solução é a mesma que em geral sustentamos (*e. g.*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I, 152 s.). Não há, por parte do adquirente,

*rente, dever de conhecer* os processos que se movem contra o alienante; por isso, é de mister a inscrição dêles para que se pré-exclua a sua alegação de boa fé. Ao contrário do que pareceu ao Supremo Tribunal alemão (47, 69: não é oposto à equidade considerá-lo com dever de conhecer a situação jurídica do alienante), o adquirente só onde resulta da lei tem êsse dever. A inscrição e o dever, resultante de regra jurídica especial, é que podem pré-excluir a boa fé. Não dissemos excluir, eliminar, mas determinar a sua inexistência como elemento do suporte fáctico da aquisição pelo terceiro que acreditou adquirir do não-dono. Para que haja aquisição derivativa, faz-se mister que o direito do adquirente só se apoie no direito de outra pessoa, que lho transfere, e dêle dependa.

5. AQUISIÇÃO POR TUTELA À BOA FÉ. — O que adquire pela boa fé é como o que adquire por ocupação, ou pela usucapião, sem que os três institutos se identifiquem. *Não há sucessão*, salvo se só se pensa em simples posposição temporal de um titular a outros. Muito diferente é o que ocorre, por exemplo, com o que recebe o imóvel em virtude de se ter alcançado o têrmo resolutivo, ou de se haver realizado a condição resolutiva, se medeia o direito de terceiro; sucede ao transmitente, e não a êsse.

### § 593. Extinção dos direitos

1. CAUSAS DE EXTINÇÃO. — Já vimos que os direitos nascem de diferentes causas, se modificam por diferentes causas e por diferentes causas se extinguem. São como os múltiplos sêres do mundo vivo, e não como certa espécie ou família dêles. Alguns direitos só se extinguem com o seu titular; outros, por vontade do seu titular (ato de disposição) e às vezes outrem, e não êle, tem direito formativo extintivo cujo exercício os extingue.

(a) Sempre que a regra jurídica faz seu suporte fáctico o ato (ou omissão) do próprio titular do direito, que ela extingue, diz-se que o direito *caiu*, caducou. A *caducidade*, em tal sentido, supõe conduta do titular que a lei repute assaz para que o direito deixe de ser; *e. g.*, em caso de perdão do adultério (art. 319, II). Dá-se preclusão, em sentido estrito, se há extinção por decurso de tempo.

(b) A *morte* do titular do direito, seja ativo, ou seja passivo, extingue a relação jurídica; se há transmissão a causa de morte, não se extingue o direito, ou o dever, a pretensão, ou a exceção, ou a obrigação, a ação ou a legitimação passiva na ação ou na exceção.

(c) Do *princípio de não-contradição* no mundo jurídico deriva que dois ou mais direitos não podem envolver contradição: se nasce o direito de propriedade de B, porque usucapiu, o direito de A, que era, deixou de ser. O direito de B não suplanta o de A: o sistema jurídico é que, por ser sistema lógico *sem* regras jurídicas contraditórias, não tem duas ou mais regras jurídicas que façam do mesmo suporte fático dois fatos jurídicos de que provenham direitos incompatíveis. A suplantação, que A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, II, 42) pretendeu ver, seria fato do plano da eficácia; em vez disso, a contradição corta-se antes, no sistema jurídico, entre as regras mesmas do sistema.

(d) A reunião dos elementos componentes de direito constituinte quando se extinguiu o direito constituído, a que E. I. BEKKER chamara sucessão restitutória (*restitutive Sukkession*), é efeito da extinção de direito, não é causa de extinção (sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 93). A reunião é entre elementos do suporte fático.

(e) O perecimento do objeto é causa de perda dos direitos. Quanto aos direitos reais, é evidente que não poderiam sobreviver à *res*.

Quanto aos direitos pessoais, nem eles se extinguem quando o devedor perde todo o patrimônio, nem todos eles se extinguem com a morte do devedor ou do credor. São direitos que têm por objeto outro bem da vida: a pessoa, a liberdade, o pátrio poder, a prestação prometida. Se sobrevivem ao devedor, passam aos herdeiros. Bastaria a consideração de que em nada atinge o crédito a morte do devedor, ou a perda do seu patrimônio para se ver quanto é falso dizer-se que objeto do crédito são a pessoa do obrigado e seu patrimônio, êrro de E. I. BEKKER (*System*, I, 78) e de A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, I, 144 e II, 93.). Certo, TH. KIPP, à nota 2, *in fine*, do *Lehrbuch* de B. WINDSCHEID (I, 172). Quanto à limitação da responsabilidade do herdeiro às “fôrças da herança”

(art. 1.587: “O herdeiro não responde por encargos superiores às fôrças da herança”), não há, no direito brasileiro, exceção de benefício de inventário, nem *direito formativo (modificativo)* à restrição. No direito romano, o *beneficium inventarii*, criado por Gordiano e generalizado, em 531, por Justiniano, era, desde 531, direito formativo modificativo: para só responder *intra vires hereditatis*, o herdeiro, que aceitava, tinha de fazer inventário conforme a L. 22, C., *de iure deliberandi*, 6, 30, e não pedir *spatium deliberandi*. Sob Gordiano, a situação talvez fôsse semelhante à do Código Civil, art. 1.587, pôsto que somente para os soldados, se de boa fé. O herdeiro, no direito alemão, é autorizado (*berechtigt*) a apresentar inventário ao tribunal da sucessão (§ 1993). O § 1.975 mostra que é possível a “restrição”, como a “irrestrição” é possível (§§ 1.994, 2.005, alínea 1.<sup>a</sup>, e 780, alínea 1.<sup>a</sup>). Só se houve a restrição é que o herdeiro responde *cum viribus hereditatis*. A figura é bem diferente da que se adotou no direito brasileiro; e menos acorde com a linha histórica. Alguns juristas, levados por A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, I, 311 s., 113, e II, 105), vêem aí exceção de responsabilidade limitada, embora os §§ 1.973 e 1.990 falem de “kann verweigern” (pode recusar) e também por isso. O “poder recusar” não é suficiente para se conceituar como exceção o benefício de inventário ou a limitação da responsabilidade. Pode-se exercer direito de exceção, como se pode exercer qualquer outro. O que em verdade o direito alemão adotou foi o *princípio da limitabilidade da responsabilidade*, que pode ser renunciado ou caducar: o herdeiro tem direito subjetivo à limitação da responsabilidade; alcança-a, exercendo-o. A responsabilidade é ilimitada. Viu-se, aí, exceção, ou exceção de exaustão (F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, III, 2, 8.<sup>a</sup> e 9.<sup>a</sup> ed., 958). Ora, o herdeiro faz a prova da exaustão, exercendo, no direito alemão, o seu direito formativo modificativo. Se o exerce tempestivamente, está limitada a responsabilidade; se o não exerce, é ilimitada. No direito brasileiro, não há direito formativo modificativo, nem exceção: a alegação de estar exausta a herança é pretensão à declaração, defesa de terceiro, a quem incumbe, segundo o art. 1.587, 2.<sup>a</sup> parte, o ônus da prova, se não foi feito inventário.

(f) Há direitos que se extinguem com o exercício. Exercê-los é esgotá-los. É o que se passa com os direitos formativos, os direitos de garantia e os direitos de créditos. Satisfeitos, extinguem-se. Dentre eles, uns têm pretensão à prestação e ação; outros exercem-se por si; outros, acessórios, acabam com o direito principal. Chamou-os H. C. HIRSCH (*Übertragung der Rechtsausübung*, 69) direitos-fins (*Zweckrechte*), porém a expressão diz pouco: são mais direitos com fim do que direitos-fins; melhor *direitos exauríveis*, à diferença do direito de propriedade, das servidões e outros que não se exaurem, ou direitos extrínsecos, em vez dos intrínsecos, que têm em si-mesmos, na imediatidade do seu objeto, o seu fim.

2. DEFINITIVIDADE DAS EXTINÇÕES. — Enquanto algumas manifestações de vontade, de conhecimento ou de sentimento, que entram no suporte fático de alguma regra jurídica criadora ou modificadora podem ser revogadas, nunca se revoga a manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, que entra no suporte fático de regra jurídica que extingue. A *vox*, que serviu a empuxar para o nada, nunca se retira. Também o desfazimento do direito não pode ser desfeito. O que se pode querer é a criação de novo direito, com o mesmo ou semelhante suporte fático (menos *tempo*) da mesma regra jurídica. No mundo jurídico, não há ressurreições; pelo menos em princípio. Aqui, há problema dos mais sutis: se o dono do prédio A serviente adquire o prédio B dominante, diz-se que se dá a confusão e a servidão se “extingue” (art. 710: “As servidões prediais extinguem-se: I. Pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa”; argentino, art. 3.055); se volve um deles a pertencer a outrem, ¿ressurge o direito real de servidão? ¿Que é que, em verdade, se passa? No direito suíço (art. 735), se os dois fundos se reúnem na mesma mão, o proprietário pode fazer cancelar a servidão, e, se não usa dêsse direito, a servidão continua. No direito alemão, tem-se interpretado que a espécie é de *pausa do direito* (*Ruhen des Rechts*), algo que corresponde à pausa (dizemos “suspensão”, art. 394) do pátrio poder. Não é bem isso o que acontece: ao pátrio poder que se suspende, tira-se algo, desconstitui-se (a sentença de suspensão do pátrio poder é constitutiva negativa); à servidão, que, pela mesmei-

dade do dono dos prédios, não deixa de figurar no mundo dos direitos, nada se tirou, salvo a direção subjetiva da pretensão real, porque a servidão, essa, continua de *exercer-se*; nem, sequer, houve o *encobrimento*, a que dão ensejo as exceções. Em verdade, a servidão, como suporte fático, não se suspende com a confusão, apenas o dono não pode exercer a pretensão real contra o seu próprio prédio, vale dizer contra si-mesmo como indivíduo atual inserto no sujeito passivo total do direito real. Por isso, a alienação do prédio dominante (elemento do suporte fático), ou do prédio serviente (elemento do suporte fático), vai, ainda na dúvida, com o direito de propriedade, ou com o dever de servidão: não há renascimento; o direito de servidão lá estava no mundo jurídico (suporte fático + regra jurídica), e lá ficou; apenas a pretensão real, que é contra *quem quer que seja* dono do prédio, não pode ser exercida pelo dono dos dois prédios contra si-mesmo; o seu conteúdo é ato do dono dos dois prédios, o que exclui oportunidade ao exercício da pretensão: aí, a exercitabilidade contra a totalidade dos sujeitos passivos passa por pessoa, em que *falha*, como dente de entrosa. Andou bem o Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 274 (decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 291), em deixar ao dono do prédio serviente o direito de pedir o cancelamento da servidão. Se o prédio está hipotecado, é preciso o consentimento do credor hipotecário (Decreto n. 18.542, art. 273; Decreto n. 4.857, art. 290). *Idem*, se sujeito a anticrese.

3. CORRELAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES, NO TOCANTE À EXTINÇÃO. — A extinção de direitos implica a extinção de dever, do lado dos sujeitos passivos individuais ou totais. A dívida desaparece. Desaparece o usufruto, o uso, ou a habitação, de maneira que os elementos, que se afastaram para lhes fazer o suporte fático, volvem à propriedade. Desaparecendo o direito de propriedade, como se jogo à rua fôlhas de papel, ninguém mais tem o dever de proceder como se aquelas fôlhas de papel não pudessem ser retiradas do meu patrimônio: o transeunte pode apanhá-las e apropriar-se delas, e nem eu nem as outras pessoas poderemos proceder como se as fôlhas de papel não fôssem do transeunte; o empregado da limpeza pública pode apanhá-las e pô-las na caixa de pa-