

# Livro de **ESTUDOS JURÍDICOS**

COORDENAÇÃO  
JAMES TUBENCHLAK  
RICARDO BUSTAMANTE

- Ada Pellegrini Grinover
- Afranio Silva Jardim
- Alexandre Freitas Câmara
- Athos Gusmão Carneiro
- Caio Mário da Silva Pereira
- Carla Izolda Fiuza Costa Marshall
- Carlos David S. Aarão Reis
- Claudio Alves Malgarin
- Dalton Luiz Dallazem
- Elida Sá
- Fernando da Costa Tourinho Neto
- Fernando Miller
- Francisco Barros Dias
- Helcio Alves de Assumpção
- Hugo Nigro Mazzilli
- Humberto Theodoro Júnior
- Ivan Lira de Carvalho
- Ives Gandra da Silva Martins
- J.J. Calmon de Passos
- Jefferson Carús Guedes
- João Batista Petersen Mendes
- José Antônio Lisbôa Neiva
- José Carlos Barbosa Moreira
- José dos Santos Carvalho Filho
- José Marçal de Ataide Assi
- Júlio Fabbrini Mirabete
- Lenice Silveira Moreira
- Lenio Luiz Streck
- Leonardo Roscoe Bessa
- Luís Paulo Ferreira do Santos
- Miguel Pedrosa Machado
- Nagib Slaibi Filho
- Nicolau Dino de Castro e Costa Neto
- Orlando Celso de Silva Neto
- Paulo de Tarso Brandão
- Pedro A. Batista Martins
- R. Reis Fricde
- Rubens Requião
- Sergio Bermudes
- Sergio Demoro Hamilton
- Sinaida de Gregorio Leão
- Sylvio Capanema de Souza
- William Douglas Resinente dos Santos
- Yussef Said Cahali

COORDENADORES  
James Tubenclak e Ricardo Bustamante

LIVRO DE  
**ESTUDOS JURÍDICOS**

VOL. 11

**Instituto de Estudos Jurídicos**  
Rio de Janeiro  
1995

1ª edição - 1995

© *Copyright*

*Instituto de Estudos Jurídicos*

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livro, RJ.

L762 Livro de estudos jurídicos, volume 11 / coordenadores James Tubenchlak  
V.11 e Ricardo Bustamante. - Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995.

1. Direito - Brasil. I. Tubenchlak, James, 1939 - II. Bustamante, Ricardo  
Silva de, 1941 -.

91-0739

CDU - 340(81)

Produção e Editoração: João Luís, Glauco A. Ribeiro e Pablo A. Ribeiro  
Tel.: (021)284-1700

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive, através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei nº 5.988, de 14.12.73).

Reservados os direitos de propriedade desta Edição pelo  
INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS LIMITADA  
Av. Ary Parreiras, 432 - Niterói - RJ - Tel.: (021)710-7847 - Cep. 24230-322

---

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## DAS PESSOAS. DO DOMICÍLIO. DOS BENS<sup>1</sup>

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA  
Professor Emérito nas Universidades Federais do  
Rio de Janeiro e Minas Gerais

### 1. Direito Subjetivo

Na corrente normativista, centrada principalmente em Duguit e Kelsen, o direito é o que a norma legal estabelece.

Por isso mesmo nega a figura do direito subjetivo.

Para Duguit (*Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, §2º, pág. 15) somente tem existência o direito objetivo, uma vez que não reside no indivíduo um poder de comando. Somente há o direito objetivo, destinado a disciplinar o comportamento das pessoas, sem gerar um poder de que alguém seja investido.

Kelsen também nega o direito subjetivo, partindo de que o direito se confunde com o Estado, o qual constitui um sistema de normas impostas aos indivíduos, e em consequência não poderá haver prerrogativas individuais em relação ao Estado (Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, pág. 40 e segs.).

Em oposição, os sistemas jurídicos que compõem a civilização ocidental, que eu denomino de romano-cristã (quase com exclusividade, tendo em vista a informação morfológica romana e a influência espiritual do Cristianismo) repousam em a noção do direito subjetivo.

Para efeito da idéia-força básica, é indiferente o substrato volitivo de Windscheid (poder de ação); ou a concepção teleológica de

Von Ihering (interesse) ou a conjugação de ambos (poder de ação visando a um interesse): Saleilles, Jellinek, Michoud. Num pequeno livro Ihering lembra que Shyllock, exigindo o que lhe pertence, é a imagem viva do direito subjetivo.

No relacionamento social está presente o conceito de assenhoreamento, de posse, de realização. Uma criança com seu brinquedo; o empresário com o seu negócio; o Estado e os valores que organiza e dirige – todos raciocinam em termos da idéia de direito subjetivo.

Na sua etiologia, comparecem os três elementos: sujeito, objeto, relação jurídica. Vale dizer: quem tem o poder; sobre que recai o poder; de que maneira se exerce o poder – assegurado pela ordem jurídica.

Quando a escola pandectista germânica construiu a base dogmática do Bürgerliches Gesetzbuch – BGB – proporcionou que ele se abrisse com a Parte Geral, ordenando as pessoas, os bens, os atos jurídicos.

Quando se elaborou o Código Civil Brasileiro de 1916, Beviláqua seguiu a orientação tedesca, e dedicou a Parte Geral às pessoas, aos bens, aos fatos e atos jurídicos. A Parte Geral do Código Civil Brasileiro divide-se, portanto, em três seções, que representam os três elementos do direito subjetivo.

Na civilização ocidental, a idéia básica da estrutura jurídica é o direito subjetivo, o que não ocorria por exemplo no direito soviético ou no direito chinês, por mim analisados nos meus Cursos de Direito Civil Comparado.

Este presente estudo tem como ponto de partida o direito subjetivo e seus elementos estruturais.

Cogitarei agora das Pessoas e dos Bens. Em outra oportunidade me voltarei para os Fatos e Atos Jurídicos, que aliás já têm sido por mim enfocados um tanto ou quanto dispersamente.

Começo pelas Pessoas e seu Domicílio.

Mas quem trata das Pessoas, há que iniciar pela Personalidade. Com efeito.

### 2. Início da personalidade

A idéia de personalidade, disse eu em minhas *Instituições de Direito Civil* (vol. I, nº 42), está intimamente ligada à de pessoa, na aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações (Código Civil, art. 2º: todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil).

<sup>1</sup> Conferência proferida no IX Simpósio Nacional – Direito Civil, Comercial e Processual, realizado nos dias 8, 9 e 10 de junho de 1995, Blumenau, SC, pelo Instituto de Estudos Jurídicos (IEJ).

Não se distancia do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao arrolar esta os direitos individuais.

O primeiro problema a reclamar a atenção do jurista reside no questionamento de quando se inicia a personalidade humana.

O Direito Romano datava o início da personalidade a partir do nascimento, embora pusesse a salvo os interesses do nascituro: *nasciturus pro iam natu habetur quum de eius commodis agitur* (Digesto, Liv. I, tit. V, pr. 7).

Nos mesmos termos, como que traduzidos da codificação do VI século, reza o Código Civil, no art. 4º: a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim é que, pelo nosso direito positivo, antes do nascimento inexistia personalidade. No mesmo sentido foi o Projeto de Código Civil de 1965, art. 2º (Orlando Gomes, Orozimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira). A mesma doutrina, e em termos idênticos reza o art. 2º do Projeto de Código Civil de 1975.

Idêntica doutrina vigora no Código Civil Alemão, art. 1º, em referência específica à capacidade de direito. Confirmando-o a doutrina germânica o proclama, como no dizer de Karl Larenz (*Derecho Civil*, Parte Geral, pág. 108): a personalidade começa do nascimento.

Teixeira de Freitas (*Consolidação das Leis Cíveis*, art. 1º) já se referia à presunção de capacidade antes do nascimento, mas para efeitos sucessórios ("as pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento).

Henri Capitant (Introduction à l'étude du Droit Civil, pág. 92) afirma peremptoriamente que a personalidade começa do nascimento, e explica: "*avant la naissance et après la mort, elles (as pessoas) ne peuvent être titulaires d'aucun droit*".

João Franzen de Lima (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, nº 153); Washington de Barros Monteiro (*Curso de Direito Civil*, vol. I, pág. 58); Silvio Rodrigues (*Direito Civil*, vol. 1, pág. 58); Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, vol. 1, nº 113, pág. 210), também proclamam.

Clovis Beviláqua, fiel ao dispositivo legal (Cod. Civil, art. 4º), confirma o início da personalidade a partir do nascimento. Ele mesmo, todavia, no art. 3º de seu Projeto de Código Civil, recuava a personalidade à fase concepcional, ao argumento de que não há direito sem sujeito, e se ao nascituro se reconhecem direitos, a personalidade haveria de anteceder ao nascimento.

Daí então, ao comentar o art. 4º do Código Civil, Beviláqua observa que, em relação ao início da personalidade, há duas doutrinas. Uma faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando para o nascituro uma expectativa de direito. Outra remonta à concepção ("Comentários", edição histórica, vol. I, pág. 178).

Já Oertmann (*Introducción al Derecho Civil*, § 7, pág. 56) se faz corifeu do reconhecimento, para o nascituro, de "direitos condicionais", ou seja, a personalidade civil começa do nascimento, *sub conditione* do nascimento com vida.

A teoria dos direitos condicionais é abraçada por Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil*, vol. I, nº 11, pág. 10; Mazeaud, Mazeaud et Chabas, *Leçons de Droit Civil*, Tomo I, vol. 2, nº 443.

Ernest Wolf (*Lehrbuch*, pág. 149) mais radical, faz datar a personalidade a partir da concepção, "independentemente de que mais tarde nasça vivo ou não".

São, destarte, duas as correntes que alguns costumam designar como nativista e concepcionista (Tânia da Silva Pereira).

Em nosso direito repercute a dicotomia. De um lado, os que se prendem ao art. 4º do Código Civil. De outro lado, autores mais modernos, posto que conspícuos, recuam o início da personalidade à concepção, tais como: R. Limonge França, *Manual de Direito Civil*, vol. I, pág. 126; Francisco Amaral, *Direito Civil Brasileiro, Introdução*, pág. 224; Carlos Alberto Bittar, *Curso de Direito Civil*, pág. 79; Ives Gandra da Silva Martins, *Fundamentos de Direito Natural à Vida*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 623, pág. 27; Tânia da Silva Pereira (realiza minucioso estudo, manifestando posição desengadamente concepcionista).

Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, nº 44, ed. de 1995, revista por Humberto Theodoro Júnior, afirma o início da personalidade com o nascimento, mas ressalva que, atendendo a hipóteses em que a coincidência não se verifica, admite a "personalidade fictícia", de que em primeiro lugar coloca o nascituro.

Em minhas *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 43, defendo a doutrina esposada no disposto no art. 4º do Código Civil, reconhecendo, contudo, que os direitos do nascituro permanecem em "estado potencial", na dependência do nascimento com vida (pág. 145, da edição de 1994).

Um argumento novo concorre no sentido da teoria "nativista". Não se pode deixar na circunstância da fertilização "in vitro" (ectogênese) de que discorre Maria Helena Diniz ("Reflexões sobre a

problemática das novas técnicas de reprodução humana”, In *Livro de Estudos Jurídicos do IEJ* nº 8 p. 207 e segs.).

Concebido o embrião, pode ser mantido congelado por dias, meses e anos. Seria possível aceitar que o embrião na geladeira é dotado de personalidade? E no caso de serem produzidos vários embriões, e, após o aproveitamento de um, serem inutilizados os demais, como considerar a sua eliminação? Dar-se-ia que a sua destruição em massa traria atentado a seres com Personalidade? O Direito tem de atentar nisto, para fixar Doutrina que atenda a todos os casos.

### 3. Pessoa física

Sem embargo das divergências doutrinárias, em face do art. 4º do Código Civil a outorga de direitos e a faculdade de contrair obrigações na ordem civil estão subordinadas a dois requisitos: nascimento e vida.

O nascimento é um fenômeno biológico. Implica em que se desfaça a unidade mãe-filho. Durante a gestação, mãe e filho convivem em uma economia unitária e comum.

A concepção normalmente ocorre das relações sexuais homem-mulher. O período da gestação pode ser mais ou menos longo. O Código Civil (art. 338) auxiliado pela experiência científica, prevê um máximo de trezentos dias e um mínimo de cento e oitenta. São prazos flexíveis. Casos há de gestação por tempo excedente de trezentos dias ou inferior a cento e oitenta dias. A lei tem em vista o que normalmente acontece - *quod plerunque fit*, para adotar os seus parâmetros.

Independentemente da duração maior ou menor, pouco importa que o feto seja expulso do ventre pela força natural, ou provocado por processo artificial, químico ou mecânico.

É indiferente, também, que a concepção se deva à inseminação artificial, ou que o embrião seja inserido no útero.

É portanto o nascimento com vida a data inicial de aquisição da personalidade, em harmonia com o Código Civil. Se se recusasse à da concepção, poder-se-ia dizer que um embrião, na geladeira, já é uma pessoa, como acima analisei.

O outro requisito é a vida. Segundo os ensinamentos correntes, a vida se revela pela primeira troca ox carbônica. Praticamente, pela inalação do ar atmosférico. Como resume De Page (*Traité Élémén-*

*taire*, vol. I, nº 236) desde que tenha respirado, viveu, ainda que não tenha sido cortado o cordão umbelical. Este requisito prevalece ainda na doutrina concepcionista, a saber: se não chegar a ter vida extra-uterina não pode arrogar-se a condição de pessoa.

O direito brasileiro não cogita de forma humana (Digesto, I, V, 14); nem da “viabilidade” exigida pelo direito francês. Contenta-se com o nascimento e vida, tal qual no Direito Alemão (Oertmann, *Introducción*, pág. 54; Eneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, vol. I, § 77), ou no Direito Italiano (Código Civil, art. 1º) ou ainda no Código Civil Português, que, mais minucioso, requer “nascimento completo” (art. 66, nº I).

### 4. Fim da Personalidade

Na conformidade do que dispõe o art. 10 do Código Civil, “a existência da pessoa natural termina com a morte”. Aí termina a personalidade humana. Não há cogitar da *Capitis deminutio maxima* do Direito Romano que coincidia com a perda do *status libertatis*, isto é, redução do indivíduo à escravidão. Não subsistiu em nosso direito a “servidão da pena”, imposta pela condenação à morte. Não prevalece também a “morte civil”, a que alude o Código Comercial de 1850 (art. 157, nº III), e vigorava no Direito Francês até 1854 (Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. I, nº 412); na Itália até 1865 (Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. I, § 35); na Bélgica até 1831 (De Page, *Traité*, vol. I, nº 239).

O Direito Brasileiro cogita ainda de morte presumida, quanto aos ausentes, nos casos dos arts. 481 e 482.

No regime do Código Civil, a morte põe termo à personalidade humana (Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. I, § 25; Washington de Barros Monteiro, vol. 1, pág. 55; Carlos Alberto Bittar, *Curso de Direito Civil*, vol. 1, pág. 82). O nosso Direito se contenta em dizer que a morte põe fim à personalidade. Não especifica os critérios determinantes da morte.

Em princípio prova-se a morte por certidão passada pelo Oficial do Registro Civil. Em sua falta poder-se-á recorrer a algum meio supletivo indireto.

O desenvolvimento técnico veio trazer ao jurista um problema de que se não cogitava. Contentava-se, para positivar a morte, com a cessação dos sinais externos, como a ausência de batimentos cardíacos.

cos, falta do movimento respiratório, perda de reflexo pupilar, e outros menos perceptíveis.

A ciência moderna veio a considerar a "morte cerebral" provocada por uma descerebração por certo lapso de tempo, como a cessação da vida.

Daí uma indagação séria, a saber se se pode entender o término da personalidade uma vez determinada a "morte cerebral". O cientista proclama que a morte cerebral põe termo à vida, ainda que subsistam funções orgânicas: respiração, batimentos cardíacos, digestão de alimentos, posto que o paciente se não comunique com o mundo exterior.

Em revista científica li que é tão certo ser a morte cerebral causa determinante da morte natural, que já nessa fase seria lícita a extração de órgãos para transplante.

A minha concepção jusnaturalista do direito repugna uma proposição desta ordem.

A mim, como cultor do direito, repugna admitir que com a morte cerebral cessa a personalidade humana, ainda que o indivíduo subsistam dotado apenas de vida vegetativa. Pelo princípio de solidariedade humana, tem de receber todos os cuidados que o preservem da morte natural, sem os exageros com que muitas vezes os cuidados médicos apenas concorrem para prorrogar a agonia, sem melhores perspectivas. Para efeito de cessação da personalidade jurídica não posso admitir apenas a morte cerebral. Ao cientista, apenas a morte cerebral basta. O jurista não aceita, no entanto, que o ser humano seja considerado uma "coisa".

Fato é que o Direito ainda não encontrou fórmula hábil a sair deste contraditório labirinto. É necessário que se repense o problema, no enquadramento dos princípios, e se "reformule a norma jurídica".

## 5. Domicílio

O Código Civil Brasileiro oferece uma definição de domicílio revestida de simplicidade e de boa lógica, no art. 31 - o domicílio civil da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Associa, desta sorte, o elemento objetivo da "residência" com o fator psíquico "intenção".

Assim procedendo guarda uma posição intermediária, entre a noção romana e a doutrina da relação jurídica.

Cumprido, então, desenvolver uma e outra idéia.

Para o DR. (Código, Livro X, Tít. 39, Lei 7) o domicílio era o lugar onde alguém constituía o seu lar e situava as suas coisas e a sua fortuna: "*ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit*".

Para estabelecer bem a noção de domicílio, alguns autores escalonam gradativamente a morada, a residência e o domicílio (Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 39; Mazeaud, Mazeaud et Chabas, *Leçons de Droit Civil*, nº 567 e segs.; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 63).

"Morada" é o lugar em que alguém chega e permanece sem uma idéia de continuidade: o que aluga uma casa de veraneio, e ali se instala e a sua família, independentemente se por uma temporada, por uns dias ou meramente para assistir a um evento.

"Residência" seria a morada habitual, estável e certa, com caráter de permanência, ainda que temporária, e sem a intenção de se estabelecer. Uma pessoa que se instala em uma cidade (no País ou no estrangeiro) para cumprir uma bolsa de estudos ou efetuar uma pesquisa mais ou menos duradoura. O funcionário público ou privado que se fixa pelo tempo de duração, certo ou indeterminado, de seu trabalho.

"Domicílio" traduz a residência com o ânimo, ou propósito, a intenção de aí se estabilizar, e de permanecer.

Nos sistemas jurídicos não é pacífica a noção. Sem a simplicidade conceitual do Direito Brasileiro, a doutrina francesa, como a italiana, imaginam o domicílio, não como um lugar, porém, como uma relação jurídica, ou uma vinculação abstrata entre a pessoa e o lugar onde se situa o estabelecimento principal de seus negócios.

O Projeto de Código Civil de 1965 (elaborado sobre o Anteprojeto de Orlando Gomes, mas contra o meu voto) abraçou a doutrina francesa de "domicílio-relação jurídica". O Projeto de Código Civil de 1975 (art. 70) retomou a conceituação anterior vinda do Código Civil de 1916: lugar onde uma pessoa se estabelece com ânimo definitivo.

O vocábulo domicílio permite várias conotações, em função de sua finalidade. Assim é que se fala em domicílio político, domicílio eleitoral, domicílio profissional, domicílio trabalhista, domicílio processual, domicílio internacional, domicílio administrativo.

O de que se cogita aqui, no presente trabalho, é do domicílio civil, decorrente da definição extraída do art. 31 do Código Civil, transcrito.

Conceituado como o lugar da residência com ânimo definitivo, pode compadecer-se com a idéia da sua unidade ou da sua pluralidade.

A doutrina legal brasileira adota inteiramente a teoria da pluralidade.

Se é o lugar da residência com ânimo definitivo, adapta-se à realidade econômica e funcional.

Uma pessoa pode ter mais de uma residência permanente e definitiva. Um homem de negócios pode residir em uma cidade com sua família e *animus manendi*, e ao mesmo tempo situar os seus negócios e suas atividades em outro lugar, nas mesmas condições. É o que o art. 32 estatui, considerando domicílio seu qualquer desses lugares.

Reversamente, se uma pessoa não tiver residência habitual, como é o caso de quem empregue sua vida em constantes viagens, não se pode dizer tenha um domicílio certo, porém que se considera como tal o lugar onde for encontrada. É a doutrina legal alemã (BGB, art. 7), com aplauso de Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. I, nº 535), e já o Direito Romano, enunciava: *nam hunc puto sine domicilio esse* (*Digesto*, 50, I, 27, 2).

Na conceituação francesa, como na italiana, isto não pode ser: se o domicílio é uma relação abstrata entre a pessoa e o lugar onde se situa o principal centro de seus negócios, prevalece a unidade domiciliar. Se tiver suas atividades dispersas por vários lugares, um há de ser o principal e aí o seu domicílio.

O sistema brasileiro é mais lógico e mais prático, permitindo se considere domicílio qualquer dos locais em que a pessoa residir, ainda que viva alternadamente em mais de um, dê que em qualquer deles se estabeleça com ânimo definitivo.

Do ponto de vista prático, esta noção é mais correta, porque ao tratar com outra pessoa, fica esta sabendo que num ou noutro lugar está o domicílio. É ao mesmo tempo, não havendo um local certo para aí fixar o domicílio, a outra pessoa, para todos os efeitos, mesmo processuais, tem o direito de considerar domicílio onde o interlocutor negocial seja encontrado.

Dentro no sistema francês, esta hipótese é inviável, porque lá toda pessoa há de ter, obrigatoriamente, um domicílio (Mazeaud, Mazeaud *et* Chabas, loc. cit). O mesmo ocorre no Direito Italiano (Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, vol. citado).

Dentro na teoria do domicílio, há que considerar que depende ele das circunstâncias.

Assim é que se diz "domicílio de origem" o do pai, em relação ao filho havido das relações matrimoniais.

Podem as circunstâncias da vida compelir uma pessoa a ter de mudar de domicílio. Trata-se aí de mudança "compulsória", como ocorre, por exemplo, quando o servidor, civil ou militar, é transferido em caráter definitivo, caso em que terá de aceitar o domicílio da transferência (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. II, tomo I, nº 138).

Na hipótese de mudança "voluntária", deve o interessado comunicar, às autoridades, de onde sai para a localidade aonde vai.

Em não o fazendo (o que é muito freqüente), a mudança prova-se por qualquer meio, não sendo imprescindível o transferência da habitação. O que predomina é a intenção de mudar (Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité* citado, I, nº 554).

São casos de domicílio "necessário". O filho não reconhecido tem por domicílio o da mãe; ou o do pai, se já ao nascimento precede a declaração de estado.

Independentemente do nascimento, os incapazes têm por domicílio o de seus representantes: assim é o do tutelado em relação ao tutor; o do interditado em relação ao curador; o do menor não emancipado em relação ao pai, ou à mãe, conforme a circunstância.

No regime do Código Civil, a mulher casada era sujeita ao domicílio necessário, porque cabia ao marido fixá-lo na constância do casamento (art. 233, nº III).

Desde a Lei 4.121/62 - "Estatuto da Mulher Casada" e em consequência das novas regras contidas na Constituição de 1988 os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem, e pela mulher. Conseqüentemente tem esta domicílio próprio, independente de determinação pelo marido.

Modalidade específica de domicílio necessário é o "domicílio legal", que obrigatoriamente tem uma pessoa com sede obrigatória, em função de suas atividades ou profissão: o funcionário público, o militar em serviço ativo, o condenado (Cod. Civil, art. 40), situação que se não estende à sua família.

Cumprido, todavia, ressaltar que o domicílio legal não é incompatível com o domicílio civil, em razão de nosso sistema jurídico admitir a pluralidade domiciliar.

Modalidade grandemente relevante é o domicílio de eleição, convencional ou contratual, mencionado por expresse no art. 42 do



Código Civil, quando os contraentes especificam a localidade onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações resultantes dos respectivos contratos.

Não se trata de cláusula ou convenção que substitua o domicílio geral. Ambos convivem, e é um caso legalmente reconhecido de pluralidade. Sem prejuízo do domicílio geral, podem os contratantes estabelecer que, para aqueles direitos e obrigações resultantes de um contrato, as partes se vinculem ao lugar em que se exercem os direitos e se cumprem as obrigações.

Sendo de natureza convencional, há de resultar inequívoco; os contraentes a ele se obrigam, sendo-lhes lícito, se demandados em local diverso, excepcionarem para aquele, também chamado "de eleição".

É certo, contudo, que a convenção domiciliar não tem cabida onde vigorar disposição legal imperativa ou de domicílio obrigatório, seja no plano puramente civil, seja no processual.

Há peculiaridades, como situações especiais existem, que influem na determinação do domicílio, e que se consideram em cada caso previsto ou oriundo de lei.

Assim se dispõe que, para a ação de alimentos, prevalece o domicílio do alimentando; para a ação de divórcio, o da mulher; para a de conversão de separação em divórcio, o foro em que aquela foi decidida.

A natureza deste trabalho não comporta explicações e discussões que extrapolem os limites de uma conferência.

Estas noções, contudo, permitem apresentar as linhas mestras do instituto, a serem desenvolvidas ou constituídas como elementos iniciais de uma pesquisa.

## 6. Patrimônio

A epígrafe da palestra limita-se aos "Bens". A fim de melhor situar a matéria, é mister uma referência ao "patrimônio". E tanto mais necessário que não se trata de noção pacífica e tranqüila. Ao revés, os autores travam-se de razões no esforço de conceituá-lo, formando-lhe em torno verdadeiras correntes, a disputarem as preferências.

Começarei pela menção sintética das diversas e divergentes proposições, para ao final chegar a um resultado que me parece oferecer solução mais adequada a toda uma problemática.

Num primeiro plano pede passagem a idéia de ser o patrimônio o conjunto de bens ou valores de que o sujeito é titular, expurgados deles os valores negativos ou as dívidas. A ser verdadeira a tese, e na medida em que se excluem os valores negativos, o patrimônio iria minguando, até o momento em que se igualassem as cifras, chegando-se a admitir que uma pessoa, não obstante todos os seus relacionamentos econômicos, viveria sem patrimônio.

É neste sentido que De Page o define como o conjunto de bens penhoráveis de um indivíduo (*Traité*, vol. V, nº 572), excluindo, portanto, os encargos ou gravames incidentes.

Assim procedendo, o eminente tratadista belga inova, sem dar solução aos problemas principais, uma vez que somente por enorme esforço de abstração seria possível separar os bens dos débitos, e imaginar que na falta de bens penhoráveis o sujeito ficaria sem patrimônio.

No outro extremo, Aubry *et* Rau (*Droit Civil*, vol. IX, § 573) visualizam o patrimônio como a projeção da personalidade do homem, considerada com suas relações exteriores. Não obstante a enorme autoridade dos seus criadores, e o seu conteúdo imaginoso, ela representa uma abstração incompatível com a sua realidade concreta.

Josserand, também no campo abstracionista, imagina o patrimônio como um "receptáculo ideal", onde se recolheriam os valores ativos e passivos gerados pelas relações jurídicas.

Com todas estas variedades e exclusões retornamos à idéia tradicional do patrimônio como abrangente das obrigações do indivíduo ao lado dos valores positivos (Windscheid, *Pandette*, vol. I, § 42), abraçada igualmente por Eneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado*, I, § 124.

E assim alcançamos a noção simples, realista e prática, enunciada por Beviláqua. Como "complexo das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente" (*Teoria Geral*, pág. 210).

Nesta concepção, enxerga-se o patrimônio como complexo de valores positivos e negativos, direitos e obrigações, sem a necessidade de um balanceamento. Daí decorre a definição clássica da unidade patrimonial. Esta unicidade, entretanto, não satisfaz quando se cogita da noção clássica de patrimônios separados, na sucessão *mortis causa* ou do patrimônio "de afetação", quando uma pessoa separa de seu patrimônio bens destinados a certa finalidade (Brinz, De Page).

É então que passamos ao estudo dos "bens".

## 7. Dos Bens

O Direito, ao cogitar dos bens, deixa de lado toda espécie de abstração, que consideraria "bens" tudo aquilo que agrada (V. minhas Instituições de Direito Civil, vol. I, nº 68), para se fixar nos bens jurídicos, que Planoil, Ripert et Boulanger (*Traité Élémentaire*, vol. I, nº 2581) definem como elementos de riqueza suscetíveis de apropriação.

E aí já se desenha uma dicotomia essencial. O indivíduo, na sociedade, é titular de numerosos "bens jurídicos".

De um lado aqueles que têm, em si mesmos, um valor econômico, e são os bens patrimoniais, de que o sujeito pode dispor a seu critério. A eles pode renunciar unilateralmente, ou a respeito deles transigir (Código Civil, art. 1035). E todos eles passíveis de avaliação direta.

De outro lado, aqueles outros que não têm expressão econômica, porém são igualmente valiosos e ponderáveis: são os valores morais que a ordem jurídica atual assegura e protege (*Constituição*, art. 5º, alíneas V e X). Tendo-os em vista, aos primeiros se dá o nome de valores patrimoniais; os outros se dizem valores morais; todos, porém, bens jurídicos.

Por um imperativo pedagógico tenho de limitar-me aos bens patrimoniais, uma vez que os outros constituem objeto de outro tema, do mais elevado interesse e atualidade.

O contexto do vocábulo "bens", pode abranger os corpóreos e os incorpóreos (*corporales et incorporales res*) como faz o nosso Código Civil, embora em puro rigor técnico os bens corpóreos se designem como "coisas" (Teixeira de Freitas, Endemann, Windscheid, Ruggiero), tal como faz o BGB (art. 90); que reserva para os incorpóreos a denominação de "objetos" (Oertmann, *Introducción*, § 24; Eneccerus, Kipp y Wolff, Tratado, vol. I, § 114; Ferrara, Trattato, pág. 273), e nós dizemos "bens".

A caracterização das coisas corpóreas pelo critério da tangibilidade já vinha de Gaius (*Institutiones*, II, nºs 13 e 14), a dizer *corporales hae quae tangi possunt* (corpóreas as coisas que se podem tocar); e incorpóreas *quae tangi non possunt* (que se não podem tocar) exemplificando com os direitos, a herança, o usufruto, as obrigações.

Esse critério já não pode subsistir na atualidade.

Basta lembrar que a energia elétrica não suporta, em qualquer sentido, a tangibilidade, e é classificada como coisa corpórea até para efeitos criminais, quando as Cortes punem o seu aproveitamento indevido como "furto". A transmissão da imagem pela TV se efetua por via de

"canais". A transmissão por via de telefax, embora consista em imagens gráficas enviadas pelo telefone, se corporifica em um escrito que é havido como prova material de declaração de vontade. Na doutrina tradicional a luz é uma transmissão de vibrações. Com base na observação dos eclipses, admite-se o deslocamento de partículas por atração.

A informática veio abrir novos horizontes com a volumosa "memória", sujeita a armazenamento, enquanto não gravada em disquetes, e a criação dos bancos de dados ainda não tem uma classificação como categoria de bens.

Os conceitos mais certos, em face de novas descobertas e inventos, clamam por serem revisados.

A classificação sistemática dos bens e das coisas, que o Código Civil desenvolve por menor - dispensa que sobre ela eu me detenha, pois que é objeto de ordenamento legal, que o tempo sedimentou; senão e tão somente vale mencionar pela referência: móveis e imóveis, fungíveis e infungíveis, consumíveis e inconsumíveis, divisíveis e indivisíveis, singulares e coletivos, principais e acessórios, públicos e privados, disponíveis e indisponíveis.

Também eles recebem o influxo das novas concepções, e se sujeitam a novos enquadramentos, a exigirem do legislador um indispensável retoque, não obstante sua fidelidade às noções clássicas.

Os demais, colocados sob cuidadoso enfoque jurídico, ainda esperam ordenamento especial.

Quando, em 1962, recebi a "Medalha Teixeira de Freitas", que generosamente me outorgou o Instituto dos Advogados Brasileiros, disse e ora repito: as transformações operadas no curso de uma geração (da minha geração), tornaram-se tão numerosas, tão extensas e tão profundas, que os quadros jurídicos já não as comportam.

Clamam por substancial reforma, como eu disse então, em discurso tão polêmico que foi considerado uma provocação ao "establishment", integrando toda uma corrente, por via da qual tenho sido tachado ora de idealista, ora de rebelde.

Em verdade, cumpre às novas gerações de juristas atender a aquele apelo, que então fazia, e ainda hoje lhes dirijo, para que empreendam a indispensável "Reformulação da Ordem Jurídica".

O homem tem assistido a periódicas "reformulações" desde a antiguidade clássica. No momento atual, o jurista há que absorver as mudanças econômicas e sociais, bem como as transformações científicas, e à sua vez, trazê-las para os quadros jurídicos, aparelhando-os para a necessária disciplina dos comportamentos.