

A FICÇÃO NO DIREITO.

PROF. EUCLIDES DE MESQUITA

(Docente-Livre de Direito Civil)

A ficção é um expediente hipócrita e é, ao mesmo tempo, uma peça das construções mentais familiares ao juristas. Convém, pois, analisar a noção da ficção jurídica, e, para êste efeito, é preciso determinar sob qual aspecto considerar o Direito para, aí, encontrar a origem da formação das ficções.

Cada um sabe que a palavra "Direito" designa um dos fatores mais importantes da ordem social. O "Cosmos" ou ordem universal afigura-se, em nosso espírito, como um perfeito equilíbrio de fenômenos infinitamente complexos. Entre êstes fenômenos, há os que são inelutáveis e se produzem independentemente de toda intervenção do homem: são os fenômenos naturais; existem outros que são devidos a uma atividade humana desejada: são os fenômenos sociais. Em nossas representações mentais comuns, os fenômenos naturais devem-se produzir no sentido de "**müssen**" — necessidade — e é a constância dêstes fenômenos que constituem, a nossos olhos, a ordem natural; de outra parte os fenômenos sociais devem também se produzir, mas no sentido de "**sollen**" — dever, possibilidade, isto é, que convém que se produzam para que reine a ordem social. Semelhante construção mental faz aparecer a ação direta dos homens sôbre o desenvolvimento dos fenômenos sociais e mais especialmente sôbre o que se considera comumente como os fatores do equilíbrio social, a saber: o Direito e a Moral, na vida social.

Êstes fatores, atuando de maneira conjunta e direta, promovem a ordem, no sentido ontológico do termo. A existência dêstes fatores revela-se sob a forma de regras ou preceitos.

Poder-se-ia ainda afirmar, com razão, que essas regras ou preceitos, constituem, todavia, uma forma secundária e que a manifestação primária da existência da ordem origina-se na vida social,

diretamente na própria atividade dos homens vivendo em sociedade. Condições de existência, pois a ordem permite a convivência social.

Viver em sociedade é viver em uma dependência mais ou menos complexa dos grupos humanos. Neste meio, existem relações entre as diversas atividades dos homens: impossível conceber um grupo sem relações recíprocas entre os elementos.

As relações entre os homens revelam-se em suas atividades respectivas que não podem existir senão que reciprocamente se relacionem, e isto porque se a atividade de cada um pudesse ser totalmente estranha à atividade do outro, suprimida estaria toda a idéia de relação e conseqüentemente de grupo ou comunidade.

As atividades que se verificam no interior dos agrupamentos sociais desenvolvem-se conforme as práticas usuais ou tradições na experiência, estabelecendo, assim, uma constante na estrutura das relações sociais, pela repetição dos mesmos atos em circunstâncias idênticas: cada um em sua conduta se conforma aos precedentes estabelecidos, sem que surja ainda a idéia de redigir um conjunto de regras obrigatórias.

Assim, cada um em seu proceder obedece a impulsos inconscientes, e quando êstes impulsos tornam-se conscientes afirma-se que conformamos nossa conduta a imperativos da consciência. Com a noção de imperativos conscientes surge a idéia de preceito ou regra que se impõe à nossa conduta, e opera-se, então, uma troca de valores: ao invés da constância das relações sociais originar-se dos fatos e gestos habituais ou de atos comumente observados, é uma regulamentação prévia que determina as relações sociais.

Destarte, é a conduta dos homens cuja observação permitiu abstrair um preceito ou uma regra que surge, desde então, como o feliz resultado de máximas morais e políticas, as regras resultantes da observação da conduta efetiva dos homens vivendo em sociedade, e são agora superpostas à atividade humana que regem soberanamente.

A forma primitiva das regras da Moral e do Direito é a forma imperativa; exprimem elas os deveres sociais que incumbem ao indivíduo no interêsse comum, isto é, para assegurar a manutenção da coletividade, fora da qual seria impossível conseguir uma existência individual ou totalmente isolada. Assim, as regras "não roubarás", "não tomarás mulher fora do clã" ou "conseguirás mulher no clã", etc. Para formular assim, em individuais, as regras que organizam a vida em comum, é necessário um trabalho de abstração capaz de isentar os interêsses comuns de tôdas as injunções individuais. Pa-

rece, pois, que é nos imperativos individuais que se encontram os materiais da construção da regulamentação social.

Por intermédio da individualização formal da regulamentação social, o Direito foi mais longe, erigindo a construção de direitos subjetivos, isto é, projetando sobre a pessoa de cada um as vantagens próprias que lhe asseguram o respeito por tôdas as injunções das regras imperativas: a conduta de todos curvando-se aos imperativos "não matarás" e "não roubarás" dá a cada um certas vantagens pessoais, designadas sob o nome de direito subjetivo, a saber: o direito à existência, o direito à propriedade. Vê-se que, por repercussão, o jôgo dos imperativos jurídicos impôsto a cada indivíduo leva a reservar a cada um uma esfera de ação sobre o mundo exterior. Esta esfera de ação constitui um patrimônio representado como um conjunto de direitos subjetivos reunidos na pessoa de um titular.

Temos, assim, sobre o terreno dos direitos subjetivos, construções artificiais, cuidadosamente definidas por nossas leis e nossos códigos e que representam o conjunto da regulamentação jurídica sob o aspecto de uma descrição precisa de direitos subjetivos.

É sobre êste terreno que a história do Direito nos revela a realização da ficção jurídica.

FICÇÃO E PRESUNÇÃO.

Pode-se dizer que a operação mental designada pelo nome de ficção consiste em fazer uma assimilação que se sabe ser inexata, a fim de alargar ou de reduzir o círculo de aplicação de certos direitos subjetivos.

É a afirmação consciente de uma contra-verdade que caracteriza a ficção jurídica e permite distinguí-la notadamente da presunção, ainda que a linha de demarcação entre estas duas construções mentais não seja sempre muito nítida. A máxima, por exemplo, que atribui a todo acusado o conhecimento da lei, exprime uma presunção antes que uma ficção: porque a lei que é presumidamente conhecida não é necessariamente ignorada, como conviria para que a afirmação de seu conhecimento seja conscientemente falsa; em verdade pode ocorrer que o acusado tenha um conhecimento mais ou menos imperfeito da lei, e a máxima "a ninguém é lícito ignorar a lei" não tem outro fim que cortar célere tôda incerteza no espírito do juiz no que diz respeito à aplicação da lei a todos os acusados indistintamente.

Na concepção mais corrente, é a vontade do sujeito de direito que cria e delimita todo direito subjetivo; cabe, então, conhecer exatamente a vontade que empresta a um direito subjetivo sua substância

e seus contornos; ora, quando os interessados não têm expresso formalmente uma vontade precisa, ocorre que certas circunstâncias sejam interpretadas como a expressão tácita de uma vontade determinada; semelhante presunção de vontade se encontra, por exemplo, quando a idéia de mandato é utilizada para explicar os poderes domésticos da mulher casada; para salvar o conceito da doutrina da autonomia da vontade, usa-se o expediente que consiste em fazer surgir uma vontade fantasma; esta operação mental é uma presunção antes de uma ficção? A rigor, pode-se dizer que a vontade fantasma não é aqui certamente inexistente, mas que esta vontade é somente duvidosa, mas provável, para que haja presunção.

A FICÇÃO NO DIREITO ROMANO

A organização política dos romanos oferece ao desenvolvimento da ficção jurídica um terreno particularmente favorável. O regime da legislação direta pela Assembléia Popular não contribuiu para multiplicar as leis de Direito Privado, por conseguinte, ao lado da extensão do poder político romano, convinha que o antigo Direito Privado romano, de origem costumeira, se transformasse e se adaptasse às novas condições; mas, não apenas pelas leis civis que esta adaptação se verifica: todo mundo sabe que é ela devida principalmente à aplicação do **jus edicendi** dos magistrados romanos.

Teòricamente, os magistrados judiciais devem respeitar o velho **jus civile**; mas, praticamente êles eram impelidos irresistivelmente a modificar a sua aplicação. Esta situação os conduzia a usar expedientes destinados a fazer aparecer seu respeito às leis do povo romano, mesmo quando formulavam, para a organização dos litígios privados, instruções que ultrapassavam o quadro das leis civis.

No primeiro grau dêstes expedientes, acha-se a hipocrisia da ficção que consiste em uma assimilação sabidamente inexata, **verbi gratia** — o peregrino é assemelhado ao cidadão (Gaius, 4,37); o **bonorum possessor** é assemelhado ao herdeiro (Gaius, 4,34) a fim de estender ao peregrino e ao **bonorum possessor** a aplicação de regras civís feitas para os cidadãos ou para os herdeiros civís.

Os exemplos de semelhantes ficções imaginadas pelo pretor são mui numerosos e nos fazem pensar na célebre máxima de La Rochefoucauld "a hipocrisia é uma homenagem que o vício presta à virtude": a ficção do édito é uma homenagem que pretor presta ao prestígio da lei.

Entretanto, a ficção da lei não é o único processo de amortecimento do Direito Civil, ao qual o pretor recorreu.

Há um outro processo muito mais importante, em que o pretor diminui o respeito à lei civil. É o processo da **actio in factum**: isto constitui o máximo da iniciativa do pretor; é, com efeito, o édito, instituindo as inumeráveis **formulae in factum conceptae** (Gaius, 4,46) criou diretamente novas prescrições obrigatórias.

Entre os diversos processos de amolecimento do Direito Civil usados pelo pretor, não parece possível estabelecer uma classificação metódica que marcaria a cada processo um domínio reservado (ou próprio), porque as inovações do pretor, fruto da experiência diária, revelam um empirismo que não se adapta às classificações metódicas.

No que respeita à relação entre a ficção e a **actio in factum**; quando muito poder-se-ia dizer que esta foi posterior àquela, e que ela não fêz sua aparição senão quando o pretor, tomando consciência de sua autonomia (poder e autoridade) crescente na elaboração das regras do Direito, acreditou poder lançar a máscara da ficção.

É preciso ainda abster-se de dar a esta marca histórica um alcance absoluto; porque, conforme uma atitude familiar aos juristas romanos, o novo processo da **actio in factum** não eliminou de chofre, na prática, o processo mais antigo da ficção. Na aplicação, os dois processos ficaram arbitrariamente confundidos, como se verifica, por exemplo, nas disposições tomadas para ampliar o quadro da **actio legis Aquiliae**.

Sabe-se que a lei Aquilia reservava o benefício da ação que ela criava, ao proprietário civil unicamente, vítima de um ato delituoso que infligisse dano em seus bens, sem que êstes fôssem objeto de uma apropriação pelo delinqüente. A **actio legis Aquiliae** não era concedida senão quando a relação de causa e efeito entre o ato delituoso e o dano se revelava exterior e indiscutivelmente por uma tomada de contato do delinqüente com a coisa materialmente danificada por êle (dano causado **corpore et corpori**). O édito ampliava o sistema da lei Aquilia, estendendo o benefício a outros além do proprietário civil, e sobretudo renunciando à condição do dano causado **corpore et corpori**. Esta última inovação teve por conseqüência substituir o regime da imputabilidade pelo da causalidade, na organização da reparação dos prejuízos ou danos extracontratuais; não se torna mais necessário para o futuro que a culpabilidade do agente seja deduzida objetivamente de um estado de fato externo e material, mas é bastante que o prejuízo material lhe seja imputável; êste se apresentava sob a forma de negligência ou omissão culposa. Qual o papel da ficção nesta evolução do regime da lei Aquilia? Sabemos por Gaio (4,37) que é, graças a uma ficção (**ficta civitate romana**) que se realizou a extensão aos peregrinos da ação do **damnum**

injuriae; mas para o que diz respeito a tôdas as outras aplicações extensivas da lei Aquilia, as fontes nos ensinam que foram realizadas umas pela ação útil e outras por uma ação **in factum**. Quando as fontes falam de uma ação útil, somos levados a crer que o édito recorreu a uma ficção; portanto, há casos em que se poderia pensar com uma igual verosimilhança na utilização de uma outra via desviada, por exemplo na redação de uma fórmula com transposição de pessoas. Doutra parte, o emprêgo pelas fontes da expressão **actio in factum** não permite rejeitar **a priori** o carácter fictício da ação. Para os colaboradores de Justiniano, a distinção de ações diretas ou úteis, de ações **in jus** ou **in factum**, são tornadas obscuras; êles não vêm aí mais que uma subtileza supérflua, (D. 3,5,46(47) § 1): bem entendido isto não podia ser a linguagem de Paulo, e o texto é manifestadamente interpolado (**index interpolationum** I, col. 42, supl. col. 51), entretanto tem resultado de uma passagem das Institutas de Justiniano (4,35, §16) que, quando se trata de estender a aplicação da lei Aquilia, os Bizantinos representavam a ação útil como um meio menos enérgico que a **actio in factum**; quando há lesão material sem contato material nem mesmo lesão corporal, (**nec corpori nec corpore**) não é mais possível sair do embaraço nem com a **actio legis Aquiliae**, nem com uma ação útil; é preciso ter recorrido a um meio mais radical a **actio in factum**.

Esta interpretação da linguagem de Justiniano que, para aplicação mais extensiva do sistema da lei Aquilia, faz bom uso de caminhos desviados, concorda perfeitamente com a hostilidade que Justiniano testemunha em outros lugares de ficção, proclamando a esta (J.I, 125, §6) e extirpa-la radicalmente (C. 5.12, 305, §2).

A FICÇÃO E O DIREITO MODERNO.

Se o expediente da ficção contribuiu de maneira feliz para desembaraçar o Direito Romano clássico das dificuldades de suas aplicações aos diversos casos e hipóteses, seria de desejar que a prática das ficções seja conservada pelos juristas modernos, ou pelo Direito moderno?

Hoje, (como já ocorria ao tempo de Justiniano) a organização judiciária rompeu com o regime formulário da lei Aebutia; não pode mais ser a questão recorrer à ficção numa redação hábil de fórmulas; mas é preciso não esquecer que, ao tempo dos Prudentes e ainda ao tempo de Justiniano, a ficção se introduzia de bom grado também no raciocínio dos jurisconsultos, quando assumia a figura de um processo de explicação verbal por comparação e assimilação de fatos manifestadamente diferentes.

Um exemplo conhecido de ficção, aplicada por um puro verbalismo explicativo, é a condição da retroatividade da condição cumprida. Em dois textos do Digesto, atribuídos a Gaio e a Paulo, mas provavelmente interpolados (Gaius-D. 20, 4, 11, §1 — Paulo-D. 18. 6. 8 **pr-Index Interpolationum**, I, col. 334, 392) a ficção da retroatividade é utilizada erradamente para justificar duas soluções de espécie — **“cum semel condicio existitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset — Si existiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi jam contracta emptione in praeteritum”**. Sabe-se qual é, no Direito moderno das Obrigações, a sorte da ficção da retroatividade da condição cumprida: acolhida expressamente pelo Código Civil Francês (art. 1179), é rejeitada pelo cod. alemão (art. 158) e pelo Cod. Fed. Suíço das Obrigações (art. 151). Ora, nada demonstra melhor a inanidade da explicação para a ficção da retroatividade que a identidade da maior parte das soluções consagradas pela prática judiciária, tanto na Alemanha e na Suíça, como na França e na Bélgica.

Se a obrigação condicional tem certos efeitos que remontam ao dia da conclusão do contrato, enquanto que outros não se produzem senão à data da condição, é manifesto que a explicação deduzida de uma ficção de retroatividade não pode ser concludente. A explicação mais satisfatória que se pode dar, atualmente, origina-se da análise da obrigação jurídica em dois elementos designados sob os nomes de **engagement** e **devoir**: do dia do contrato concluído (art. 1179), (C.c.fr. diz: “dia em que o **engagement** foi contratado”) o **engagement** está formado, e os efeitos que se ligam ao elemento **engagement** remontam então ao dia do contrato, pelo cumprimento da condição, o elemento “dever” vem juntar-se ao elemento **engagement**; também os efeitos que se ligam ao elemento “dever” não se produzem senão a partir do dia do evento da condição.

É o legislador quem formula a ficção da retroatividade da condição cumprida. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de ficções legais, mais ou menos felizes: assim, a ficção da retroatividade da partilha sucessória (art. 883 C.C.Fr.) a ficção que assimila certos móveis, dando-lhes o nome de imóveis por destino (art. 524, C.C.Fr.). Esta última ficção, destinada a estender a certos móveis o regime dos imóveis, é um processo extravagante que embota inútilmente a lei; a solução prática querida pelo legislador podia ser afirmada diretamente pelo texto sem o artifício supérfluo de uma ficção; acrescentemos mesmo que, para nos economizar a ficção inútil dos imóveis por destino, os redatores do Código de 1804 poderiam ter-se inspirado no judicioso exemplo fornecido pela prática romana: no antigo

Direito Romano, a **summa divisio rerum** era a das **res Mancipi** e **res nec Mancipi**; sabe-se que, no aparecimento da venda consensual, estabeleceu-se o uso de juntar a esta uma **stipulatio duplae de evictione**, quando a coisa vendida era **res Mancipi**; posteriormente, êste uso se estendeu à venda de coisas preciosas que não entravam na categoria de **res Mancipi**, tais como pérolas, ornamentos preciosos, vestimentas de sêda (Ulp. D., 21, 2, 37 §1); a prática consagrou sàbiamente êste uso, sem se lembrar de recorrer a uma ficção assimilando formalmente estas coisas preciosas a **res Mancipi**.

Ocorre que a própria lei, após ter formulado uma ficção para uma solução de certos casos especiosos, demonstra a inutilidade desta via forçada, indo direto ao objetivo (sem ficção) em outros casos semelhantes em que se tratava de evitar o mesmo obstáculo. A representação sucessória é, proclama o art. 739, C.c.fr. "uma ficção da lei"; e sabe-se que esta construção mental é imaginada para moderar em certos casos a regra inflexível da sucessibilidade determinada exclusivamente para a proximidade do grau de parentesco; portanto, para infringir esta regra no caso em que o pai ou mãe (1.º grau) são chamados à sucessão com irmãos ou irmãs (2.º grau) do defunto, o art. 748 do C.c.fr. não recorre a nenhuma ficção.

A FICÇÃO E A PERSONALIDADE JURÍDICA.

Entretanto, existe uma importante ficção, de origem antes costumeira que legal e que seria talvez difícil extirpar do fundo comum das construções mentais utilizadas pelos juristas, a saber: a ficção da personalidade jurídica que consiste em organismos vivos dotados de razão como os podêres públicos, as fundações e certas associações.

Sem dúvida, é preciso recorrer a uma construção mental para resolver o problema que se determina corretamente pela ficção da personalidade jurídica; esta ficção não pode tornar-se supérflua? E, para êste efeito, não bastaria escolher um outro terreno para aí erigir sua construção mental? A ficção da personalidade jurídica sendo uma construção mental levantada sôbre o terreno do estatuto pessoal, bastará para eliminar esta ficção, tornada, além disso, inútil para achar uma construção mental levantada sôbre o terreno do estatuto real.

As situações que se fazem geralmente entrar no quadro do Direito, graças à ficção da personalidade jurídica, caracterizam-se pelo fato que certos bens são distraídos de patrimônios privados para se destinarem a perseguir um fim determinado; êste fim é perpétuo e coletivo na associação e é, ao mesmo tempo, perpétuo e coletivo nos

serviços públicos. Em lugar de fazer do conjunto dêstes bens um patrimônio distinto atribuído a uma personalidade fictícia, M. Dekkers, propõe deixar êstes bens nos patrimônios privados de que êles dependem, mas impondo-lhes, já então, um estatuto real que os mantém fixados, indissolúvelmente, ao seu destino particular.

Solução sedutora, mas, talvez, simples, porque a complexidade do problema é grande. A solução proposta não é de natureza a abalar o crédito de uma construção mental que parece ser hoje uma das bases fundamentais da dialética jurídica corrente, isto é: a noção do direito subjetivo.

Ninguém ignora a discussão que provoca o conceito de direito subjetivo.

Não existe, dizem os defensores da tese mais radical, senão um direito objetivo, isto é, um conjunto de regras imperativas ordenando as atividades que se defrontam na vida social. Quando no interior de uma coletividade, um conflito surge, o que triunfa sem que a sociedade seja desorganizada, tem por si o direito objetivo. Mas, é errado acrescentar que a pretensão que êle fêz triunfar é um direito de que êle é senhor, que ela é para êle um direito subjetivo, e que o conjunto de pretensões particulares, nas quais o triunfo lhe é assegurado pelo direito objetivo, constitui seu patrimônio — êste tomando, assim, o aspecto de conjunto de direitos subjetivos. Há graves inconvenientes em considerar em titular de um direito objetivo, aquêle que, em dadas circunstâncias, tem por si o direito subjetivo. Um dos perigos desta concepção seria a tendência a propor direito objetivo aos direitos subjetivos: o direito objetivo não seria senão uma síntese de todos os direitos objetivos inerentes a cada ser dotado de uma vontade livre; em vez de os direitos subjetivos serem representados originando-se do direito objetivo, dar-se-ia a situação inversa de o direito objetivo emergir dos direitos subjetivos, conforme explica Kaschembahr — Lyskowski, **Les dispositions de la loi et le Droit**, Fascículo n. 22 de **Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Varsovie**, 1933, p. 27 e segs, 61 e segs. Um outro perigo da construção mental "direito subjetivo", é que a utilização desta noção, resulta na consagração de uma sorte de hierarquia das vontades humanas: aquêles cuja pretensão prevalece sôbre as pretensões de outrem parecem investidos de uma vontade superior às vontades de outrem; um titular de um direito subjetivo sugere uma pessoa a quem seria conferida por contrato uma espécie de soberania sôbre outras pessoas; ora, nada autoriza semelhante consagração de poder de um particular sôbre outros particulares, a qual conduziria, em última análise, a legitimar a escravidão.

Há neste modo de apresentação das regras do Direito uma razão histórica de que é impossível desconhecer o valor. Historicamente, o sentido do direito (objetivo) adveio ao homem pelo choque de suas respectivas pretensões que cada um defendia por seus próprios meios. Este sistema de vingança foi propriamente um sistema de justiça privada, no momento em que a pretensão defendida pelo interessado (direito subjetivo) tinha a favor dele o sentimento geral (direito objetivo). Assim, quando a justiça privada se transformou em justiça pública e que regras ou máximas foram redigidas, segundo as quais deveria ser aplicada a justiça, é natural que esta regulamentação jurídica esteja destinada a delimitar exatamente as pretensões legítimas de cada um, isto é, definir os direitos subjetivos. Assim, a esfera de ação de cada um sobre o mundo exterior é determinada pela soma de seus direitos subjetivos, chamada comumente seu patrimônio.

A noção de direito subjetivo e também a noção de patrimônio que nada mais é que o complexo de direitos subjetivos, emprestam ao ser humano uma personalidade. Entende-se por isto que o homem é considerado, não um puro fragmento material da natureza, mas uma entidade intelectual e racional, isto é: uma personalidade que se afirma precisamente nos direitos objetivos que exerce. E quando diversos elementos patrimoniais são unidos para um fim particular aos quais estão indissolúvelmente ligados, fim perpétuo ou fim coletivo, somos levados a procurar, para este patrimônio de afetação, um sujeito autônomo. Daí, nossa concepção da personalidade jurídica ou civil, que se afirma em um patrimônio próprio, independente de toda personalidade humana individual.

É impossível prever o que o futuro nos reserva e difícil a defesa em face dos assaltos dirigidos por Duguit contra a noção dos direitos subjetivos. Entretanto, é preciso confessar que o brusco sacrifício da construção mental "personalidade jurídica" transtornaria, hoje, hábitos de pensar de tal modo profundos e inveterados que não se poderia verificar sem perturbar gravemente o tão delicado mecanismo da vida jurídica.

E, além disso, é de notar que, em uma teoria nova que tem vivamente solicitado os filósofos do Direito e à qual estes predizem um brilhante destino, a noção da personalidade jurídica, longe de ser sacrificada, é grandemente desenvolvida. Refiro-me à teoria dita institucional, esboçada primeiro por Hauriou, depois consideravelmente desenvolvida por numerosos e brilhantes adeptos, como se pode constatar lançando um olhar sobre a coleção dos **Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**, desde 1931.

O zelo dispensado pelos neófitos da "instituição" logrou esclarecer luminosamente a noção da referida teoria? Não ousa afirmar; mas, se bem entendo, a "instituição" é concebida, antes de tudo, como um agrupamento que tem uma vida própria, independente de toda formação contratual; esta vida própria, ela o deve a uma idéia diretriz que é como a alma do agrupamento? Os indivíduos agrupados comunicam-se pela idéia a realizar e é esta comunhão numa idéia diretriz que constitui o cimento da comunidade, antes que o contrato ou concurso de vontades.

A teoria da "instituição" tende, vê-se, a fortificar a noção corrente da personalidade jurídica. Ela se insurge contra a idéia que atribui a onipotência de usar à sua maneira da ficção da personalidade jurídica; mas ela intercala entre os indivíduos e o Estado uma multidão de instituições, isto é, de corpos sociais que devem a existência, não ao Estado ou à vontade dos membros, mas à sua natureza própria ou à sua finalidade particular.

A "instituição", assim concebida, é assimilada a um organismo vivo e graças a esta ficção ela se comporta como um sujeito de direito: ela tem personalidade jurídica que a faz aparecer como titular de direitos subjetivos.

Se se considera que a construção mental do direito subjetivo é um processo cômodo e familiar aos juristas para projetar sobre o **ecran** individual de cada um todas as regras do direito objetivo que lhe dizem respeito, seria verdadeiramente oportuno rejeitar a ficção da personalidade jurídica das associações, fundações e poderes públicos? Não seria antes preciso reconhecer que, assim como a construção mental "direitos subjetivos" será utilizada para os particulares, ficção da personalidade das coletividades e instituições conserva um valor técnico considerável?

EXEMPLOS DE FICÇÕES LEGAIS.

Fechemos este longo parêntese consagrado à relação da noção de "direito subjetivo" com a ficção da personalidade jurídica, e citemos alguns exemplos de ficções legais, tomados ao Code Napoleon. Alguns destes exemplos acham-se nos códigos da Alemanha e da Suíça e isto basta para mostrar a perfeita inutilidade destas ficções legais.

Não há nenhuma temeridade em afirmar que convém em geral extirpar as ficções da lei. Mas resta saber se a ficção não tem ainda uma função útil a cumprir sobre o terreno da interpretação da lei.

Sem dúvida, nossa organização judiciária ignora o **jus edicendi**

dos magistrados romanos e também a separação do **jus e iudicium** com a redação de fórmulas em que o magistrado, instruindo o juiz sobre sua função, podia utilizar certas ficções destinadas a modificar as condições de aplicação da lei à espécie litigiosa. Estes processos técnicos desapareceram; mas a necessidade à qual elas davam satisfação, subsiste; a necessidade de adaptação do texto das leis às condições sempre variáveis do meio social. Hoje, a interpretação pela doutrina e jurisprudência tem a tarefa de manter uma harmonia constante entre a lei e a vida. Para cumprir essa missão, os intérpretes continuam a utilizar largamente o expediente hipócrita da ficção; talvez seria verdade excessiva censurá-los sem reserva.

Todo mundo conhece o poder da tradição no desenvolvimento do Direito: o jurista por sua formação mental (tradicional) é verdadeiramente afeito à tradição. Formados na escola dos Prudentes, os redatores do Código distinguiram a ficção em seus textos; com um lugar destacado os intérpretes ficaram fiéis a essa tradição: a hipocrisia da ficção tornou-se, entre eles, por força da tradição, uma deformação profissional.

Para esta deformação profissional pode-se achar uma justificação puramente formal. Convém, com efeito, que cada um possa crer na estabilidade, na permanência das regras de direito: a segurança das relações assim o exige; portanto, é observação corrente que as relações regidas pelas regras de direito são intensa e perpetuamente móveis e que, para evitar um desequilíbrio social, é indispensável que as regras de direito espossem tôdas as transformações do meio social. Então: necessidade de estabilidade das leis, de um lado, e de outro abrandamento e readaptação dos textos.

O expediente da ficção contribui para amortecer o choque destas exigências opostas: permite dissimular sob o aspecto de uma simples interpretação do texto de uma lei tornada imóvel, reais modificações trazidas à sua aplicação. Nisto a função do intérprete moderno aproxima-se singularmente da do pretor: o intérprete moderno tem o cuidado de respeitar a lei, como o magistrado romano tinha de obedecer escrupulosamente às regras do Direito Civil. Momento ocorre em que o magistrado romano, percebendo as verdadeiras correções que trazia às regras do Direito Civil, atrevia-se, em certos casos, a renunciar a tôda dissimulação ou hipocrisia; fornecia, nesse caso, fórmulas que eram concebidas **in factum**, o que as fazia aparecer abertamente como dados à margem de prescrições legais.

Os intérpretes modernos imitarão êste exemplo de independência? É pouco provável, porque a massa de intérpretes preferirá, por muito tempo, pôr as suas decisões sob a égide dos textos da lei.

Não é, com efeito, um meio muito cômodo de parecer escapar a tôda responsabilidade direta de uma iniciativa atrevida?

Além disso, é lícito esperar, que, em um futuro talvez muito longe, para a aplicação das regras de direito privado, como aplicação das regras do govêrno político, o método de sinceridade e de franqueza acabará por prevalecer sôbre o método da dissimulação e da hipocrisia: em face de uma lei antiquada, o intérprete tomará um dia, abertamente, a responsabilidade de se despojar da qualidade de simples intérprete. O uso dos juízes americanos de redigir **dissents** ou notas da minoria, não trai, tímidamente, em certos casos (por exemplo no exercício do contrôle judiciário da constitucionalidade das leis) uma tendência de alguns intérpretes eminentes a uma maior independência em relação aos textos legais?

FINALIDADE DA FICÇÃO

Savigny, reconhecendo e exaltando o espírito ativo, vivificante e político (**der rege, lebendige, politische Sinn**), a que deveu Roma a sua grandeza, ressalta a ficção, explicando como o surgimento de uma nova forma jurídica era imediatamente consubstanciada no antigo Direito, de enorme importância para o desenvolvimento do direito romano e tão pouco conhecido por modernos escritores.

Na mesma linha de Savigny, Ihering consagra ao assunto, em seu **L'Esprit du Droit Romain** trad. Meulenaere, T. IV, pág. 295, ponderáveis recomendações, quando diz: "O fim da ficção consiste em aplainar as dificuldades inerentes à adoção e aplicação de novas regras de direito, mais ou menos incisivas. Ela deixa a doutrina tradicional intacta na sua antiga forma, sem entretanto diminuir, no que deseja, a plena eficácia da nova forma. A "ficção" disfarça as dificuldades, sem resolvê-las, não sendo assim senão a solução cientificamente imperfeita de um problema, merecendo, como o atc aparente, ser chamada — **uma mentira técnica consagrada pela necessidade**; facilita o progresso, tornando-o possível, em uma época em que a Ciência não tenha fôrças para dar ao problema sua verdadeira solução. É fácil dizer que as ficções não passam de expedientes e compará-las com muletas impróprias da Ciência...; mais vale que a Ciência caminhe com êsse auxílio do que sucumbir sem êste apoio ou sem aventurar um movimento. Estas muletas não foram fornecidas pelo acaso à Ciência, esta armou-se com elas por instinto, tentando os seus primeiros passos. O Direito Inglês fê dêsse meio a mais larga aplicação, provando uma vez mais êste exemplo: que não nos achamos em frente a uma instituição romana específica; mas que, em certas fases do desenvolvimento intelectual, é sob o império

de uma profunda necessidade a sua aparição. Quando a Ciência transpôs o período da infância, quando, passados séculos, tinha já amadurecido o pensamento humano, veio fortalecê-lo, comunicando-lhe êste poder de abstração tão necessário para reformar as bases teóricas de uma doutrina; ainda nessa conjuntura, como meio transitório para se assenhorear de uma idéia completamente nova, a ficção pode ter uma certa legitimidade.

“À desordem sem ficção é mil vêzes preferível a ordem com a ficção”.

Cuq, em **Les Institutions Juridiques des Romains**, ed 1891, pág. 470, encontra justificação para a figura da ficção, quando diz: “**Les juristes avaient souvent recours à des fictions pour étendre le domaine de la loi, par exemple, lorsqu'ils permettaient à un pèlerin d'exercer une action de la loi, comme s'il était citoyen romain**”. “**Mais la valeur juridique de ces fictions pendait de la ratio sur laquelle elles étaient appuyés. Les jurisconsultes ont toujours soin d'indiquer la raison sur laquelle se fonde l'innovation proposée: c'est tantôt une ratio juris, tantôt une ratio aequitatis, utilitatis**”.

Maynz, em seu **Cours de Droit Romain**, t.I., ns. 128/9, justificando a natureza civil da ficção, escreve: “Costuma-se considerar as ficções do direito pretoriano”. “Basta lançar rápido olhar sôbre o desenvolvimento do Direito Romano, para se convencer de que êste meio de realizar reformas não é menos usado nos **jus civile**”. “Ja sob os reis, o homicídio cometido perversamente se acha, por uma ficção, assimilado ao parricídio; o **jus Latii** não é senão uma ficção que atribui a simples **peregrini** a qualidade de colonos latinos; o **jus italicum** é uma ficção que faz considerar o território de uma cidade provincial como se fôsse situado na Italia”.

Seria longo o elenco das instituições que o Direito apresenta, como ficções jurídicas: **jus postliminii**, a lei Cornélia, o **jus liberorum**, as ações úteis concedidas **quasi ex jure cessio**, o **jus aureorum annulorum** e a **natalium**, a **querela inofficiosi testamenti**.

O próprio Direito Muçulmano é o mais edificante exemplo da valiosa influência da ficção. Com efeito, é sabido que no Alcorão tinham os cadis a sua inflexível regra diretora para solução das contestações que lhes eram sujeitas. O que estava na lei de Alá era a expressão única e inviolável, tanto da verdade religiosa, como da jurídica.

Sem embargo da rígida contextura de tais preceitos, a ficção logrou permeá-los. Foi assim que o **Sounnah** que já tinha permitido, na frase de Creut, eliminar, até certo ponto, o **poids mort** da regras

obsoletas, tornou-se, por sua vez nôvo óbice ao progresso jurídico, quando de algum modo foi condensado nas obras dos jurisconsultos.

A ficção não tem o poder diabólico que lhe atribui Kuntze, citado por Ihering, em sua já citada obra **O Espírito do Direito Romano**, nem incorre na cruel censura de Toullier, em seu *Droit Civil*, e que a considerou indigna da majestade do legislador.

Alguns escritores acham em Varro, em Cícero e no jurisconsulto Paulo as fontes da ficção, pela invocação que êles faziam do **jus commenticium**, ao qual a filiam.

Cuq, já citado, falando do **jus commenticium**, diz "os juristas, muitas vezes, recorriam à ficção para estenderem o domínio da lei; por exemplo, usando-a, permitiam a um peregrino exercer uma ação da lei, como se fôsse cidadão romano".

Mas, o valor jurídico das ficções dependia da **ratio**, em que eram baseados. Os jurisconsultos tiveram sempre o cuidado de indicar a razão em que se fundava a inovação proposta: ora exprimia uma **ratio juris**, ora uma **ratio aequitatis, utilitatis**".

Por sua natureza restritiva, a ficção não pode ir além do caso ficto: **Ficto ultra casum fictum progredi non debet**, e por isso, **non extenditur de re ad rem, de persona ad personam, de casu ad casum**.