



## NOTAS AO CODIGO CIVIL

1. A lei, dispõe o art. 3 da Introdução, não prejudicará em caso algum.

- a) o direito adquirido,
- b) o acto juridico perfeito,
- c) a coisa julgada.

Consideram-se adquiridos, segundo o paragrapho primeiro:

- a) os direitos que seu titular ou alguém por elle possa exercer,
- b) os direitos cujo começo de exercicio tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalteravel a arbitrio de outrem.

Esta definição de direito adquirido excita a surpresa sob mais de um ponto de vista.

Primeiramente ella não destingue os direitos adquiridos dos demais direitos. Ora a distincção entre os direitos adquiridos e os chamados faculdades ou direitos facultativos, na qual tanto insistiram os antigos doutrinadores, é fundamental em materia de retroactividade de leis, de prescrição etc.

SAVIGNY a consigna em seu *Tratado de direito romano*. GABBA, P. MAZZONI e outros fazem della uma das ideas basicas da theoria da retroactividade.

A critica em contrario de GOEPPERT não é convincente.

Sem duvida não é facil formular em termos precisos o criterio discriminador das duas classes de direitos. As

varias theorias propostas pelos autores são insufficientes ou mesmo erroneas.

Segundo a opinião mais generalizada entre elles, as faculdades são de facto e não de direito, *facti, non juris*, isto é, ellas se manifestam por simples factos que não repousam sobre a subordinação de terceiros, portanto não supõem uma acção preexistente.

Mas esse criterio é falho, não se applica a todas as faculdades.

O direito reconhecido ao proprietario pelo art. 643 do Codigo Civil, por ex., é um direito facultativo, entretanto não se resolve num simples facto e dá logar a uma acção contra o proprietario limitrophe.

De um modo geral, pode-se dizer, as faculdades competem a todas as pessoas ou a certa classe da sociedade em virtude de disposições geraes de direito e não de causas juridicas especiaes; ao passo que os direitos adquiridos resultam de causas concretas, de titulos especificos, que são factos ou circumstancias agrupadas.

Seja, porém, qual for o conceito de *faculdade*, o que é fora de duvida é que os direitos facultativos podem ser exercidos, quer esse exercicio consista em puros factos, quer em acções contra terceiros. Não caracteriza, portanto, o direito adquirido a possibilidade do exercicio. A definição do art. 3 § 1 citado tem o defeito capital de não extremar os direitos adquiridos das simples faculdades.

Ella ha de ser uma causa perpetua de confusões na pratica juridica.

Em segundo logar a definição referida não se harmoniza com outros artigos do Codigo.

O direito dependente de condição, diz ella, é um direito adquirido.

E' doutrina corrente que os actos juridicos subordinados a condições escapam em regra á applicação da lei nova. Posto que o direito condicional seja em si mesmo uma *spes debitum iri* na expressão romana, distingue-se nitida-

mente das meras expectativas. Código Civil, art. 121. “Não se devem confundir as simples expectativas com os direitos que não podem ainda ser realizados, porque estão submettidos a uma condição ou a um termo. Estes são realmente direitos, pois que a condição cumprida tem efeito retroactivo. A diferença consiste em que a expectativa, quanto a seus resultados, depende da simples vontade de uma pessoa estranha, o que não se dá com a *conditio* ou com o *dies*” SAVIGNY, *Tratado*, vol. 8 § 385.

Este trecho parece ter inspirado a definição do art. 3, mas a impropriedade dos termos da lei obscureceu o assumpto. É assim que, emquanto no citado artigo o direito eventual figura como adquirido, lê-se no art. 74, III o seguinte:

“Dizem-se actuaes os direitos completamente adquiridos e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.

§ unico. Chama-se deferido o direito futuro quando sua aquisição pende somente do arbitrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a factos ou condições fallíveis”

E no art. 118:

“Subordinando-se a efficacia do acto á condição suspensiva, emquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que elle visa”

Por essas disposições o direito condicional não é direito adquirido !

Parece resultar da definição do art. 3 § 1 que tanto a condição como o termo suspendem apenas o *exercício* do direito *cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida*, diz-se alli.

Ora isto é contrario a ideas recebidas e ao preceito categorico do art. 118, cujo pensamento se desenvolve no art. 123 .

“O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito” O final do § 1 tambem não é facil de comprehender.

Falando em condição *inalteravel a arbitrio de outrem*, a lei pretendeu excluir as condições *alteraveis a arbitrio de outrem*. Mas quaes são estas?

As condições que sujeitam o acto ao arbitrio de uma das partes são expressamente prohibidas pelo art. 115. (Disposição em parte incomprehensivel, porque a condição que sujeita o acto ao arbitrio do estipulante ou da pessoa favorecida é superflua, mas não deve ter effeito annullatorio)

Alludirá a lei ao *arbitrio de terceiro*?

Não nos parece, pois que a condição que sotopõe o acto entre-vivos á vontade arbitraria de terceiro, tem-se como casual e em boa doutrina é admissivel. Seria incurial não applicar aos actos assim condicionados a garantia da irretroactividade das leis.

As disposições *causa mortis* segundo alguns, não podem depender do puro arbitrio de terceiro. Isto poderia talvez inferir-se das prohibições do art. 1667 e da propria natureza dos actos de ultima vontade, não obstante a lei não ser expressa a respeito e o art. 115 só proscreever as condições *expressamente* vedadas.

Quando, porém, a doutrina contraria devesse prevalecer, teria toda applicação ás disposições *causa mortis* o que dissemos dos actos entre vivos, isto é, nenhuma razão juridica justificaria a excepção, posta quanto a ellas, ao principio geral da irretroactiivdade.

Não é possivel entender que o final do § 1 se refere precisamente aos actos condicionados em contravenção ás normas legaes, porque taes actos, sendo nullos, não originam direitos adquiridos ou de outra especie.

2. A lei, diz mais o art. 3, respeita o *acto juridico perfeito*.

Ha, pois, na linguagem do Codice actos juridicos perfeitos que não são direitos adquiridos.

O § 2 define o acto juridico perfeito o *já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se effectuou.*

Mas, que é acto consumado?

Varias interpretações seriam possiveis. Pela primeira, acto consumado seria aquelle que tivesse produzido todos os seus effeitos. Parece claro que o § 2 não pode ter essa intelligencia. São estranhos ao systema da retroactividade as relações juridicas exaustas, ou liquidadas mediante pagamento, transacção etc., posto que o passado nos offereça exemplos de leis que puzeram em questão negocios extinctos antes dellas entrarem em vigor como a const. 3 Cod., 8, 34.

Acto consumado poderia ser tambem aquelle que sob o regimen da lei antiga se tornou apto para produzir os seus effeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensaveis.

Mas, si esses effeitos são direitos adquiridos, a causa que o produziu ha de impor-se forçosamente ao respeito da lei nova, por outros termos, o acto consumado, assim entendido, não deve ser uma noção diversa da de direito adquirido.

Poder-se-a entender por acto juridico perfeito ou acto consumado, o testamento antes da morte do testador?

Como é sabido, a theoria da retroactividade das leis assume especial complexidade em sua applicação ao testamento por ser este acto considerado em dois momentos diferentes. — o em que é feito e o da morte do testador.

Para resolver as multiplas questões de direito transitorio que dahi surgem é preciso distinguir:

- a) a capacidade juridica do testador,
- b) sua capacidade de facto,
- c) o conteúdo do testamento,
- d) capacidade juridica do herdeiro ou legatario,
- e) fôrma do testamento.

O primeiro caso, si por capacidade jurídica do testador se entende a *testamentifactio* no sentido rigoroso e tecnico, é destituído de importancia no direito moderno.

Quanto á capacidade de facto, o momento decisivo é o da confecção do testamento — cf. art. 1628 do Codigo Civil, applicavel ao conflicto de leis.

A forma do testamento (letra *e*) está, como é corrente — sujeita á regra — *tempus regit actum*.

Restam, portanto, o conteúdo do testamento e a capacidade jurídica dos chamados á successão (letras *c* e *d*)

Para decidir qual a lei applicavel a essas duas materias cumpre saber a occasião em que o testamento se faz um acto juridico perfeito produzindo os effeitos que lhe são proprios. Ora esse momento não pode ser sinão o da abertura da successão. O testamento é acto de *ultima vontade* (*suprema, ultima voluntas*). Até a hora extrema a vontade expressa pelo testador interessa apenas a elle, que a pode livremente revogar. Só pela morte é que essa vontade confere direitos aos beneficiados. Logo só então o testamento se torna um acto juridico perfeito; entrando portanto, na regra geral de que os actos juridicos se aperfeiçoam quando produzem effeitos.

Em summa. o testamento antes da morte do testador não é um acto consumado no sentido do § 2 do art. 3.

Mas, si o *acto juridico perfeito* desse artigo não é o acto que esgotou os seus effeitos, nem o acto capaz de produzil-os ou que os está produzindo, nem o testamento antes da morte do testador, não atinamos com o sentido daquella expressão.

**3.** A lei, diz afinal o art. 3, respeita a coisa julgada, isto é, a decisão judicial, de que já não caiba recurso (§ 3)

As sentenças, porém, não fundam direitos, ellas apenas reconhecem ou declaram um direito existente. Ora de duas uma, ou esse direito é adquirido ou é meramente facultativo.

No primeiro caso a sentença nada acrescenta á intangibilidade do direito. Qualquer direito adquirido escapa ao imperio da lei nova, quer haja, quer não haja sentença que o reconheça, quer haja, quer não haja em juizo acção para o fazer valer.

No segundo caso, isto é, tratando-se de meras faculdades, admite-se geralmente a maxima — *actiones semel inclusae in judicio, salvae permanent* (Dig., 50, 17, 139), em virtude da qual, uma vez propostas em juizo as acções destinadas a realizar os direitos facultativos, não mais poderão elles ser tolhidos pela nova lei.

Assim, por essa doutrina a acção reconhecida pelo art. 363 do Codice aos filhos illegitimos, eis que fosse intentada judicialmente, ficaria a salvo de disposições legaes ulteriores que as privassem do direito ao reconhecimento forçado.

Em theoria, pois, é o inicio da lide e não a sentença, o que garante as faculdades juridicas ás pessoas a quem ellas competem, contra a retroactividade da leis.

Mas os tribunaes, não podendo applicar o final do art. 3 aos direitos adquiridos, hão de entender que elle se refere aos direitos facultativos. Teremos dest'arte posta de lado a maxima antiga, racional, universalmente adoptada ou deixará de ter applicação aquella parte do dispositivo.

Vê-se por estas considerações ligeiras quão inçada de difficuldades é a interpretação do art. 3 da Introduccão. Melhor fôra que o legislador tivesse deixado á doutrina a materia da irretroactividade das leis.

Infelizmente o Codice é definidor. Infelizmente, dizemos, porque a maior parte das suas definições são verdadeiros desastres.

DR. J. AUGUSTO CESAR.

(*Professor cathedratico de direito civil*)

