

## Argüições em Concurso

Valle Ferreira era constantemente convocado para participar em bancas examinadoras de candidatos à cátedra de Direito Civil nas mais conceituadas Faculdades do país. Mesmo depois de aposentado, continuava recebendo tais solicitações, não só pelo alto prestígio de seu nome, como pelo fato de permanecer em sua condição de estudioso e pesquisador da matéria de sua eleição.

De seus artigos foram retiradas algumas cópias de argüições para o presente número, sem que tenha predominado qualquer sentido de seleção ou escolha das mesmas. Do mesmo modo deixam de ser identificados os concursos ou os candidatos a que foram dirigidas, por motivos óbvios.

### I

Depois da leitura atenta de seu trabalho, de um exame repetido dos capítulos que mais me interessavam, seguidos de naturais meditações que a leitura provocou, fui naturalmente rever noções elementares. No final de tudo isso, levado a elaborações que fiz por minha conta, quase que me surge a aspiração de elevar-me à categoria de Va. Excia., quero dizer: dos juristas que puderam escrever qualquer coisa sobre a teoria dos vícios redibitórios, segundo a facécia de V. Ihering, que Va. Excia. relembrou.

Passei pelas preliminares e pela evolução histórica do instituto examinado, para logo fixar-me no lugar em que Va. Excia. trata de sua natureza jurídica, nem foi preciso ir além do título para perceber que estávamos desafinados. É que Va. Excia. assim intitula o capítulo: "Natureza jurídica

da *responsabilidade* por vícios ocultos” (p. 189) e até o fim faz referência à *responsabilidade* do vendedor. Ia passando por cima para não deixar por aqui a impressão de um caturra, que se deixa reter pelo tom das palavras. Entretanto, neste caso, seria impossível ficar sem reparo o incidente, porque não concordo com Va. Excia. por mais de um motivo, sendo certo que um deles é de natureza fundamental.

I) A noção de responsabilidade normalmente vem lembrar a de culpabilidade, que é seu fundamento. É claro que seria inútil e inoportuno qualquer debate entre nós sobre responsabilidade sem culpa. Mas, em assunto de *vício redibitório* — e Va. Excia. afirma isso em seu trabalho por mais de uma vez — um dos princípios cardiais é o da irrelevância do comportamento do alienante, pois este, na qualidade de *garante*, deve a garantia independente de culpa, apenas pelo fato objetivo da existência do vício. Isso posto, nos contratos de prestações recíprocas, o alienante obrigou-se pela *garantia*, palavra que tem sentido especial, principalmente na compra e venda, contrato que quase sempre serve de exemplo nesta dissertação. Pediria que Va. Excia. não invocasse o nosso Código, porque aqui estamos acima do legislador e é fora de dúvida que os artigos 1102 e 1004 usaram de uma linguagem sem acerto. Não é só por apego à doutrina tradicional que faço esse reparo. Tenho outros motivos e o principal está no seguinte:

II) Segundo pude observar, todo o trabalho de Va. Excia. de certo modo foi embaraçado pelo fato de seguir muito de perto os expositores italianos. São precisamente os Autores de minha preferência, de maneira que não estou aqui para discutir o magistério de qualquer d’eles, todos clássicos no assunto.

Acontece, entretanto, que aquelas lições nem sempre nos servem inteiramente, ou melhor: precisam ser afeiçoadas a nosso Código, uma vez que foram feitas sob a inspiração de um sistema diferente.

Lamentei, mesmo, que Va. Excia., neste capítulo, não tivesse registrado uma novidade notável, quando o Código italiano de 1942, além da disciplina normativa dos vícios redibitórios,

inscreveu no mesmo lugar a regra do artigo 1497, que considera a hipótese de falta de qualidade na coisa vendida.

E falo desse modo porque Va. Excia., depois de uma longa dissertação, não raro sobre pontos de todo secundários, só se refere a esta circunstância, muito de passagem, em comentário de meia página (p. 300). Entretanto, observe Va. Excia., o novo Código trata dos efeitos da garantia por *vícios ocultos* (art. 1492) e, de outro modo, com fundamento na *falta de qualidade* (art. 1497), concede a ação contratual por inadimplemento. Como se tanto não bastasse para assinalar a diferença entre aquele e o nosso, o comprador ainda pode invocar as disposições gerais sobre a resolução por inadimplemento (art. 1453). Naturalmente tudo isso é muito discutido na Itália e, se não me engano, até mesmo Va. Excia. debateu o assunto. Daí, ser admissível, para não dizer necessário, que os autores italianos falassem outra linguagem com o rigor que eles cultivam: *garantia*, quando se referem a vícios ocultos; *responsabilidade*, se querem fazer referência à ação contratual. Agora, cabe uma pergunta: por que foi Va. Excia. pelo mesmo caminho, quando é certo que o Código brasileiro equipara os vícios ocultos à falta de qualidade? Ao contrário do C. italiano, o nosso trata de 2 figuras diferentes, quando fala de vícios e defeitos. Vício é alteração no modo de ser da coisa. Corresponde ao conceito positivo de existência da qualidade, mas de maneira diferente da normal; *defeito* é falta de uma das propriedades. Corresponde a um conceito negativo de ausência de qualidade, que a coisa devia ter para ser normal. Va. Excia. não quis esclarecer. O velho Código italiano 1498 é igual ao brasileiro. (p. 270).

Não se trata, assim, de uma discussão em torno de palavras, mas da fixação de conceitos. Aliás, Va. Excia., quando opina quanto ao novo direito italiano (p. 300), declara que a falta de qualidades *essenciais ao uso* dá lugar à resolução comum, excluindo, portanto, as ações edilícias. Aqui, porventura, Va. Excia., numa exposição doutrinária, não devia distinguir entre *responsabilidade* e *garantia*?

Veja Va. Excia. que, na exposição da teoria, os Mestres italianos tinham questões peculiares àquele sistema, cujas conclusões, segundo me parece, não teriam maior significado no momento de discutirmos o nosso. Mas vou demonstrar que Va. Excia., nesta oportunidade, perdeu a vez de servir ao aperfeiçoamento de nossa legislação.

Explico: jamais estive na intenção dos compiladores italianos o propósito de criar, por via de art. 1497, uma nova ação. O art. 1497 foi um arranjo, um conserto. É que o comprador, além de garantido quanto à falta de *qualidades essenciais ao uso*, já estava protegido contra a falta de *qualidades no objeto*, em razão das disposições gerais reguladoras do inadimplemento, nos termos do artigo 1165 do velho Código.

Na Itália, como no Brasil e em outros lugares, onde os códigos obedecem ao mesmo modelo, as controvérsias se repetem sobre a aplicabilidade do prazo de decadência (que convém ao alienante), ou do prazo ordinário de prescrição (freqüentemente invocado pelo adquirente). Daí, com o propósito de reduzir as discussões, a deliberação, que tomaram os entendidos, de disciplinar a ação que já *existia*, submetendo a ação contratual aos mesmos prazos de prescrição e de decadência previstos para a ação redibitória. Tudo isso foi expressamente declarado durante os trabalhos de elaboração, é muito simples, mas complicou o debate, trazendo-nos o risco de repetir discussões que não nos interessam.

Naquela época, andaram os juristas italianos às voltas com outras dificuldades, e é irrecusável que algumas permanecem. Por exemplo: na ação redibitória, não se questiona a culpa do vendedor, à vista do caráter peculiar da *garantia*. Se deixarmos a esfera da redibitória, é por demais duvidoso que a *falta de qualidade* possa configurar igualmente uma situação objetiva, de modo a dispensar o elemento subjetivo da culpa. Ao contrário do debate anterior, este é de interesse geral. Fui, então, para uma pesquisa maior, aos autores consultados por Va. Excia.. Encontrei divergência entre eles: Rubino

exige tal elemento, mas Va. Excia. ficou com Mengoni, que dispensa a culpa porque, segundo lhe parece, a referência do artigo 1497 à ação ordinária tem apenas valor analógico. Confesso a Va. Excia. que fui a Mengoni não pelo fato de achar tal afirmativa, simplesmente ligeira, para fugir a maior discussão; fui à procura da “*Rivista*” porque estranhei que um jurista dissesse que o conceito de *garantia* não devia permanecer unido ao conceito de obrigação. Não sei como Va. Excia. poderá explicar-se, uma vez que a natureza jurídica da *garantia* vem sendo explicada como decorrente da inexecução, do erro, do risco e, finalmente, pela teoria da pressuposição, de sua preferência. Ocorreu-me, entretanto, que quando Mengoni falou de construção *sbagliata* quis referir-se diretamente ao artigo 1497.

Va. Excia. estava desobrigado de discutir tal aspecto, uma vez que nosso Código, do mesmo modo que o napoleônico, encara o aspecto objetivo, econômico do negócio, para remediar o desequilíbrio entre as prestações, nos contratos comutativos.

Entretanto, perdeu muito boa ocasião de esclarecer as coisas, pois nomomento um estudo neste sentido talvez pudesse levar subsídio valioso aos trabalhos de reforma do Código. Va. Excia. está com a palavra e ainda pode servir ao legislador do planalto, se quiser responder a pergunta que proponho: em nosso direito, poderia o adquirente optar entre a ação redibitória e a ação ordinária de resolução do contrato? Nossos Tribunais já hesitaram neste caso.

Quanto à natureza da garantia dos vícios, obedecendo ao esquema do ilustre Prof. W. Barros Monteiro, examinarei:

I) *Garantia como consequência da natureza do negócio* — que leva sempre a uma pesquisa quanto à execução daqueles contratos em que a obrigação de uma das partes é causa da obrigação da outra. Como fundamento da garantia por vícios redibitórios, Va. Excia. acha inaceitável a teoria da inexecução, porque a mesma não obedece à evolução das ações edilícias. O motivo, estou certo, é secundário, principalmente se considerarmos que durante os trabalhos de elaboração do

Código alemão, uma forte corrente de juristas notáveis foi favorável à proposta, então apresentada, de simples recusa de todas as regras romanas, porque os casos de inadimplemento, disseram, bem poderiam ser resolvidos com a aplicação do direito comum.

Va. Excia. dá notícia do antigo direito germânico, do direito intermediário, informa quanto à vicissitudes no momento de aplicação das normas romanas, mas deixa de fazer qualquer referência àquele projeto de supressão, que não vingou mas foi muito discutido.

Neste capítulo (p. 198) também encontrei certa afirmativa, cujo sentido não consegui alcançar. Está quando Va. Excia. diz que “não obstante a perfeita execução do contrato, as ações edilícias protegem o adquirente”. Pergunto, então: quando o contrato é *perfeitamente* executado pelo pagamento *completo* não se dissolve o vínculo?

Em caso de vício redibitório, há sempre execução defeituosa. A prestação da coisa sem a utilidade visada constitue modalidade de inexecução. Na compra e venda, por exemplo, o preço é fixado em razão das utilidades e, por isso mesmo, o vendedor tem que dar não apenas a coisa, mas a coisa com aquelas qualidades que constituem o valor de *troca* e o valor de *uso*. Há inexecução completa quando a coisa não tem as qualidades esperadas, de maneira a atender às exigências médias predominantes no comércio; a inexecução é parcial quando a coisa não satisfaz as aspirações comuns dos adquirentes. Nos dois casos é considerado o aspecto econômico das coisas.

Afinal, e este ângulo não foi examinado na dissertação, nas obrigações interdependentes, como na compra e venda, a prestação do comprador fica parcialmente *sem causa*, quando a contraprestação é incompleta. Mesmo se julgarmos perfeito o contrato, perfeito o pagamento e, assim, válida a atribuição que teve como título um negócio válido, é fora de qualquer dúvida que a diferença entre o preço ajustado e o preço justo estaria sem causa no patrimônio do vendedor, conforme lembra Savatier. Desse modo, a ação redibitória não teria ainda

excelente fundamento naquele princípio que condena o enriquecimento? O que pesa é que Va. Excia. não tenha examinado tal ângulo, quando é certo que foi muito a tempo advertido por nosso ilustre Prof. W. Barros Monteiro, cuja lição não quis aproveitar (p. 345). E é lamentável, pois se as teorias enumeradas podem servir para explicar a redibitória, nenhuma delas pode dar os fundamentos da ação estimatória.

Fica parecendo, mesmo, que a falha indesculpável em seu trabalho vem da preocupação injustificável de querer, de qualquer modo, resguardar os antecedentes históricos das ações edilícias.

Va. Excia. ainda teve em mãos os notáveis comentários de Saleilles ao primeiro Projeto do Código. Ali, o grande juriconsulto assume a representação das maiores figuras de seu tempo para, em nome de todos, manifestar o ideal de uma reconstrução do sistema de garantia dos vícios ocultos, deixando de lado a teoria romana das ações edilícias. Entretanto, não há sequer uma palavra de Va. Excia. quanto à ação de redução do preço, isto é: a faculdade que tem o comprador de modificar a execução do contrato, precisamente no que concerne à sua obrigação de pagar o preço. Resolver o contrato é uma coisa; mas, exclama Saleilles, modificá-lo ao nuto de apenas um dos contraentes, é um procedimento contrário a todas as idéias jurídicas e afirma a falta de lógica de certas regulamentações legislativas.

Se Va. Excia. não leu, paciência, foi por mal de seus pecados. Seria, entretanto, indesculpável se Va. Excia. ficasse indiferente à fina observação de Saleilles.

## II) *Garantia como solução interpretativa da vontade das partes:*

Va. Excia. afirma nada haver de comum entre os vícios redibitórios e a teoria do *erro*. Acrescenta, ainda que a evolução não levará à identificação dos dois institutos pois, apesar do desenvolvimento deles, continuarão as mesmas características diferenciais. Pouco antes, também não quis identificá-la com fatos da inexecução.

Não pude entender, assim, como lhe foi possível, depois de afastar as explicações com fundamento na inexecução, ou erro, decidir que o melhor fundamento da garantia por vícios ocultos estava na teoria da *pressuposição* (p. 263). Sempre entendi a *pressuposição* como condição não manifestada, não desenvolvida, mas que deve integrar a interpretação de vontade. É uma forma de limitação da vontade, é declaração condicionada. Faltando, a discordância entre vontade manifestada e o fim visado.

Para chegar à afirmativa final, necessariamente Va. Excia. distinguiu entre *pressuposição* unilateral e bilateral e a esta se refere, pois somente esta podia ter o mérito de modificar a declaração de vontade. Assim, a hipótese de vício redibitório iria reduzir-se a um caso de inexecução. A propósito: o grande e lúcido Alves Moreira distinguiu muito bem entre as duas, deixando entender que a *pressuposição* unilateral seria irrelevante para condicionar a vontade manifestada, só tendo valor a segunda — porque realizada pelas partes.

Isso foi bastante para provocar um reparo injusto de Cunha Gonçalves, ao afirmar que Alves Moreira tinha confundido duas noções diferentes: *pressuposição* e erro. Em consultas diárias a C. Gonçalves tenho colhido os melhores ensinamentos. Mas nunca me dei muito bem quando o Mestre português quer ficar sozinho no terreiro. Temos aqui um exemplo e é certo que em seus trabalhos são freqüentes as restrições a Coelho da Rocha e até mesmo ao velho e douto Borges Carneiro.

Afastadas outras discussões, parece-me entretanto, irrecusável que a *inexecução das condições*, o erro e os *vícios ocultos* têm todos o mesmo fundamento e estão compreendidos na mesma teoria geral da *causa*, nas obrigações recíprocas, quando a *prestação é causa* da contraprestação. O que sai destes limites é literatura mais ou menos bem feita.

Naturalmente, o Código, seguindo o precedente histórico, deixa clara a diferença entre a garantia em razão de vícios e os casos de invalidade por erro. O vício tornou-se aspecto particular do erro. Assim, além de atender a casos de impro-

priedades secundárias, quais as que tornam a coisa imprópria ao uso, o vício devia ser procurado no objeto, e não na vontade do comprador, circunstância que dispensa a *prova* de ter o vício ocorrido no momento da formação do contrato. São outras regras, com o fim especial de favorecer ao comprador, uma vez que o direito de venda, como assinalou De Page, devia ser interpretado contra o vendedor. Apenas ficou *ampliada* a proteção legal, à vista de ser a rescisão mais limitada no direito comum.

Tudo isso quer dizer que a diferença resulta de concepções legislativas, concepções que vêm sendo alteradas na prática, de tal modo que a assimilação entre os dois princípios é cada vez maior, pois a jurisprudência, levada pelas necessidades diárias, faz desaparecer as diferenças. E Va. Excia. mesmo indica decisões empenhadas em alargar a idéia de erro, encaminhando-a a uma forma geral.

Assim, informam Demogue e Capitant, citando exemplos recentes dos Tribunais franceses, tão freqüentes ao declarar que o artigo 1641 é apenas aplicação da regra geral constante do artigo 1110. A regra do 1110 visa ao erro sobre a substância da coisa, objeto do contrato e os juristas impregnados da doutrina da autonomia, dizem que só há vício de vontade quando falta consentimento sobre o objeto. Isso não impede que a nova jurisprudência de interpretação mais larga ao *erro sobre a substância*, para decidir que o erro deve ser tomado em consideração, quando de tal natureza que, sem ele, uma das partes não teria contratado. Neste sentido as aplicações são constantes. Tão repetidas que levaram Ripert à afirmativa de estar abandonada a concepção de vício da vontade no contrato, porque todos decidiram em fazer da teoria do erro um *processo técnico* de proteção de quantos podiam contar com certas vantagens, no momento de contratar e foram frustrados em suas aspirações razoáveis. É a aproximação cada vez maior entre a teoria do erro e a da garantia. Os Tribunais, para explicar a considerável ampliação, imaginaram dizer que a *substância da coisa* é noção que só pode ser entendida subjetivamente, porque uma qualidade fica

sendo substancial quando assim é considerada pelo contraente. Além de tudo isso, os Tribunais, a princípio muito exigentes, já não consideram com rigor o caráter do defeito e este, segundo repetidas decisões, ao mesmo tempo pode ser *oculto* e *aparente*, segundo a capacidade de observação do adquirente. Ou melhor: as considerações são fixadas mais no erro cometido do que na aparência do vício.

De outro modo, na hipótese de diminuição do *valor de uso*, a teoria dos vícios, que é mais flexível, permite a diminuição no preço. Então, pelo fato de não se encontrar em caso de erro o favor da mesma regra a jurisprudência aplica a regulamentação mais favorável.

Ainda mais: mesmo contratos viciados por erro são *invalidados parcialmente*, pois certas decisões têm mantido aquelas obrigações que *conservam causa suficiente*. Não há dúvida em que esta verdadeira ginástica é para chegar, mesmo em caso de erro, àquelas situações resultantes da aplicação de regras específicas dos vícios redibitórios. Ora, isso muito claramente quer dizer que os preceitos codificados perdem com facilidade os caracteres atribuídos pelo legislador, porque devem modelar-se às necessidades práticas. Assim, os casos de erro e de vícios redibitórios, embora não se identifiquem quanto ao fundamento, confundem-se irremediavelmente em seus efeitos. *Tudo isso* é muito natural, pois as duas teorias não têm outra utilidade senão a de fazer respeitar interesses legítimos dos contraentes.

O Direito escrito conserva a expressão verbal, como traço de união entre o passado e o presente. Enquanto o legislador não dá expressão ao que efetivamente existe, é assim mesmo que se faz o progresso do Direito: realiza-se uma série de presunções de vontade, de culpa, por um recurso perpétuo a essas mentiras técnicas, para que se possa ter a impressão de que os Códigos permanecem, apesar das mutações do direito vivo. A força contratual, até mesmo a autoridade legislativa, vêm sendo substituídas pela jurisdição. Tudo isso deve ser entendido como inevitável compressão sobre os princípios tra-

dicionais, pelo ministério do Juiz. Nos dias de hoje, principalmente, é mais acentuada aquela reação da Cidade contra o indivíduo.

## II

*Fideicomisso* é o trabalho apresentado a discussão. As substituições fideicomissárias evocam o tempo em que motivos religiosos e políticos determinavam a integridade da terra, para garantir poderes ligados ao esplendor do nome; lembram a figura daquele Senhor de 7 castelos e de 7 morgados, cuja vontade podia regular as sucessões pelos séculos adiante; recordam o tormentoso e sanguinário direito da Revolução, cassando todos os títulos de nobreza rural; lembram até mesmo a tentativa ingênua de Napoleão, ao pretender uma organização de morgados, para contemplar generais e outros palacianos do Iº Império. Va. Excia. nem pode imaginar a carga de poesia que descubro em tudo isso! Entretanto, no meu entender, são coisas, são memórias que pertencem irremediavelmente a um passado heróico.

Se tivesse prevalecido, na elaboração do Código, a proibição de alienar, constante do Projeto Clóvis, na certa eu iria repetir aqui as palavras de C. Gonçalves sobre o fideicomisso: “melhor seria suprimí-lo por inútil, uma vez que o suposto encargo de *conservar* e *transmitir* por morte não passa de palavreado tradicional, que nada mais representa do que a deixa de usufruto ao fiduciário”.

As disposições de nosso Código também não se recomendam. E foi pena que Va. Excia. não tivesse atentado na proposta de Orlando Gomes, que me parece simples e muito capaz de atender ao único caso em que ainda se pode admitir o instituto, quero dizer: atende ao desejo do testador de instituir herdeiro pessoa ainda não existente ao tempo da abertura da sucessão:

“...a substituição só se permite em favor de descendentes do testador, não concebidos ao tempo de sua morte” (art. 894 do anteprojeto e 805 do Projeto).

§ — Se os fideicomissários já existirem, adquirem a propriedade dos bens, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.

Aliás, neste sentido, Va. Excia. ainda conta com o prestigioso parecer de nosso Professor Sílvio Rodrigues. (Sucessões, nr. 120).

Passemos, então, a assuntos de maior importância.

II) *DEFINIÇÃO*. Numa tese de concurso, as definições importam, e muito. Constituem ponto de partida e, assim, devem ficar enunciadas as qualidades próprias e essenciais do instituto que vai ser examinado. Va. Excia., entretanto, alegando falta de espaço (195), adota a definição proposta por Carlos Maximiliano, considerada *lapidar* por Armando Dias de Azevedo: “fideicomisso é o instituto jurídico em virtude do qual se adquire o domínio com a inerente obrigação de *conservar* o recebido e, por morte, depois de certo prazo, ou sob determinada condição, *transmitir* a outra pessoa, física ou jurídica”.<sup>30</sup>

Note-se: Carlos Maximiliano chega a dizer *restituir OU transmitir*, equiparando, assim, pela conjunção alternativa, duas noções que me parecem muito diferentes. Também o Código fala na obrigação, que fica ao fiduciário, de *transmitir* os bens ao substituto.

Mas, pergunto agora, transmitir como, transmitir o quê, se a propriedade é resolúvel no gravado? Assim, é claro, *transmitir* não exprime a situação jurídica do fiduciário. Este, não transmite os bens ao fideicomissário.

A lei é que resolve a titularidade no fiduciário, atribuindo-a automaticamente ao segundo herdeiro, fideicomissário. Cabe, então, ao primeiro, ou a seus sucessores, o dever de *entregar materialmente* bens que já pertencem a outra pessoa. A *transmissão* é feita por força de lei, pois no fideicomisso há *duas disposições sobre os mesmos bens e duas pessoas são chamadas* pelo testador, uma *depois* da outra. Desse modo, os direitos do substituto provém diretamente do testador que, por uma única disposição, fez duas liberalidades. O fiduciário *entrega, restitui*.

Nosso Código também está errado, como esteve errado o português, cuja falha de linguagem já foi emendada, emenda também proposta ao nosso legislador: “o fiduciário é obrigado a *entregar...*” (Proj. art. 807, §).

A definição proposta ainda não serve por outro motivo:

Dizem Va. Excia. e o douto Carlos Maximiliano que o fiduciário deve *conservar* os bens. É a linguagem do Código italiano e do português. Mas estas leis, quando falam em *conservar* querem exatamente dizer que o fiduciário *não deve dispor*, deve *guardar os bens*. Com isso, inequivocamente, querem assinalar o *caráter de inalienabilidade* deles, uma vez que, naqueles Códigos, o fiduciário é equiparado ao *usufrutuário* (arts. 693 e 2290). O fiduciário tem somente o *gozo e a administração* dos bens. Qualquer alienação ou oneração dos mesmos depende da autoridade judiciária (694 e 2291). Nosso regime é outro, muito diferente. Se o Código reconhece a *propriedade* ao fiduciário (art. 1734), não podia afirmar a *inalienabilidade como regra*. Assim, a restrição que faz à propriedade apenas impede a *alienação incondicionada*. O que mais admira e vem tornar a definição de Va. Excia. a menos aceitável de todas é o fato de Va. Excia. ainda afirmar que “o bem se torna inalienável” (206).

III) *REFORMA LEGISLATIVA* em suas conclusões, Va. Excia. quer uma reforma legislativa, de modo que nosso Código, para atender às exigências do momento, obedeça aos moldes portugueses e aos do Código italiano de 1942. Trate-mos da lei italiana pois, embora a lembrança das ditaduras possa sempre importunar, de nenhum modo concordo em que a influência fascista tenha sido, neste caso, nefasta ao legislador (125 e 173). Não; o Código italiano obedeceu à melhor aspiração do momento. Seus inevitáveis compromissos com o regime de nenhum modo prejudicaram a grande reforma que realizou, de criações que permaneceram e vão ficar. Tanto isso é verdade que a matéria que ora discutimos permaneceu intacta, mesmo depois de restaurado o sistema democrático. Quem nos dera um regime, uma política que procurasse fortalecer o núcleo familiar! Foi o que fez o fascismo,

com oportunas alterações no Direito de Família e no Direito Sucessório, sempre visando à segurança patrimonial do grupo, fortalecendo a Família, com a restauração em seu seio do *princípio de autoridade*. Observe Va. Excia: vemos no Código de 1942 o fortalecimento dos poderes domésticos. O poder marital reafirmado e o pátrio poder levado ao extremo de garantir àquele que está em seu exercício o direito de escolher, por testamento, tutor para os filhos que deixar. Além de fortalecidas essas relações pessoais, o novo Código trás uma novidade notável, quando organizou o *patrimônio familiar*, para favorecer a estabilidade econômica do grupo. Alargou desse modo, o velho conceito do *Bem de Família*, instituto inútil quando apenas pretendia o desenvolvimento da agricultura e a fixação do camponês à casa rural. Hoje, qualquer que seja a natureza dos bens e sem limitação de valor, a Família já pode ter um patrimônio intangível, uma espécie de âncora de salvação, nas contingências difíceis. O regime de bens entre os cônjuges, do mesmo modo, com a constituição do dote durante o casamento, melhora a situação econômica do casal.

No ponto referente à substituição fideicomissária, Va. Excia. diz que o Código italiano é mais *difuso*, mais *flexível*, mais *amplo* que a lei brasileira. Não posso concordar.

O Código italiano manifesta inequivocamente a tendência de proibir o fideicomisso, por um fato muito simples: só admite a substituição ao *filho* ou ao *irmão*. Isto quer dizer que o que ali se encontra é uma *substituição qualificada*, ou melhor: *substituição familiar*, limitada às duas hipóteses do artigo 692.

Foi assim, admitida, não para proteger famílias privilegiadas, como no passado, mas para garantir a estabilidade econômica de famílias em geral. O Código de 1942 atende melhor à vontade do defunto. É substancialmente inspirado, não na finalidade egoísta do disponente mas com o objetivo superior, de caráter familiar e social.

O velho Código proibia e a tendência do novo é a de proibir, pois só por exceção admite o fideicomisso.

IV NOSSO CÓDIGO, ao contrário, permite que o testador indique qualquer outra pessoa para substituir o herdeiro, ou legatário.

Ainda mais e principalmente o sistema brasileiro se apresenta mais *difuso, flexível e amplo*... Vejamos:

a *inalienabilidade* de modo geral, assim na França como na Itália, só foi tolerada depois de uma penosa construção jurisprudencial. É direito do Fôro. Entre nós, a cláusula de inalienabilidade pode ser imposta pelo testador (1676). Neste capítulo é sempre de utilidade destacar aquela particularidade do direito pátrio, que permite sejam clausulados até mesmo os *bens da legítima* (1723) com inalienabilidade e incomunicabilidade, providência que, a um só tempo, *amplia a liberdade* do testador e *cria irrecusável sistema tutelar*, inteiramente novo.

Desse modo — Va. Excia. deixou de fazer, aqui, um reparo notável — enquanto os romanos podiam servir-se do fideicomisso para assegurar com maior eficácia a *inalienabilidade*, nós podemos clausular com inalienabilidade para alcançar efeitos muito próximos da *substituição fideicomissária*. Não será, é claro, fideicomisso. Mas a operação permite uma *instituição em duas vidas*, tudo porque a proibição de alienar equivale ao encargo de conservar e transmitir, por morte, aos herdeiros. No Código italiano, isso é vedado expressamente por lei (art. 692).

Enfim,

V) Diz Va. Excia., em suas conclusões, que a substituição pode ser determinada por qualquer espécie de testamento ordinário: público, cerrado ou ológrafo.

Então, as formas de testar guardam qualquer ordem hierárquica? O que entendo é que os testamentos especiais são perfeitamente iguais aos outros. Apenas, são feitos em circunstâncias singulares, de maneira que, desde que obedecidas as regras particulares relativamente à *forma*, têm exatamente a mesma eficácia.

## III

*Variações sobre a irretroatividade das leis:*

Faz muitos anos, mais de 25, na Congregação de fevereiro que devia aprovar os programas do Curso Jurídico, foi discutido se o ensino no primeiro ano de Direito Civil devia compreender o caso da irretroatividade das leis. Examinados o Cód. napoleônico, o italiano de 65 e o Projeto do novo, logo se viu que em todos eles os textos continham disposições sobre a aplicação universal das leis, dando a entender que o assunto talvez coubesse à Teoria Geral das Leis. Isso mesmo pareceu a Teixeira de Freitas, quando observou ser a matéria “superior a todos os ramos da legislação”; a mesma coisa afirmou Clóvis e, posteriormente, observaram Filadelfo, Orozimbo e Hahnemann Guimarães. Além de tudo isso, ainda ocorria o fato de se encontrar o princípio da irretroatividade formulado na lei fundamental do Estado. Acertamos, então, — eu e o saudoso e douto Mario Casassanta — que o assunto devia ter a sua sede no Direito Constitucional.

Não nego, é verdade — a existência de uma zona adjacente, por onde podemos discutir à vontade. Mas isto significa que com este mesmo trabalho Va. Excia. poderia também pleitear a cadeira de Direito Constitucional. Assim, a sua tese corre o risco de não aparecer muito bem porque, mal comparando, vem lembrar a qualidade das roupas de confecção, que podem vestir a muitos, mas dificilmente se ajustam.

O que mais admirā, entretanto, é que Va. Excia. não tivesse duvidado dos trilhos que seguia, ao reparar que o art. 3º da Lei de Introdução do Projeto Clóvis “passou por um debate dos mais melancólicos e decepcionantes”, assim na Câmara, como no Senado” (309-311). Efetivamente, emudecerem sem mais nada, vozes que tanto falavam e muitas vezes falaram desafinados, com franqueza, dava para advertir. Mas Va. Excia. declinou dos rumos para fazer literatura, ao concluir que a ausência de discussões mais profundas deve ter sido motivada “pelo peso de cinco séculos de sedimentação entre nós das idéias oferecidas a debates” (311). Vê se pode! Estou muito longe

de pensar assim; antes, parece-me, nem havia o que se discutir com propriedade; tratava-se de uma superfetação evidente, tudo porque já eram regras constitucionais, desde 1824, a irretroatividade penal e a irretroatividade civil.

Está, assim, firmado o meu primeiro reparo: *a matéria não é especificamente de Direito Civil.*

II) *As Constituições:* Sem tempo para uma peregrinação pelos Códigos orientais, nem pelo direito clássico, vamos examinar o princípio nas Constituições e na legislação ordinária. Va. Excia. põe em grande destaque o exemplo americano, pelo fato de ali encontrar, pela primeira vez, a irretroatividade como postulado constitucional. Na aparência, a novidade é notável. Todavia, não tenho o entusiasmo tão fácil, a ponto de admitir, como fez Va. Excia., que tal princípio ali se firmou porque já estava “arraigado na consciência daquele povo” (113).

Fui examinar os textos citados. A seção IX, art. 1º, § 3º apenas se refere às leis penais, e não à generalidade, como Va. Excia., ao que parece, quis informar. O articulado na seção X, § 1º, nada vem completar, porque ali se trata de coisa muito diferente. Vamos ver: a seção VIII *fixa a competência* do Congresso para elaborar leis necessárias ao exercício de seus poderes políticos; *na seção IX a Constituição limita as prerrogativas* do Congresso, afirmando, assim, *direitos públicos*, como o privilégio do h-c, a proibição de condenação sem julgamento e a irretroatividade das leis penais. Tais preceitos são aproximadamente os mesmos que se encontram nos Artigos dos Barões, na Magna Carta, (1215, na Declaração Inglesa de Direitos (1688) e na Declaração do Congresso Continental. (1774)

Isso quer dizer que esses textos favoreceram o desenvolvimento da Teoria das Liberdades, mas pouco adiantam à tese de Va. Excia.. Ora, na regulamentação dos direitos individuais, é preciso sempre distinguir entre *direitos individuais que se referem à liberdade* e *direitos individuais que interessam ao patrimônio*. Passando adiante, observo desde logo que toda a seção X visa tão somente às *legislaturas estaduais*, quero dizer: aos Estados particulares, o que significa que o legislador

federal *pode prescrever leis retroativas*. Entendo, assim, que a seção X significou principalmente uma *medida preventiva* contra futuros e possíveis excessos da reação provinciana, tão impertinente naquela época.

Explico: na fase da Independência, além da crise de emancipação, os americanos tiveram pela frente sérias crises de organização, coisa muito natural, quando colonos de várias procedências e temperamentos diversos decidiram reunir-se em um só corpo de nação. Assim, observemos, certos resíduos de *soberania regional* ainda dos tempos da Confederação quase sempre perturbavam os trabalhos na Convenção de Filadélfia, pelo hábito, muito freqüente nas legislaturas estaduais, de votar leis ferindo interesses reconhecidos anteriormente. Como não fosse possível *abolir os Estados*, segundo uma proposta pitoresca que a história ou a lenda atribuiu a Hamilton, decidiram *limitar os poderes dos Estados*, no próprio instrumento orgânico que estava sendo elaborado. Daí resultou o nº X, do art. 1º, firmando a prevalência do governo federal comum: “...*nenhum Estado* poderá votar leis de caráter retroativo”. Simples medida de conveniência naquela conjuntura, por questões locais de irrecusável interesse político, os americanos fixaram o preceito na Carta. Houve, não há dúvida, uma aplicação extensiva do princípio, mas isto foi resultado de um trabalho notável da doutrina e da jurisprudência, no sentido de firmar uma política legislativa acertada.

Explicando o motivo principal, que levou os EE.UU. a incluírem o preceito na Constituição, logo se vê que houve certa extravagância ao fazerem o mesmo no Brasil. Os constituintes do Império estavam tão próximos de tais ocorrências que não puderam fugir à tentação de copiar semelhante gesto, o que de nenhum modo significa “uma particular vocação liberal do direito luso-brasileiro”, como quer Va. Excia (127).

Os legisladores do Império, servidos de boas letras, apenas solenizaram o princípio, dando conteúdo jurídico a idéias abstratas sobre os direitos naturais do homem. Entretanto, os legisladores do Império, também servidos de alguma jurisprudência, puderam ver que não existia entre nós a concor-

rência de *soberanias singulares*, uma vez que, depois da Independência, a Colônia se transformou em Império unitário. Então — observe Va. Excia. — pegaram do achado e foram inscrever a proibição de leis retroativas entre as garantias individuais (C. 179, III).

Va. Excia., entretanto, não viu, — e se reparou não quis assinalar, — o que fizeram na República. Foi pena porque não deixa de ser engraçado: embora não houvesse qualquer sombra de conflito de competência com as Assembléias Provinciais, o constituinte de 91, sem tom nem som, copiou o endereço da disposição americana, ao estabelecer como se fosse sanção: “Os Estados não poderão prescrever leis retroativas” (Disp. preliminares). Tal impropriedade foi corrigida depois.

*Segunda observação:* Na Constituição americana, a decisão foi local, para atender a *circunstâncias locais*. Não teve outro alcance.

III) *O Código:* Se os americanos obedeceram a uma indicação prática, repetindo o princípio na Constituição para frenar a “tirania legislativa dos Estados”, também o Código napoleônico, modelo do nosso, registrou a proibição como *arma de combate a abusos anteriores*. Realmente: a regra do art. 2º em seu Título Preliminar valeu como advertência solene. Como devia entrar em execução antes de qualquer outro, quis fazer uma advertência solene contra excessos anteriores, verificados nas Assembléias Revolucionárias. Quis evitar novas experiências de leis retroativas, como as que foram ditadas no período da Convenção, alterando direitos sucessórios. O art. 2º, portanto, vale como lei de combate, de circunstância, isto é: como prescrição particular para atender a uma situação particular, qual a da passagem do período revolucionário ao período da ordem. Além disso e *principalmente*, naquela atmosfera superaquecida, o legislador não ia apenas repetir princípios fundamentais de direito, mas alimentava o propósito de destruir *um passado*. Note-se, então: O Código da Revolução devia secularizar seus preceitos, devia declarar princípios revolucionários, que salientassem a inexistência de qualquer submissão espiritual com o passado. Então, nesta oportuni-

dade, quis reduzir a velha regra de Domat, *que admitia a retroatividade* para atender à equidade *natural*. Então, o legislador do Código resolveu afirmar o seu poder e, ao mesmo tempo, recusar a distinção canonista entre Direito Divino e Direito Humano, entre Direito Natural e Direito Positivo.

Este reparo, que foi feito por De Page, Josserand, Roubier e Boulanger, passou despercebido a Va. Excia. E foi pena!

Assim, não era preciso que a proibição de retroatividade se encontrasse no Código. Trata-se de preceito que nunca foi negado. Mesmo onde não se encontra na legislação, sempre inspirou uma acertada política legislativa, em sua qualidade de proposição de Direito Natural. Por isso mesmo, não entendo o entusiasmo com que Va. Excia. registra sua inscrição como regra legal, a ponto de entender tal equívoco de nosso legislador como ocorrência “resultante de sentimentos populares, ou de uma particular vocação liberal de nossos juristas...”

Não penso assim; em meu parecer, apenas se trata de uma manifestação exagerada do individualismo jurídico e, principalmente, do individualismo econômico. De resto, tudo isso foi feito sem resultado. Se o legislador é sensível a motivos de ordem política, econômica e social, a toda a hora verificamos que o intérprete, no momento de aplicação da lei, atende a considerações de justiça comutativa, a princípios de equidade, a razões econômicas. No momento, a realidade é esta, conforme observou Ripert: “o credor já não pode pensar com acerto em um *direito adquirido*; alimenta a simples esperança de que o Juiz considere legítima a sua pretensão”. Não está na hora de procurarmos exemplos, mas são inúmeras as manifestações desencontradas de nossos Tribunais, principalmente em período de vida econômica perturbada, quando o intérprete tem que decidir entre a regra legal e a regra moral.

A Constituição e o Código proíbem a retroatividade. Mas esta recomendação, repetida e solene, não impede a atividade reparadora dos Juizes, nem que o Legislador venha ditando medidas que determinam a *revisão dos contratos*, medidas que *modificam o conteúdo* de obrigações firmadas em data anterior

à lei. Temos tantos exemplos: moratórias, prorrogações, ou mesmo a resolução ao nuto de uma das partes. A moratória dos pecuaristas, por exemplo, é uma nódoa que ninguém consegue limpar: como se não bastasse a prorrogação, o Governo assumiu a dívida dos boiadeiros e... não pagou os credores!

São coisas de ontem e que hoje se repetem, apesar de nosso direito “ter amadurecido muito depressa” (395) e “ser dos mais evoluídos” (400), segundo quer Va. Excia.

IV) *A irretroatividade na Constituição*: Va. Excia. muitas vezes assinalou uma particularidade, que considera relevante: “a circunstância de ter a Constituição do Império fixado, em sua “declaração de Direitos”, a regra da não retroatividade, com força, portanto, para alcançar assim o Juiz, como o Legislador.<sup>281</sup> Pois este fato, além de extravagante, sempre me pareceu um adorno ilusório. Assim é que a vistosa garantia constitucional, que nasceu muito cedo, com a Independência, não impediu que o legislador ordinário libertasse os filhos de ventre escravo (1871), que emancipasse os sexagenários (1885) e culminasse com a Lei de um só artigo: “Fica abolida a escravidão no Brasil”.

Fez tudo isso sem cerimônia e sem moderação, embora *lesando direitos garantidos* por lei e *anteriormente adquiridos* por senhores de escravos. Não referiu Va. Excia. que ilustre Mestre desta Casa, o Emérito Professor Porchat, anotou tal destempero. Embora reconhecendo que a providências viessem restaurar direitos imprescritíveis da humanidade, estranhou que o Estado brasileiro, ao contrário do que fez a Inglaterra em suas possessões, não tivesse cumprido o elementar dever de indenização, única saída conseqüente com o respeito aos *direitos adquiridos* proclamados pela Carta. Na República, nem é bom dizer: temos exemplos velhos e novos de casos de retroatividade provenientes até mesmo de fontes legislativas subordinadas, como Regulamentos fiscais, do Registro Público, da Previdência Social... Todavia, a Constituição e o Código insistem em afirmar a *inviolabilidade dos direitos adquiridos*.

Mas a verdade e a tragédia é que simples invocações de interesses políticos, ou de utilidade social, levam o legislador ordinário a desarmar a Justiça, conforme salientou Rui. As razões de Estado constituem a negação de todas as Constituições. O princípio da irretroatividade não cede, mas o legislador avança.

De nenhum modo posso concordar com V. Excia., quando afirma que “dão sinal de atraso em sua evolução jurídico-política” (391) os povos que não inscrevem na Constituição a irretroatividade em matéria civil. Antes, entendo tal atitude como demonstração de sabedoria, de prudência. Realmente: se as Constituições fixam limites formais aos poderes do legislador e têm sido, assim desobedecidas (conforme Va. Excia. anota e admite (10), não seria mais acertado que as constituições silenciassem? — Positivamente! — *toda vez que o legislador ordinário*, qualquer que seja o motivo invocado, *dispõe contra uma regra constitucional* lesa irremediavelmente o *grande princípio de separação* entre o Poder Constituinte e o Poder Legislativo. Que diz Va. Excia.?

V) *O povo e as Constituições*. Va. Excia. (312) faz e põe em grifo a seguinte afirmativa: “o direito adquirido como regra constitucional não foi resultado de uma outorga de cúpula, mas o fruto de uma reivindicação popular”. Tenha paciência! Quem já viu por aqui, em que tempo, a força política do povo influir sobre Constituições? As Constituições sempre constituíram obra dos dominadores, dos homens que se impõem às maiorias inertes. Em nossa primeira Constituição o voto foi dos homens pertencentes à *soi-disant* nobreza da Corte e à nobreza rural, que formaram o grupo dominante em toda a história política do Império. Depois, na República, bem, na República, foi o que se sabe muito bem: permaneceu a força da burguesia agrária e da burguesia mercantil, sem qualquer interrupção, pois ninguém vê qualquer diferença entre o bisavô, Barão do Império, e o nosso compadre, Senhor de Engenho, ou Senhor de Fazendas, todos navegando nas mesmas águas...

Essa gente, com todas as suas virtudes e os seus pecados, compunha a *corporação burguesa dos juristas* e, por isso

mesmo, não iria acolher ideologias românticas. Tudo se arranjava de maneira que as relações de direito privado ficassem submetidas a uma ordem política individualista. Daí, o conjunto de regras e de instituições no sentido de assegurar a continuidade, a estabilidade de interesses conservadores. Ora, é claro que neste regime de aliança entre o poder político e o poder econômico, nesta Confederação de fazendeiros e comerciantes, o povo não podia piar e não piou.

Assim, nas Constituições sempre teve prevalência a opinião de homens que procuravam resguardar *interesses adquiridos*, acautelar *situações anteriores*, firmando a *idéia individual no direito privado*.

VI) *As leis e a aplicação do Direito*. Nos regimes de direito escrito, observou Rotondi, é freqüente e natural o desencontro entre as atividades legislativas e as atividades judiciárias, pois o *presente* é uma abstração e o legislador sempre se manifesta entre as duas realidades do tempo: o *passado* e o *futuro*. A lei constitue, assim, simples fórmula abstrata das realidades, no instante em que foi escrita, como advertiu Planiol desde o princípio do século.

Feita para o futuro, revoga a regra vigente no passado, sem possibilidade de uma aplicação matemática, porque fatos ocorridos e atos praticados sob a lei antiga costumam prolongar seus efeitos pelo campo da nova. Nesta conjuntura, devemos procurar um princípio regulador, para satisfazer a duas necessidades que se opõem: o dever de justiça e os anseios de segurança. A razão natural lembra desde logo uma regra que não é propriamente de direito: a não retroatividade, pois o *caráter normativo da lei* indica que ela só pode operar *ex-nunc*. Além desta consideração *racional*, a irretroatividade ainda se impõe por uma exigência *política*, isto é: para que não fique diminuída a confiança na ordem existente.

Admitido o princípio da irretroatividade, as divergências logo aparecem, pois as teorias, embora de clareza aparente, não permitem uma aplicação segura, na prática.

Va. Excia. desenvolve a dos direitos adquiridos, para chegar à solução que o Código indica: a lei nova deve respeitar os *direitos adquiridos*, sem considerar as *esperanças de aquisição*. Isto quer dizer que devemos sempre distinguir entre: a) *relações jurídicas já constituídas*; b) *relações que não produziram todos os seus efeitos* e c) *relações jurídicas "in fieri"*.

Muitas teorias se apresentam, mas as tentativas feitas até agora apenas chegaram a conclusões aproximadas. Se temos, portanto, de aceitar uma parcela de verdade de cada opinião, não podemos, é claro, construir uma teoria geral.

*Direito adquirido e expectativa de direito*, apesar de inúmeras pesquisas sobre essa fórmula dos clássicos, permanecem categorias opostas, sem um traço firme que venha demarcá-las. E o princípio continua de aplicação tão incerta, como no passado. Estamos ainda à procura de um critério teórico e sistemático.

O esforço de Va. Excia. comprova tal afirmativa: depois de 500 páginas, conseguiu apenas fazer história legislativa e acaba remetendo o estudioso à letra do Código, quando a dificuldade é simplesmente a de aplicação das regras que alí se encontram. Ora, o Código nada acrescenta, apenas define, embora definições já sobrassem, desde que podem ser contadas pelo número de Autores que versaram a matéria.

Va. Excia. caiu exatamente no erro do legislador de 1916, ao acreditar que um critério tão discutido na jurisprudência podia firmar-se por uma simples definição legal, por um artifício verbal, pois outra coisa não fizeram os redatores da lei, ao dizer, em resumo, que "...direito adquirido é o direito que não pode ser atingido pela lei nova".

Precisamente neste ponto — Va. Excia. não viu? — precisamente aqui a credulidade de nossos legisladores foi glosada na Europa, quando a Comissão Real para a reforma do Código italiano averbou de defeituosa a fórmula do nosso porque, disseram, a noção de direito adquirido não iria alcançar "luminosidade particular" pelo fato de ficar inscrita na lei.

Ê verdade, nem precisava estar no Código, repito.