

# **ATOS JURÍDICOS UNILATERAIS**

*DR. GONDIM FILHO*

Em meu escrito — Das fontes ou causas das obrigações — indiquei o verdadeiro conceito do *ato jurídico*, tendo em vista o art. 31 do Código Civil e a boa doutrina dos modernos civilistas.

Ficou aí bem acentuado que ato jurídico é a declaração ou manifestação da vontade individual para um fim lícito que, conforme a explicativa enumeração do mesmo artigo, pode ser “adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

Sustentei, também, com o apoio de Karlowa, Bruns, Gierke, Tuhr e outros, que algumas ações lícitas, de efeitos legais, não são atos jurídicos, em sentido técnico, como não o é, por exemplo, a gestão de negócios, posto que dela derivem relações obrigatórias.

E aproveitei a oportunidade para resgatar a falta em que então incidí por haver omitido a opinião de nosso Ribas que, perfilhando as idéias de Savigny, eschevera no título IV, capítulo I, de seu Curso de Direito Civil:

“Não se denominam, porém, *atos jurídicos* ou *declarações de vontade* aqueles atos que não têm diretamente por objetivo um fim jurídico, embora deles possam emanar efeitos jurídicos, de que o agente pouco ou nada se preocupa”.

Os efeitos resultam assim do simples fato, independentemente da intenção que caracteriza os atos jurídi-

cos, segundo a referida doutrina dos modernos civilistas.

\* \* \*

Uma das classificações dos atos jurídicos é em unilaterais e bilaterais, distinção de suma relevância porque concerne à sua integridade, à sua perfeição, Ato jurídico unilateral é o que está completo com a declaração de uma só pessoa, como a renúncia da herança, a nota promissória e o testamento, além de outros.

Bilateral é, porém, o ato jurídico que, para ficar completo ou perfeito, necessita das correlativas e concordantes declarações de duas ou mais pessoas, como acontece em todos os contratos.

Em consequência, nenhum ato unilateral poderá ser um contrato porque não se concebe contrato de uma só pessoa, ao passo que qualquer ato jurídico bilateral será necessariamente um contrato pela correlação e concordância das declarações dos atuantes.

Mas, como é sabido, os contratos também se classificam em unilaterais e bilaterais ou sinalagmáticos.

Haverá aí contradição com a afirmativa de que todos os contratos são atos jurídicos bilaterais?

Pode, em outros termos, o contrato unilateral ser ao mesmo tempo ato jurídico bilateral?

Pode sim, sem a menor dúvida, porque *unilateral* tem diversos sentidos nas classificações.

Quando dizemos que o ato jurídico é unilateral atendemos à unidade da declaração, quando porém afirmamos que o contrato é unilateral temos em vista a unidade da obrigação que, pelo consentimento recíproco, resulta exclusivamente para uma das partes.

O mútuo ou empréstimo de cousas fungíveis como ato jurídico é bilateral porque se forma com as declarações de mais de uma pessoa, e como contrato é unilateral desde que só produz obrigação para o devedor que é o mutuário.

A locação é entretanto bilateral como ato jurídico, e também como contrato, porque da mesma decorrem obrigações recíprocas entre o locador e o locatário.

Não existe, portanto contradição nas duas classificações.

Consultem-se, a respeito desta divisão dos contratos, Lacerda de Almeida: *Obrigações*, pág. 307 da edição de 1897; Mourlon, *Repetições Escritas*, vol. 2º, n. 1.028; Demolombe, *Curso de Código Napoleão*, vol. 24, n. 21; Giorgi, *Teoria das Obrigações*, vol. 3º, n. 25, e Endemann, *Tratado de Direito Civil*, vol. 1º, § 125.

A propósito adverte avisada e lucidamente Barde, no vol. 1º, n. 10, de seu trabalho sobre *Obrigações*, parte do *Tratado Teórico e Prático de Direito Civil*, publicado sob a direção de Baudry — Lacantinerie: “Devemos prevenir aqui uma confusão:

A palavra *unilateral* não tem o mesmo sentido nestas duas expressões *contrato unilateral* e *ato unilateral*.

Um ato é qualificado de unilateral quando é a obra de uma vontade única.

Assim o termo *unilateral* visa, na expressão *contrato unilateral*, os efeitos do contrato, e, na expressão *ato unilateral*, a formação do ato.

Ora, um contrato não pode jamais nascer senão pelo acordo de duas vontades, e, por consequência, um contrato, mesmo unilateral, é um ato bilateral”.

Idêntica advertência já se encontrava nas *Pandectas de Waechter*, vol. 2º, apêndice ao parág. 185, e no tomo 2º, n. 948, do *Tratado elementar de Planiol*, muito conhecido no Brasil.

Se o ato unilateral fica desde logo perfeito e acabado pela só declaração de uma pessoa, não influirá em sua validade nem a aceitação nem a recusa de qualquer interessado.

A recusa pode tornar, é certo, o ato ineficaz, mas entre nulidade e ineficácia há diferença, como veremos depois.

Para exemplo dos atos unilaterais apresentei a renúncia da herança, a nota promissória e o testamento.

Deitando á margem a nota promissória, cujo contexto e efeitos não desconhece o próprio leigo, será a renúncia da herança e o testamento, o visado campo de minha excursão jurídica, quero dizer, o assunto deste pequeno estudo doutrinário e crítico que entretanto,

ora aqui, ora ali, sem altas pretensões, irá além dos declarados limites.

\* \* \*

A renúncia e a aceitação da herança são atos unilaterais, somente realizáveis depois da abertura da sucessão. Por estas particularidades se aproximam, e pela diversidade de efeitos se distanciam.

Parece até á primeira vista, que assim como a renúncia motiva a perda da herança assim também a aceitação determina, inversamente, a sua aquisição, o que logicamente devera acontecer.

E' porém, indubitável que, quando o herdeiro tacita ou expressamente aceita a herança, já a tem adquirido em virtude do art. 1.572, do Código Civil, que assim dispõe: "Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Se o herdeiro não houvera adquirido a herança desde a morte do *de cuius*, não poderia renunciá-la porque ninguém renuncia ao que não tem.

A aceitação só determina a aquisição da herança nas legislações que não admitem a imediata transferência da mesma aos herdeiros, como ocorria no direito romano, abstraindo dos chamados herdeiros domesticos, e ainda ocorre no austriaco.

No intervalo que vai da abertura da sucessão á aceitação do herdeiro a herança permanece sem dono, *jacet*, segundo as leis romanos, ou é pendente o direito hereditário, conforme a expressão de Steinlechner, em uma obra austriaca, á qual farei adiante referencia mais precisa. Neste caso a aceitação, como bem se compreende, é o que determina a aquisição da herança e a renúncia, visto que ela não foi ainda adquirida, não é da própria herança, mas do direito á sua aquisição, do *jus adeundae hereditatis* a que se refere a L. 3, C. 6, 25, ou *jus ancedendi*, como lhe chamam alguns autores, ou ainda *jus acquirendi hereditatem*, como o designa Arndts, no vol. 2º, pág. 325, dos Escritos Civilistas.

Para o direito á herança já adquirida, mas não partilhada, reservam diversos escritores a denominação de

*jus successionis*, que exatamente corresponde ao direito à sucessão aberta que o art. 44 de nosso Código Civil, revivendo irracional doutrina, desde muito abandonada, coloca entre os bens imóveis, ilógica velharia contra a qual se manifestara Teixeira de Freitas, na pág. 115 da introdução à sua muito conhecida Consolidação das leis civis.

A renúncia de um herdeiro, que pela disposição do art. 1.581 do Código Civil deve sempre ser expressa e constar de escritura pública ou termo judicial, independe em absoluto do consentimento ou aceitação dos coherdeiros, porque não é contrato, ato jurídico bilateral.

A oposição e a recusa que deles proviessem não influiriam de maneira alguma na validade da renúncia, ainda que esta lhes ocasione, em virtude da prescrição legal, o acrescimento dos quinhões hereditários.

E' um caso de efeito reflexo que Tuhr exemplifica no tomo 3º, pág. 64, da Parte geral do direito civil, com a precedência de Ihering, na monografia sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos, pág. 126, conforme a reprodução nos Escritos Colecionados, de que me sirvo.

A renúncia muito diverge da cessão de herança, da qual sucinta e claramente se ocupa Planiol no vol. 2º, n. 1.639 do referido Tratado Elementar, e, com algum desenvolvimento, Carlos Crome no vol. 5º, parágrafos 735 e seguintes de seu Sistema do Direito Civil. O renunciante deixa, com efeito retroativo, de ser herdeiro, para todas as consequências, mas o cedente não perde essa qualidade, podendo portanto ser ainda acionado pelos credores da herança, doutrina universalmente adotada e que remonta ao direito romano, com principal fundamento na L. 2 C. 4, 39.

Observa Glueck no Comentário das Pandectas, vol. 16, pág. 374, da edição original, que tem aqui aplicação a L. 25, C. 2, 3, da qual se infere que o devedor não pode substituir-se por nenhum outro na obrigação. No que respeita ao cessionário, que adquire a herança, a opinião dominante é que não pode ser diretamente acionado pelos credores, porque as suas relações jurídicas são com o cedente em virtude de um contrato, o

que realmente condiz com os verdadeiros principios sustentados por Aubry e Rau, Curso de Direito Civil francês, vol. 4º, parág. 359 *ter*, nota 11, Mourlon, Repetições escritas, vol. 3º, n. 697, Laurent, Principios de Direito Civil, vol. 24, n. 579, e, além de outros, Mazzoni, no vol. 13, n. 221, de seu Comentário ao Código Italiano, ultimamente revogado.

A divergência de Troplong e Marcadé é simplesmente aparente porque, segundo eles, os credores podem agir contra o cessionário da herança fundados nos próprios direitos do cedente. Troplong diz expresamente no Tratado da Venda, vol. 2, n. 981, que "la cession contient un mandat virtual" para os credores procederem contra o cessionário.

Haverá aí porventura ação direta?

O Código alemão e o austriaco estabelecem entretanto a responsabilidade solidária do cedente da herança e do cessionário em face dos credores, como se vê em Dernburg, Direito Civil, vol. 5º, parág. 192, e no Systema do Direito Privado de Krainz, vol. 2º parág. 92, da 6ª edição Ehrenzweig.

A legislação anterior ao estulto Código de Processo, que devemos á audaciosa incompetência de um ministro vaidoso que sempre submisso serviu ao Estado Novo, cuja constituição aviltante e opressiva elaborou, facultava aos credores meio subsidiário para haverem do comprador da herança o pagamento das dividas, de que não se liberava o herdeiro com a venda ou cessão da mesma herança, como acima foi notado.

Propunha o credor a competente ação contra o herdeiro, e, sendo este condenado, a sentença se executava contra o comprador, ainda que não fôra parte no processo.

Veja-se o art. 492, parág. 6º, do Reg. n. 737 de 1850, onde se confirma a prática indicada por Pereira e Souza nas Primeiras linhas, nota 726 da edição de Teixeira de Freitas, e por Almeida e Souza no parág. 39, de seu Tratado das Execuções.

Por este meio, sem os rodeios e complicações da ação indireta que os autores franceses inculcam, baseados no art. 1.166 de seu Código Civil, os credores obti-

nham do comprador da herança o pagamento dos débitos.

E não era esta a única hipótese em que se empregava semelhante expediente, que o art. 887 do Código de Processo ainda admite em relação ao fiador judicial, que, como dantes, pode ser executado pela sentença proferida contra o afiançado.

Se em caso de cessão de herança for acessoriamente declarada ou resultar das circunstancias a intenção de conferir aos credores o direito de reclamarem o pagamento, teremos uma estipulação em favor de terceiro, regida pelos artigos 1.098 e 1.099 do Código Civil, podendo eles, os credores, como aí está determinado, propor diretamente as ações contra o cessionário, conquanto não tenham intervindo no ato.

Deste ponto já tratei, com referencias á literatura, em meu escrito — Contrato a favor de terceiros — que pretendo brevemente reproduzir porque em mais de uma parte, por defeito de impressão, se tornou ilegível.

\* \* \*

A renúncia da herança é sempre ato unilateral, ainda que algumas vezes dependa do consentimento de certas pessoas.

Segundo o art. 242, IV, do Código Civil, não pode a mulher renunciar herança sem autorização do marido, nem o marido sem o seu consentimento, como quero acrescentar, embora o Código não o declare expressamente.

A reciprocidade, no caso, por motivo valioso não me parece contestável.

Quem autoriza não é parte no ato, se bem que a autorização deva constar do mesmo ato, nos termos do art. 132.

A declaração que constitue o ato jurídico da renúncia emana unicamente do renunciante.

Nem pode a renúncia da herança, por ser ato unilateral, revestir-se da forma de convenção, hipótese em que envolveria alienação onerosa ou gratuita do direito sucessório. A renúncia convencional, de que faltam muitos autores franceses, não é verdadeira renúncia.



Demolombe, um dos mais acreditados de entre eles, confessa no vol. 15, n. 21, do Curso de Código Napoleão, que aí não existe precisamente renúncia, e que a renúncia propriamente dita é unilateral.

A renúncia da herança é realmente ato jurídico unilateral e como tal não se confunde com a cessão gratuita feita aos co-herdeiros, mas a confusão claro transparece no seguinte art. 1.582 de nosso Código Civil:

“Não importa aceitação a cessão gratuita, pura e simples da herança, aos demais co-herdeiros”.

O herdeiro que renuncia quer ser inteiramente estranho á sucessão; o que porém faz cessão gratuita ou doação de seu direito aos outros colherdeiros, dispõe de sua parte na herança, como o explica Mourlon no vol. 2º, n. 224, das Repetições escritas, disposição ou alienação esta que, ao contrário do que se diz no art. 1.582, pressupõe aceitação da mesma herança.

Na renúncia os co-herdeiros recolhem o que lhes dá a lei pelo direito de acrescer, e na cessão gratuita recebem eles, de modo direto, o que lhes dá o cedente.

Assim, é bem de ver que não só a cessão onerosa, mas também a gratuita, importam aceitação tacita da herança, como o ensinam Aubry e Rau, vol. 6º, pará. 611 *bis*, texto e nota 28, Planiol, vol. 3º, n. 1.996, e Wahl, Das Sucessões, vol. 2º, n. 1.129.

O defeito do art. 1.582 resultou de uma emenda da Camara, aceita pelo Senado, onde, para justificar pequeno aditamento, se alegava com a irresponsabilidade parlamentar, que “quando a cessão é gratuita, sem desigualdade de quotas, confunde-se com a renúncia da herança, sendo em um e outro caso idêntico o efeito, que é o de acrescer, *ex vi legis*, o quinhão cedido ao acervo dividendo”.

Com que então o chamado direito de acrescer, que na renúncia descorre *ex lege*, é idêntico ao aumento resultante da cessão gratuita que, como todos sabem, é contrato !

Os co-herdeiros podem, sem a menor dúvida, recusar a cessão, qual um benefício que lhes não convenha aceitar, e não concorrer de forma alguma para a consumação de semelhante contrato, mas o efeito que

a lei prescreve, no caso de renúncia, não depende de sua vontade.

Os co-herdeiros, na hipótese de renúncia de algum deles, se aceitam a herança é com o acréscimo que a lei lhes dá porque, segundo a regra tradicional consignada no art. 1.583 do Código Civil, não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte.

A obrigatoriedade do acréscimo não é invenção minha para profligar o parecer da comissão do Senado, que se influiu da doutrina erronea, ilógica e isolada, admitida no art. 2.029 do Código Civil Português, o só único, como diria o padre Manoel Bernardes, que no universo a adotára.

O acréscimo necessário ou obrigatório já existio no direito romano, e passou para as legislações modernas que, como a nossa, não permitem a aceitação parcial da herança.

Reportando-se á L. 53, parág. 1, D. 29, 2, escreve Van Wetter no vol. 5, parág. 696, de suas conhecidas Pandectas:

“L'accroissement opère forcément; l'heritier arrivé à la succession ne peut repudier la part de son cohéritier qui fait défaut.”

A cit. L, realmente diz que o acréscimo ocorre *invito*, isto é contra a vontade do co-herdeiro. Quanto á aludida concordância do direito moderno, vejamos Wahl, Das sucessões, vol. 2º, n. 1.651, com indicação minuciosa da literatura francesa. Unger, Direito sucessório, parág. 38, e Endemann, Tratado de Direito Civil, vol. 3º, parág. 20, número 3, letra “a”.

Inicia o dr. Clovis Bevilacqua a sua Observação ao art. 1.582 declarando que “a cessão gratuita a todos os herdeiros o mesmo e que renuncia”, mas entende que o termo *cessão* empregado no mesmo artigo, deverá ser substituído pela palavra *renúncia* porque *cessão* implica a idéia de transferência de um direito que se acha em nosso patrimônio, o que equivale a uma imediata retificação, para não dizer contradição.

E' intuitivo que, se cessão gratuita fosse o mesmo que renuncia, não haveria necessidade da substituição de um vocabulo pelo outro.

\* \* \*

A renúncia do direito á sucessão é, como todos o reconhecem, ato jurídico unilateral, não dependendo portanto para sua perfeição, de acôrdo de ninguém.

Divergem porém os autores em relação á renúncia de outros direitos.

Segundo a opinião entre eles geralmente seguida, a renúncia dos direitos reais pode ser efetuada com a só declaração do respectivo titular, mas, em se tratando de direito obrigacional, a renúncia do credor não dispensa o acordo ou assentimento do devedor.

Alega-se para justificar a distinção que o direito real recai sobre uma cousa, ao passo que a obrigação é um vinculo entre o credor e o devedor, que assim também é interessado na extinção do mesmo vinculo, o qual portanto deve ser dissolvido pelo meio convencional, expresso ou tacito, da remissão da divida. Se o credor quer extinguir a obrigação e não consegue o assentimento do devedor, resta-lhe deixar correr o prazo para consumar-se a prescrição.

Veja-se Barde, Obrigações, vol. 3º, n. 1.767, e os autores que ele cita.

Com este expediente, já por outros lembrado, o credor teria que esperar, ás vezes, trinta anos!

O argumento de que o direito real recai diretamente sobre a cousa e que na obrigação há um outro interessado — o próprio devedor — não prova, a meu ver, a favor da aceitação.

A servidão é um direito real, havendo nela dois interessados, o proprietário do prédio dominante e o proprietário do prédio serviente.

Depende porventura a renúncia da servidão do assentimento do proprietário do prédio serviente?

Ninguém hoje o afirmará, ainda que a servidão, como a obrigação, seja resultante de um contrato celebrado pelos dois proprietários.

Eu poderia multiplicar os exemplos, mas limito-me a invocar ainda o penhor, porque é acessório de uma obrigação.

A renúncia do penhor, apesar disso, independe também do assentimento do devedor, cujo interesse é igualmente incontestavel.

A renúncia como ato unilateral e extintivo do direito, mesmo obrigacional, distingue-se da remissão que é uma liberalidade, uma espécie de doação, o perdão da dívida, que, ainda sob a forma de quitação, pode o devedor, por seus melindres, recusar, embora não esteja em condições de efetuar o pagamento.

Motivos de ordem moral podem induzir uma pessoa a renunciar o seu crédito, e o temor do fisco determinar a renúncia de uma dívida insolvável.

Qual o impedimento jurídico que retira ao credor a faculdade de dispor livremente e por si só de seu direito?

A possibilidade da remissão convencional não exclue, quando convenha, a renúncia, ato unilateral, como bem o elucida Marcadé na Explicação do Código Napoleão, vol. 4º, n. 789, reproduzindo a antiga doutrina de Barbeyrac que Pothier, com manifesta desvantagem, procura refutar, no Tratado das Obrigações, n. 614.

A resposta de Pothier, confessa Laurent, um dos adversários da renúncia: "est un peu embarrassés".

E eu não hesito em taxá-la de capitulação, pelo seguinte trecho que do mesmo Tratado das Obrigações e do mesmo n. 614 passo a transcrever: "Je conviendrais volontiers avec lui, qu'en supposant un cas métaphysique, un créancier qui aurait une volonté absolue d'abdiquer son droit de créance, pourrait par sa seule volonté l'éteindre".

A esta clara e expresa conclusão chegou finalmente Pothier, cuja autoridade entretanto o referido Barde invoca para negar a possibilidade da renúncia, da extinção da obrigação pela única vontade do credor.

O apoio que ainda vai buscar o jurista francês no art. 397 do Código Alemão, onde se exige o contrato, não me parece valioso porque tal artigo é desaprovado por notáveis expositores do direito alemão, como Endemann e Tuhr.

A renúncia da obrigação, ato unilateral do credor, era sustentada na Itália por Mazzoni, e especialmente pelo distinto civilista Ferrini, na Enciclopedia Juridica Italiana, vol. 12, primeira parte, n. 494.

Também admito a renúncia no direito pátrio, dis-

tinguindo-a da remissão convencional, que pode ser expressa ou tacita nas hipóteses previstas pelos artigos 1.053 e 1.054 do nosso Código Civil.

Na opinião geral dos modernos romanistas o direito romano não permitia a extinção da obrigação pela única vontade do credor.

A necessidade de um acôrdo (*pactum de non petendo, acceptilatio*) está, segundo Brinz, Pandectas, vol. 4º, pag. 253, comprovada pelos meios indiretos (*remediis*) que se tornavam indispensáveis quando o devedor se opunha á remissão. Sei entretanto, por informação de Dernburg, que no século dezoito predominava entre os praticos a opinião contrária, que não exigia na renúncia a aceitação do devedor.

Vejo também na Teoria das Doações de Meyerfeld, vol. 1º pág. 209, que ainda no principio do século dezanove sustentava Kind, invocando a L. 26, D. 46, 3, que bastava a declaração do credor para extinguir a obrigação.

A citada L. 26, como objeta Meyerfeld, não cogita realmente do caso, mas do pagamento feito por um terceiro contra a vontade do próprio devedor que, apesar disso, fica liberado da obrigação, regra que os autores franceses, no silêncio do Código Napoleão, desde Toulhier têm adotado, e foi acolhida no art. 932 de nosso Código Civil.

A propósito escreve Barde no vol. 2º, n. 1.393 de seu referido trabalho:

“Pourquoi le débiteur serait-il admis à faire obstacle au paiement ?

Quand il refuse ou néglige d'acquitter la dette, c'est bien le moins qu'il ne puisse pas empêcher qu'elle soit payée par un autre.

Dans ce cas il convient d'adopter la solution du droit romain e de Pothier, qui allaient même jusqu'à formuler en termes absolus le droit pour les tiers de payer contre le gré du débiteur”.

Entrei nestas particularidades para agora perguntar: Há coerência em refugar a renúncia porque como ato unilateral do credor extingue a obrigação sem intervenção e assentimento do devedor e admitir que um terceiro não interessado no pagamento possa, contra a

vontade do mesmo devedor, pagar a dívida e extinguir a obrigação?

Por que no primeiro caso se atende e no segundo se desatende á vontade do devedor?

Não descubro razão que justifique tamanha incongruência, na qual não incorreu Laurent que, em conformidade com os juristas franceses, nega a possibilidade da renúncia da obrigação, como ato unilateral, mas, contra todos eles, sustenta no vol. 17, n. 485, dos citados Principios que é inadmissivel o pagamento pelo terceiro, não interessado, se a isso se opõe o devedor.

E acrescenta que o único meio de lhe vencer a resistência é a cessão, se houver acordo entre o terceiro e o credor.

O já mencionado art. 932, de nosso Código Civil permite ao terceiro não interessado, no sentido legal, efetuar o pagamento, ainda mesmo "opondo-se o devedor com justo motivo", mas limita a importancia do reembolso ao em que lhe aproveite o impugnado pagamento. E' ainda a doutrina dos juristas franceses que, contra o provector Toullier e os são principios do direito justinianeo, concedem ao terceiro neste caso, a ação, que eles dizem *de in rem verso*, para haver do devedor a importancia correspondente ao proveito, que auferir ou lhe advier do pagamento.

Abstenho-me de discutir este direito que em nome da equidade se confere ao terceiro que agiu contra a expressa vontade do devedor, fundada, nota-se bem, em *motivo justo*, conforme os próprios termos do art. 932, não deixarei porém de advertir que sobre o recalcitrante terceiro deveria recair todo o peso do pagamento, porque *culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti* e também porque *quod quis ex culpa sua dam num sentit, non intellegitur damnum sentire*, regras de direito que sob os números 36 e 203 figuram no L. 50 T. 17, do Digesto.

Quanto ao credor todos estão de acôrdo em que pode aceitar, ou recusar o pagamento que o terceiro não interessado tenta realizar contra a vontade do devedor.

Mas nunca poderia rejeitar, apesar da opposição do

devedor, o pagamento oferecido por um terceiro interessado, como o fiador e outras pessoas mencionadas no art. 985, do Código Civil, a favor das quais se opera, de pleno direito, a subrogação, que as habilita a cobrar regresivamente do devedor, não o total da dívida, como ocorre na cessão, porém, a importância, talvez menor, que ofereceram e o credor aceitou, dando plena quitação da mesma dívida.

A ação do subrogado também não se limita ao proveito auferido pelo devedor, como no caso acima indicado da ação *de in rem verso*, a ele adaptada, com desvio de sua aplicação originária no direito romano.

Passemos agora ao testamento, exemplo mais que muito expressivo, do ato jurídico unilateral.

\* \* \*

Testamento é o ato solene e revogável de declarações personalíssimas de um indivíduo, que dispõe de seu patrimônio para depois de sua morte.

E' portanto ato jurídico unilateral, e de última vontade porque até á morte pode revogá-lo o testador, cujas declarações sempre são personalíssimas porquanto não se admite nos testamentos a intervenção de representantes e procuradores.

Cumpridas as variadas e estritas formalidades que a lei estatue para as diversas formas de testamento, está o ato perfeito e acabado, não dependendo a sua validade da aceitação da herança pelo herdeiro instituído.

Se este renuncia a herança, não se anula por isso o testamento, que apenas se torna ineficaz.

A aceitação só é complementar nos atos bilaterais, isto é, nos contratos que se formam com a proposta de uma e aceitação da outra parte.

A aceitação e a renúncia da herança são, porém, como o testamento, atos unilaterais e autonomos conforme a claríssima explicação de Dernburg, no v. 1.º parág. 92, das Pandectas.

E antes dele já ensinava o proficiente Boecking no vol. 1.º parág. 103, nota 12, de suas Instituições que a eficacia do testamento depende da aceitação da he-

rança, mas que a existência jurídica do testamento resulta unicamente da declaração do testador.

Foi este juriconsulto quem fixou em traços nitidos o verdadeiro conceito do ato unilateral, conceito que Unger logo adotou no 2º vol. parág. 78, de seu *Systema*, e hoje está assentado na literatura.

Do ensinamento de Boecking também logo se valeu Kuntze na pág. 344 do muito erúdito mas pouco ordenado trabalho sobre Títulos ao portador, ainda que de modo incoerente, porque antes, na última parte da parág. 67, declarara que a posse do título é que o vem "tornar completo".

De tal ou qual incoerência não se livrou ainda êle no parág. 14 de seu *Direito Cambial*, anexado ao 4º vol. do *Manual de Direito Comercial de Endemann*. A sua teoria do ato unilateral, ou da criação, como a denomina e é conhecida na doutrina, pouco se distancia neste ponto das teorias do contrato, do ato bilateral, falha que já lhe notava Siegel na pág. 127 do livrete — A promessa como fonte de obrigação — de cujo subido valor que lhe emprestam, nunca me convenci.

No mais, Siegel é um imitador de Kuntze, a quem, na pág. 122, atribue o *mérito de haver resolvido o problema dos títulos á ordem e ao portador, com o rico tesouro de seu espirito e rara ilustração*.

Diz-se que Siegel exerceu grande influência em nossa legislação, o que não passa de uma fantasia á qual deu curso o desembargador Saraiva na pág. 103 de sua *Cambial*, como já o declarei em outra ocasião. A verdade é que nem Siegel nem Kuntze influíram no Decreto n. 2.048 de 31 dedezembro de 1908, que teve diretamente por fonte a lei alemã onde, em alguns artigos, como o informa Gruenhut, no vol. 1º, parág. 28, nota 1, de seu *Direito Cambial*, foi acolhida a doutrina do ato unilateral, de Einert, muito antes portanto de Siegel, e de Kuntze.

Mas, voltando ao meu assunto, o testamento como ato jurídico unilateral, já perfeito e acabado pela só declaração do testador, pode entretanto tornar-se apenas ineficaz com a renúncia da herança.

E' o caso do testamento chamado *destituto*, em que não há questão de nulidade, unicamente porém a falta do herdeiro, que não aceitou a herança.



Veja-se o Tratado dos Testamentos de Gouveia Pinto, pág. 206, na edição de Teixeira de Freitas.

Pode também, por outro lado, o testamento perfeito vir a anular-se por circunstancia superveniente, como o nascimento de um póstumo.

Nesta hipótese, diz-se, figuradamente falando, que se rompe o testamento. Veja-se ainda o Tratado de Gouveia Pinto, pág. 193, e o art. 1.750 de nosso Código Civil.

Com aceitação ou sem aceitação da herança o testamento é sempre ato unilateral.

O malgrado jurista italiano Enrico Cimbali, a quem tempos atrás aura efêmera bafejou, sustentava na pág. 348 de sua monografia — Da capacidade de contratar — á qual já me referi em um de meus volantes escritos, que “o testamento, simples ato unilateral, durante a vida do testador se transforma em contrato quando depois da morte do testador é aceito pelo herdeiro ou legatário”.

Não contava precursores, nem deixou sucessores nesta singularidade, ele, a quem a plangente imaginação de um seu patricio levantou “al livello dé pensatori piu' originali e profondi”.

O opinião de Cimbali é rigorosamente criticada no vol. 1.º, parág. 47, nota 3, do Sistema de Direito Civil de Gianturco.

Conheço ainda um escritor austriaco, também de certo valor, que inventou a respeito outra teoria extravagante.

Aludo a Steinlechner, de quem acima fiz menção quando me ocupei das legislações que não admitem a imediata transmissão da herança.

Na primeira parte de sua obra — O Pendente Direito Hereditário — sustenta este jurista com a opinião geral, que a aceitação da herança, como o testamento, é ato unilateral, e que o testamento não pode ser considerado uma proposta de contrato a consumir-se com o herdeiro pela sua aceitação.

Mas de que natureza, pergunta ele, é a aceitação da herança, se não vem concorrer para a perfeição de um contrato?

E responde, na pág. 419, que a única solução por

mais que se faça, é considerá-la “ratificação (Ratihabition) da unilateral vocação hereditária”.

Depois acrescenta: “Trata-se aqui de uma verdadeira e própria ratificação”.

Nesta teoria, de todo o ponto inadmissível, o testador que livre e legitimamente dispõe do que é seu, se reduz, nem mais nem menos, a um simples gestor de negócio alheio, isto é, do próprio herdeiro.

E, se a ratificação equivale ao mandato, conforme a divulgada regra — *Ratihabitione mandatu comparatur* — a consequência é que, aceitando a herança, o herdeiro se compara ao mandante, e o testador ao mandatário, embora se trate de um ato em si perfeito, ou completo, e personalíssimo, como o é o testamento!

As remissões a Windscheid, Unger e Seuffert são

inteiramente descabidas.

Nenhum destes autores cogita nos lugares apontados, nem em qualquer outro, de ratificação da vocação hereditária, mas unicamente da ratificação de atos do gestor de negócios, e da confirmação de atos defeituosos, que por esse meio, com efeito retroativo, convalidam.

Nenhum deles, repito, nem mesmo o indicado Seuffert, que especialmente escreveu um pequeno livro: *Sobre a ratificação dos atos jurídicos*.

Importará, finalmente, a aceitação da herança um dos chamados quase-contratos?

Evito empenhar-me a respeito em larga discussão, mormente porque nosso Código Civil não fala em quase-contrato, mas não me esquivarei, todavia, a tocar de leve no assunto.

Os romanos diziam que certas obrigações derivam de fatos que não eram contratos, porém, que a estes se assemelhavam, nasciam *quasi ex contractu*, como de contrato.

Daí formaram os juristas, em lógica correspondência de efeito e de causa o substantivo quase-contrato, para indicar a própria fonte de tais obrigações.

Foi o que, além de outros, praticou o celebrado *Donnellus* em seus *Commentarii de jure civili*, vol. 9, pág. 130, na edição Bucher, e também Pothier, no Tratado

das obrigações, n. 113, de onde passou o novo vocábulo para o art. 1.370, do Código Napoleão.

Em Portugal, muito antes deste Código, quase-contrato já era termo corrente, que até mais de uma vez se encontra nas Ordenações.

As Institutas de Justiniano, no L. 3, T. 27, parág. 5, numeram a aceitação da herança entre os quase-contratos, fundando-se expresamente em que se não podia dizer que o herdeiro contrata com o testador ou com os legatários, a quem ele herdeiro é devedor dos legados (*quasi ex contractu debere intelligitur*).

E' ainda a doutrina de Wahl, e de outros franceses que indica em nota ao n. 1.095 de seu referido tratado.

O conceituado reinicola Mello Freire ensinava no livro 3, título 7, parág. 5, de suas Instituições que o legatário, por ação pessoal pode exigir do herdeiro o cumprimento do legado, *quia heres adeundo hereditatem cum legatariis quasi contrahere videtur*.

O herdeiro, adindo a herança, *quasi contrai* com os legatários, repete Gouvêa Pinto no capítulo 40 do Tratado dos testamentos.

Macedo Soares e Teixeira de Freitas não contradizem, em suas edições deste trabalho, a doutrina tradicional, reproduzida pelo escritor português, mas Teixeira de Freitas, de acôrdo com Corrêa Telles, usa de fórmula mais correta, que exclue a idéia da intenção, peculiar aos contratos.

Não recorro ao quase-contrato para justificar a obrigação do herdeiro e a correspondente ação do legatário.

Se o herdeiro aceita a herança, a aceitação é incondicional e com todos os encargos que não excederem as forças da herança, nos termos dos artigos 1.583 e 1.587 do Código Civil.

Com o comodo vai o incomodo, da mesma fôrma que com o incomodo vai o comodo cnsoante á regra da L. 10, D. 50, 17: *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*.

A fonte ou causa da obrigação do herdeiro, para com o legatário, consiste pois na mesma aceitação, ato jurídico unilateral, como a renúncia e o testamento,

que não necessitam para sua perfeição do acôrdo de ninguém.

Toquei na combalida doutrina do quase-contrato, porque reconhece que a aceitação não importa contrato, nem com o testador, nem com o legatário.

E, para terminar, ainda notarei que quase-contrato, na significação histórica e vigente de seu próprio nome, é a negação do contrato.