

NOVO CÓDIGO CIVIL: LINHAS IDEOLÓGICAS E CONFRONTAÇÃO TÓPICA

*Albertino Daniel DE MELO**

Sumário: 1. Introdução ao tema. 2. Personalismo e patrimonialismo. 3. Ideologia do fato – Negócio jurídico. 4. Para concluir.

1. Introdução ao tema

Fruto de um esforço de atendimento à nova sociedade, surge o segundo Código Civil brasileiro, sem algumas pretensões que caracterizavam o Código revogado. As numerosíssimas alterações tópicas são precedidas de um posicionamento por princípios, alguns trazidos do foro constitucional. Novos institutos e queda de institutos antigos, nova configuração de institutos que permanecem. À idéia de completude e auto-suficiência no regramento da vida privada sucede um contexto de freqüentes remissões aos costumes, hábitos, prática jurídica, características do caso, bem como à legislação especial.

Com o apontamento de alguns tópicos e linhas ideológicas em correlação (Parágrafos II e III), vislumbra-se uma possibilidade de conclusão avaliativa (Parágrafo IV). Muitas alterações já eram propostas em doutrina, podendo-se lembrar que, em 1984, o então Projeto de Código Civil, contando com a primeira aprovação da Câmara, foi objeto de estudos pelos professores de Direito Civil da UFMG, de cujo resultado, oferecido ao Senado, boa parte veio a ser aproveitada. Especial desenvolvimento será o do terceiro parágrafo, aberto ao tratado dos negócios jurídicos.

* Doutor em Direito Civil. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

2. Personalismo e patrimonialismo

Na Parte Geral, o tratado das pessoas, sintonizado com princípios constitucionais, deixa claro que a consideração da pessoa humana é um dos pilares da ordem. Subestimá-la é inadmissível na convivência entre os iguais, ou nas relações de súdito a Estado e em face dos detentores do poder econômico; enfim na atividade legislativa, administrativa e judicial.

É possível, à falta de dados legais conceituais, pensar a personalidade com dois elementos indispensáveis, interdependentes: - capacidade e responsabilidade vinculativa; elementos que permitem, juridicamente, considerar pessoas certas entidades criadas pelo homem, ou que existem para o homem. Com efeito, mantida a norma de que a personalidade civil da pessoa (humana) começa do nascimento com vida (art. 2º), chega-se a admitir que o incapaz é responsável pelos prejuízos que causar (artigo 928), embora limitada essa responsabilidade a duas hipóteses: - se as pessoas por ele responsáveis não forem, no caso concreto, obrigadas à reparação; e se não dispuserem de meios suficientes para a reparação. O texto que fixa a primeira hipótese encerra, aparentemente, equívoco, a dizer que os responsáveis por outrem não responderão sempre, necessariamente, no caso concreto. O dispositivo se entende pela tradicional distinção doutrinária de responsabilidade civil por culpa presumida “*juris et de jure*” e a responsabilidade por culpa simples, esta admitindo ampla possibilidade de prova contrária ao objeto da presunção – presumida a culpa, inexistência de culpa – ¹. Em outros tempos, pode o responsável por outrem, nesta hipótese, exonerar-se da responsabilidade pela prova de que o fato danoso não resulta de culpa sua.

¹ V. de DANIEL DE MELO, Albertino, “A responsabilidade civil por fato de outrem nos direitos francês e brasileiro”, Rio de Janeiro, 1972, ps. 147 a 180, ns. 152 a 200.

Se o responsável por outrem não tem meios para reparar o dano, desvincula-se por isto: não convém à sociedade manter um vínculo na situação fática de insolvabilidade, em contrário ao princípio da liberdade pessoal para atuar².

Mas, a solução cabe, também, para o causador direto do dano, na mesma hipótese – embora sem base legal explícita – pela mesma consideração à pessoa (“ubi eadem ratio, ibi idem jus”); e se a incapacidade for absoluta, não será possível responsabilizar a própria pessoa, senão somente seu patrimônio. Definidos assim os limites da responsabilidade, parece excessivo o recurso que o parágrafo daquele artigo faz à equidade.

Ainda em consideração à pessoa humana, o art. 944, parágrafo, já no capítulo da indenização, determina: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”; e o art. 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa, em confronto com a do autor do dano”. Com essas idéias de equidade e proporção, é certo que o poder de julgar fica ampliado. Mas, então, pergunta-se, estaria o legislador a admitir que a “praxis” construa princípios mais flexíveis, ao modo da “equity” no sistema de “Common Law”? Afirmar isto é prematuro; é indubitável que o legislador, desdobrando a Constituição, quer um direito para a sociedade e para a pessoa nela integrada, com livre iniciativa e criatividade, num clima de responsabilidade por desvios.

O novo Código deixa de oferecer elementos para conceituação doutrinária de importantes institutos. Contenta-se com um complexo de princípios e regras gerais, a sugerirem que ao legislador compete fazer a complementação por leis especiais; e, ao juiz, julgar, formulando princípios e regras que possam suprir a falta da lei.

2 A reabilitação do insolvente é instituída para o caso de serem passados cinco anos da sentença que encerra o processo judicial de insolvência e concurso de credores, como anotamos em “Limites à exequibilidade do crédito”, DANIEL DE MELO, Albertino, in Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC -, Ed. Padma, Rio de Janeiro, ano 1, vol. 4, outubro a dezembro/2000, precisamente ps. 13 a 16.

A essa aparente aversão à conceitualística, acrescenta-se que o Código reproduz dispositivos antigos, deixando em aberto questões conceituais relevantes. Exemplo atinente às sociedades: - o art. 45, declarando que as “pessoas jurídicas” de direito privado passam a ter “existência legal” com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro – repetindo o Código revogado -, permite entender que, antes do registro, pode existir, no fato-sociedade, desde que bem constituído, uma “pessoa jurídica sem existência legal”. Cabe, então, questionar a distinção que o Código faz de sociedade personificada e sociedade não-personificada (Parte Especial, Livro II, Tít. II, Subtítulos I e II): seria esta segunda espécie “pessoa jurídica de existência não legal”?

No âmbito conceitual da personalidade pode-se mencionar outra questão que fica sem provimento legal: questão de se personificar o condomínio edilício³. Bem diferenciado em relação ao condomínio comum, este tratado como condomínio geral (Parte Especial, Livro III, Tít. III, Cap. VI, sendo o capítulo subsequente dedicado ao “condomínio edilício”). Ao distinguir, o Código inovou. O Código de Processo Civil misturava as figuras, no art. 12, parecendo adotar um conceito de personalidade exclusivamente processual⁴.

Finalmente, sempre na linha personalista, vale destacar que, no direito de família, o Código veio a consolidar as alterações de princípios, regras, conceitos procedidos no Brasil a partir da Lei n. 4.121, de 27/08/1962. Um estudo nesse setor poderá ser levado a efeito, com vantagem, noutra oportunidade, dados os limites do presente trabalho.

³ A matéria era disciplinada pela lei especial n. 4.591, de 16/12 de 1964, lei projetada por PEREIRA, Caio Mário da Silva, que publicou uma obra – “Propriedade Horizontal” - Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1961.

⁴ Conceito rejeitado por Lamartine, entre outros: “A dupla crise da pessoa jurídica”, CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine, Ed. Saraiva, São Paulo, 1979, ps. 214 a 229. Nos arts. 1.338 e 1.339, este último com seus dois parágrafos, o novo Código parece influenciar-se pelo direito alemão, acolhendo traços da “Gesamthand”.

A realidade econômica constitui manancial de inspiração a muitas inovações. A economia envolve um complexo de bens e fatos⁵, podendo serem unificados por um conceito de patrimônio-da-pessoa, que compreende também os vínculos. Em contraste à pessoa humana, o patrimônio é valorável em dinheiro; no fenômeno pessoa-jurídica, a economicidade não é um dado da essência-pessoa, sendo própria do patrimônio e dos fins da pessoa⁶. Dedicado um capítulo da Parte Geral aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21), pode-se prever um universo de conflitos envolvendo a personalidade.

O Código destaca os bens públicos num capítulo a eles aberto com exclusividade (Cap. III, Tít. Único, Livro II, Parte Geral). A essa inovação-exclusividade acrescenta-se que “os bens públicos não são sujeitos a usucapião” (art. 102). Este dispositivo, por sua generalidade, lembra dois famigerados decretos administrativos: ns. 19.924, de 27/04/1931 e 22.785, de 31/05/1933, que declaravam insuscetíveis de serem usucapidos os bens públicos “... seja qual for a sua natureza”. É pertinente mencionar, aqui, as páginas finais de um estudo por nós publicado sob a denominação de “Teoria Geral dos Bens – Um ensaio jurídico”, em seu item n. V⁷.

No que toca aos créditos públicos, contra súditos do Estado, a impossibilidade de usucapião equivaleria a imprescritibilidade da ação sancionadora, a bem da pessoa jurídica de Direito Público. Estaria instituída a perpetuidade para uma relação vinculativa por todos reconhecida como de natureza transitória⁸. Evidente desrespeito à personalidade tal extensão do art. 102 que, todavia, decorre da generalidade do texto. O codificador faz tabula-rasa das severas críticas dirigidas àqueles decretos;

5 Na ordem natural, os bens são fatos; mesmo as pessoas são fatos, podendo, a partir do seu substrato concreto, serem registradas, percebidas; podem tornar-se objeto de prova.

6 Na pessoa jurídica de estrutura ou natureza patrimonial, o patrimônio é o substrato necessário à personalidade.

7 DANIEL DE MELO, Albertino; in Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 25, ano 71, julho-agosto-setembro/1983, precisamente ps. 81 a 83.

8 A natureza do vínculo cede lugar à perpetuidade nas chamadas obrigações reais, “propter rem”.

desconsiderou a inconveniência social de manter vínculos pessoais perpétuos, mormente no contexto da nova ordem jurídica. Desconsidera o desdobramento lógico do art. 102 – e dos decretos – no instituto da prescrição extintiva das ações.

Na Parte Especial, a instituição chamada de “propriedade fiduciária” (Cap. IX, Tít. III, Livro III, arts. 1.361 a 1.368) reproduz doutrina de José Carlos Moreira Alves⁹. Imposição da ordem econômica instigadora ao consumo, é a base de uma pena de prisão do devedor-fiduciário-inadimplente. Quando a tradição constitucional já não admitia prisão por dívida a não ser em dois casos restritos – e sob censura da doutrina -, imaginou-se um delito de não entregar a coisa fiduciada, na hipótese de não-pagamento. Preferiu-se tratá-lo no Código civil. Se na lei penal o fosse, continuaria passível de críticas, mas teria conseqüências alinhadas com a dignidade da pessoa, como a impossibilidade de imputação objetiva, na hipótese de ausência de culpa pela perda do objeto, bem como uma possibilidade de prisão-albergue ou prisão domiciliar.

Com extremo rigor, chegará a ser consolidada a pena restritiva da liberdade pelo Supremo Tribunal Federal, contra a orientação do Superior Tribunal de Justiça¹⁰. De resto, no Direito Civil, ao contrário do Direito Penal, a pena aflitiva leva um favorecimento a incidência automática, a depender tão só da iniciativa do credor. O novo Código quer o máximo de eficiência na segurança ao capital financeiro.

A pessoa é posta num corredor da angústia: - movida pelo natural desejo, ou necessidade de obter algum bem, recebe impulso decisivo por uma pesada carga propagandística pró-consumo, enquanto, por outro lado, o financiamento, numa sociedade caracterizada pelo infortúnio, obriga

⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos; “Da Alienação fiduciária em garantia”, 3^a ed. Forense, 1987, Rio de Janeiro.

¹⁰ CAVALCANTI, José Paulo, com sua monografia “O penhor chamado alienação fiduciária”, 1989, Recife, faz a antítese da tese de José Carlos Moreira Alves; monografia citada em julgados do STJ.

a novas despesas com seguro, tudo implicando, no mínimo, intranqüilidade e incômodos, mas também deterioração da base patrimonial-financeira do devedor.

O instituto em foco distingue-se de seus similares modernos, como também da fidúcia romana, esta última tendo-se extinguido no período de Justiniano. A própria criação da fidúcia, pelos romanos – estudada ainda hoje como sendo a primeira garantia real na história do direito romano – tivera em mira possibilitar ao devedor evitar sanção sobre o seu corpo¹¹.

A fidúcia brasileira é prenhe de dificuldades à pretensão de se sustentar um instituto da propriedade fiduciária. Podem se resumir em torno da hipótese do infortúnio em que seja destruído o objeto, ou simplesmente, hipótese de não poder-se encontrar culpa do devedor no fato de a coisa se perder.

Pelo fato, o credor perde a garantia fiduciária; caso ainda vigore o prazo da dívida, pode exigir novas garantias, sob a conseqüência de antecipação da exigibilidade. Poderia ainda, o credor, pleitear a prisão do devedor, se este se tornar inadimplente? – A pura lógica leva a responder que sim: nos tempos primitivos, o vínculo confundia-se com a pessoa do devedor, o qual deveria ser submetido a sanção física; agora, a sanção tem função compulsiva ao pagamento. A única evasiva seria a prova de que o credor foi culpado pelo fato da perda do objeto.

11 GIFFARD, A. E., "Droit Romain et Ancien Droit Français – Obligations", Dalloz, Paris (Vème), 1958, apresentando as classes de pessoas que, no Direito romano primitivo, tinham o próprio corpo vinculado por dívida – ps. 4 a 6, ns. 4 a 5 -, anota que a possibilidade de submeter à morte o devedor era restrita aos "patrões" que deixassem de cumprir para com seus "clientes" a devida (mas imprecisa) assistência econômica e judicial; e aos que, vinculados por voto à divindade, deixassem de cumprir o prometido. Acrescenta que, na Lei das II Tábuas, tais casos eram, já, muito limitados, sendo, em princípio, inadmissível a morte de um homem sem julgamento. Restavam sanções de prisão, ou venda do devedor, conforme a sua classe. Uma classe de devedores de dinheiro – tomado de empréstimo a juros – era composta de plebeus em face de credores patrícios: - pelo fato de não-pagamento, o devedor caía em situação de quase-escravidão, afirma aquele autor francês.

Capricho. Se pudesse o devedor ser vendido como nos tempos primitivos, pelo menos seria o crédito realizado sobre o preço.

Confinado o instituto na legislação civil, a propriedade fiduciária representa uma garantia sem limites, não comportando, contra o credor, o princípio antiqüíssimo de que a coisa perece para o seu dono – “res perit domino” –. A propriedade exclusivamente destinada a garantia seria melhor denominada “propriedade em garantia”, com uma vantagem de se evitar confusão terminológica, com a propriedade em situação de fideicomisso.

3. Ideologia do fato: negócio jurídico

Os negócios jurídicos passam a serem tratados de modo notavelmente diverso, em relação ao Código revogado. Um intuito de separar o ato jurídico não-negocial e o negócio jurídico não se projeta no Código por meio de elementos conceituais. Mas, nota-se uma aparência de teoria já no enunciado do art. 185.

O tratado da prova (Tít. V, Livro III, Parte Geral), agora deslocado para o final do livro dos fatos, já não pode ser visto como um apêndice do tratado dos atos jurídicos. Evita-se um equívoco que o Código revogado gerava a partir da epígrafe “Da forma dos atos jurídicos e da sua prova”, e a partir da própria situação tópica do respectivo capítulo no título que era dedicado aos atos jurídicos. Ora, qualquer fato de repercussão jurídica necessita, eventualmente, de ser provado.

Mas, o novo codificador não se satisfaz com a limpidez da matéria e com a distinção formal do grande gênero dos atos jurídicos. Três artigos instituem um princípio da aproveitabilidade do negócio jurídico: - arts. 170, 183 e 184, restringindo os efeitos da sentença de nulidade. Assim, se o negócio nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá

este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade (art. 170); a invalidade do instrumento (forma do negócio) não induz a do negócio sempre que este puder provar-se por outro meio (art. 183); finalmente, respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial não prejudicará o negócio jurídico em sua parte válida, se esta for separável (art. 184, 1ª parte).

Poder-se-ia pensar que o art. 183 seja contraditado pela norma do art. 212, segundo a qual a inobservância da forma instrumental imposta implicaria nulidade do negócio, sendo a imposição por si mesma impeditiva de outros meios probatórios. Mas, cabe aqui manter a antiga advertência doutrinária de que, pela interpretação dos dispositivos que impõem forma especial, pode-se apurar uma imposição em caráter substancial, ou apenas imposição como prevenção de dificuldades probatórias: neste segundo caso, admitir-se-á a prova por outros meios.

Um reflexo de princípios constitucionais atinentes à pessoa humana (dignidade e solidariedade) pode-se ver em duas outras inovações: arts. 156 e 157. O primeiro trata do estado de perigo pressionando alguém a, por negócio jurídico, assumir obrigação excessivamente onerosa em face da outra parte, sendo essa outra ciente da situação premente. Nem a parte principal nem o parágrafo único determina sanção para a hipótese, dispondo apenas, o parágrafo, que “tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias. O contexto de ambos artigos é o mesmo da coação e da lesão, esta última prevista no art. 157¹² como fatos justificadores de anulação”.

12 GOMES, Orlando, “Transformações gerais do Direito das Obrigações”, 2ª ed. Rev. Tribunais, São Paulo, 1980, no cap. III, dedicado a análise crítica da lesão, combate a sua introdução no Cód. Civil alemão.

O intuito de destacar os negócios jurídicos vai além, com supressão de princípios para a extinção de direitos, como também princípios para ação judicial¹³. Resultou, então, que o tratado dos negócios jurídicos inicia, pura e simplesmente, o Livro dos fatos jurídicos e, deve-se ressaltar, a própria epígrafe do Tít. I não é outra senão “Do negócio jurídico”¹⁴. Esta expressão é, ademais, empregada persistentemente, ao longo do Tít. I, ora no singular, ora no plural, ao contrário do Código revogado, que a desconhecera¹⁵.

Com tantos indícios claros de um intuito de teorização, cabe, então, questionar se foi acolhida alguma das teorias doutrinárias conhecidas do negócio jurídico; ou, antes, se a ausência de elementos legais de conceito não seria também proposital, a revelar um pragmatismo afeiçoado aos negócios mercantis. Pois, na Parte Especial, o Código operou a unificação do Direito Comercial com o Direito Civil¹⁶. Ademais, já se anotou (mais acima) uma tendência pragmatística no instituto da propriedade fiduciária.

O exame da questão pode começar pelo aspecto da teoria dos vícios do consentimento, tomada como ponte de ligação entre o princípio da autonomia da vontade e os efeitos da declaração negocial.

A teoria dos vícios do consentimento é combatida por um autor argentino Guillermo Borda¹⁷. Lembra que o Direito romano admitia, em algumas hipóteses restritas, a ausência de vontade na declaração feita

13 Também, como era de se esperar, a eliminação do art. 74, alvo de justas críticas doutrinárias.

14 A epígrafe no singular é um requinte de teorização. GIORGIANNI, Michele, “L 'Obbligazione”, Ed. Giuffrè, Milano, 1951, pág. 9 (final do n. seqüencial 2) anota, sobre obrigações, que a teoria geral do fenômeno obrigacional deve se exprimir no singular; e que o uso da expressão no plural – “Teoria geral das Obrigações” – é um resquício do Direito romano, anterior à sua fase evolutiva.

15 O art. 112 revogado empregava, sem qualquer preocupação teórica, a palavra “negócio”.

16 A unificação do Direito Privado é um tema que tem raízes no gênio de TEIXEIRA DE FREITAS, A; veio a ser alvo da atenção doutrinária desde há umas dezenas de anos, passando a predominar um entendimento favorável; neste sentido destaca-se um estudo de BORGES, João Eunápio, “Curso de Direito Comercial Terrestre”, 5ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1971, Cap. IV dedicado ao problema da autonomia do Direito Comercial, ps. 52 a 75.

17 BORDA, Guillermo; “El Error de Hecho y de Derecho”, 2ª Ed. Emílio Perrot, Buenos Aires, 1950.

com erro; e, em conseqüência, aplicava uma nulidade absoluta¹⁸. Quanto ao erro de direito, os princípios romanos excluía firmemente a possibilidade de isenção de aplicação da lei por tal fundamento; mas, algumas exceções foram introduzidas tanto no Direito Penal como no Direito Civil, a benefício de menores, militares e pessoas rudes.

Após refutar a posição de Savigny a respeito da escusabilidade ou inescusabilidade, G. Borda lembra os princípios gerais fixados por Domat para solução do problema do erro, tendo inspirado não só o Código Civil mas também a jurisprudência da França: - 1 – se o consentimento tiver sido dado por ignorância da verdade de um fato, a ponto de a “convenção” não ter outro fundamento a não ser um fato contrário a essa verdade desconhecida, o erro justifica anulação, porquanto “... não só a convenção terá sido feita sem causa, mas não tem outro fundamento senão uma falsa causa¹⁹. Ora, diz G. Borda, a falsa causa é uma hipótese de ausência de causa; e a ausência de causa é o fundamento da anulação; 2 – Quanto ao erro de direito sobre as conseqüências vinculativas do negócio, a doutrina de Domat é idêntica àquela que propunha para o erro de fato: - se a ignorância ou o erro de direito é tal que se qualifique como causa única..., sendo falsa a causa, a convenção é nula. Em todas essas hipóteses, o fato justificador da nulidade não é o erro, seja de fato ou de direito, mas a falta de causa²⁰.

18 Da distinção de ausência de consentimento e vício de consentimento partira Savigny para afirmar que, então era irrelevante saber, quanto ao erro de fato, se é escusável ou inescusável; sendo relevante a distinção, todavia, para o erro de direito: só o erro escusável pode, segundo o autor alemão, ser alegado.

19 “Convenção” e “contrato” são palavras por vezes empregadas uma pela outra, porém sempre com referência a atos jurídicos declarativos de vontade de duas partes contrapostas – atos de estrutura bilateral –, de modo que a vontade de uma parte se direcione num determinado sentido jurídico – alienação mediante recebimento de um preço –, enquanto a da outra parte siga o sentido oposto – adquirir mediante pagamento do preço – como no exemplo da compra e venda. Sobre os atos de estrutura unilateral – numa única direção jurídica – observa CARBONNIER, Jean, “Droit Civil” – “Les Biens et les Obligations”, 5e. éd. Presses Universitaires de France, Paris, 1967, pág. 317, n. 92, que são de tal modo diferentes entre si que suas disciplinas respectivas não se prestam a generalização; e, por isto, os elementos para uma teoria geral do ato jurídico – construção germânica – provêm quase exclusivamente do Direito dos Contratos: consentimento e seus vícios, capacidade, representação, termo e condição, nulidades, etc.

20 No mesmo sentido, Pothier afirmara, sobre erro de fato, que “não pode haver consentimento se as partes equivocaram-se sobre o objeto, ou sobre a natureza do ato, sobre as condições intrínsecas do ato, sobre a substância ou sobre a pessoa. Quanto ao erro de direito, o autor ensinara, de modo simples, não poder ser alegado por maiores de idade, porquanto podem consultar e fazer-se informar de seu direito. A doutrina de Pothier sobre erro não parece coerente: - ao erro de fato, nada impede estender-se a solução que ele propunha para o erro de direito, sempre a depender, a solução, de uma capacidade ou incapacidade natural de buscar informação.

A doutrina de G. Borda, inspirada nos princípios de Domat, se levada ao extremo, não comporta distinção de nulidade absoluta e nulidade relativa, porquanto não é admissível vinculação “ex-negotio” sem uma causa jurídica. Ora, admitido o princípio de aproveitabilidade do negócio, por implicação do princípio torna-se aceitável manter as duas modalidades de nulidade.

Como, então, posicionaram-se os Códigos que maior influência exerceram na tradição jurídica brasileira? – O ponto de partida do Cód. Civil francês é um princípio subjetivista, ao passo que o Cód. Civil alemão parte de um princípio objetivista. Esta segunda perspectiva toma o sujeito inserido num contexto social de lealdade necessária para a prática negocial; aquela outra dá ênfase à intenção das partes, ao fazerem a declaração negocial²¹.

Quanto ao erro de direito, faz silêncio talvez a maioria dos Códigos (em contrário, o Cód. Civil alemão, § 119 e, agora, o Cód. Civil brasileiro, art. 139, III). Mas, observa G. Borda que os autores contemporâneos acolhem o erro de direito de modo quase unânime; e que a jurisprudência francesa, na linha de Domat, tem admitido poder dar lugar a anulação, quando recai sobre a causa principal ou única do vínculo²².

A doutrina subjetivista da autonomia da vontade considera a vontade psicológica como origem de toda vinculação “ex-conventionem”; em consequência, a interpretação deve buscar a verdadeira intenção, fazendo-a prevalecer sobre a declaração (manifestação). Esta orientação predominou até o séc. XIX, passando, então, a sofrer agudas críticas, por

21 O novo Código brasileiro não deu à intenção o destaque que o artigo 85 revogado lhe dava.

22 O Código revogado, em seu art. 90, previa o erro sobre a causa, na hipótese de a falsa causa constar expressamente como razão determinante ou sob forma de condição; o novo art. 140 fala de “falso motivo...expresso como razão determinante”, parecendo descartar a teoria da causa jurídica dos negócios, pois não se confundem a causa jurídica e os motivos psicológicos.

parte de autores alemães, no sentido objetivista. Considerando a doutrina da intenção como fonte de incertezas nas relações nascidas de convenções, propuseram, em síntese, que, racionalmente não se prendem os efeitos – direitos e obrigações – à pura intenção, por ser esta uma realidade psicológica, inacessível aos terceiros; que o negócio deve ter um fundamento concreto, tangível, sério e seguro – a declaração –; e que, finalmente, na interpretação deve-se ter como mais importante a função do negócio, limitativa da vontade das partes, concluindo-se daí que a lei não ordena ao juiz considerar a vontade íntima, e, sim, que reconstitua, por ficção, a vontade das partes. O recurso à ficção basta, por si só, para se qualificar a teoria pura da declaração como extremo oposto à teoria pura da vontade.

A tanto chegaram alguns pela consideração de que a lei autoriza até mesmo inserir algo no ato, objeto de interpretação, com ajuda do costume e da lógica, mudando, se preciso, o sentido usual de certas palavras ou cláusulas (note-se, mais uma vez, que o novo Código faz numerosas remissões aos costumes, à prática, aos usos). Em resumo, a doutrina extremista da declaração propõe que é o proceder, ou conduta externa de uma pessoa, dirigida para outra pessoa, o que permite à parte destinatária inferir a existência de vontade de contrair vínculo jurídico, mesmo que não exista, ou não tenha existido tal vontade no íntimo da pessoa²³.

Outros pensaram, todavia, que, acima das teorias encontra-se o fundamento de obrigação contratual no querer dos contratantes: a obrigação nasce quando e porque as partes querem que ela nasça, porém dependendo a efetivação do vínculo de se recorrer à idéia de ordem e interesse sociais. Esta doutrina moderada (dualista, de duplo fundamento) reconhece que a

23 BORDA, op. cit., p. 80.

essência do contrato é a vontade das partes; mas, enquanto esse elemento psicológico permanece na intimidade e na consciência individual, não produz efeito jurídico, necessitando, para isto, de se exteriorizar. Assim, a formação dos contratos é considerada na coincidência das vontades declaradas, exteriorizadas, dirigidas de uma parte à outra²⁴.

Percebe-se que as teorias da vontade e da declaração partem de duas concepções filosóficas e sociais distintas: - uma (subjetivista) se preocupa em proteger e exaltar a livre determinação da pessoa individual, enquanto a outra (objetivista) se concentra mais em promover a segurança das relações que se travam em sociedade, mesmo com sacrifício do interesse individual. Se o destinatário de uma declaração pretender tê-la interpretado em sentido que não corresponda a uma interpretação objetiva, a teoria pura da vontade autoriza revisão a seu benefício, apesar de proclamar a vinculação às declarações regularmente feitas. A teoria moderada da declaração (teoria da vontade declarada) implica, na prática, prejudicar o destinatário que interpreta negligentemente a declaração recebida; parte de um pressuposto a saber que, subjacente ao contrato, está presente um conflito entre o interesse do que faz a declaração e o do que recebe a declaração²⁵. Os interesses em conflito se compõem pelo contrato. Com tal suposição, a pessoa que emite uma declaração de vontade contrai vínculo moral para com os que a recebem²⁶.

Código é lei, obra de um legislador, esse ente estatal situado na História e na sociedade, recebendo influxo dos fatos, do pensamento doutrinário, das conjunturas, da tradição. Por isto, o Código, como a legislação em geral, mesmo quando adote uma determinada doutrina,

24 Observado o contexto em que as pessoas se manifestam, as palavras de um ator, encenando peça teatral no sentido de contrato não encerram vontade de contratar: são fatos em si mesmo inimputáveis, que não produzem efeito jurídico, por não revelarem intenção de assumir obrigação.

25 BORDA, op. cit., p. 45.

26 O vínculo moral influi no direito para fins de responsabilidade, em razão da legítima expectativa do destinatário da declaração; a intensidade do vínculo varia: não pode ser a mesma de uma simples oferta de contrato ou convite para contratar e de uma proposta de contrato; pela proposta em sentido técnico-jurídico, o próprio direito cuida de estabelecer limites ao vínculo; a intensidade deve influir na interpretação dos fatos.

não há de ser visto adotá-la em sua vertente radical, extrema, situando-se melhor o radicalismo no campo científico.

O próprio Código-Napoleão, adotando a teoria da vontade autônoma, impõe-lhe uma importante limitação no art. 1.341, inadmitindo prova de uma vontade real distinta da que é expressa por escrito. Por seu lado, o Cód. Civil alemão, tendo adotado a teoria da declaração, manda, no § 133: “Para interpretação de uma declaração de vontade, é preciso investigar a vontade real e não ater-se ao sentido literal da linguagem”.

Ora, a vontade real, segundo a teoria da vontade declarada é aquela que se apura de um conjunto de circunstâncias em que foi emitida a declaração (linguagem, atos, gestos, o silêncio...). Assim, ao juiz incumbe investigar o que a declaração, tomada em seu conjunto, autoriza a crer que o declarante quis, não os motivos puramente psicológicos e íntimos que derem lugar à falta de coincidência (alegada em conflito) entre a vontade real e a declarada. Na perspectiva do destinatário da declaração, aquele § 133 é visto a significar que ele não pode valer-se do puro texto, nem de uma palavra isolada, talvez insuficiente ou equívoca, prejudicando o declarante.

Combinados assim, na teoria da vontade declarada, os elementos vontade e segurança, parece ser a que melhor permite explicar o novo Código Civil, no tratado do negócio jurídico. Em princípio, a declaração feita por pessoa capaz, observados os outros requisitos legais de perfeição, é válida; se a declaração é viciada por dolo ou violência, é anulável²⁷. Segundo G. Borda, pois que ele rejeita a teoria dos vícios do consentimento, a base para se anular uma declaração viciada por dolo ou ameaça é a necessidade de se coibir a prática de delito: inadmitir a anulação implicaria fomentar a desordem e abandonar o princípio de que ninguém pode fazer justiça por si mesmo. A razão de ordem e segurança ainda leva o autor a

27 BORDA...; op. cit., p. 35.

considerar que o fundamento de anulação em caso de fraude a credores, ou de simulação é a necessidade de se coibir a prática de delito. Quanto ao erro, já se mostrou (mais acima) que G. Borda o rejeita como fundamento de anulação, por implicar, com tantas restrições impostas pelos Códigos, uma falta de causa para a contratação, sendo a falta de causa o fundamento.

A doutrina concentrada no fato ilícito com base de anulação considera esse mesmo fato como fundamento da responsabilidade pelas conseqüências danosas do negócio viciado, sem necessidade de distinguir-se uma causa de anulação e uma outra, de responsabilidade. No sentido da duplicidade manifestara-se Clovis Bevilacqua²⁸. O dolo não seria, segundo o autor argentino, causa autônoma de anulação, assim como não o seriam a coação, a simulação fraudulenta e a fraude contra credores.

A esta altura pode-se questionar se o novo Código não acolhe a idéia de que a nulidade se justifique por necessidade de se coibir a prática de delito. No que toca à falta de causa, a nulidade teria que ser absoluta, ao passo que os Códigos em geral instituem a simples anulabilidade por erro²⁹. A distinção de nulidade absoluta e relativa tem reflexos nos interesses de terceiros, podendo, ou não promoverem a sanção.

Para se firmar esta sugestão de que o novo Código teria acolhido, ao lado da teoria da vontade declarada, completada pela teoria dos vícios do consentimento, também a teoria concentrada em novos fundamentos de nulidade, convém examinar dois pontos. Primeiro, a teoria contrária à fundamentação pelos vícios do consentimento teve repercussão, como faz ver um outro autor argentino, Jorge Carranza, a propósito do dolo: "Esta es la dirección actual del tema, que permite una protección más amplia y flexible de quienes padecen los artificios engañosos de los

28 BEVILAGUA, Clóvis; "Comentários ao Código Civil brasileiro" – Código revogado -, n. 3, ao art 82.

29 A causa precisa ser contemporânea à conclusão do negócio, não aproveitando a causa superveniente.

contractantes³⁰. O autor menciona, no mesmo sentido, a doutrina espanhola, a francesa, a alemã e a da Argentina (destacando G. Borda)³¹.

O segundo aspecto a ver, na perspectiva de adoção de outros fundamentos para nulidade, além dos vícios do consentimento, é o aspecto da ordem pública. À parte o privilégio imposto, quanto aos bens públicos, para as pessoas jurídicas de Direito Público (incluindo os bens constituídos pelos créditos públicos, no sentido da imprescritibilidade, como foi visto), o tratado da prescrição é impregnado de um intuito de ordem pública, podendo-se destacar o art. 192, que proíbe alterar, por negócio jurídico, os prazos prescricionais. A renúncia de prescrição, que pressupõe consumado o prazo prescricional, não se confunde com um acordo no sentido de alteração prévia dos prazos (antes de serem consumados, ou antes de serem iniciados). Em termos genéricos, o acordo prévio assemelha-se a uma renúncia parcial.

Todavia, no instituto da decadência, que o novo Código cria (ao contrário do Código revogado), o art. 211 prevê a possibilidade de acordo de prazo decadencial no próprio negócio gerador da obrigação. – Ora, a decadência é reconhecida em doutrina como mais grave do que a prescrição, apresentando-se severa nos dispositivos legais, que não admitem interrupção nem suspensão; quem pode o mais deveria poder o menos que seria o acordo prévio de alteração do prazo prescricional.

É com hesitação, pois, que se sugere ter-se o Código inclinado para a ideologia da ordem e segurança, ao lado das linhas ideológicas representadas pela personalidade humana e pela patrimonialidade. A hesitação cresce em face do disposto no art. 186. Aí, para segurança das

30 CARRANZA, Jorge; "El Dolo en el Derecho Civil Y Comercial", Ed. Astréa, de Rodolfo Depalma e Hijos, 1973, Buenos Aires, ps. 39 a 41.

31 Em caso de dolo ou coação de uma parte contra a outra, por essa doutrina não cabe à parte agente-doloso ou coator, que quer manter o contrato, por um interesse contrário à anulação, pedir indenização pelo fato da anulação.

peçoas, o legislador fixa elementos de conceituação do ato ilícito, de modo a dar lugar a uma idéia errônea de que a conduta humana é lícita “toda vez que não causar dano”. A epígrafe “Dos atos ilícitos” (Tít. III, Livro III, Parte Geral), seria, mais adequadamente, substituída por “Dos Fatos Ilícitos”, retendo-se, por suposição, que a ilicitude só pode referir-se à conduta humana.

Como quer que seja, a matéria de responsabilidade civil em consequência do ilícito ficou desdobrada, tratando-se a consequência na Parte especial³².

Purificada a teoria do fato jurídico, mas tomado o fato, agora, num ângulo simplesmente ideológico, pode-se afirmar que a nova ordem privada enfatiza a atuação das pessoas, seja explorando os bens ordenadamente, seja dispondo deles por negócios jurídicos (e a circulação dos bens também enriquece a sociedade promovendo o bem geral), ou enfim, transferindo os bens a terceiros para uso, também por negócios jurídicos. A absorção do direito empresarial básico no Livro II da Parte Especial corrobora este entendimento. A própria colocação do Direito das Obrigações no primeiro Livro da Parte Especial o reforça, ainda mais, como é fácil ver pelo exposto até aqui.

4. Para concluir

Preparado em algumas dezenas de anos, o novo Código leva a marca de um tempo instável, em que tudo é questionável e nada parece ser perene e definitivo.

A opção por uma Parte Geral corresponde à tradição assentada pelo Código revogado, porém, agora, com expurgo de princípios e regras deslocados e adaptados a setores da Parte Especial, ou princípios e regras atinentes à ação judicial. A perspectiva de conflito de pretensões de direito fica reduzida, na Parte Geral, ao tratado da prescrição.

³² Havíamos proposto a bifurcação, ao lado de Clovis Bevilacqua, num breve “Estudo sobre o fundamento da responsabilidade civil”, in Revista da Fac. Direito/UFMG, maio/1977, p. 332, n. 3.

A sustentar a Parte Geral, apura-se, também, na tradição legislativa, o propósito de destacar aspectos básicos do Direito Privado: – agora, a pessoa e o patrimônio, mas também o negócio jurídico, esse mecanismo de atuação jurídica da pessoa. Ainda, a tradição legislativa explica o privilégio da pessoa jurídica de Direito Público consistente na impossibilidade de usucapião de bens públicos; mas, a generalidade do art. 102 é um exemplo de descuido, desconsiderando a origem comum da prescrição extintiva de ação e do usucapião, gerando a crença errônea de que os créditos públicos não deveriam ser submetidos à prescrição.

A força da tradição impediu o legislador de reconhecer uma categoria de sujeitos-não-pessoas, com o que teria dado um passo adiante na problemática de certos entes que não são objetos, mal considerados por alguns como pessoas.

A ausência de elementos de conceituação favorece uma jurisprudência dos interesses, para formulação, extra-lei, de princípios e regras mais próximos da realidade concreta. O poder de julgar é incrementado e passa a implicar a necessidade de ponderar o direito legislado com outras fontes do direito, em face do caso concreto. A certeza do direito passa a depender diretamente das informações sobre a linha de decisões dos Tribunais; e, para tanto, as decisões relevantes, não rotineiras, precisam de serem dadas ao conhecimento público.

A boa doutrina é atenta ao dado jurisprudencial. A doutrina dos interesses é a que explica a posição do STF sobre “propriedade fiduciária”, afinal transplantada de uma legislação especial para o Código. Sendo este a nova “sedes materiae”, resta mais difícil um retorno ao princípio da dignidade pessoa do devedor-inadimplente, a não ser que se considere o Código como um modelo normativo sem força suficiente, ou proposto à convicção do julgador como melhor entre as fontes do direito.

Mas, a isto se opõe a tradição de direito legislado, como também o princípio da divisão dos poderes. De resto, o direito escrito é, segundo a ideologia positivista (muito influente na tradição brasileira desde Clovis Bevilacqua), a melhor base de sustentação jurídica do Estado. Perpassa o novo Código um positivismo sociológico, ao passo que o anterior transpirava um positivismo de Estado.

Muitas inovações são louváveis. Há outras que ficam indiferentes, na perspectiva de avaliação, como a que passa a tratar do instituto de usucapião no feminino. Não é preciso ver aí um sopro feminista. A palavra latina composta “usucapio” é do gênero gramatical feminino, como em geral o são os substantivos terminados em “io”; mas, a regra não vigora, em português, para a terminação “ão”, proveniente daqueles substantivos latinos, tomados precisamente em sua forma acusativa. Inúmeros substantivos terminados em “ão” são masculinos. Ademais, na palavra latina composta é de ver que, se “capio” é do feminino, “usu” – ablativo de “usus” – é do masculino e bem pode determinar que a palavra portuguesa composta seja considerada no masculino, tudo a depender do intuito de destacar um dos elementos agregados e não o outro. É louvável, por exemplo, a inovação consistente em princípios e regras para a representação jurídica, na Parte Geral³³.

Resumo

Procura-se mostrar alguns reflexos no Código Civil de 2002, do tempo intranquilo em que ele foi elaborado, discutido, enfim aprovado. Por um método de aproximação de dispositivos de leis, textos de jurisprudência e doutrina, é possível identificar uma ideologia que exalta a personalidade e o patrimônio, bem como a atuação da pessoa mediante negócios jurídicos. É fácil ver, por este trabalho, que a nota dominante, na correlação das bases ideológicas, é pragmática.

³³ Como havíamos proposto em modesta “Contribuição à teoria da representação jurídica”, in *Rev. Forense*, Rio de Janeiro, vol. 266, ano 1975, abril a junho/1979, ps. 37 a 42.

Destaque é feito à chamada propriedade fiduciária, não só na tentativa de caracterizar o instituto que parece fluir dos dispositivos codificados, mas também numa tentativa de síntese de seus aspectos críticos. Tal como instituída, a fidúcia seria uma propriedade não-plena, exclusivamente em garantia da dívida. Então, na perspectiva dos poderes de uso e fruição, a coisa fiduciada seria como uma “res nullius”. Chocante contradição já se encontra aí, porquanto trata-se, por justa suposição, de coisa eminentemente desejável para satisfação das pessoas. A denominação usada, “propriedade fiduciária” também é criticável, num aspecto de facilitar confusão com a propriedade em situação de fideicomisso.

Abstract

The article intends to show some reflexes on the Civil Code of 2002 from the restless time in which it was elaborated, discussed, approved after all. Through a method of law's provisions approximation, jurisprudential and doctrine texts, it's possible to identify an ideology that praises the personality and the patrimony, as well as the person's acting in face of the juridical deals. It is easy to notice, through this work, that the dominant note in the correlation of the ideological fundaments is pragmatic. The article emphasizes the so called fiduciary property, not only in attempt to characterize the institute that seems to flow from the provisions codified, but also in a synthesis attempt of it's critical aspects. Such as instituted, the trust would be a non-entire property, exclusively as debt warranty. Therefore, by the perspective of use and fruition powers, the trusted object would be as a “res nullius”. Choking contradiction is already found here, since it is, by a tight – fitting supposition, eminent desirable object of people satisfaction. The denomination used, “fiduciary property” can also be censured in the aspect that it makes easier the confusion with the property in fideicommissum situation.