

Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda¹

Luiz Edson Fachin

Professor de Direito Civil da UFPR.

SUMÁRIO

Introdução;

Atos não negociais em Pontes de Miranda;

A regulação determinante do elemento volitivo no sistema privado;

A vontade jurídica: do Código à Constituição;

Mudanças e transformações no Direito Privado Clássico;

Conclusão.

Introdução

A nossa proposição neste trabalho é tratar dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em PONTES DE MIRANDA, vale dizer, enfrentar o debate sobre o papel da vontade na diferenciação dos atos negociais e dos atos não negociais, e a partir daí, de modo crítico, realizar uma comparação entre o paradigma voluntarista clássico e o paradigma voluntarista contemporâneo.

Versam as nossas reflexões sobre a arquitetura do trânsito jurídico calcado nos negócios, contratos e obrigações, apreendida pelo sistema civilista brasileiro clássico, à luz das construções doutrinárias de PONTES DE MIRANDA. É o trânsito jurídico um dos pilares fundamentais de sustentação da ordem jurídica privada.² Assim, intentaremos apresentar aspectos interes-

1. Trabalho apresentado no II Ciclo Nacional de Estudos sobre Pontes de Miranda, promovido pelo Centro Acadêmico Hugo Sinas, da Faculdade de Direito da UFPR em 1998.

2. Consoante já houvera assentado JEAN CARBONNIER em seu "Flexible droit; pour une sociologie du droit sans rigueur". 7. ed. Paris: LGDJ, 1992, especialmente a partir da p. 285.

santes da elaboração ponteana aptos a demonstrar que, na moldura jurídica da vontade, foi o núcleo propulsor encontrado pelo sistema privado para edificar um conjunto de regras e princípios destinados ao governo do espaço ideológico da auto-regulamentação dos interesses particulares.

Para tanto, analisaremos a relevância da integração feita por PONTES DE MIRANDA do fenômeno da vontade no suporte fático³ das avenças, não se confundindo com a expressão jurídica desses atos, a interessar tão-só os universos de nulidade e da anulabilidade, isto é, da conformidade legal.

É na apreensão jurídica desse suporte fático que está o liame mais estreito entre as circunstâncias históricas, sociais, políticas, e a codificação privada. Desse modo, para principiar essa demonstração, soa relevante, nesta toada, posicionar o tema diante dos atos não negociais.

Atos não negociais em Pontes de Miranda

A partir da moldura do fato jurídico, consoante PONTES DE MIRANDA, é que podemos diferenciar, nesse universo, os fatos jurídicos em sentido estrito, os fatos jurídicos ilícitos, os atos-fatos, os negócios jurídicos e os atos jurídicos não negociais.⁴

São exemplos de atos não negociais: a quitação e a gestão de negócios, também compreendidos como atos jurídicos em sentido estrito. Ilustram os negócios jurídicos as hipóteses das promessas unilaterais, a outorga de poderes, e evidentemente, os contratos.⁵

Na seara dos atos não negociais, segundo PONTES, temos as reclamações ou provocações (v.g., uma interpelação), as comunicações de vontade (a exemplo, escolha de prestação nas obrigações alternativas), as manifestações de vontade não-autônomas (o que seria ilustrado pela constituição de domicílio), as exteriorizações de sentimento ou de representação (como o perdão de dívida, a notificação da cessão de crédito), e ainda as manifestações de vontade mandamentais (como se daria na manifestação do locador contra o uso indevido da coisa pelo locatário).

Promovendo tal distinção, PONTES se antecipou à proposta do novo projeto de Código Civil, o qual, agora, em notória mora, acata (em parte) essa dualidade sob a rubrica "dos atos jurídicos lícitos", que está no art. 184 da versão atual do Projeto após a relatoria de JOSAPHAT MARINHO no Senado Federal em novembro do ano pretérito.

3. "No suporte fático há elementos nucleares (=cerne e elementos completantes) e complementares, além dos integrativos. Os primeiros compõem o suporte fático em si, sendo elementos de sua suficiência. Em sua falta, não se concretiza suficientemente o suporte fático e, portanto, não se forma o fato jurídico. São pressupostos de existência do fato jurídico", escreveu a propósito MARCOS BERNARDES DE MELLO, em sua obra, *Teoria do fato jurídico; plano da validade* (2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.10).

4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. Parte Geral, Tomo I, 2ª tiragem, p. 77.

5. A propósito, nossa obra *Novo conceito de ato e negócio jurídico; consequências práticas*. Curitiba: EDUCA e Scientia et Labor, 1988. p. 03 e seguintes.

O projeto procura retirar o Brasil da posição unitarista e ingressar na posição dualista, inovação recebida com aplausos.⁶ O Ministro MOREIRA ALVES chegou mesmo a afirmar que aí, nesse terreno, se apresentam as maiores alterações do projeto em face do Código vigente.⁷

Vê-se, de qualquer sorte, a dissociação dos atos negociais (os negócios jurídicos propriamente ditos) dos atos não negociais (os que não são negócios jurídicos, os atos jurídicos em sentido estrito).

Foi precisamente PONTES DE MIRANDA, na teoria dos três planos, que propiciou, consoante acentuava já em sua dissertação de mestrado o Professor MARCOS BERNARDES DE MELLO, diferenciar o ato negocial do negócio, e ali localizar, com efeito, no núcleo diferenciado, "o poder de escolha da categoria jurídica e de estrutura eficaz, poder de auto-regulamento da vontade, que se concede à vontade negocial e se nega à vontade não negocial".⁸

Centra-se, pois, no elemento volitivo tal diferenciação. E ali, nesse núcleo reservado ao espaço da vontade, que o sistema jurídico de direito privado elegeu um de seus

pilares fundamentais, o trânsito jurídico de bens, coisas e interesses.

A propósito, registrou PAULO LUIZ NETO LÔBO: "Autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada, transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade."⁹

Dessa angulação resulta, pois, que é possível fotografar os valores eleitos pelo sistema positivado através dessa perspectiva, a qual põe à mostra os interesses escolhidos como dominantes por uma determinada codificação que se destina mais a reproduzir o status quo das relações sociais e menos a contribuir para a mudança das estruturas arcaicas ultrapassadas.

A regulação determinante do elemento volitivo no sistema privado

É a configuração jurídica da vontade que apanha uma feição normativa do sujeito e do espaço de auto-regulamentação dos interesses privados, e a partir dela se esboça, na estrutura do sistema civilístico, o desenho dos atos não negociais e dos atos negociais.

6. Positivamente se manifestou o professor JOÃO BAPTISTA VILLELA, no estudo "Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual", na obra *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro* (São Paulo: Saraiva, 1982, a partir da p. 263).

7. No artigo "O negócio jurídico no anteprojeto de Código Civil", inserido na publicação *Arquivos do Ministério da Justiça*, 31(131) jul/set 1974, p. 263.

8. MELLO, Marcos Bernardes de Mello. *Contribuição à teoria do fato jurídico*. Dissertação de Mestrado. Maceió, 1982.

9. No estudo *Contrato e mudança social*, publicado na Revista dos Tribunais nº 722, de dezembro de 1995, a partir da p. 40.

Em suma, o critério básico, fundado na dimensão ponteana, para a distinção entre o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, elege a autonomia privada, essa dimensão jurídica da expressão objetivada da pessoa, quer natural, quer jurídica.

Pedra angular do sistema positivado, esse espaço jurídico tem, sem dúvida, contexto político-econômico próprio. Liberdade negocial e vontade negocial se interligam e fundam, assim, a distinção em pauta.

Por aí se vê, então, que na diferenciação dos atos negociais e dos atos não negociais se pode vislumbrar esse universo propiciado aos particulares para promoverem o auto-regulamento de seus interesses. Cogita-se, por certo, de uma criação normativa adequada a imprimir ritmo e cadência às trocas e intercâmbios de bens, coisas e interesses, consoante já apontara o Professor OSCAR CORREAS.¹⁰

Em assim sendo, dois vértices se abrem para análise. De um lado, a emolduração dogmática da autonomia, entendida como uma permissão do sistema aos particulares para que, como lhes aprouver, disciplinem seus interesses. De outra parte, uma abertura para propiciar, além dessa moldura aberta pela ausência de vedação, alguma força criadora (real e material) dos fatos.

Na primeira dimensão, indubitavelmente, se mostra a concepção clássica do trânsito jurídico, fincado numa supremacia aparente da vontade, na qual o voluntarismo jurídico não passa de uma ficção com vestes de realidade. Sem embargo, na segunda dimensão, o auto-regramento é correspondente às possibilidades construtivas, superando até mesmo os rigores da dicotomia entre o público e o privado.

Não é por acaso, então, que PONTES DE MIRANDA, de há muito, critica¹¹ a expressão “autonomia privada”, e nessa crítica, quando sugere substituí-la por auto-regramento, embora partindo do poder privado subordinado à juridicidade estrita, avança para além de uma concepção dogmática, abrindo possibilidades para uma regulação material, real e efetiva.

Autonomia, frisou PONTES, é auto-regramento, vale dizer, “os figurantes do negócio jurídico, no que fica à sua autonomia da vontade, manifestam o que querem” e cabe “respeitar-se a realidade da vida”.¹²

É a autonomia ou o auto-regramento que está no plano dos fatos, rente à vida, e por isso mesmo, esclarece por todos PONTES: “nulo ou anulável é o ato, não a manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento”.¹³ Com efeito, essa digressão se subsume ao suporte fático e não ao juízo da conformidade legal que espelha o plano da validade ou mesmo da invalidade.

10. “Los códigos civiles dieciochescos y los civilistas liberales, han cantado toda clase de loas a la libertad de los ciudadanos. Atentar contra la voluntad es atacar la libertad o sea la esencia prístina del hombre moderno y burgués. Sin embargo un repaso al código civil nos mostrará que eso nunca pasó de la categoría de discurso fantástico”, à p. 85 da obra “Introducción a la crítica del Derecho moderno”. México: Universidad de Puebla, s.d.

11. Especificamente nesse ponto, v. Tomo III do Tratado, p. 3.

12. Nesse ponto, especificamente, à p. 53 do Tomo IV do Tratado, na edição da Revista dos Tribunais (São Paulo, 1974).

13. Tomo IV do Tratado. São Paulo: RT, 1974, p. 216.

Localizado aí o ponto propulsor, cabe agora dissecar o transcurso da compreensão jurídica desse elemento volitivo que principia no Código e chega à “constitucionalização” contemporânea.

A vontade jurídica: do Código à Constituição

Depreende-se dessa angulação, por conseguinte, um arco histórico. Ao início, o sistema clássico positivado ancorado no Código Civil brasileiro, e ao final deste século um fenômeno que retira da codificação o lugar central de regulação das relações privadas. À “descodificação” liga-se o fenômeno da “constitucionalização”.

Na perspectiva anterior, a da codificação, o Professor ORLANDO GOMES, no estudo das raízes históricas e sociológicas do Código Civil, já houvera indicado o que denominou de “privatismo doméstico”.¹⁴ Um modo de apreender as relações privadas sob o jugo do senhor das titularidades, o titular patriarcal na família, o contratante, o proprietário e o testador.

PONTES soube, com clarividência, acolher e referir um horizonte crítico dessa concepção. De há muito, proclamara: “Não é possível julgar, com independência e solidez de julgamento, o direito de um povo, sem conferi-lo com o que se assentou em

Sociologia jurídica, com o que se sabe sobre evolução do Direito”, escreveu PONTES.¹⁵ Com isso, nitidamente, percebe-se abertura para os fatos sociais, a cultura e a história, refutando formulações gerais e abstratas com pretensões à atemporalidade.¹⁶

Critica PONTES, ademais, os recuos do direito positivado na codificação, especialmente quanto ao divórcio a vínculo e tanto às dissimetrias conjugais, reclamando o império do valor da igualdade material entre homem e mulher.¹⁷

Antecipou-se, aqui também, à legislação posterior, em matéria de dissolução matrimonial, e à Constituição, em tema da igualdade entre marido e mulher na direção diárquica da sociedade conjugal.

Em PONTES DE MIRANDA não passou incólume a intenção do codificador: instaurar, à luz da tábua axiológica que elegeu, o sistema formal e reprodutor do status quo, centrado na emanção volitiva do contratante, do senhor das titularidades, do “pátrio poder”, e do das liberalidades testamentárias.

Por aí a codificação optou pela eleição de valores coerentes com o olhar do século XIX e com o projeto da racionalidade moderna que se projetou, com atraso, para o incipiente Direito Privado brasileiro.

14. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959, p. 28.

15. Na obra *Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.01.

16. Aprofundamos essa perspectiva crítica no estudo *Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil*, publicado pela revista *Jurisprudência Brasileira*, da Juruá, nº 172, a partir da p. 33.

17. Na obra *Fontes e evolução ...*, pp. 6 e 7.

Mudanças e transformações no Direito Privado Clássico

Esse projeto de desenho jurídico não percebeu pronto e acabado. Doutrina, jurisprudência e legislação posterior importam em pleno reconhecimento da crise e da superação do modelo clássico, incapaz de responder às demandas da contemporaneidade.

As titularidades absolutas na codificação restaram funcionalizadas; o projeto parental se abriu para uma concepção plural, distante do engodamento hierarquizado, transpessoal e exclusivamente matrimonializada, fundado na lei "desigualdade", e perto de um modelo familiar sociológico, assentando agora na igualdade material e substancial, na valorização de seus membros e ausência de pré-definições de papéis discriminatórios. O trânsito jurídico, arquitetado sob uma visão formalística das avenças, cedeu passo à valorização dos princípios, exurgindo, com destaque a boa-fé, a confiança e a ética contratual.

Daquela configuração clássica que abriu as portas do século, entronizado a codificação no santuário privado do reino secular dos dogmas, observa-se sensível décalage que se reconhece no redimensionamento da principiologia, da tópicica e de um novo ou renovado Direito Civil.

Nele, os sujeitos e a emanção da vontade como elemento de gênese das relações privadas se refinam para dar espaço e luz ao que antes se mantinha à sombra.

Conclusão

Depreende-se do exposto que tentamos perseguir a nossa proposição inicial, a de tratar dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em PONTES DE MIRANDA.

Tentamos, pois, enfrentar o debate sobre o papel da vontade na diferenciação dos atos negociais e dos atos não negociais, e a partir daí, de modo crítico, realizamos, quantum satis, uma comparação entre o paradigma voluntarista clássico e o paradigma voluntarista contemporâneo.

Versaram nossas reflexões sobre a arquitetura do trânsito jurídico calcado nos negócios, contratos e obrigações, apreendida pelo sistema civilista brasileiro clássico, à luz das construções doutrinárias de PONTES DE MIRANDA, para apontar, ao final, o acerto das críticas que PONTES, com maestria, já houvera expressado.

Analisamos a relevância da integração feita por PONTES DE MIRANDA do fenômeno da vontade no suporte fático dos negócios, destacando, a partir daí, que é na apreensão jurídica desse suporte fático que está o liame mais estreito entre as circunstâncias históricas, sociais, políticas, e a codificação privada.

Portanto, sob a luz do elemento volitivo, encontramos, em nosso ver, na lição de PONTES, mote para compreender, um pouco mais, do projeto civilístico brasileiro.

Se CLÓVIS BEVILÁCQUA e ORLANDO GOMES são reconhecidos, com todos os méritos, como os dois civilistas da República,¹⁸ coube a PONTES DE

18. A propósito, a obra de MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, *Clóvis Bevilacqua e Orlando Gomes; dois civilistas da República*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1997.

MIRANDA o privilégio da inteligência para bem apreender o sistema de direito privado no Brasil, e dele se pode extrair, com acerto, o papel que o elemento volitivo desempenhou e desempenha na arquitetura jurídica do trânsito de bens, coisas e interesses.

Pode-se, então, afirmar, com justo reconhecimento ao jurista que foi PONTES DE MIRANDA, que o Direito Civil a ele deve a primazia de ter introduzido uma lição que nas palavras de EDGAR MORIN, significa arrostar "a ciência fechada, as verdades limitadas, amputadas, arrogantes".

Vemos que em PONTES tem sentido a advertência que sempre fez RECASÉNS SICHES quando afirmava: "*Si la realidad social cambia, el Derecho no puede permanecer invariable.*" Para apreender as mudanças e os sentidos dessas transformações sempre é aconselhável reler, criticamente, o passado, como soa possível fazê-lo através dos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA. E ao assim realizar esse mister, seguimos, de nossa parte, a lição de MICHEL SERRES, segundo o qual "nada aprendi sem que tenha partido, nem ensinei ninguém sem convidá-lo a deixar o ninho".