

Do Principio da Boa Fé

DR. FRANCISCO ALVARO FERREIRA COSTA

(Prof. de Direito Constitucional)

PLANO DE TRABALHO

O Código Civil não oferece ao investigador, à primeira vista, uma doutrina sistemática da boa fé. Encontram-se, porém, em muitos dispositivos, noções dispersas que podem ser agrupadas, para nelas se descobrir uma diretriz comum, que permite elevar a boa fé à altura de um princípio.

No art. 85, invoca-a o Código Civil Brasileiro, mandando que, nas declarações da vontade, se atenda mais à intenção que ao sentido literal da linguagem. Neste passo, a boa fé se oferece como critério de avaliação do poder da vontade, no sentido de que a declaração fica subordinada à intenção que a emite. Igual sentido se notará no art. 129, em que a boa fé se apresenta opondo-se diretamente ao formalismo, ainda como critério de avaliação da vontade e, conseqüentemente, de interpretação dos atos jurídicos.

Mas não é tudo. A boa fé aparece ainda como princípio informador dos contratos, merecendo especial proteção da lei. Assim é que vamos encontrá-la na base das disposições que protegem a eficácia da vontade contra a simulação, a fraude, a coação, o dolo. Aqui, ela é bem a matéria mesma da obrigação, oferecendo-se, de um lado, como requisito essencial à manifestação da vontade, e, de outro, como fundamento às sanções contra a sua violação, as quais chegam até à nulidade do ato e à obrigação de reparar o dano.

Finalmente, a boa fé tem ainda uma função criadora de direitos, tal como no caso do art. 516, que confere a certos pos-

suidores o direito de retenção, ou do art. 551, caso em que a lei lhe confere a especial característica de criadora de domínio.

Deve-se porém, descobrir, no meio dessa triplicidade de funções, aquilo que é comum a tôdas, vale dizer, é mistér descobrir-lhe a unidade, erigindo a boa fé, em suma, à altura de um princípio.

Foi examinando os vários artigos do Código Civil em que a boa fé é considerada expressamente, ou está à sua base, que pretendemos delinear uma doutrina da boa fé, dentro do sistema do direito civil brasileiro. Parece-nos, em última análise, que a boa fé, como princípio informador do direito, é, de início, uma qualidade da vontade, que as legislações exigem no participante da vida jurídica, ao mesmo tempo que a protegem; que a boa fé, fato originariamente psicológico, aparece depois provido de uma sanção moral, acompanhada da convicção de proceder honestamente; e que essa intenção atravessa o campo da estrita moralidade para o campo do direito, através do amplo canal da equidade. Nessa passagem do mundo psicológico para o mundo do direito, vai a boa fé tirando os elementos que a estruturam. Enfim, incorporando-se ao direito, não é mais que a correspondente da boa vontade nos domínios da moral. Mas não lhe basta o sentido da intenção reta e honesta, que lhe atribuem comumente, e sim a intenção diligente e ativa, a crença justa e razoável: pois se o direito não considera senão a manifestação externa das intenções humanas, não pode, de outro lado, ser indiferente ao grau de sua moralidade.

Não é apenas a intenção porque, dêsse modo, estaria a disciplina jurídica confundida com a disciplina moral. Também não é a simples consideração da exterioridade pura. O princípio da boa fé, a que aludimos, consiste no tratamento das manifestações exteriores da vontade, em conformidade com a intenção honesta que as vivifica e lhes dá valor.

Antecipamos, desde logo, esta conclusão, para que se não perca, do desdobramento das ideias, na pluralidade de aspectos sob que tivermos de focalizar a questão, sobretudo nas diversas

aplicações do princípio ao campo do direito civil, — para que se não perca, repetimos — a unidade e a necessária generalidade do princípio.

Veremos as várias modalidades sob que se apresenta a boa fé, pondo em evidência ora o seu aspecto de intenção reta e honesta, ora de lealdade e fidelidade à palavra dada, ora, enfim, como crença conscienciosa e ativa, provinda de erro excusável. Aquela primeira forma impõe-se como critério para a avaliação do poder da vontade e de interpretação dos negócios jurídicos; a segunda, pelas suas características de lealdade e fidelidade, opõe-se à fraude e ao dolo; finalmente, examinaremos o caráter inocente da boa fé, que é a terceira forma porque se manifesta no mundo dos negócios jurídicos, exteriorizada como crença errônea, mas crença razoável e conscienciosa.

1 — HISTORIA DO CONCEITO

Passando do domínio puramente psicológico para o plano moral e daí para o mundo das relações jurídicas, ganha-se o conceito da boa fé dos elementos que a caracterizam.

A vontade desempenha função importante em todo o ato jurídico. Há, neste, dois elementos: um interno, constituído pelo querer, outro, externo que é a manifestação daquele. Mas a vontade mesma tende a exteriorizar-se, e, assim, vontade e forma de sua manifestação não se opõem; ao contrário, completam-se. (1)

O problema que se põe ao jurista, na avaliação do poder da vontade e na interpretação do seu significado, é atribuir à manifestação um valor correspondente à intenção que a ditou. E o princípio da boa fé entra em jogo em vários momentos dêsse

(1) GORPHE, *Le Principe de la bonne foi*, pág. 20.

trabalho, a princípio na avaliação do poder criador dessa vontade e depois conferindo a essa intenção, se corresponder a uma boa vontade concienzosa, efeitos jurídicos determinados.

Tal questão, entretanto, precisa, para ser resolvida, de ligeira digressão sobre a formação do conceito da boa fé. Sua história vai mostrar-nos claramente como, na evolução do conceito, vem ele sofrendo influências de origens diversas, resultantes duas inclinações do espírito: a primeira, querendo ver no composto da declaração da vontade a prevalência da forma sobre a intenção; a segunda exergando a superioridade do elemento subjetivo da vontade sobre o ato mesmo da sua exteriorização.

A declaração de vontade em si mesma é naturalmente um conceito incindível; mas pode acontecer, e muitas vezes acontece, que o agente não sabe encontrar, para a sua intenção, a adequada expressão jurídica. E' quando ocorre qualquer desajustamento entre os elementos subjetivos e objetivos da declaração que o jurista é chamado a intervir, para encontrar, sob a expressão accidental da forma, a substância do querer verdadeiro que a anima.

Nos povos primitivos, — ensina DAVY — a relação contratual está necessariamente ligada a um formalismo estreito, que é bem a substância dessa relação. Todos os contratos eram acompanhados de um juramento, o ritual, fórmulas verbais ou solenidades sem as quais os contratos não se consideravam obrigatórios e que lhes serviam de testemunho, símbolo e garantia. (2)

E' provável que a idéia fundamental dêsse rigor formalístico estivesse em dar, pelo ritual da forma, garantia segura às obrigações impostas pela relação contratual. O contrato, uma vez cerimonializado, tornava-se público a tôda a coletividade, e,

(2) GEORGE DAVY, *La foi juré*, pág. 288, *apud* FRANÇOIS GORPHE, *op. cit.*; OLIVEIRA MARTINS, *Quadro das instituições Antigas*, pág. 17.

desta sorte, era perante a comunidade tãda que o contratante se obrigava, e não apenas *vis a vis* do titular do direito. Por isso mesmo, estabelecida pela forma aparente a relação jurídica, as obrigações se perpetuavam e o ato começava a valer pela sua manifestação exterior, tal como se as vontades, que o fizeram nascer, não existissem, ou existissem subordinadas à forma, que era a única a prevalecer.

Não há dúvida de que o fundamento dêsse formalismo era garantir a lealdade no cumprimento dos tratos jurídicos, e, ainda aqui, era a boa fé na execução dos contratos o que se tinha em mira assegurar.

Todavia, êsse formalismo estreito trancava as portas à investigação da vontade, não tinha consideração alguma pelos direitos daqueles que, por êrro excusável ou ignorância, ou induzidos pelo dolo, ou vítimas da violência, eram levados a manifestar a vontade em sentido diferente daquilo que, em condições normais, manifestariam. E não é preciso dizer que, por melhor que fôsse o fundamento com que se apresentasse êsse formalismo, o que fazia estranho era, a pretexto de perpetuar as obrigações, em homenagem à lealdade e à confiança, o perpetuar-se com êle direitos nascidos com a fraude, sem possibilidade de revisão, tanto por iniciativa de qualquer das partes, como dos terceiros prejudicados. (2a)

Mas, no próprio direito romano, uma tendência nova se manifesta, a princípio tímidamente e depois assegurando-se em tãda a plenitude. Essa tendência se manifesta, primeiro, na criação dos contratos, em que se inscreve a cláusula do dolo, e

(2a) No direito romano antigo, como nas legislações arcaicas, a convenção não é, em princípio, geradora de obrigações. A regra legal declara que a simples convenção é incapaz de fazer nascer uma ação, criar um liame de direito. *Nuda pactio obligationem non parit*. (GIRARD *Droit Romain*, pág. 432).

depois na dos contratos em que tal cláusula era subentendida. (3)

Nota François GORPHE que êsse desenvolvimento admirável na vida contratual foi devido à habilidade do pretor, com justa razão chamado a *viva vox juris civilis*. Não é então difícil chegar-se à formula que se fez máxima: “a vontade que se exprime legitimamente liga-se tanto *vis a vis* dela própria como perante a vontade de outrem”. (3a)

Não parece entretanto certo, como querem muitos autores, exprima a nova tendência uma refutação completa ao formalismo. Realmente, a nova tendência não se exprime em termos rigorosamente antiformalistas. A análise dessa passagem no conceito da boa fé mostra que êste último apenas se tornou bem mais amplo, mas nele continua implícita a idéia fundamental

(3) Os romanos, numa classificação dos contractos, distinguiram os de boa fé em frente aos contractos de direito estrito. Os primeiros, que foram em aumento progressivo, permitiam uma ampla intervenção judicial para regular seus efeitos e contemplar situações como a compensação, o dolo, a mora. Nos outros contractos, as alegações dêsses factos precisavam estar revestidas de formalismo severo para serem tomadas em consideração. (V. ARIAS, contractos Cíviles, pág. 8). BONJEAN, no seu velho *Traité des Actions*, vol. 1, § 301, pág. 264: “E’ provável que, nos primeiros séculos de Roma, tôdas as obrigações deviam ser executadas literalmente”. Mas, aos poucos, o princípio formalista vai cedendo ao novo princípio, fundado na boa fé e na equidade. E’ como resume GORPHE (op. cit. pág. 21): “O novo princípio manifesta-se primeiro na criação dos contractos de boa fé, com a cláusula de dolo subentendida, depois na dos contractos consensuais”.

(3a) GORPHE, op. cit., pág. 22. Em certo momento da evolução jurídica, repete GIRARD, os contractos se tornam contractos de boa fé, por oposição ao antigo formalismo. Admite-se um sistema de interpretação que permite ao juiz investigar, por traz das palavras, a intenção das partes, suprir as omissões do credor, proteger as do devedor dos ardís de que foi vítima, contra os rigores da letra do contracto. Todos êstes contractos dão nascimento às ações de *boa fé*, opostas às ações dos antigos contractos, sempre submetidos aos antigos métodos de interpretação. (*Droit Romain*, pág. 439).

do formalismo, que era a de assegurar, pela intangibilidade da forma, a lealdade no cumprimento da obrigação. Ganha, porém, o conceito da boa fé em extensão e profundidade, pois desce a superintender a formação mesma do vínculo, exigindo, por um lado, que a vontade manifestada seja conforme à moralidade e conferindo a essa vontade, sendo legítima, o poder de valer por si mesma, independente da forma que a revestir.

O progresso foi realmente notável; porém, não se opõe a nova tendência à antiga atitude. Esta visava à fidelidade, embora descurando a vontade no momento da formação do ato. A segunda mantém o princípio, quebrando só o rigorismo da forma, seja para permitir a revisão dos contractos quando uma das vontades, que os formou, não condiz com a realidade ou com os princípios de direito, seja para permitir a eficácia da intenção, desde que legítima, independente da forma sobre a qual se manifesta.

Como se vê, a boa fé, que era apenas fidelidade à palavra dada, amplia-se para vontade legítima, protegida contra o dolo e a má fé. Dêste modo, a importância da forma reduz-se a mero instrumento da vontade, que esta é a verdadeira substância do ato jurídico, e que, sem ela, não passaria, na linguagem sugestiva de MICELLI, de "um gesto vago, um fato sem significação, uma onda sonora". O que há de significativo nessa passagem, em que o conceito de boa fé ganha em amplitude e profundidade, é o fato de se reconhecer à vontade humana uma dignidade própria, de ordem moral, que o direito, recebendo em seu clima, não desnatura nem fere, mas portega e dignifica.

A que esforço se deve atribuir êsse progresso? Sem dúvida, estão em primeiro plano as ideias cristãs, que vieram iluminar o mundo jurídico através do direito canônico. Pregando a liberdade e a superioridade do homem, o cristianismo superestimava a vontade em relação à forma e a impunha ao respeito e proteção do Estado. Associando a ideia de justiça à intenção do agente, o direito canônico estimulava a tendência de valorizar o subjetivo sobre o objetivo, e, com êsse refôrço, caíam

por terra os restos do antigo formalismo, que o faziam excessivo o opressor. (4)

Pode-se dizer, com RUFFINI, — que o direito canônico não visava à boa fé do agente em concreto, mas como norma de interpretação, como princípio abstrato, informador da lógica jurídica. Como quer que seja, a aplicação do princípio deu resultados compensadores pela importância que atribuiu à boa intenção, e o cristianismo foi o maior fator de espiritualização, de moralização, e, portanto, de humanização do direito, incorporando o conceito de boa fé, mais amplo e mais profundo, às relações que se passam no mundo das relações jurídicas.

Não será exato concluir-se, do que acima ficou dito, que o direito moderno melhor estima a intenção do que a forma. O que o direito moderno realiza, nesse tocante, é uma função adaptadora dos fatos ao justo, um reajustamento entre o elemento subjetivo do ato jurídico, colocando-o nos termos em que pode ter eficácia. Nem há prevalência do objetivo sobre o subjetivo, ou vice-versa, mas o esforço de realizar a sua natural correspondência. Assim, há relações de certa natureza em que vai o direito preferir o objetivo; noutras, é o subjetivo que êle atende. O essencial é o ajustamento da vontade á sua manifes-

(4) Não há dúvida de que, muito antes do direito civil, o direito canônico abandonou a tradição romana em virtude da qual o simples pacto, desvertido de formalidade, não podia gerar obrigações. Os glosadores sempre insistiram sobre a gravidade e a necessária seriedade da promessa; presos, contudo, á tradição romana, afirmam que o pacto num não engendra senão uma excepção. Ao mesmo tempo, a Igreja esforçava-se por sancionar as obrigações de consciência, baseada no dever de sinceridade que se impõe a todo homem, em respeito á sua fé. SANTO AGOSTINHO e S. THOMÁS profligavam a mentira (*mendatio*), e a Igreja punia como tal a falta á palavra dada, não vendo diferença alguma entre a simples promessa e a fé jurada. De tal modo — informa *Le Bras*, — não foi difícil deduzir tôdas as consequências dessa doutrina, que já deu, no século XII, o direito á ação fundada em fatos e atos a que o pretor romano tinha apenas concedido as *excepções*. (*apud* CAPITANT, *De la cause des obligations*, págs. 137 e 138).

tação, à correção da forma, quando esta excede o conteúdo ou dele se afasta, e a retificação da vontade, quando ela não é legítima. (5)

Tudo isto se opera em razão do princípio da boa fé, que é o amplo canal por onde vêm ao direito as amplas luzes da moralidade.

2 — NATUREZA DA BOA FÉ

No antigo direito, a boa fé se entendia apenas como fidelidade à palavra empenhada. Encontrava-se estritamente associada ao mais estreito formalismo. Com o correr dos tempos, destaca-se do formalismo exagerado, e, sob a influência das idéias cistãs, o ultrapassou, tornando-se exigência do contracto e constituindo-se requisito para a legitimidade da vontade. Enfim, o direito canônico, com a preocupação de visá-la pelo seu lado negativo, isto é, com o objetivo de protegê-la contra a fraude e a má fé, colocando-a em oposição ao dolo, — o direito canônico dá-lhe o caráter de crença honesta. Assim, quem procedia no conhecimento de que estava causando mal agia de má fé; enquanto o que procedia no desconhecimento de causar dano se entendia de boa fé.

A boa fé, assim, adquiriu uma nova significação, esta de crença excusável, merecedora de ser tratada com brandura pelas sanções morais e jurídicas.

Agora, é fácil perceber que, na evolução do conceito de boa fé, aparece-nos êle cada vez mais penetrado de elementos de ordem moral, sem contudo confundir-se com esta.

Mas, qual a verdadeira natureza da boa fé? (1)

(5) Ver, adiante o capítulo: *A boa fé e o formalismo*.

(1) A palavra *fides*, diz Erich Dauz, servia para traduzir as expressões gregas *fidelidade e crença*. Nas legislações de origem germanica,

Devemos começar reconhecendo que a boa fé representa, antes de mais nada, uma qualidade da vontade, capaz de legitimá-la. Não é um ato psicológico puro e simples, mas não há dúvida de que está ligada intimamente à psicologia humana.

Como fato psicológico, dela não cuida o direito, que, sem desconhecer a natureza de suas origens, a reveste todavia de um caráter novo. Esse ato psicológico, essa qualidade da vontade, recebe depois a sanção moral, porque não é a vontade, seja qual for, que merece a proteção jurídica. Até esse momento, o simples querer, a intenção reta e leal, ainda carecem daquele mínimo de objetividade, que torna possível a apreensão do seu conceito pela ciência jurídica. (1a)

Dêste modo, a boa fé nos aparece como acto psicológico

a *fides* possui dois vocábulos correspondentes: *guter glaube*, que significa *crença errônea e excusável* e "*Treu und glauben*" que significa "lealdade" e confiança". Pretende-se que eram esses os significados originários dessas palavras. Hoje, porém, "*Treu und glauben*" se fundem para formar uma unidade conceitual, de tal modo que nenhum dos elementos combinado prepondera quanto à força de significação, nenhum se mantendo fiel ao sentido literal da combinação. Assim, conclui em nota o mesmo DANZ, citando WAAG, "ninguém se lembraria hoje de pensar que a fórmula corrente é tão generalizada da boa fé exprimia, originariamente, uma relação recíproca: "*lealdade*" daquele a quem se confiava alguma coisa e "*fé*" por parte de quem nele confiava". (DANZ, *Interpretação dos Actos Jurídicos*, pág. 187). b) — Examinando os sentidos da palavra boa fé, informa FRANCIS GORPHE que, no direito romano, foi ela empregada principalmente na acepção de *probidade nas relações jurídicas*, especialmente nas relações dos contractantes entre si. Nesse sentido é que a boa fé opõe-se ao dolo e a fraude. Mas *boa fé* era expressão empregada ainda para significar um estado de erro desculpável, baseado na crença errônea. Tal significado fortaleceu-se sobretudo em virtude da influência do direito canônico. Esse duplo sentido, que é um desdobramento da idéia primitiva, é encontrável não só na linguagem vulgar, mas em todas as legislações derivadas de fontes latinas. Pergunta o civilista argentino JOSÉ ARIAS: "Que é boa fé?". E responde: "Sobretudo um propósito, uma intenção: proceder honestamente de acordo com a lei e a consciência moral. É de outro ponto de vista, um estado. A crença razoável sobre a legitimidade de uma coisa ou fato". (*Contractos Civiles*, I, pág. 2922).

(1a) O fato de se reconhecer à vontade um valor jurídico próprio não deve excluir, e não exclui, a necessidade de sua exteriorização, que

puro e simples, que, depois de provido de uma sanção moral, que a faz conscienciosa, externa-se objetivamente, pela diligência ativa do agente. É essa boa fé que o direito considera, dando-lhe proteção, tendo-a em consideração para estimar o valor da vontade, interpretá-la, conferindo-lhe o poder criador de direitos, protegendo-a contra os artifícios da fraude, ora dando-lhe um valor positivo, como no usucapião, ora diminuindo o rigor das sanções coercitivas.

A análise desse conceito foi aprofundado por Wachter e Bruns. (2)

WACHTER dizia que a boa fé não era mais que a crença de proceder sem causar prejuízo a ninguém, consentindo num simples fato psicológico. GORPHE observa, nessa concepção, uma inspiração das ideias canonistas, prevalecendo sob a concepção realista dos romanos.

A ideia da boa fé, segundo WACHTER protegia o tolo, o ignorante, até mesmo o negligente, como, em direito canônico, era suficiente o não conhecimento do mal para isentar da culpa, sem deixar de proteger também o diligente, favorito do direito romano.

BRUNS, cuja inspiração é nitidamente romanista, entendia que a questão que se punha não era bem a da crença, mas a de como e porque se crê; em outros termos, o simples fato de crer e enganar-se devia ser submetido a um princípio mais objetivo, isto é: não basta crer, mas comportar-se como pessoa de bem,

se torna, de tal modo, elemento essencial da vontade jurídica. Se o fundamento da obrigação é a segurança social, é natural que aí onde lhe falta esse fundamento — diz MARCEL DURMA — a obrigação não existe e a vontade interna, não dando nascimento a nenhuma confiança dos outros, não pode produzir efeitos jurídicos (*La Notification de La Volonté*, página 24).

(2) V. GUIMARÃES, *A boa fé no direito civil Brasileiro*, págs. 35 e segs..

como um bom pai de família — expressões que ainda hoje encontramos em muitas legislações. (3)

Nessa concepção — a que Gorphe denomina de ético-jurídica, não se despreza o conteúdo psicológico da boa fé. Ele aparece, porém, revestido de elementos morais, e exige-se ainda um mínimo de objetividade, para que se possa considerar a boa fé objeto da disciplina jurídica.

Em Bruns, o sentido da boa fé aparece claro. Um ato psicológico, provido de sanção moral, dotado de um mínimo de objetividade. Com a sanção da moralidade, a vontade adquire a função de valorizar o ato jurídico, e, conseqüentemente, de interpretá-lo. Em virtude de um mínimo de objetividade, o direito a recebe, para impô-la ao agente da declaração, mas também aos contratantes, na execução dos negócios jurídicos, e aos terceiros, *vis à vis* dos contratos, bem como, em geral, a todos, no exercício dos direitos.

BONFANTE critica essas teorias. Mas a análise realizada por Wachter e Bruns integra perfeitamente o assunto.

Rigorosamente, a exigência da exterioridade é um simples pressuposto; do contrário, não chegaria a boa fé até o mundo do direito.

Contudo, e embora referindo a boa fé apenas como crença excusável, que é sem dúvida o seu elemento saliente, descobre-se com facilidade, naqueles eminentes jurisconsultos, ao lado daquela boa crença, o sentido de intenção honesta e de fidelidade à palavra empenhada, no contrato e fora dele.

BRUNS e WACHTER permitiram amplamente descobrir na boa fé sua tríplice função de critério para a avaliação e

(3) O conceito de *bom pai de família* vem do direito romano. Aceitaram-no os Códigos Civis francês (art. 1.137) e italiano (art. 1.224). No direito romano, havia lugar para o *diligentíssimo*, ao lado do simples *diligente*. Atribuía-se esta última expressão aquele que põe nos negócios a diligência normal; *diligentíssimo* é “che personne piú diligenti di quella che la media degli non sia, amebile impiegato”. (CHIRONI, *Colpa extra contrat.*, vol. I, pág. 127).

interpretação das declarações da vontade, de regra imposta na formação e na execução dos contratos, no exercício dos direitos, e, finalmente, de criadora de direitos.

Escusado insistir na predominância do sentido moral no conceito da boa fé. É a moralidade que a valoriza, que lhe dá a em toda a superfície das relações jurídicas, transformando em haste flexível a norma que o formalismo fabricara rígida e impiedosa, humanizando, enfim, a aplicação da lei.

Pode-se concluir, em certo sentido, que a análise revela, no conceito da boa fé, um conteúdo psicológico, revestido de sanção moral e dotado de um mínimo de objetividade, pois o direito não considera as intenções em si mesmas, mas nos atos e fatos em que elas se exteriorizam. (4)

Não se poderia desconhecer, entretanto, o que vai de fluante e suti na boa fé. Ele se pauta, diz BONFANTE — pelo senso moral da sociedade, participando dêsse mutável e indefinido movimento”.

Trata-se, porém, de idéias correlatas. Tais conceitos estão longe de explicar a boa fé, que tem um valor próprio, autônomo, informador da lógica jurídica. A dificuldade de isolar-se o princípio da boa fé dentre os mais que informam a vida jurídica nasce do fato de que, na vida prática, êsses princípios aparecem entrosados, completando-se na harmonia ideal que deve governar as relações da vida civil.

(4) Pode-se encontrar em GUIMARÃES (op. cit., pág. 41 e segs.), uma exposição das várias teorias sobre a boa fé. Cita-se em primeiro lugar a doutrina que se poderia denominar da *necessidade*, segundo a qual não tem a proteção á boa fé outro fundamento que a necessidade de socorrer uma situação de fato. Diz outra teoria, a que se filiam CHIRONI e ABEILLO, que a proteção da boa fé se impõe pela consideração do erro invencível. Para outros, o princípio da boa fé se mede pela noção de responsabilidade. Para CREMER (*Rev. de Droit Civil*, pág. 38), o que explica a boa fé é a equidade ou a ideia de JUSTO. V. também GORPHE, op. cit., pág. 13).

3 — A BOA FÉ NA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

A ciência jurídica, sancionando a fidelidade à palavra dada, ao fazer do contrato lei entre os contratantes, colocou na base de todo o direito civil a vontade legítima, que tem um valor reconhecido pela lei moral. Mas o valor dessa vontade, no mundo moral como no mundo jurídico, mede-se exatamente pela sua sinceridade e pela sua honestidade. Temos, pois, a boa fé como critério e medida da vontade, capaz de gerar efeitos jurídicos.

Essa boa intenção, que justifica o poder criador da vontade, aparece, de tal modo, como verdadeiro postulado, que se não pode discutir. A existência do direito, como regra, que é, de coexistência social, estaria implicitamente excluída, se a vontade, que êle ampara, pudesse ser protegida, ainda quando ilegítima, desonesta ou imoral.

Por isso, é necessário presumir que a vontade, que leva os homens ao trato dos negócios, é filha de uma intenção concienzosa, honesta e leal.

Tal presunção é consagrada expressamente por grande número de legislações. Algumas a inscrevem nos seus códigos civís, como regra geral; outras, a enunciam a propósito da prescrição ou da posse, embora, no grupo destas últimas, ninguém deixe de salientar a generalidade do princípio.

O fato de se colocar o princípio como particular a certa instituição não lhe tira, com efeito, sua natureza de ampla generalidade. Basta ver que o fundamento da regra não se baseia em motivos particulares a determinada instituição; ao contrário, corresponde às solicitações da ordem civil em geral (1)

Assim — diz BINET — “admitindo essa presunção em

(1) Atesta JOSÉ ARIAS que a jurisprudência argentina consagra a tese da generalidade do princípio; e cita uma decisão da 1.^a Camara

favor de um beneficiário, como o possuidor, o legislador apenas se socorre da oportunidade para lançar um princípio geral, que se encontra em toda a parte". (2)

Não será, entretanto, inteiramente exato pretender que o que justifica a proteção da boa fé, que tôda a vontade seja presumivelmente legítima, encontre-se no respeito devido à dignidade da pessoa humana, e, portanto, da sua vontade.

Não há dúvida de que a vontade individual é respeitável, mas entra aqui uma consideração de ordem social.

Lembremos que o direito antigo, querendo estabelecer com a perpetuidade da forma a transitoriedade da declaração, não visava senão a assegurar a estabilidade das relações contractuais, dando a estas ao mesmo tempo, um sentido coletivo. Tal sentido não impunha sòmente ao agente da declaração o dever moral e jurídico de cumprir com lealdade a obrigação, mas o obrigava perante a coletividade, com o efeito ainda de obrigar todos ao dever de se eximirem, por qualquer ato, de perturbar a harmonia da relação contratual.

Assim também, no direito atual, tem a obrigação um sentido social, embora indeterminado, porque não se pode negar aos terceiros, se se lhes exige boa fé, o direito de proceder e

Civil de Buenos Aires: "ainda que o, princípio da boa fé não tenha sido incluído expressamente no Cód. Civil, daí não se infere o legislador se tenha apartado da norma clássica do art. 1.135 do Código de Napoleão, já que, por um lado, semelhante fato importaria em prescindir de uma das regras fundamentais da convivência social, e, por outro lado, a lei contém prescrição que são consequência daqueles princípios". (*Contractos Civiles*, I, pág. 293).

(2) A fonte remota do preceito está na seguinte regra do direito romano: "*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba placent*". Essa regra é a única regra de interpretação existente no Código Civil Brasileiro, seguindo, nesse passo, o Código Alemão, que deixa á doutrina o cuidado de deduzir os preceitos que ela consagra. A exemplo do C. Civil francês, o argentino encerra vários artigos sôbre interpretação, que são os artigos 1.156 a 1.164, simples reprodução da doutrina generalizada.

entabolar negócios segundo a impressão deixada pela manifestação que alguém faz de sua vontade.

Todo o ato jurídico modifica direitos; é necessário, por conseguinte, estabelecer garantias em benefício de todos os que, conhecendo a manifestação da vontade do agente, procede segundo a situação que essa vontade criou.

Impõe-se, de tal modo, a presunção de sinceridade nas declarações da vontade, não tanto em nome do respeito que se deve à pessoa do declarante, mas em benefício daquele que, conhecendo a vontade de alguém, pela manifestação que este expressa, age segundo as circunstâncias criadas por essa manifestação.

Quer dizer que a boa fé, como critério de avaliação da vontade, é princípio que se impõe em benefício do autor da declaração, mas também em favor de terceiros, que tiverem conhecimento da mesma declaração.

E' certo que a presunção de boa fé não deve ser absoluta. Essa presunção não pode prevalecer senão até prova em contrário, a ser feita pelos meios de direito.

Tal presunção é um princípio geralmente aceito, que encontra sua razão bastante no fato de que a boa fé, tendo como elemento essencial uma intenção conscienciosa, não é reconhecível a favor daquele que, normalmente, devia ter dúvidas sobre a legitimidade de seu procedimento.

Assim, a simples noção do prejuízo que um ato causará a terceiros pode, em certos casos, excluir a boa fé do agente.

Todavia, quando as presunções forem das que a lei não estabelece expressamente, devem ser examinadas com toda a prudência, porque, entre a possibilidade da boa fé e a má fé que lhe é oposta, é preferível, na dúvida, seguir pelo caminho mais suave e indulgente, reconhecendo boa a vontade manifestada.

Esse valor encontra aplicação importante na interpretação dos atos jurídicos.

Nosso Código Civil declara, no art. 85, que

“nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem”. (3)

Antes, porém, de entrar no problema da interpretação dos atos jurídicos, em face da boa fé, é necessário examinar o alcance daquela disposição.

Os autores são acordes em que, nos atos referentes à individualidade do agente, como no direito de família, nos atos gratuitos e nas disposições de última vontade, a intenção deve preponderar sobre a forma que a reveste. Mas nos atos comerciais em geral, nos quais os interesses mais divergentes se chocam, formando-se em torno deles uma situação de expectativa generalizada, presume-se que o instrumento da declaração da vontade é a sua verdadeira expressão.

MICELLI dá as razões em que essa presunção se baseia. Em primeiro lugar, é justo atribuir ao autor da declaração que ele tenha escolhido uma forma adequada a expressá-la corretamente, devendo admitir-se que o declarante afiança a sinceridade da declaração, tal como foi manifestada. Assim, os terceiros, que agiram tendo em vista a declaração, não podem assumir a responsabilidade ou o risco dos prejuízos decorrentes de não ter o agente usado de expressão correspondente à sua vontade. Mas se o destinatário ou terceiros conheciam realmente a intenção do agente, o risco dos prejuízos só a si mesmos pode ser atribuído, pois esses prejuízos, em tal caso, não resultarão da inadequada expressão da vontade, mas de ato próprio do destinatário ou do terceiro.

Em segundo lugar, a declaração se dirige a um número indeterminado de pessoas, sendo impossível a cada qual delas

(3) *Apud* GORPHE, op. cit., pág. 26.

precisar a verdadeira intenção do agente, se a contradição entre a vontade e a declaração não ressalta evidentemente.

Finalmente, a segurança das relações e a rapidez do tráfico encontrariam forte obstáculo na pesquisa do elemento interno da declaração; mas a segurança dinâmica dos negócios exige uma base estável, que só pode ser encontrada na objetividade mesma do ato. (4)

O direito não se conforma com uma intenção qualquer ainda que sancionada pela moral; requer ainda que essa vontade apareça com um mínimo de objetividade, capaz de ser apreendida no mundo das relações interindividuais. É a mesma razão porque não se desmente o princípio da prevalência da intenção sobre a forma com a a lei atribuir, em certos casos, efeitos determinados ao só uso, pelo declarante, de expressões consagradas pelo costume. Em suma, a lei recomenda atender-se mais à intenção que à forma de que a declaração de vontade se reveste; mas, na pesquisa dessa intenção, não ficam excluídas certas regras objetivas, inspiradas na segurança dinâmica das transações. É de boa justiça entender que o declarante é obrigado a se fazer compreender claramente, e, se não o faz, deve assumir responsabilidade pelos riscos e consequências de seu erro. Se se entende que sua declaração era honesta e leal, também não lhe será dado, para fugir aos seus efeitos perante terceiros, exigir a apreciação de motivos não declarados.

Interpretam-se os atos jurídicos quando falta ajustamento entre a intenção e a expressão usada pelo agente. Assim, a interpretação é necessária: a)—quando é evidente a desconformidade entre a intenção e a expressão; b)—quando a declaração é omissa em certo ponto. No primeiro caso, há intenção e expressão, mas não existe correspondência entre elas; no segundo caso, deve existir a intenção, mas não se lhe deu a forma, que lhe era necessária.

(4) *Lições de Filosofia do Direito*, apud GORPHE.

Ponhamos, então, essas duas questões: como realizar o ajustamento da vontade à sua expressão e como resolver os pontos omissos do contrato.

Interpreta-se uma declaração, seja investigando “a vontade real, que não aparece com evidência na sua expressão imperfeita, seja atendendo-se a motivos objetivos que a própria declaração ou o contrato apresentam, ou são revelados pelas circunstâncias. A interpretação subjetiva convém de preferência, como vimos, às declarações ligadas á individualidade, tal qual nos atos gratuitos, os testamentos e os direitos de família; a interpretação — objetiva é própria dos negócios de outra natureza.

É necessário distinguir, entretanto, entre as declarações unilaterais e os contratos. O Código Civil Alemão parece que não faz senão considerar essa distinção ao dispor diferentemente para a interpretação das declarações unilaterais e para os contratos.

Assim é que, para as primeiras, regula o art. 133, dispondo que, “na interpretação de uma declaração da vontade é preciso procurar a vontade real e não o sentido literal da expressão” — regra essa que é a mesma do art. 85 do nosso Código Civil. Quanto às convenções, o princípio que se lhe refere é o do art. 157, em que se estatui que “os contratos devem ser interpretados com o exige a boa fé”. Por isso, os alemães elaboram regras especiais à interpretação das declarações unilaterais da vontade, anulando-as quando se desconformam demasiado à intenção, ratificando-as existe correspondência entre a declaração e a vontade ou ainda tornando-se válidas em relação aos terceiros que agiram de boa fé (5)

De igual forma procede a lei italiana, para a qual o declarante que não exprimiu de forma adequada a sua intenção fica obrigado aos efeitos da declaração, como se esta correspon-

(5) V. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, pág. 37 e segs..

desse em à sua vontade, salvo o caso em que o destinatário conhecia a verdadeira intenção do declarante.

A lei austriaca dispôs, de seu lado, que uma declaração inexata não obriga o seu autor, quando o destinatário devia compreender, ou sabe, que a mesma é fundada em êrro. Donde concluir-se, *a contrario sensu*, que a declaração é válida, se o se o destinatário era estranho à desconformidade.

Nosso direito, como os que se originam das fontes latinas, não se afasta desses princípios; nem será exato pretender que o que domina, ao invés da prevalência da intenção, é a objetividade mesma do ato.

Não existe prevalência da objetividade; o que se atende é que a intenção exige alguma manifestação exterior e que o declarante tenha escolhido a forma adequada para manifestar a sua vontade. Êsse mínimo de formalismo é necessário à estabilidade das relações, à segurança dinâmica, em oposição à segurança estática. A vontade, com efeito, sem êsse mínimo de objetividade, permanece sutil, incapaz de ser apreendida pelo mundo do direito. Em suma: a sinceridade da intenção, tal qual foi manifestada, é o que se presume; admite-se sempre a correção do engano pela investigação da intenção; mas a manifestação é que prevalece, perante terceiros ou o contratante, se uns e outros não podiam razoavelmente entender a desconformidade. Isto é respeito à boa fé, seja do declarante, seja do destinatário da declaração ou de terceiros, cujos interesses devem ser conciliados e atendidos juridicamente.

Até aqui temos focalizado especialmente a nua declaração, abstração feita do complexo em que, via de regra, ela se integra nos contratos.

Mas os mesmos princípios vão regular a interpretação dos contratos. Nosso direito achou desnecessário estabelecer, como o direito germânico e as legislações dêle derivadas, disposições especial para a interpretação das convenções.

Pode-se considerar que, no contracto, só existem declarações de vontade: portanto, as mesmas regras relativas à decla-

ração de vontade, tomada isoladamente, convêm à interpretação do contrato. Neste, a interpretação é um esforço no sentido de pesquisar a intenção dos contratantes, ou, em certos casos, a intenção comum.

Não será insuficiente o critério? DEREUX faz notar que “a pretexto de descobrir-se uma pretensa intenção comum, não fazem os tribunais senão determinar o sentido norma das cláusulas”. Isto verdadeiro, o apêlo à intenção é impossível sem as circunstâncias sob as quais o contracto se realiza. Assim, a interpretação dos contractos, pela pesquisa dessa intenção comum, acaba realmente por ser a determinação do que a boa fé impõe, como o que deva prevalecer no silêncio do contracto, conforme as circunstâncias que o cercam. (6)

E' assim que o Código francês impõe, para a interpretação dos contractos, regras de carácter objetivo, mas de fins subjectivos, enquanto se dirigem à pesquisa da intenção. Considera-se que a intenção das partes deve ser determinada, tendo em vista os usos e costumes e o sentido que a declaração assume especialmente pela natureza do negócio e os lugares em que foi proferida; que a declaração se interpreta no sentido em que a mesma pode ter algum efeito, ou convenha melhor á espécie contratual; que as cláusulas do contrato se interpretam segundo o sentido geral das outras; que a convenção se interpreta, na dúvida, contra aquele que a estipulou, etc..

Nosso direito, apesar de tais regras não se encontrarem legisferadas, segue o mesmo sistema, que não é mais que a aplicação de princípios tendo em vista a boa fé. Para admitilos, basta que se tenha em conta que, no contracto, as partes são, reciprocamente, autores e destinatários da declaração.

O processo de investigação é mixto, feito de elemen-

(6) DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques*, págs. 445 e segs.; DURMA, *La notification de la volonté*; DANZ, *Interpretação dos Atos Jurídicos*.

tos subjetivos, enquanto se dirige à investigação da vontade real, e de elementos objetivos, visto como não se atém senão a fatos concretos. Mas o critério dominante, no esforço do intérprete, ao determinar a intenção, é sempre o da boa fé, seja para sancionar apenas a intenção honesta, seja para ajustar a convenção duvidosa a como devia ser, do ponto de vista da lealdade e da confiança, seja enfim para assentar o grau de eficácia da declaração segundo a crença excusável do terceiro ou do destinatário.

4 — A BOA FÉ E OS CONTRACTOS

A boa fé também se apresenta como o dever de o homem comportar-se lealmente no mundo dos negócios, de agir sem dolo nem malícia, sob pena de sanções diversas, que se traduzem na ordem penal pela privação da liberdade e na ordem civil pela anulação ou nulidade do acto, com indenização de perdas e danos.

Revela a boa fé, sob êsse aspecto, a proeminência de seu elemento intencional, o querer honesto que preside à formação do contracto. Mas é também a lealdade exigida no cumprimento das obrigações, impondo-se ao agente da vontade, quer no exercício de direitos próprios, quer no seu comportamento perante a estabilidade do contracto em que não é parte.

É sobretudo na doutrina do dolo que se manifesta o papel que desempenha a boa fé na formação dos contratos (1) Dolo — ensina CLÓVIS — é o artifício ou expediente malicioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a um terceiro (2) As

(1) RIPERT, *A regra Moral e as Obrigações Cívís*, pág. 92.

(2) *Cód. Civ. Com.*, obs. ao art. 92.

sanções contra essa figura, que se encontram em tôdas as legislações, com maior ou menor rigorismo, não são mais que aplicações do princípio da boa fé. (3)

Com efeito, o emprêgo de artifícios maliciosos conduz a vontade de uma das partes a julgar erradamente dos motivos de sua decisão. Pune, portanto, a lei o dolo, anulando, via de regra, o contracto, como proteção e reparação à crença a que foi contractante lesado induzido, e pelo desrespeito às exigências da lealdade, que deve estar na base da vida contratual.

A crença errônea, na hipótese, não se confunde com o erro, que é também causa anulatória do contracto. (4) No último caso, a sanção legal não cogita da má fé de qualquer dos contractantes, bastando a crença errônea, sem que para ela tenha corrido a outra parte. Em ambos os casos, porém, a boa fé aparece como o fundamento da sanção legal. No primeiro caso, proteção à crença errônea e sanção contra a violação das regras de lealdade, que o contractante faltoso era obrigado a observar; no segundo caso, — crença errônea apenas.

A sanção, para a primeira hipótese, não pode deixar de ser mais grave, e, por isso mesmo, diverso o tratamento que a

(3) Tem-se dito, e com razão, que o sistema brasileiro de repressão ao dolo encerra uma concepção demasiadamente estreita. Primeiro, distingue-se entre *dolo substancial* e *dolo accidental*, distinção que G. RIPERT considera injusta nos seus resultados. Nosso direito segue ainda a esteira de outras legislações, como a francesa, a italiana, e, em geral os códigos derivados de fontes datinas, concedendo muito á mentira, admitindo como legítimo o *dolo bonus* ou *dolo tolerado*, que “são exageros naturais do comerciante”, ou “ideias vagas que as partes trocam entre si relativamente às vantagens e desvantagens”, como prefere expressar-se o Cód. Civil Português. Mais rigoroso é o sistema anglo-americano, fundado sobre a equidade; menos simples e mais flexível, o direito inglês estabelece que simples declaração não verdadeiras, verbais ou escritas, bastam para constituir o dolo. V. EDOUARD JENKS, *Digeste de Droit Civil Anglais*, vol. I, págs. 373-376, *apud* GORPHE, *Le principe de la bonne foi*.

(4) Cód. Civil, art. 86.

lei estabelece nos casos de simples êrro e de êrro provocado pelo dolo do outro contractante. Por isso, não é criticável o sistema do Código Civil brasileiro, quando disciplina de maneira diferente os casos de anulação por simples êrro e anulação por causa de dolo. Embora seja verdadeiro que, em ambos os casos, o êrro de um dos contractantes é que foi a causa determinante da anulação do contracto, — o certo é que, nos casos de dolo, à crença errônea se vem ajuntar a violação, por parte do outro contractante, da regra de proceder com honestidade.

Por isso, quando a anulação é em virtude do dolo, o ato se desfaz completamente, ou não vale, nos termos em que foi realizado; emquanto que, se se trata de simples êrro, sem que para êle tenha concorrido o outro contractante, aquela sanção não atinge o ato, senão quando o êrro incide sôbre a substância do próprio objeto da declaração.

Dir-se-ia, porém, que, em nosso direito, a anulabilidade por dolo se limita à circunstância também ao facto de ser o dolo essencial, isto é, de tal gravidade que, sem êle, não se teria o contracto realizado. Assim é, com efeito. Mas se o êrro não é essencial, torna-se válido o ato em tôda a sua plenitude; enquanto que o dolo não essencial, isto é, aquêle que não impediria a realização do contracto, mas o teria feito revestir forma diferente — êsse obriga o contractante faltoso à indenização por perdas e danos. E sòmente não é nula totalmente a obrigação pela razão muito simples de que do que a lei visa é proteger a boa fé do contractante iludido, na medida em que o foi e não podendo essa proteção ir além dos prejuizos sofridos.

A boa fé encontra ainda proteção nos casos em que, pelo silêncio intencional de uma das partes, a respeito de facto ou qualidade que a outra ignora, é êste último levado a concluir uma transação. Em tal caso, e como no dolo em geral, necessário é que, sem essa omissão, o ato não se realizasse. (5)

(5) Não se deve, aliás, confundir o silêncio e a manifestação tácita da vontade — diz J. MARTINS RODRIGUES, *Efeitos Jurídicos do Si-*

A regra está no art. 94 do Código Civil, que acompanha, neste passo, as demais legislações. Alhures se entende, porém, que o silêncio somente é causa de anulação quando a lei impõe a obrigação de falar. (6) Mas a jurisprudência francesa, segundo atesta GORPHE, não adota a lição de PLANIOL, porque a obrigação de dizer a verdade sobre o facto no contracto não é daquelas que se deduzem diretamente da lei, mas de um princípio mais alto, isto é, de que o contractante deve proceder com inteira lealdade, ou seja com boa fé. O silêncio, em tal caso, é motivo de anulação do contracto, mas o é em virtude do princípio da boa fé. (7)

É que, ensina RIPPERT, quando o contracto supõe uma confiança recíproca entre as partes, a obrigação de instruir exatamente o contractante é uma obrigação jurídica e a reticência um motivo legal de anulação do contracto. (8)

Os incapazes não escapam menos às consequências de faltarem à obrigação de proceder lealmente, em correspondência à natural confiança da outra parte. Dispõe, com efeito, o art. 155 do Código Civil: "O menor, entre 16 e 21 anos, não

lêncio, pág. 97 —; porque, diz o mesmo autor, "só há propriamente silêncio quando alguém, no curso da atividade permanente que a vida reclama, não manifestou sua vontade, com relação a um ato jurídico, nem por uma ação especial, tendente a alcançar um efeito (vontade expressa), nem por uma ação de que se possa deduzir sua vontade".

(6) PLANIOL, *Traité Élémentaire*, vol. 2, n.º 1601.

(7) GORPHE, *Le Principe de la bonne foi*. Discrepa J. MARTINS RODRIGUES, op. cit., pág. 103). Examinando o problema do silêncio em frente ao direito romano, que em alguns casos dava eficácia jurídica ao silêncio, esse autor escreve: "se a lei romana assim procedia, é porque considerava o silente como obrigado a falar; mas não é menos certo que o vínculo contratual não decorre aí, a rigor, da vontade do presumido agente, que não chegou a manifestar-se, mas da forma jurídica da própria lei, que instituiu essa presunção".

(8) op. cit., pág. 95.

pode, para se eximir de obrigação, invocar sua idade, se dolo-
samente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato
de se obrigar, espontaneamente se declarou maior”.

A questão que se oferece, neste ponto, comporta maiores
indagações. Definida a incapacidade e estabelecido o princípio
geral de que não valem as obrigações assumidas pelos incapazes,
sem ser pela forma legal, que é que poderia justificar, não obs-
tante, a determinação do art. 155?

A lei brasileira não discrepa, nesse ponto, dos códigos
estrangeiros. Essa doutrina vem consagrada no direito italiano
art. 1.305) e no francês (art. 1.307), só com a circunstância
de que não basta a simples declaração da maioridade sem o uso
de manobras artificiosas para persuadir o outro contractante.
O princípio, aliás, remonta ao direito romano. (9)

Mas, assim como no estrangeiro, há entre nós alguma hesi-
tação no aplicar êsse princípio excepcional da inoponibilidade
da exceção de menoridade, pelo escrúpulo que há entre proteger
a boa fé do terceiro e a inexperiência do menor. Tal hesitação
reflete-se na doutrina, onde OTÁVIO GUIMARÃES explica:
“A validade da obrigação, nessa hipótese, esteia-se em bases
frágeis, não só em relação ao menor, como também quanto ao
seu companheiro de contracto. Pode o menor expressar a sua
maioridade, por irreflexão natural à idade, por precipitação ou
por erro. Não é razoável que se presuma malícia, como presu-
miu a lei brasileira, na mera declaração do menor” (10)

(9) Cód. Justiniano, II, 43.

(10) GUIMARÃES, *A Boa fé no Direito Civil Brasileiro*, pág. 15.
V. também DEL VECCHIO, *Sobre os Princípios Gerais do Direito*, onde
se procura uma conciliação entre a incapacidade e a boa fé. É o que
faz o Cód. Suisso: “Se a parte incapaz deu-se falsamente por capaz, ela
se torna responsável para com a parte induzida em erro pelo prejuízo que
a esta foi causado”. A jurisprudência inglesa, atesta EDOUARD JENKS
(op. cit., pág. 238) considera que a equidade obriga o menor a restituir o
que recebeu em virtude de uma falsa declaração. GORPHE, *op. cit.*,

Nos contractos de seguro, também o princípio da boa fé tem larga aplicação. O segurado é obrigado a fazer, no momento do contracto, declarações exatas e completas, tanto quanto possível, para determinar a natureza do risco e sua extensão; e, se não procede de boa fé, pode o segurador anular o seguro sem restituição do prêmio, sem prejuízo da ação penal que no caso couber. A regra vem estatuída no art. 1.430 do Código Civil, que está bem lançado e não precisa de outra justificativa que estas palavras de RIPPERT: "Aí, o segurado deve dirigir-se ao segurador com tóda a franqueza e lealdade, pondo-o em situação de conhecer o risco que vai correr". (11)

Outra aplicação do princípio, em matéria de formação do contracto vê-se no art. 221 do Código Civil, o qual estabelece que "embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a êstes como aos filhos, produz todos os efeitos civís até o dia da sentença anulatória. § único — Se um dos cônjuges estava de boa fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos sòmente a êsse e aos filhos aproveitarão". Trata-se do casamento potativo, que é o que, não obstante infração de impedimento essencial, foi contraído de boa fé por ambos os conjuges ou por um deles sòmente. Eis consagrada a boa fé, em matéria como a do casamento, em que mais se tem feito sentir, à excepção só dos testamentos, o pêso do formalismo, o rigor lógico, o preconceito das solenidades. Não obstante, não hesita o legislador em fazer êsse formalismo ceder ao princípio da intenção reta e da crença errônea honesta,

pág. 61, inclina-se pela mesma solução, dizendo: Poder-se-á dizer que a mulher casada merece proteção mesmo em detrimento do contractante de quem ela abusou? Para o menor mesmo, não seria justo decidir que êle está obrigado a restituir, na medida do possível, o que o mesmo obteve em virtude de uma falsa declaração?

(11) op. cit., pág.

que então se consagra na sua maior grandeza, para ser a alma da regra jurídica, na feliz expressão de Teixeira de Freitas.

É assim que, em toda parte, manifesta-se o poder da boa fé, que a jurisprudência se adianta a consagrar, na proteção da vontade legitimamente manifestada e na repressão à fraude e ao dolo. E tanto ela se encontra verdadeiramente à base da formação contractual que, se ambos os contractantes procedem dolosamente, nenhum pode reclamar a anulação do ato, ou reclamar indenização; para pleitear direitos com fundamento na má fé do outro contractante ou de terceiro a lei impõe que o próprio agente tenha procedido honestamente. Assim, não se invocará o dolo dos incapazes, quando o outro contractante conhecia a sua incapacidade, ou numa fórmula mais generalizada, o dolo não aproveita como motivo de anulação ou indenização, quando o destinatário da declaração ou aquêle contra quem se dirigiam os atos maliciosos conheciam a sua natureza.

Não se encontra, em nosso Código, disposição semelhante à consagrada nos Códigos civís francês (art. 1.134), português (702), e alemão (art. 242), estabelecendo que as convenções devem ser executadas de boa fé.

O princípio, entretanto, vai implícito em vários artigos, como nos arts. 863 (o credor de coisa certa não é obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa) e no art. 878 (na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de outrem a prestação, a menos que tal se tenha convencionado expressamente).

Além disso, o princípio está subentendido em toda a matéria relativa à execução das obrigações. A regra, aliás, de que o contracto faz lei entre as partes (12) não quer dizer se não que às convenções se deve tal respeito quanto o devido pelas

(12) JEAN CHABAS (*De la déclaration de la volonté*, pág. 3) mostra a filiação desse conceito ao idealismo da revolução francesa. Ele decorreria naturalmente do princípio constitucional da liberdade, e, mais imediatamente, da doutrina da autonomia da vontade. Alias, a fórmula francesa é esta outra: "O contracto é mais forte que a lei".

partes à própria lei. Não pode haver expressão mais adequada para sancionar a lealdade e a fidelidade no cumprimento das obrigações.

No que se refere especialmente ao cumprimento das obrigações contractuais, a boa fé significa exatamente fidelidade à palavra dada, de modo que as obrigações se cumpram lealmente, tal como foram convencionadas. É uma regra que se dirige particularmente ao devedor, embora não seja excepcional que se imponha também ao credor, como veremos adiante. É que se faz necessário estabelecer a reciprocidade: se de um dos contractantes se exige fidelidade, do outro não se há de querer menos. A reciprocidade da boa fé torna-se, por isso, indispensável.

A proteção à boa fé assume, na execução das obrigações, o aspecto particular da repressão à fraude. Suas consequências não podiam entrar razoavelmente na previsão dos contractantes desde que, ao estabelecer o negócio, presume-se às partes uma intenção honesta. Em tal caso, a obrigação de reparar o dano nasce de um facto novo, posterior à realização do contracto. É o dolo mesmo, com a diferença de que a malícia não se exerce mais quanto à formação do vínculo. Por isso, a falta é punida com o mesmo rigôr, havendo para ela sanções penais e sanções civís.

Pune-se a fraude no devedor, não sòmente quando êle recusa cumprir a obrigação, mas também quando se coloca voluntariamente na impossibilidade de a cumprir. É que a fraude como todo artifício, envolve as mais variadas formas. Podemos, entretanto, classificá-las nestas três categorias: a) — atos pelos quais o devedor se apropria do que pertence ao credor, como nos casos do depósito e do mandato; b) — atos pelos quais o devedor desvia voluntariamente os bens que serviam de especial garantia ao credor; c) — atos pelos quais o devedor faz desaparecer o seu ativo, ou o diminui, ou aumenta maliciosamente o seu passivo, tornando o seu patrimônio insuficiente para o pagamento de seus credores. Nos dois primeiros casos, a fraude

é direta, no segundo, indireta. Aquela corresponde, geralmente, ao abuso de confiança.

A lei, em tais casos, permite a revogação do ato, às vezes declarando a sua nulidade, outras fazendo depender essa revogação de ação especial. Esta ação, que é a tradicional ação pauliana, funda-se evidentemente na boa fé: o devedor é obrigado a cumprir a obrigação pela forma convencionada, não se lhe permitindo obstar, por meios escusos, à realização da prestação.

Ninguém pode fazer uma liberalidade à custa de seus credores. Rigorosamente, não é de se recorrer aqui à noção de fraude presumida, como se procede geralmente. Basta a noção da equidade, pois não é caso de hesitação entre proteger aquêle que empobrece e premiar-se o que enriqueceu sem nada dispendar.

Nos casos de alienação a título oneroso é necessário a consciência do prejuízo imposto ao credor, tanto da parte do alienante como do adquirente. Se não se demonstra saber este último, ou dever saber, o estado de insolvência do devedor, não há anulação a decretar e o ato impugnado resolve-se em perdas e danos. A mesma razão de equidade prevalece aqui: entre fazer recair o prejuízo sobre aquêle que adquiriu de boa fé e o credor que não foi bastante diligente para amparar o seu direito, quando em perigo, é justo que a solução seja mais benéfica ao primeiro.

E' como diz DEMOLOMBE: "... como o adquirente de boa fé, rodeando-se das cautelas que a lei exige para a aquisição de bens, exerceu toda a diligência necessária para assegurar o seu direito, ao passo que, da parte do credor lesado, houve risco ao qual se submeteu, desde que não procurou garantias necessária ao emprêgo do seu capital, prefere aquêle a este, não havendo lugar para a revogação".

Para facilitar a prova da fraude, a lei consente em admitir tôda sorte de presunção contra a presunção da boa fé. A lei inglesa considera indícios de fraude a existência, no contracto, de benefícios inusitados, enquanto a lei alemã presume fraudu-

lentas as transações que, sendo prejudiciais aos credores, são passadas entre parentes próximos, consanguíneos ou afins.

Nossa lei não formula nenhum indício legal de fraude, a não ser em casos especialíssimos, em que se presume, explicita ou implicitamente: tal, o caso da doação feita em prejuízo da meação do cônjuge e da legítima dos herdeiros. Ocorre assinalar também os atos de transmissão gratuita de bens, praticados pelo devedor insolvente, nos dois anos anteriores à declaração da quebra.

A jurisprudência é que vem determinando os indícios e presunções sob as quais o ato se deve considerar fraudulento, como sejam: o parentesco próximo entre o devedor e o credor ou o terceiro, a inidoneidade moral ou econômica dos contratantes ou de um deles, o notório estado de insolvência, a falta de causa aparente para a transação, etc..

Tudo, porém, depende de cada caso concreto; e cada qual dos indícios que a prática judiciária vem tirando dos negócios trazidos à sua apreciação só tem eficácia em função das circunstância que os envolvem. O indício tirado da existência de benefícios inusitados concedidos no contracto ao devedor é incompatível, em certos casos, com a amizade íntima ou o parentesco próximo, porque não é estranhável que o irmão ou amigo contracte liberalmente com o seu devedor, amigo ou parente.

Daí vem a regra de que os indícios e presunções, ainda que bastantes, em tese, para a prova da fraude, devem, entretanto, ser precisos e concordantes, isto é, que sejam convergentes e não se excluam uns aos outros.

Parece-nos, entretanto, que o sistema do Código é deficiente para prevenir ou reprimir a fraude, cuja prova é difícil e muitas vezes impossível, nos termos do regime legal vigente. O que seria razoável era a lei estabelecer os casos em que certas circunstâncias farão presumir a fraude, a exemplo do caminho seguido pelo legislador inglês. Não significa, certamente, que em todos os contractos entre parentes próximos, por exemplo,

se devesse enxergar a intenção de fraudar credores ou prejudicar terceiros. Porém seria melhor trancar de vez a porta aberta à fraude, admitindo-se a presunção dela toda a vez que, provando-se prejuízo dos credores, nos atos capazes de reduzir o devedor à insolvência, ocorresse o contracto entre parentes ou amigos íntimos. Assim, não se arriscariam tanto os devedores inextrupulosos, nem condescenderiam demais os parentes ou íntimos amigos do devedor. Far-se-ia, dêste modo, triunfar o princípio da segurança dinâmica das transações sobre o princípio individualista da segurança estática.

Não há dúvida, porém, que o sistema de repressão á fraude se aperfeiçoa dia a dia.

No capítulo destinado à simulação, nosso Código, embora de maneira insuficiente, declara os casos em que o contracto se deve entender simulado: I — quando aprasentarem conferir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou se transmitem; II — quando contiverem declaração, confissão ou cláusula não verdadeira; III — quando os instrumentos forem antedatados ou postadados.

Além disso, estabelece o art. 106 uma presunção de fraude, quanto aos atos de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por elles reduzido à insolvência.

Igualmente anuláveis, — diz o art. 107 — são os contractos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou for conhecida do outro contraente.

O vigente Código do Processo reproduz êsses princípios em matéria de alienação de bens em fraude de execução, considerando como tais as alienações feita quando, sobre os bens alienados, pendia ação real ou reipersecutória; quando, ao tempo da alienação, pendia contra o alienante demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio; finalmente, quando transcrita a alienação depois de decretada a falência.

V — BOA FÉ E FORMALISMO

Vimos atrás, ao examinar a evolução do conceito da boa fé, que, em certo sentido, êle aparece no mundo do direito opondo-se diretamente ao antigo formalismo. É necessário, entretanto, examinar menos ligeiramente a questão para saber até que ponto opõem-se formalismo e boa fé: não só porque o prestígio da forma ainda não desapareceu de todo na ciência jurídica, como também por que há, até, escritores que, tratando da matéria, chegam a afirmar que a prevalência da forma sobre a intenção é que a regra, sendo a prevalência do elemento subjetivo sobre a forma, sob a qual se exterioriza, mera exceção.

Tal cousa, evidentemente, não favorece a tese da boa fé, opondo-se ao formalismo, porque, segundo temos visto, a boa fé é feita sobretudo de elementos intencionais, e se a forma é que, via de regra, prevalece sobre aquela, ou não se tem, na maioria dos casos, consideração alguma ao elemento subjetivo da declaração, torna-se irritante a afirmação anti-formalista da mesma boa fé.

Parece-nos que não se pode debater a matéria em foco se não precisarmos, antes, o conceito de formalismo, segundo a noção que dêle tinham os antigos. É o que tentaremos fazer nas linhas que se seguem.

Quem examina o direito antigo, vê logo que todo o direito, a lei, os contractos, tudo são formas, símbolos, palavras. Qual a razão disso? Seja porque a mentalidade do homem da antiguidade não fôsse bastante desenvolvida para perceber as subtilezas das distinções entre a vontade e a declaração da vontade, seja pela influência de sua religiosidade pouco iluminada, o certo é que, no direito antigo, a validade da declaração da vontade depende exclusivamente da forma sob a qual se exterioriza. (1)

(1) GIRARD, *Droit Romain*; PORCHAT, *Direito Romano*; CLOVIS, Obs. 1.º ao art. 129 do C. Civil; etc..

GAIO contra a história de um homem, cujo visinho cortava amiudadamente suas vinhas. A lei proibia o corte de árvores. Mas como o prejudicado demandou o ofensor pelo corte das vinhas, e não das árvores, seu pedido não pôde ter acolhida. (2)

Tal o poder das palavras. Pode-se dizer que não havia acto jurídico à validade do qual fôsse indiferente o acompanhamento de certo ritual ou ritos exteriores. O contracto era verdadeiramente uma cerimônia religiosa. É assim que, em todo contracto de venda, era indispensável a presença de uma balança; para comprar um objecto, era necessário tocá-lo com a mão (*mancipatio*); se se disputava uma propriedade, havia um combate fictício (*manum consertio*). Não falemos das rígidas formalidades que cercavam o matrimônio ou a feitura de um testamento. Parece que o formalismo vem estreitamente associado a um estado de cultura rudimentar, como ainda se vê entre os selvagens, inclusive os índios brasileiros, a se dar crédito ao que rezam os cronistas. (3)

De tal forma era a exigência da formalidade, que, sem ela, acto jurídico algum tinha existência. Sem o acompanhamento da solenidade, o acto não era nulo, era inexistente. É que os antigos não poderiam jamais compreender aquilo que não aparece sob formas rigorosamente objectivas, com um valor evidenciado pela exterioridade definida. Aquilo, pois, que permanecia sob uma aparência não convencional, não podia ser demonstrado, vale dizer, não tinha existência para o mundo jurídico.

Em compensação, o acto formalizado tornava-se perfeito, inatacável, rigoroso e exigente nos seus efeitos. O contracto, uma vez cerimonializado, não admite retractação. Só posterior-

(2) LETOURNEAU, *L'évolution Juridique*; FOUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*...

(3) LETOURNEAU, *op. cit.*; GIRARD, *op. cit.*

mente, com a lei Cíncia, admitiu-se que o contratante, levado a concluir um negócio lesivo, ou eivado de violência, coação, fraude, etc., pedisse indenização; mas a vítima é constrangida de qualquer modo a executar a prestação. (4) Depois da lei *Aebutia* é que o pretor, cada vez mais compenetrado do seu prestígio, faz inserir uma excepção, em virtude da qual pode o juiz recusar-se a pronunciar a condenação da vítima. (5)

O que existe de sedutor na evolução do formalismo entre os romanos ia nos levando um pouco à margem do nosso objectivo, que é o conteúdo do formalismo. Mas perguntemos, agora, sobre as razões, por assim dizer filosóficas, que levavam a essa conducta, para nós hoje tão estranha.

Parece-nos que uma das razões determinantes do formalismo antigo é a seguinte: o direito antigo está fortemente impregnado de religiosidade.

Ensina Aristóteles que, antes do tempo em que as leis passaram a ser escritas, cantavam-nas, do que, aliás, ficou sobrevivência entre os gregos e os romanos; estes últimos chamavam às leis *carmina*, versos, e aquêles, cantos.

Êsses cantos e êsses versos, diz COULANGES — a quem tomamos estas notas — eram textos invariáveis. Trocar uma letra, deslocar uma palavra, alterar-lhe o ritmo, era como que destruir o sagrado da fórmula: a vontade dos deuses não ia a ponto de tolerar que o humano tocasse no divino. Como a prece, a lei e o contracto, que existiam pela vontade do rei, deviam ser recitados exactamente: ímpio, indigno da tolerância dos deuses e da protecção dos reis o que nêles tocasse.

No direito primitivo, o exterior, a letra, é tudo; não se há de procurar nem o sentido nem o espírito das leis ou do contracto. Não valem aquelas pelo princípio moral que nelas reside, nem vale êste pela intenção que o ditou, mas pelas palavras que

(5) FOUSTEL DE COULANGES, op. cit..

sua fórmula encerra. Sua força está nas palavras sagradas que contêm. (6)

Esse rigor formalístico não preside só à formação do acto, mas vai até a sua execução, aqui talvez mais impiedoso. Entre os persas — conta LETOURNEAU (7), a exigência do cumprimento dos contractos é particularmente rigorosa. A violação do ajuste, em certos casos, importava em penas crudelíssimas. O Código sagrado impunha ao infrator contractual um certo número de golpes de agulhão, que variavam entre cinquenta e quatro e setenta. No processo romano, houve tempo em que a citação judiciária assumia feição infamante. Se o réu recusava comparecer à demanda, o autor, em vez de recorrer às sanções da justiça, cortava-lhe publicamente a orelha, dizendo: “Lembra-te?”.

Tudo isso, inquestionavelmente, está em natural e directa correspondência com a noção sagrada do contracto, vale dizer, com a quase identificação da disciplina jurídica com a disciplina religiosa.

Não será, entretanto, difícil enxergar, apesar do quanto estranho possa isto parecer, que os antigos assim procediam em razão da seriedade que atribuíam ao contracto, em homenagem à confiança e à lealdade que deviam presidir à formação e à execução das obrigações. “O mundo se avilta — diziam os irlandeses — quando os contractos não são executados”.

O que, porém, na verdade se realizava era, apesar do claro objectivo de proteger a lealdade e a confiança contra a fraude, — era consolidar definitivamente, sem apêlo, tal o rigor das sanções estabelecidas, situações nascidas muitas vezes do êrro, do dolo, da violência e da fraude.

Pode-se, pois, já a esta altura, mencionar que uma das

(6) COULANGES, op. cit..

(7) Op. cit. f. 346.

causas do formalismo era o estreito ligamento que entre o direito e a religião se estabelecia. Podemos acrescentar, ao mesmo tempo, que o que o caracterizava exteriormente era um apreço excessivo ao lado exterior das cousas, o que, de resto, não seria mais que o producto de um primitivo desenvolvimento da afetividade e da inteligência humanas. (8)

Há ainda uma consideração a fazer, que nos permitirá um melhor conhecimento e definição do formalismo.

Não se pode deixar de considerar que, em todas as cousas há dois elementos a distinguir. Chamem-nos *substância* e *accidente*, *essência* e *forma*, *subjetivo* ou *objectivo*, há dois lados em todas as cousas, constituídos pelo elemento interno e o elemento externo. No que se refere, particularmente, ao acto jurídico, há o *querer* e a *manifestação da vontade*, a *vontade* e a *forma de sua exteriorização*. Trata-se de um composto naturalmente incindível, um não podendo viver sem o outro, de modo que vontade e forma de sua exteriorização importam, em verdade, numa realidade única, indecomponível.

O que caracteriza, pois, o formalismo, ou o não formalismo, não pode ser a presença substancial da forma ou a sua ausência. Vontade e forma de sua manifestação são igualmente necessárias: não há, juridicamente, vontade sem manifestação de vontade, ao mesmo tempo que seria um contrasenso a forma sem a vontade, que lhe é substancial.

Diremos, pois, que o formalismo consiste em subordinar a eficácia da vontade a uma forma predeterminada, insubstituível e obrigatória; o não formalismo consiste na eficácia da vontade, seja qual fôr a forma pela qual ela venha a exteriorizar-se. Em suma, o *formalismo* e o *não formalismo* medem-se por critérios opostos: aquêlê tem como medida a impossibilidade da escolha, ou seja a *não liberdade*; tem este último como critério a crença

(8) D'AGUANNO, *Genesis y evolucion del Derecho*.

positiva na dignidade e no valor próprio da vontade, ou seja a *liberdade*.

Consequência realmente importante do que ficou dito é a definição que já agora se pode dar do acto formal e do acto não formal: aquêlé é o acto para o qual a lei prescreve solenidades sem as quais não pode valer de nenhum modo; não formal é o acto para cuja manifestação a lei não impõe forma especial, permitindo ao agente escolher os meios que quiser. Neste último caso, tem o agente uma liberdade completa, de tal sorte que todo e qualquer meio, seja a palavra, a ação, o gesto, o sinal e até o silêncio, são próprios para produzir o efeito desejado, isto é, para que o conteúdo da vontade seja compreendido e produza efeitos jurídicos determinados.

Pode-se, rigorosamente, acrescentar às duas categorias uma nova classe de actos, que poderíamos denominar de actos *semi-formais*, ou *mistos*: tais seriam aquêles para os quais a lei estabeleça forma determinada, obrigatória; mas, em não sendo observada essa forma, valerá o acto, não com os efeitos desejados pelo agente, mas com efeitos outros, que a boa fé, os costumes e a equidade impõem.

IHERING, que expõe essas mesmas ideias, parece entretanto contradictório ao afirmar que toda a forma decretada, imposta, limita a vontade (e, portanto, o máximo de imposição formalística equivaleria ao mínimo de liberdade), e, ao mesmo tempo, que *forma e liberdade* desenvolvem-se paralelamente, uma sendo a condição da outra, de tal modo que “o mais completo desenvolvimento da era da liberdade marca também o domínio do mais tirânico rigor da forma, que perde a sua austeridade, ao mesmo tempo que a liberdade sossobra insensivelmente; e quando, sob a pressão contínua do regime cesariano, a liberdade se aniquila por completo e para sempre desaparecem, também, o formalismo e as fórmulas do direito antigo”. (9)

(9) *L'Esprit du Droit Romain*, V. III, pág. 254.

O que há de estranho em semelhante assertiva obriga a determo-nos no pensamento do genial autor do “Espírito do Direito Romano”. Mencionaremos, pois, a explicação que oferece para justificar o facto contraditório, que sustenta: “Inimiga declarada da arbitrariedade, a forma é irmã gêmea da liberdade. É com efeito, o freio que detém as tentativas daqueles que arrastam a liberdade à licenciosidade; a que dirige a liberdade, a que a contém e a protege. As formas são a escola da disciplina e da ordem e, por conseguinte, da liberdade; são um baluarte contra os ataques externos: poder-se-ão romper, mas não dobrar. O povo, que professa verdadeiro culto à liberdade, compreende intuitivamente o valor da forma e sente que ela não é uma submissão, mas o paládio da sua liberdade”. (10)

Ousamos considerar essa explicação como sendo positivamente demagógica. Temos a adiantar, para assim entender, as seguintes razões.

No direito romano mesmo, havia actos para cuja validade não se exigia formalidade alguma. Ensina o professor JAPIOT (11) que êsses actos assim *não formais* são encontráveis em grande número no direito romano, sobretudo no ramo do direito público administrativo.

Com efeito, o estado romano não conhece formas; os actos do direito administrativo não são actos formalísticos; os actos que procedem do *imperium*, do poder de polícia, oferecem um contraste marcante com os actos formalísticos: nestes, o meio era tudo; naqueles os meios pouco importam, o essencial é conduzir à “ordem”, vale dizer, o fim era tudo. (12)

Já se compreende, agora, que se o formalismo era condição da liberdade, tal consistiria na imposição de forma aos actos administrativos. Limitando-se, pela imposição da forma, como se faz nos tempos modernos, os actos do poder público, evi-

(10) Op. e liv cits.

(11) JAPIOT, *Nullité des Actes Juridiques, introduction*.

(11) *Idem*.

tar-se-á o que nesses actos haveria de arbitrário, ao mesmo tempo que se estabeleceriam, de tal modo, a liberdade dos governados. Nessas condições, o formalismo sòmente é condição de liberdade quando imposto aos actos do poder público, porque lhes restringe o arbítrio.

Dirigido aos particulares, com a exigência de formas rigorosas nem sempre possíveis de cumprir, o formalismo opõe-se verdadeiramente à liberdade contractual, prejudica o desenvolvimento dos negócios, sem oferecer-lhes, em compensação, a indispensável garantia. Convém o formalismo, sem dúvida, a certas razões de estado, mas a "ordem", que êle proporciona, é uma ordem fictícia, porque não abrange, nem pode abranger, a totalidade da vida jurídica, deixando à margem da proteção social um sem número de actos e de interesses legítimos, que, não obstante virem desacompanhados de certas exigências, aparecem no mundo dos negócios dotados de uma objetividade visível, bastante para manifestar, extreme de dúvidas, o conteúdo real dos direitos e obrigações assumidos.

É fácil descobrir os inconvenientes do formalismo, aliás muito bem salientados pelo citado IHERING.

Em primeiro lugar, salientemos o carácter perigoso da forma, o qual provém da possibilidade da ocorrência de defeitos formais, às vezes de boa fé, que entretanto vão impedir a eficácia dos actos, seja na sua totalidade, seja, pelo menos, tais como foram queridos. "Pode-se concluir um contracto não formal — ensina IHERING — sem mesmo conhecer os princípios de direito, enganando-se sôbre os termos que se devem empregar; todavia, o direito e o juiz amparam os contractos. Mas quando um contracto é submetido a formas determinadas, que só pode ser concluído por quem as conheça e saiba empregá-las, nada pode suprir os vícios que o contaminam. Assim, numa legislação formalística, o ignorante e o imprudente saem prejudicados muitas vezes, sobretudo quando se encontram defronte da astúcia que vai abusar da ignorância e da imprudência. Nêsses casos, o homem honrado, desconhecedor dos negócios, encon-

tra-se à mercê de um adversário desleal, que sabe aproveitar-se da forma como da uma corda para estrangular o inexperienced". (13)

Mas não são apenas o ignorante e o imprudente as suas vítimas. Também o homem avisado sofre prejuízos porque, se a ninguém é lícito ignorar a lei, por outro lado daí não se pode chegar às extremas consequências de que todos conhecem efetivamente as exigências de que a legislação faz cercar certos contractos.

Um homem avisado pode, dentro da mais rigorosa boa fé, com atenção normal relativa ao preenchimento das formalidades, enganar-se ainda a respeito destas e não poder, em virtude das exigências formalísticas, exigir o prometido no contracto, quando de sua parte já cumprira o a que se obrigára no mesmo contracto. O formalismo, de tal modo, é um campo aberto á fraude.

Mas ocorre ainda que, fôsem embora inteira e completamente bem conhecidas as formalidades de um acto determinado, pode acontecer que haja impossibilidade de cumprí-las todas. Nêsse caso, ainda que a vontade e o contracto sejam visíveis, inequívocos e evidentes, será justo preterir a sua afirmação, em benefício do vago e supersticioso respeito às fórmulas, só por si vazias, sem alma e sem sentido? A sensibilidade moderna recusa atender a essa anomalia e consagra, portanto, o respeito à vontade, mais que à forma da sua manifestação, o respeito à intenção, mais que à expressão literal da linguagem.

Houve tempo em que os próprios romanos compreenderam isso, instituindo os chamados actos sem forma, como, dentre outros, os testamentos dos soldados (codicilo) e o fideicomisso. (14)

Acrescente-se, agora, às circunstâncias acima mencionadas.

(13) Op. e loc. cit.

(14) *Idem*.

a possibilidade de engano de boa fé quanto ao cumprimento das solenidades formalísticas, e eis-nos chegados ao máximo dos inconvenientes do formalismo, que o tornam também detestável.

Um exemplo, tirado do próprio IHERING, nos ilustrará a respeito. É o caso do testamento, em que se exige o testemunho de cinco pessoas capazes. Suponhamos que não fôsem encontradas mais de quatro; ou que, encontrando-se aquelas pessoas em número legal, uma delas, sem conhecimento do testador, fôsse incapaz. A solução formalística de tais hipóteses é nada menos que a nulidade do acto, pouco importando a substância do querer, que se manifesta realmente indiscutível. E a verdade é que, descurando-se da vontade, ou procurando cuidar da sua intangibilidade através das formas, o que se tem visto é falsificarem-se as solenidades, que não podem, uma vez atestadas, sofrer contestação séria.

Em síntese, o formalístico importa numa petição de princípio. Se, para acobertar a validade da vontade, impõe-se a solenidade, o ritual, que se torna tão substancial quanto aquela, ou mais que ela, que nela se incorpora; então, é logicamente necessário também resguardar essa nova substancia com novas formalidades que se tornarão, à sua vez, substanciais.

Inútilmente se procurará demonstrar, em tais condições, as vantagens teóricas ou práticas do formalismo. Na realidade, êle corresponde a um passado histórico (e nêle encontra fundamento) que não oferecia as mesmas condições dos tempos modernos.

A evolução jurídica conduz, em todo sentido, à liberdade; à suprema autoridade no príncipe ou do Estado substituiu-se a suprema autoridade do povo. Não se dá mais àqueles, ou a quem quer que venha em nome dêles, nenhuma soberania. Não se lhes reconhece mais qualquer atributo divino, e, por isso, cessa a supremacia da sua autoridade.

O antigo formalismo, com efeito, prendia-se à imutabilidade das palavras da lei; esta, à sua vez, ao intocável da divindade dos príncipes. Tudo isso, porém, é incompatível com o princípio da liberdade, pois que o fundamento da autoridade

humana em bases divinas pode lógicamente levar até ao arbítrio.

O não formalismo chega exatamente no instante em que a autoridade divina dos reis cede a princípios mais altos; a pessoa do príncipe deixa de ser sagrada, humaniza-se, por assim dizer; e com a quebra do sagrado real rompe-se o suporte daquele formalismo, que, nele só, tinha apoio e garantia. (15)

Dir-se-ia que, então, como explicar, ao lado dos contractos não formais, os contractos formalísticos? É verdadeiro o facto; mas isto não exclui a evolução jurídica no sentido da liberdade, nem a transformação do formalismo em o *não formalismo*. Significa apenas que a evolução ainda não se completou; aliás, o que existe de formalismo em nosso direito é fortemente atenuado por inúmeras excepções, de tal modo que os mesmos actos formalísticos se poderiam dizer actos semi-formais, ou mistos, no conceito que demos atrás.

E, abstraindo-se mesmo do facto de que a vida jurídica se passa na sua maior parte à margem das exigências formalísticas, a regra, a tendência invencível é a de realizar a mais perfeita liberdade no mundo das formas do contracto.

A liberdade, que conduziu a sociedade em geral no sentido da democracia, tem cumprido a sua missão no domínio particular do direito. Este desformaliza-se, ao mesmo modo que a democracia se desveste das últimas roupagens da tirania.

Não vai em tudo isso, certamente, nenhum horror à formalidade. Sòmente, a forma deve ser livre tanto quanto possível, bastante exigente e na medida de permitir a apreensão, no mundo do direito, da vontade que ela deve manifestar.

Usar da forma será como tocar em espada de dois gumes. É mister usá-la com maestria exigindo a facilidade do diagnóstico", a segurança dinâmica das transações, mas sem deixar nunca de atender às exigências da moralidade, que é a alma e a substância da harmonia na convivência humana.

(15) COULANGES, op. cit..

Resta saber como, no direito moderno, e, em particular, no direito brasileiro, se reflete o problema. Vejamos.

6 — BOA FÉ E FORMALISMO (CONTINUAÇÃO)

O art. 129 do Código Civil está redigido em tais termos que nêle se pode ver consagrado o princípio não formalista, ou seja o princípio da liberdade em matéria da forma que deve revestir as manifestações de vontade. Diz o dispositivo citado que “a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Esse artigo faz remissão ao art. 82, o qual dispõe, relativamente à forma dos actos jurídicos, que a “validade dos actos jurídicos requer forma prescrita ou não defesa em lei”.

No Esbôço, TEIXEIRA DE FREITAS tinha formulado a mesma regra nos seguintes têrmos: “Constando a expressão positiva da vontade de qualquer das formas do art. 447, os actos jurídicos não dependerão para sua validade da manifestação especial por alguma dessas formas, com solenidades próprias ou sem elas, senão nos casos em que êste Código ou outras leis exclusivamente decretarem”.

Na Consideração de CARLOS DE CARVALHO a regra se estatue assim: “A forma dos actos jurídicos é essencial sòmente quando a lei o determina”.

Daí se vê que a actual disposição do art. 129 era a vigente no direito anterior.

O mesmo critério de liberdade, que sòmente não pode ser admitido quando a lei dispõe expressamente em contrário, é o que se encontra nas legislações estrangeiras.

Assim é que dispõe o Código Civil alemão: “O acto jurídico a que falta a forma prescrita pela lei é nulo”. O art. 686 do Código Civil português declara: “A validade dos contractos não depende de formalidade alguma externa, salvo daquelas que são prescritas na lei para a prova dêles, ou que a lei, por

disposição especial, declara substancial". Estabelece o art. 11 do Código suíço das obrigações: "A validade dos contractos, não está subordinada á observância de uma forma particular, sinão em virtude de uma prescrição especial da lei". A disposição do Código argentino é: "Quando por este Código, ou por leis especiais, não se estabeleça fórma para algum acto jurídico, os interessados poderão usar das formas que julgarem convenientes".

Os autores, em geral, entendem que o princípio moderno é o da liberdade da escolha das formas das convenções e dos actos jurídicos em geral. Mesmo no Código Civil alemão, em que não se estabeleceu a regra expressamente, o que se entende é que "o art. 125 refere-se ao moderno princípio da liberdade de formas em matéria de convenção; não há convenções solenes sinão quando a o exige". (1)

O que se tinha em vista, ao estabelecer aquella disposição, era ir muito mais longe que o Código Civil francês, que, embora aceitando teóricamente o mesmo ponto de partida, chegára de facto, por causa das exigências em matéria de prova, exactamente às soluções contrarias. Entendeu-se, porém, que não havia necessidade de firmar expressamente o princípio, que seria juridicamente inútil, pois seria bastante que o código nada dispusesse sobre a necessidade das formas para que, em consequência, se firmasse o princípio da liberdade como regra de direito comum.

A despeito disso, o segundo projecto do código alemão mantivera o princípio, pela consideração de que não se tratava bem de regra de direito, mas princípio que se impõe ao legislador.

Nessas condições, êsse imperativo não estava bem colocado n'um código civil, razão pela qual o código definitivo estabeleceu a regra sob a forma consubstanciada no art. 125.

(1) SALEILLES, *De la declaration de la volonté*, pág. 78.

Os tratadistas francêses também estão todos de acordo em que, na realização de um acto jurídico, não estão as partes obrigadas a dar â manifestação de sua vontade uma forma solêne. São livres de expressar-se como bem lhes parecer. Tal a regra do direito moderno". (2)

PLANIOL e RIPERT não se afastam dessa doutrina: "No direito francês moderno, a grande maioria dos actos jurídicos é consensual; não ha senão um pequeno número de actos solênes. Nem sempre foi assim. Nas legislações primitivas, cada acto jurídico deve ser realizado segundo uma forma determinada, que lhe é própria. Em nossos dias, porém, o acto consensual chegou a seu apogeu". (3)

Observára BONNECASSE: "Se existe princípio considerado como definitivo no direito civil contemporâneo, será o que declara subtraídos, salvas algumas excepções, os actos jurídicos a regras rigorosas de forma. A vontade se apresenta como engendrando, só pela sua força orgânica, os actos jurídicos. Mais especialmente, em matéria de contractos, a regra é que os contractos são, em princípio, consensuais e excepcionalmente solênes. No momento em que appareceu a terceira edição do "Tratado de Direito Civil de Baudry-Lacantinérie e de seus colaboradores, não havia dúvida alguma a tal respeito no espírito da doutrina. (4)

Entre os escritores italianos, domina a lição que VENZI reproduz nestas palavras: "A declaração de vontade pode, via de regra, manifestar-se de qualquer modo apto a fazer conhecer a outrem o pensamento próprio; esta regra, porém, está sujeita

(2) CAPITANT, *Introduction à l'étude du Droit Civil*, pág. 254.

(3) *Traité Élémentaire*, pág. 111.

(4) *Traité Theorique e Pratique de Droit Civil, Supplément*, por I. BONNECASSE, vol. 2, pág. 448, *apud* ESPINOLA, op. e loc. cit.

a excepções, porque a lei requer para alguns actos uma forma determinada. (5)

ENNECERUS (6) — adverte que o formalismo é o grande inimigo do direito equitativo, por opposição ao direito estrito. Assim, é comum encontrar-se a opinião de que o direito moderno é essencialmente hostil à idéia de formalismo. Mas, por outro lado, não há quem não se impressione com o grande número de casos em que a lei exige formalidades, sem as quais o acto não poderá ser juridicamente concebido.

MOENACLAHEY, citado por ESPINOLA (7) — depois de advertir que pareceria extranho, numa época em que o formalismo está tão desacreditado, levantar-se contra essa idéia, tão geralmente admitida, salienta: “Pareceu-nos, porém, que era possível sustentar essa teória; o exame atento dos textos, da jurisprudência e da prática judiciária permite encontrar a toda hora o formalismo, que se apresenta, aliás, sob aparência mais simples que a que se observa no formalismo em Roma ou no direito antigo; mas a sua essência permanece a mesma”.

Em comentário ao art. 686 do Código Civil português, o eminente CUNHA GONÇALVES refere-se ao renascimento do formalismo (8) — DEMOGÜE também não se impressionára menos com um sem número de actos que, no direito moderno, requerem formalidades especiais para sua existência. E reconhecendo êsse novo formalismo, acrescenta: “O formalismo das palavras empregadas torna-se assim uma economia de tempo, como um número de telefone, que fixa uma identidade. Este novo formalismo pode apresentar-se sob formas particulares,

(5) *Manuale di Diritt Civile Italiano*, pág. 136, apud ESPINOLA, op. cit., pág. 44.

(6) ENNECERUS, *Derecho Civile, Parte Generale* vol. I, pág. 48.

(7) Op. cit., pág. 45.

(8) *Tratado de Direito Civil Português*, vol. IV, pág. 437.

como no contracto de adesão, que se forma por uma simples aceitação, sem necessidade de uma oferta especial". (9)

Outros autores não vêm, porém, renascimento formalista, mas uma sobrevivência: é a opinião de BONNECASSE, para quem o formalismo sobreviveu, sem embargo das opiniões daqueles que o supunham desaparecido.

No direito brasileiro, CLOVIS salienta ser princípio aceito pelo direito moderno que as declarações de vontade não estão sujeitas a uma forma especial, senão quando a lei, expressamente, a estabelece. A tal respeito, mostra em seguida que êsse princípio é mesmo um resultado da evolução jurídica, assinalado pela história e pela filosofia; a decadência do formalismo corresponde ao revigoramento da energia jurídica imanente nos actos realizados pelos particulares, á expansão da autonomia da vontade e a consequente abstenção do Estado, que se acantôa, de preferência, na sua função de superintendente. Entretanto, o eminente mestre admite o formalismo como excepção, fundada em que "a forma é uma valiosa garantia dos interesses, quer individuais, quer sociais, e não pode ser eliminada do direito". O que não vale, para êle, é o ritualismo excessivo, "que empecia o movimento dos negócios jurídicos, contrariando as necessidades do progresso, que os quer rápidos; porém o direito manteve as formas necessárias à segurança dos negócios, e, por um processo de remodelação da vida jurídica, foi criando solenidades novas ou reforçando as já existentes para determinar actos". (10)

Na opinião de CLOVIS, como se vê, o formalismo é uma excepção no direito moderno; e não é apenas uma sobrevivência, mas também um renascimento.

(9) *Obligations*, vol. 1.^o, n. 92.

(10) *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 310.

SALEILLES também o admitira como excepção, ao comentar o art. 125 do Código civil alemão: “O princípio da não solenidade pode sofrer duas categorias de excepções, seja pela vontade da lei, seja pela vontade das partes”. (11)

ESPINOLA recusa a generalidade do princípio: “quem passar em revista os vários institutos regulados nos quatro livros da parte especial do Código verificará, sem grande esforço, que a uma parte mínima e insignificante se reduz a aplicação do proclamado princípio geral. Basta ter-se em vista o art. 141 e seu § único, que repelem a prova exclusivamente testemunhal, em qualquer contracto, cujo valor exceda de hum conto de réis. Quer isso dizer, que, desde logo, fica excluída a forma verbal da grande maioria dos contractos. E se ponderarmos — acrescenta ESPINOLA — que ordinariamente os negócios jurídicos de valôr inferior a um conto de réis consistem em compromissos constituídos por meio de notas promissórias e letras de câmbio chegaremos à conclusão de que praticamente muito restrito é o campo em que se torna admissível a plena liberdade de forma das declarações de vontade”. (12)

CARVALHO SANTOS alude também a regra, doutrinando: “*Regra que é uma verdadeira excepção.* O Código diz que a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial — estabelecendo assim uma falsa regra visando confirmar o princípio da autonomia da vontade dos particulares em matéria de direitos privados. A autonomia da vontade é aí posta nos termos de um princípio verdadeiramente liberal. Senão quando, acentúa o Código, a lei expressamente o exigir. E nesta excepção o Código desfaz o que havia feito, tornando a excepção em regra e vice-versa. Pois que, na maioria das vezes, o formalismo do direito moderno exige essa forma espe-

(11) Op. cit., pág. 79.

(12) Op. cit., págs. 39 e segs.

cial, de modo que a liberalidade dêste dispositivo quasi que não tem razão de ser. Todos os autores procuram explicar, a seu modo, a razão de ser desse formalismo, precauções verdadeiras para explicar, para evitar as fraudes, os erros e a má fé,, productos da requintada civilização moderna. Como quer que seja, prossegue CARVALHO SANTOS — o que o facto vem confirmar é que o princípio da autonomia da vontade, princípio que domina todo o direito privado, não é senão um dêstes princípios que existem apenas em teoria, como observou PERITCH; de facto, tais princípios são de tal forma limitados que se se quer falar aqui de um princípio, este é antes o de que não existe a autonomia da vontade. Porque a lei, por este ou por aquêle motivo, intervém logo e indica uma precaução a tomar, que se traduz em uma forma especial exigida, pondo sempre de lado a autonomia da vontade em escolher a forma para fazer a sua declaração válida”. (13)

Citámos, até aqui, o opinião de alguns escritores, dentre os mais salientes, para deixar ver o estado da questão, em direito brasileiro e no direito moderno. Vê-se, pelo que ficou exposto que a maioria dos escritores entende o princípio do não formalismo como uma regra geral; que o princípio opôsto constitue, no direito actual, méra excepção; que essa excepção se justifica por motivos vários, seja na mantença de algumas regras formalísticas do direito antigo, que sobreviveram, seja na criação de novas regras, que se impõem à vontade exercendo-se no sentido de produzir efeitos jurídicos.

Todavia, não será exacto pretender-se a inexistência de certas objecções; porque, na verdade, não estão isoladas as vozes daqueles que invertem o princípio, para enxergar no formalismo a regra e no não formalismo a excepção.

Teremos de examinar essa questão, com o objectivo de mostrar que, realmente, ainda que sobrevivam uns restos de es-

(13) *Cod. Civil Int.*, vol. III, pág. 117.

pírito formalístico, particularmente na jurisprudência e nas pessoas ligadas muito fortemente às lides judiciárias, a verdade é que, no direito brasileiro, o formalismo é que verdadeiramente excepção.

Já vimos que o notável ESPINOLA colecionara os vários casos em que, a seu dizer, a lei não deixa margem à autonomia da vontade. Mostraremos que não lhe assiste tanta razão.

O que distingue o formalismo não é a simples imposição de formas, é a imposição obrigatória e exclusiva de determinada formalidade.

De tal modo, não vale invocar a regra do art. 141 e do seu parágrafo primeiro como argumento formalista: porque, aí, não se impõe forma obrigatória para determinado acto, mas apenas se faz a vedação de provar certas obrigações por meio exclusivamente testemunhal. Não se contesta a validade jurídica da obrigação. Pelo contrário, admite a lei a validade das obrigações a que o artigo se refere; o que proíbe é ser a mesma provada exclusivamente com testemunhas, — o que, de resto, não exclue outros meios de prova legalmente admitido, como as presunções, a confissão, etc..

Ainda assim, resta liberdade ao contractante para escolher a forma de constituir a obrigação: a escritura pública, ou particular; a nota promissória, a letra de câmbio, os simples vales. Isto prova, sem dúvida, que aí não se trata de formalismo, que é, como vimos, a ausência de liberdade na escolha do instrumento sob o qual se há de manifestar a obrigação.

Alude-se à regra do art. 1.093, segundo a qual o distracto se faz pela mesma forma do contracto. Que significa isto? Demonstrou-o, com alta argúcia, o Prof. EDUARDO GIRÃO. Não quer dizer senão que, sendo facultado ao contractante a forma de contractar, também lhe será outorgada a faculdade de escolher a forma para distractar. (14)

Ficam, sem dúvida, muitos actos para os quais exige a lei forma solene, especialmente no que se refere às relações de fa-

mília, aos testamentos, a alienação de bens imóveis e constituição de direitos reais.

Entretanto, no amplo mundo da juricidade, estas excepções constituem verdadeiramente uma gota d'água.

Ainda assim, o que há de formalismo no direito moderno tem como medida a boa fé. E, ainda quando se recusem efeitos determinados a uma vontade que não se manifestou segundo os preceitos formalísticos do direito, ainda assim dá-lhe a lei efeitos outros, como veremos adiante.

CUNHA GONÇALVES salientára êsse aspecto da boa fé como critério e medida do formalismo, dizendo: "Com efeito, as formalidades dos contractos, no direito moderno, são exigidas por duas ordens de razões. De um lado, é preciso garantir ás partes a liberdade da expressão de suas vontades, ou impedir a sua precipitação, ou dar-lhes a segurança da seriedade e precisão do acto, ou mesmo dificultar a realização do acto, ou proteger os interêsses de terceiros, ou o interêsse geral. Daí a intervenção de um official público e duas ou mais testemunhas. Doutro lado, o simples acordo de vontades é insuficiente quando o acôrdo é destinado a grande duração, tornando-se necessária a sua prova após o decurso de vários anos, ou quando os contractos podem interessar a terceiros. Assim surgiu a exigência dos actos solênes, em especial dos actos e contractos celebrados por escritura pública. O formalismo tende a renascer, não para complicar os actos jurídicos, como na antiguidade, mas sim para os simplificar, sem prejuízo da sua seriedade e da força jurídica. A multiplicidade dos contractos, rapidez com que circulam as riquezas, mesmo as imobiliárias, a maior necessidade de segurança, devido aos aperfeiçoamentos da arte de enganar o próximo, à proporção que se expande a instrução e fraqueja a moralidade pública, tornaram indispensáveis os registos públicos, os anuncios e editais, e, ao lado da criação das obrigações abstrátas, os títulos particulares de character formal. O formalismo moderno não é, pois, ultra solêne, rigido e moroso; mas um formalismo estritamente necessário para conciliar a

segurança com a economia de tempo e de atividade. *Não é já o formalismo propriamente dito; é a proteção das desconfianças e da boa fé*". (15)

CLOVIS BEVILAQUA, o grande mestre, já acentuára: "Todavia, a segurança das relações exige que as partes se acautelem, dando a seus actos a consistência necessária, *para que a má fé alheia ou as vicissitudes da existência as não façam periclitarem ou desaparecer*". (16)

E por isso que a boa fé vem a ser a medida desse formalismo, êsse mesmo formalismo cede muitas vezes aos factos, mais imperiosos que todas as fórmulas. Esse recuo é marcante no caso do casamento contraído de boa fé por ambos os cônjuges, ou sòmente por um dêles. À importância do acto, ao gráu de seriedade da vontade, nêsse como no caso do testamento, é claro que deve corresponder também uma forma rigorosa, por isso que se tratam de actos cuja retratação só muito excepcionalmente é possível.

O mesmo dá-se quanto aos contractos translativos ou constitutivos de direitos reais sôbre imóveis. Se se trata de um acto de certa gravidade, a lei dificulta, de certo modo, a sua realização. A complexidade das solenidades das solenidades corre parelhas, aqui, com a formação mesma da vontade. Um simples desejo de alienar, seguido logo da intenção pura e simples, depois a intenção refletida e deliberada, finalmente a vontade plenamente constituída; assim também o direito, no imperativo de fazer com que o acto corresponda realmente à vontade interior opõe áquele certos obstáculos que sòmente a vontade refletida e bem amadurecida pode superar.

Assim mesmo, protegendo a vontade, não deixa a lei livre curso á imprudência; porque, se permite, de um lado, o arre-

(15) *Tratado de D. Civil Português*, vol. IV, pág. 438.

(16) *Cod. Civ. Com.*, obr. 2 ao art. 129.

pendimento, por outro lado obriga á satisfação de perdas e danos o que, por leviandade, se compraz em fazer promessas sem o ânimo verdadeiro de cumprí-las. Tal é a regra do artigo 1088, segundo o qual se estabelece: “quando o instrumento público fôr exigido como prova de contracto, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo á outra as perdas e danos”.

É bem certo que a jurisprudência, ainda influenciada, até bem pouco, por um espirito formalistico, não estava bem apta a compreender o facto. Devem ser levadas a êsse título, com efeito, as objeções nascidas de que a lei refere-se, em tal caso, unicamente ás hipoteses em que o instrumento é exigido como prova do contracto, não como sua substância. Mas isto é apêlo ainda ás antiguidades sem sentido, como o ensina o grande mestre: “Sobrevivência de inúteis sutileza de antigos jurisconsultos, ainda aparecem nos livros de doutrina distinções entre as formas *ad solemnitatem* e *ad probationem*. No Código não se encontram reflexos dessas distinções. É certo que, por amor delas, se eliminou um artigo do projecto primitivo, que proclamava a identidade entre a prova exigida por lei e a forma especial do acto. Mas, não obstante, a doutrina, que resalta de todo êste capítulo, é a que aquele projecto exprimia na tése eliminada” (17)

De igual modo opinam JOÃO LUIZ ALVES, ESPINOLA, DIAS FERREIRA, COLIN e CAPITANT (18). Autores há, todavia, como CARVALHO SANTOS, que segue nêsse particular a uma jurisprudência pouco convincente, que adótam tése contrária; mas basta ler o comentário que aquêle autor escreve ao art. 1088 do Código Civil para ver o equivoco em que labora.

Bastam, para a solução do caso, estas palavras de DIAS FERREIRA, que reproduz a doutrina muito bem expressa por

(17) *Cod. Civ. com.*, obr. 2 ao art. 129.

(18) *Cod. Civil Brasileiro*, com. ao art. 1.088; *apud* ESPINOLA, of. e loc. cit.

JAPIOT, nas suas “Nullités des actes juridiques”: — “Em direito civil não há, pois, distinção a fazer entre a escritura pública necessária para a prova e escritura para substância do contracto, nem o direito pode reconhecer distinção entre formalidades necessárias para a prova e formalidades substancia do acto juridico, desde que o acto, para que a lei requer certa e determinada prova, não pode ser de outro modo provado”.

Que assim já era entendido em nosso direito anterior, prova ao excesso o disposto no art. 291 do projéto Felício dos Santos: O acto para o qual a lei exige certo e determinado meio de prova não pode ser de outro modo provado; nesse caso, o meio de prova exigido entende-se da substância do acto”.

VII — A BOA FE' E OS TERCEIROS

Vimos, até agora, a boa fé, no seu aspecto de intenção honesta e de fidelidade à palavra dada, assegurando a vontade livre na formação dos contractos e garantindo a sua execução. Estudemo-la agora como regra que se impõe aos terceiros e que encontra duplo fundamento, seja como proteção á estabilidade contractual, seja como exigência que a todos se impõe, de respeitar o desenvolvimento normal das relações obrigacionais.

Os terceiros não estão ligados pela relação contractual, mas, agindo, devem conformar sua ação de modo a não prejudicar os direitos de ninguém. Devem excusar-se de contribuir para a fraude do devedor para com o credor. (1)

(1) Não é muito precisa a noção de fraude. Antigamente, com na linguagem vulgar, ela designava: ora, qualquer ardil no intuito de enganar, ora significava o dolo mesmo. CLOVIS, seguindo a esteira de TEIXEIRA DE FREITAS (Consolidação, nota ao art. 358), definiu: “fraude é o artificio malicioso para prejudicar terceiros, de *persona ad personam*” (Teoria Geral do Direito, pág. 290, § 55). Achamos que, substancialmente, não ha diferença a fazer entre dolo e fraude. Têm ambos de comum o que lhes é essencial: 1.º) — intenção maliciosa; 2.º) — um

Do contrário, tornar-se-ão também responsáveis pela violação dos direitos nascidos do contracto, e, consequentemente, sujeitar-se-ão á anulação do acto fraudulento — o que importa em uma forma de reparar o dano.

A posição do terceiro, frente ao contracto, é fácil de determinar. Nossa legislação distingue expressamente entre os casos de alienação fraudulenta a título gratuito e a título oneroso (Cód. Civil, arts. 106 e 107).

No primeiro caso, a simples fraude do devedor é bastante para caracterizar a anulação do acto, não se indagando da natureza do procedimento do beneficiário. A razão é convincente: deve-se beneficiar o credor que não quer perder, contra o terceiro donatário que apenas se enriqueceria com o acto impugnado.

A questão muda de aspecto, se considerarmos a hipótese da alienação ter sido feita a título oneroso. Neste caso, o conflito que se abre entre o credor e o terceiro merece uma indagação menos simples, porque se trata de decidir entre dois prejuízos, dos quais um, pelo menos, será inevitável.

O terceiro tem por si a vantagem da posse, e, sobretudo, uma ausência de culpa, que se presume, ao passo que o credor se encontra n'uma situação criada pelo facto de ter negligenciado, de qualquer forma, a proteção ou a garantia de seu direito. Aparentemente, a situação se define em favor do terceiro adquirente.

Todavia, não se contenta o direito com a aparência da forma e desce à investigação da causa dos actos jurídicos. Permite ao credor examinar as nascenças do acto de seu devedor, que o privou de garantia efectiva. E seu objetivo será colimado, se provar que o terceiro, que adquiriu a título oneroso, proce-

prejuízo a alguém. Apenas, no dolo, a intenção maliciosa manifesta-se, com o objetivo de causar dano, no sentido de induzir alguém á prática de um ato; na fraude, nota-se a manifestação da mesma intenção maliciosa, seguida de prejuízo a alguém. Mas o dano, aqui realiza-se independente do concurso da vontade do prejudicado.

deu de má fé, isto é, “se manifesta, ou não, uma pretensão culposa, querendo guardar, em detrimento do credor, o bem que recebeu do devedor deste”.

Em nosso direito, para a anulação dos actos onerosos do devedor insolvente é bastante a prova da insolvência do devedor e a existência de motivos para a mesma ser conhecida do terceiro adquirente. E’ a regra do art. 107 do Código Civil: “Serão anuláveis os contractos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência fôr notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente.

Não cabe, em nosso direito, a divergência que se nota alhures, em que tem lugar a discussão de saber se a responsabilidade do terceiro, para efeito de anulação do ato, se mede pelo simples conhecimento da insolvência do devedor, se basta o concurso conciente ou se é necessária a participação efetiva do terceiro (2).

A lei falimentar, tratando dos actos constituídos em fraude dos credores, distingue também entre os actos onerosos e os actos a título gratuito, negando a estes qualquer efeito e anulando aquêles desde que provada a fraude de ambos os contraentes (3)

Não definiu a lei de falências como caracterizar a fraude de terceiros; mas é claro que a sua conceituação não pode ser estranha à noção que nos vem do direito civil e que se encontra, aliás, consagrada formalmente no direito estrangeiro, como no

(2) “Un certain nombre d’arrêts visent le *concert frauduleux*, ou l’*entente frauduleuse* entre le tiers acquéreur et le débiteur. Mais on reconnaît qu’une véritable collusion n’est pas nécessaire et qu’il suffit d’un *concours conscient* ou d’une *participation consciente*, en un mot d’une complicité quelconque à la fraude du débiteur” GORPHE, op. cit., pág. 80.

(3) A questão dos atos onerosos e atos gratuitos oferece, as vezes, algumas dificuldades. Ha obrigações que, rigorosamente, não constituem atos onerosos, nem gratuitos. O dote, por exemplo. A maioria dos autores inclina-se a considerá-lo ato mixto. E que dizer das obrigações natu-

Código Civil Português, em que a “má fé consiste em conhecer, a boa fé, em ignorar a situação do devedor com quem transaciona. (4)

Entre nós, é mesmo corrente a jurisprudência de que a fraude de terceiros se reputa caracterizada pela simples cessação dos pagamentos, tornada pública pela formalidade do protesto.

Deve-se entender que a obrigação de o terceiro proceder corretamente, sem prejuízo dos direitos resultantes de uma situação contractual determinada, não abrange somente os casos acima figurados, consistentes em não contribuir para a insolvência do devedor; pelo contrário, essa obrigação persiste ainda quando não se trata de obrigações em dinheiro, mas de prestações inerentes a qualquer espécie de contracto. Assim, permanece a obrigação de terceiros em casos como o do beneficiário de uma promessa de venda, da locação, etc., sendo-lhe proibido despejar o credor do benefício que o contracto lhe proporciona. (6)

Qual será a consequência da violação, por terceiros, dos direitos do credor? Será a anulação do acto ou a simples indenização de perdas e danos? Se a fraude é, em nosso direito, defeito dos actos jurídicos, que leva necessariamente à anulação, não ha dúvida de que a primeira solução se impõe, muito embora sem excluir a indenização das perdas. E' certo que esta última circunstância não se deduz dos princípios atinentes à ação pauliana, visto como esta só pode ser exercida mediante

rais, como o pagamento de divida prescrita, de divida de jogo, etc.? A questão não encontra, no sistema do nosso direito, solução definitiva.

(4) Esta solução é a mesma admitida no estrangeiro. Assim é interpretada a *participação na fraude*, de que trata o Código italiano, art. 1.235). No Código suíço (art. 288), diz-se que a fraude reputa-se conhecida do devedor quando o credor prova que o terceiro não podia, sem negligência, ignorar a fraude do devedor”. O Código montenegrino é expresso os Cód. Brasileiro e o português (art. 1.063).

(6) VIGNERON, *La fraude dans les transferts des droits*, pág. 31.

condições determinadas e funda-se na insolvência do devedor; mas a hipótese encontra sanção adequada no art. 159, que obriga á reparação do dano aquêle que violar direitos ou causar prejuízos a outrem.

Ora, a anulação do acto é apenas uma forma de reparação donde ser a mesma consequência idônea nos casos de que tratamos. Essa conclusão é a mesma a que têm chegado autores estrangeiros, como VIGNERON e HUGUENEY, citados por GORPHE. (7)

Nessas condições, não se aplicando embora às hipóteses vertente a ação paulina, o objetivo é facilmente alcançado, pelo uso dos remédios adequados, conforme a natureza do direito lesado: se o ofendido, por exemplo, é o locatário, só tem êle de recorrer aos interditos, que são remédio especial à posse, para a defesa de seu direito. (8)

A posição do terceiro ainda é de interêsse determinar quando se trata de definir a extensão de seus direitos em face dos registros públicos.

A questão se apresenta, em primeiro lugar, quando dois adquirentes se disputam a propriedade, o segundo tendo levado antes do primeiro o seu título a registro.

(7) A idéa de fraude de terceiro está ligada intimamente á de cumplicidade. Os autores reconhecem-na incerta. Donde virá a incerteza? Atribue-se á idéia, tornada vulgar, de que os casos em que os terceiros são co-responsáveis pela fraude do devedor são os mesmos da cumplicidade em direito penal. E' o que se encontra, aliás, no Código Civil alemão (art. 830), dizendo que pelas consequências do delito civil são responsáveis solidariamente com os co-autores os provocadores e os que os ajudaram (HUGUENEY, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, pág. 241).

(8) RIPERT critica fortemente a concepção de HUGUENEY, que chegará (vide nota acima) á conclusão de que o terceiro responsável pela violação do contrato é responsável por cumplicidade. E conclue sua veemente crítica: "O terceiro não está comprometido, sem dúvida, em virtude do contrato; mas, conhecendo-o não devia associar-se á fraude do devedor, porque, fazendo-o, está agindo de má fé" (A REGRA MORAL, n.º 171).

Não há dúvida de que a lei, sobre considerar a transcrição um dos modos legítimos de aquisição da propriedade imóvel (art. 540, n.º I), consagra a presunção de pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se transcreveu ou inscreveu. (9) E' de se perguntar, entretanto, se muito embora determinada pela prioridade no registro a aquisição da propriedade do direito hipotecário, êsse princípio cede, ou não, ante a investigação das causas que deram nascimento ao título, segundo os preceitos da boa fé. (10)

A jurisprudência de outros países admitiu, a princípio, a validade absoluta dos registros, não permitindo qualquer indagação sobre as origens e legitimidade da constituição dos direitos registrados. Acabou-se entretanto por reconhecer que a forma não pode nunca prevalecer sobre o direito e que o argumento de que usar de um direito não pode ser tido em má conta cede a este outro de que *“a diligência não não deve ultrapassar os limites da honestidade e que a fraude constitui excepção a todas as regras”*.

Desde êsse momento, acentua GORPHE, uma jurisprudência constante anula a transcrição e o título do segundo adquirente de má fé, ao se constatar uma fraude ajustada entre êle e o devedor, com o fim de despojar o primeiro adquirente do seu título. (11)

(9) Código Civil, art. 859.

(10) As soluções para o caso podem obedecer a dois critérios diferentes: segundo uma explicação, a fraude tem por efeito tornar inaplicável a presunção estabelecida no art. 859. A fraude seria então verdadeira causa de nulidade, da mesma forma que o dolo, seguindo-se que ela operaria *erga omnes*, mesmo frente aos adquirentes de boa fé; a segunda obriga seu autor á reparação, e a reparação *in natura*, pelo restabelecimento solução baseia-se em que a fraude deve ser considerada em delito civil, que do estado de cousas anterior seria a solução ideal. Este sistema tem a dupla vantagem de fundar-se n'um texto legal (art. 159) e permitir uma aplicação equitativa, a sanção não podendo ir além do culpado e garantindo os sub adquirentes de boa fé.

A solução do nosso direito é no mesmo sentido. Assim como não é sancionável o querer ilícito (art. 82), todos os actos jurídicos podem ser anulados por dolo ou fraude, ainda que de terceiros, se uma das partes o soube (art. 95).

Ora, não se podendo deixar de ver no alienante, que vende duas vezes o seu bem, o conhecimento que tinha da primeira transmissão, é evidente que a presunção estabelecida no registro pode ser destruída, provando-se a fraude do segundo adquirente.

Além disso, dispõe o art. 860 do Código Civil que “se o teôr do registro não exprimir a verdade, pode o prejudicado pedir que se retifique”. Por outro lado, a lei diz que no “interpretar as declarações da vontade, atender-se-á mais à intenção que o ditou que à expressão literal da linguagem”. (12)

A simples invocação desses dispositivos mostra que, nessa parte, não haveria lugar, em nosso direito, para as discussões que se passaram além, não havendo também dúvida de que a presunção a que se refere o art. 859 apenas confere uma validade relativa, não absoluta, à transcrição ou inscrição no registro público, em favor de qualquer. (13)

Para caracterizar-se, então, a fraude do alienante ou do segundo adquirente, visto como o concerto entre os dois pode resultar na anulação do acto, basta recorrer aos mesmos princípios atrás expostos, relativamente ao critério a seguir nos actos de terceiros, em relação a qualquer contracto.

Outra questão é a de saber se a anulação do registro retroage á data do acto. A questão é bem resolvida, entre nós, pelo art. 152 do Código Civil, que estabelece não produzirem as nulidades do art. 147 (êrro, dolo, coação, simulação, inclusive) efeito jurídico antes de julgadas por sentença.

Consequência realmente importante, que decorre dessa solução, é que os terceiros de boa fé, que contractaram com o

(12) Cód. Civil, art. 82.

(13) GUIMARÃES, a boa fé, pgs. 52; CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ. Int.*, Com aos arts. 859 e 860, etc..

segundo adquirente, não serão atingidos pelos efeitos da anulação, salvo os casos restritos de fraude à execução. (14)

Esta solução não é a mesma do direito civil francês (15) isso porque, ali, a fraude se considera causa de nulidade, opo-nível erga omnes, o que não sucede em nosso direito, que dá expressamente efeitos à anulação a partir da data da sentença.

Nesse caso, a anulação não produzirá efeito em relação ao terceiro de boa fé, resolvendo-se a reparação devida pelo alienante faltoso e o adquirente de má fé em simples perdas e danos. (16)

Tal solução, mesmo na França, é defendida por muitos autores, entre os quais o citado GORPHE, para quem “a situação dos terceiros contra quem nada há a reprovar e possuem direito regularmente transcrito é preferível à da vítima da fraude, que teria evitado o prejuízo pondo mais diligência na efetivação do seu direito”.

VIII — A BOA FÉ NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS

A boa fé, sendo lealdade e confiança nos contractos, dirige-se principalmente ao devedor de uma obrigação; mas não é raro — já o dissemos — que se imponha também ao credor. A cada direito corresponde uma obrigação determinada e aquêle, rigorosamente, não poderia exceder a esta última (1)

(14) *Cód. do Processo Civil e Comercial*, art. 859, n.º I.

(15) PLANIOL RIPERT e PICART, *Traité*, pág. 631.

(1) A conveniência de precisar o conceito de exercício de direitos obriga-nos a transcrever, aqui, a lição tomada por Carvalho Santos a CUNHA GONÇALVES: “O direito subjetivo, depois de adquirido ou atribuído a alguém — o que corresponde á sua fase estática, — passa á sua fase dinâmica, em a qual entra êle em exercício, vale dizer — no período em que o seu titular pratica todos os actos ou põe em actividade

Mas, há uma nova razão para limitar-se a exigência do credor. Direitos e obrigações têm um limite natural na convivência humana, o exercício dos direitos não pode ser absoluto, nem mesmo na extensão determinada no contracto; sofre, pelo contrario, muitas limitações, impostas por motivos sociais, ou de ordem pública, ou no próprio fim que lhe é inherente, sem poder exceder-se, em suma, ao que manda a boa fé.

A noção disso levou a doutrina e a jurisprudência a consagrarem a teoria do abuso do direito, a qual, não obstante as objeções levantadas, acabou por consagrar-se de modo definitivo. (2)

A idéa não é nova. Em vários textos do direito romano,

todos os poderes ou faculdades que constituem o conteúdo do mesmo direito. Mas esse conteúdo não é identico em todos os direitos, nem qualitativa, nem quantitativamente. Donde a conclusão: o exercício dos direitos varia de forma e duração. Variando de forma, claro está que a lei não pode, em regra, prever o modo pelo qual deve ser exercido cada direito, o que é um obstáculo a que se obtenha na lei a fixação dos limites do exercício do direito. Acresce que não é só a lei que estabelece os limites do exercício dos direitos; elles dominam também dos costumes, da ordem social, do espirito de justiça e equidade, ou, como diria DUGUIT, da solidariedade social e ainda outros factores". CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, vol. 3, pág. 340).

(2) Consagram a teoria do abuso do direito os seguintes Códigos: alemão, art. 226 (o exercício de um direito não é permitido quando não possa ter outro fim senão o de causar prejuízo a outrem); suíço (Cada qual é obrigado a exercer os seus direitos e a executar as suas obrigações de acordo com as regras da boa fé); austríaco (Também responderá por perdas e danos todo aquêle que exercer o seu direito com deprêso dos bons costumes ou com intenção evidente de prejudicar); soviético (os direitos civís são protegidos pela lei, salvo no caso em que forem exercidos em contradição com o seu destino social e econômico); montenegrino (Tú podes ter um direito, mas não podes servir-te dêle com o único objectivo de causar mal ou prejuízo a outrem); peruano (a lei não ampara o abuso do direito); venezuelano (deve igualmente reparação quem haja causado um dano a outrem, excedendo, no exercício de seu direito, os limites fixados pela boa fé, ou pelo objecto em vista do qual lhe foi conferido esse direito), e mais os Códigos brasileiro (art. 10, n.º I) e mexicano (art. 1.191).

transparece a noção do exercício abusivo dos direitos ,conforme ensina MAYNZ no seu “Direito Romano. (3)

Diz-se mesmo que em GAIO se encontrava já formulada o princípio,c om a regramale *enim nostre jure uti non debermus*. O certo é que, em virtude do princípio da equidade, o direito romano impunha restrições sem conta a certos direitos, principalmente no que se refere ao direito de propriedade.

Estas limitações, todavia, eram de carater absoluto: não havia, no direito romano, no que diz respeito às limitações ao direito de propriedade, sinão a configuração da própria instituição. Não era, de nenhum modo, a disciplina do exercício dos direitos, o estabelecimento de condições de exercício estranhas ao seu conteúdo, configurando o abuso do direito dentro de uma norma geral. Em outras palavras, quando se fala em abuso de direito, não se faz referência aos limites dos direitos considerados do ponto de vista estático, mas dinâmico; o que se quer significar é, tendo em vista o direito já sancionado pela lei, devidamente configurado, que ninguém pode exercitá-lo como queira e em toda e qualquer cinrcunstância.

A regra era que, estabelecido o direito, o seu exercício se fazia em toda a sua amplitude: “não causa dano nem procede ilicitamente quem não faz sinão usar de seu direito”. Pelo contrário, na teoria do abuso do direito, o exercício de qualquer prerrogativa encontra limitações que não estavam implícitas na prerrogativa em si mesma.

PLANIOL objetára que as expressões mesmas da teoria do abuso do direito implicavam n’uma contradição. Realmente, não poderia haver uso abusivo de um direito, porque, na verdade, um acto não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito: “le droit cesse ou l’abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d’un droit quelconque”. (4)

(3 Apud AMERICANO, “O Abuso do Direito no Exercício da Demanda”, pág..

(4) “Esta nova doutrina assenta inteiramente n’uma linguagem insu-

JOSSERAND responde com vantagem essa opposição. Segundo o autor do "Espírito dos Direitos", o erro de PLANIOL vem de que a palavra direito tem mais de uma acepção: se se o entende como faculdade ou prerrogativa individual, também quer dizer juricidade ou conformidade à lei. Deste modo, não ha contradição alguma em que determinado direito seja conforme à prerrogativa individual, sem o ser contudo ao direito, em sua generalidade e objetividade.

Por outras palavras, o acto abusivo é sòmente aquele que, realizado em virtude de um direito subjetivo, cujos limites não foram ultrapassados, é todavia contrário ao direito considerado em seu conjunto, como complexo de regras sociais obrigatórias" (5).

Devemos reconhecer, porém, com DEMOGUE, que não se trata aí sinão de uma questão de palavras, que não atinge, nem ao de leve, a substancia do facto. A verdade é que, estabelecido um direito determinado, o seu exercício se contém em certos limites, que não estão implícitos no seu conteúdo, mas que são determinados pelos principios gerais de direito.

A proposito do art. 226 do Cod. Civ. alemão, segundo o qual "o exercício de um direito não é permitido quando não tiver outro fim que o de causar dano a outrem", repetiram-se algumas objecções muito fortes contra a teoria do abuso do direito, não só relativamente á sua forma, mas á sua propria substância.

ficientemente estudada — diz PLANIOL; a sua formula — *Uso abusivo dos direitos* — é uma logomaquia, porque, se eu exerço o próprio direito, o meu acto é licito, e quando é ilícito é porque excedo o meu direito e actua sem direito. É preciso não nos deixarmos enganar pelas palavras; o direito cessa onde o abuso começa e não pode haver uso abusivo de um direito, pela razão irrefutável de que um só e mesmo acto não pode ser, ao mesmo tempo, conforme ao direito e contrário ao direito (*Traité élémentaire*, tomo II, n.º 871)

(5) Vide JORGE AMERICANO — *O abuso do direito no exercício da demanda*", pág.

Receiava-se, ora o amplo arbitrio do juiz, necessario á applicação do principio, ora a confusão, que se deveria estabelecer, entre o direito e a moral; ora a grande extensão que se dava á formula pratica do principio; ora, finalmente, os efeitos contraproducentes que da concretização do principio em fórmula resultariam, em virtude do *espírito de vexação*, que, em vez de mitigar-se somente encontraria estímulo para se exercer sob novas formas. (6)

Essas e outras objeções não impediram, entretanto a sa-

(6) Também provocou grande debate, de que nos dá notícia excelente trabalho do professor ENRIQUE DIAZ GUIJARRO, no *Boletim do Instituto de Direito Civil*, ano VI, n.º 1, a discussão do art. 411 do projecto de reforma do Código Civil argentino. Ali, vigora a regra consubstanciada no art. 1071, de que “o exercício de direito próprio ou o cumprimento de obrigação legal não pode constituir como ilícito acto algum”. No projecto em apreço, igual principio vem estabelecido no art. 411, onde se declarava: “Os direitos podem ser exercidos com a extensão de seus limites legais, ainda que disso resultem prejuízos a terceiros”. Por insistência de SALVAT e LAFAILLE, propôs-se retirar o art. 411 para consagrar em regra geral a teoria do abuso do direito, sob o argumento de que era necessário evitar que a doutrina e a jurisprudência elaborassem um sistema ácerca da matéria, sem o controle do legislativo”. Do outro lado, respondia-se não só que o principio do abuso do direito só era admissível nos casos expressamente determinados em lei e nunca por principio geral, a medo de se conferirem faculdades extraordinárias ao juiz, como também se chegou a afirmar que o principio implicaria a delegação de poderes por parte do Legislativo ao juiz, o que era incompatível com a Constituição”. Houve um momento em que se resolveu excluir a disposição do art. 1.071 do Código civil, na sua totalidade, retirando-se do art. 411 do projecto as expressões finais “ainda que disso resultem prejuízos a terceiros”. Foi quando voltou á carga o prof. RÉBORA, propondo que então se acrescentasse ao art. 411, já suprimido de suas expressões finais, estas palavras, semelhantes ás do Código soviético: “sempre que seu exercício condiga com o fim social do direito”. Combatido fortemente por REPETTO e PERA, acabou-se por excluir, na sua totalidade, a disposição do art. 411 do Projecto. Todavia, a doutrina do abuso do direito se consagrou ali em dispositivos esparsos dentre os quais o citado GUIJARRO fornece os seguintes exemplos: Art. 150 — O exercício normal dos direitos não poderá determinar injustos constrangimentos. Todavia, quando por este meio se tirarem da outra parte vantagens excessi-

gração do principio em lei, da mesma forma como ocorreu na Suíça, onde o legislador fez inscrever a fórmula bem mais feliz e mais ampla de que todos são obrigados a exercer seus direitos e executar suas prestações segundo os preceitos da boa fé, firmando, logo em seguida, a regra de que o abuso manifesto do direito não tem por si a proteção da lei”.

Na França, não existe uma regra reguladora do abuso; por isso, a jurisprudencia, incerta e vacilante, não permite um conceito seguro da materia. Mas é certo — informa GORPHE — que se tem pelo menos admitido um minimo de exigência ao exercício dos direitos: assim, não merece amparo a pretensão de que não vai usar de um direito sinão para fazer mal a outrem e sem o menor interesse para quem o exercita. (7)

Em toda parte, entretanto, podem variar os critérios, mas

vas, a violência moral pode ser considerada suficiente para anular o acto”. Art. 1.417: “o proprietário não pode impedir os actos que se realizam a tal altura ou profundidade que não tenha interêsse em excluí-los”.

(7) Casos há, porém, na jurisprudência francesa, em que se submete o exercício dos direitos a exigências rigorosas. No “Prontuário Jurídico”. (Caracas, Venezuela, n.º 35), referem-se os seguintes, transcritos a RIPPET. a) — na vizinhança de um campo de aviação, onde era frequente decolagens e aterrissagens de aviões, certo proprietário mandou encravar nos limites de suas terras varas de ferro ponteagudas sobre armaduras de madeira ligadas entre si por arame. O proprietário julgava defensivas essas obras, com o direito, que supunha ter, de montar em seu terreno o que entendesse. O Tribunal respondeu que essas construções traziam não vantagem alguma ao proprietário; b) — invocava-se que aviões, voando sobre a propriedade de um cidadão, espantava a caça. Não se contemplava, no caso, a violação da propriedade. O Tribunal do Sena sentenciou a favor do demandante, baseado em que os vôos eram muito baixos, causavam grande ruído e sujeitavam o proprietário a riscos; c) — concedeu-se indenização pela morte de animais picados por serpentes ao proprietário que demandou certo vizinho seu, possuidor de um bosque onde havia certa quantidade de animais daninhos, sem que se tivessem tomado suficientes medidas para a sua destruição, etc.. O mesmo RIPPET traz outros exemplos de abuso de direito sem que haja a intenção de prejudicar, na sua já citada “A regra moral, ns. 96 e seguintes.

o princípio resta o mesmo. Ora se diz que o que justifica a repressão, nos casos de abuso do direito, é a falta de utilidade para o agente ; ora, a finalidade econômica e social, implícita em todo direito, é que determina certas limitações ao seu exercício; para outros, finalmente, reprime-se o abuso por faltar seriedade e legitimidade ao exercício do acto ou do direito. (8)

Qual será o verdadeiro critério?

Nosso direito civil é pobre na disciplina do assunto. Só no art. 160, n. 1, encontra-se possibilidade de enquadrar a teoria geral do abuso do direito. Diz aquele dispositivo, tratando do ilícito, que não constitui acto dessa natureza “o praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Donde se deduz, a *contrario sensu*, que o acto é ilícito, quando ultrapassar as raíças do exercício normal.

O abuso do direito, em tais condições, constitui ilícito civil, caindo sob a sanção do art. 159, constante de que “o que causa prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

(8) — Encontram-se nos sistemas dos vários países que consagram a teoria do abuso do direito, duas maneiras de atender às imposições da teoria. Um primeiro tipo é o do sistema alemão, onde o princípio vem formulado com regra geral. Noutros países, inexistente o princípio, mas este se encontra à base de várias disposições, tal como na Argentina, onde GUIJARRO ensina: “... a fórmula do art. 1.071 do Código Civil não significa a consagração da liberdade absoluta de exercer direitos próprios, já que é inevitável responder por danos e prejuízos aquêles que ocasionalmente danos a terceiros em virtude do indevido, negligente ou culpável exercício dos direitos. O primeiro sistema pode conduzir à vantagem de declarar, logo, o critério a seguir para saber o que constitui abuso do direito, tal como acontece no Cód. Civil alemão. Pode-se, entretanto, definir o princípio sem estabelecer o critério, como é o caso do Código Civil suíço. Não parece aconselhável, entretanto, deixar de estabelecer desde logo o critério definidor do abuso do direito, para evitar que os juizes e a doutrina criem, à margem da legislação civil, um sistema novo, pelos processos da analogia jurídica ou o recurso aos princípios gerais do direito. Em tal caso, é de ver a disparidade de critérios adotados, uma vez que a matéria fica livre à discussão e por assim dizer ao arbítrio da doutrina e da jurisprudência.

E que se entende por exercício normal de um direito? Devemos, para responder a essa pergunta, examinar sucintamente os vários momentos em que o abuso pode ocorrer, afim de estabelecermos uma linha divisória entre o exercício normal e o abuso.

Na órbita contractual, é comum manifestar-se o abuso principalmente nos chamados contractos de adesão, em que uma das partes se encontra n'uma rigorosa situação de dependência para com a outra, não podendo prescindir, muitas vezes, da prestação que se lhe oferece. Assim acontece com os consumidores de energia elétrica nas cidades, os clientes de fornecimento de gaz carbônico, os assinantes de serviços telefônico, transportes e mais trabalhos entregues sob monopólio a empresas particulares.

Dá-se o mesmo em relação ás casas de diversão, em que o simples direito de propriedade não confere ao seu titular o direito de recusar a frequência a um pretendente, baseado em motivos egoísticos ou mero capricho. Tal é o caso também de uma casa comercial expôr os seus artigos, com preço determinado: o logista não poderia recusar, nessa hipotese, a venda a quem quizer comprá-los, bastando que a oferta do comprador preencha as condições anunciadas. A recusa, em qualquer desses casos, constitúe acto abusivo.

Saliente-se a larga aplicação que deve ter a teoria do abuso do direito na revisão dos contractos, ou seja na imprevisão. Se o ambiente em que se formou o contracto se modifica de tal modo que dificulta ou impossibilita o cumprimento da obrigação, será absurdo permitir ao credor o exigí-la, nos termos convencionados. É que o acôrdo manifestado pelas partes apenas prevalece nas circunstancias normais, e se estas se transformam para onerar sensivelmente o devedor, não haverá razão fundada para permanência do contracto, que, ou deve ser submetido a nova disciplina, ou desaparecerá. Mas não é justo que o credor venha a se beneficiar do puro acaso, que empobrecerá o devedor e somente enriquecerá o primeiro.

Em todos esses casos, a aplicação da teoria do abuso do direito consiste, evidentemente, em adaptar o facto ao direito, ou melhor, a lei ao justo, reprimindo toda a ação que, embora fundada, em tése, n'um direito ou na lei, não encontra uma limitação prevista na legislação ou no contracto. (10)

Em todo caso, é necessario estabelecer limites ao exercício de um direito preexistente, e esse limite ha de ser conforme ás exigências da boa fé.

Quem usa de um transporte, confia naturalmente que ha de retribuir proporcionalmente ao serviço recebido (confiança); quem é credor de alguma obrigação, deve contentar-se em receber o devido, pela forma menos onerosa ao devedor (lealdade): tudo isto inspira-se na confiança, na lealdade, em suma na boa fé, que, ainda aqui, revela-se a regra fundamental a que se deve conformar o exercício dos direitos. (11)

Objetivamente, é o prejuizo, a que o procedimento do cre-

(10) O citado RIPPERT, em artigo publicado a págs. 193 e seguintes da Revue de Critique, Legislation etc., de 1914, expõe a doutrina mussulmana a respeito do abuso do direito, conforme o livro "*Doutrina do Abuso do Direito*", por MAHMOUD FATRY. Eis o resumo; Já no Corão se encontram os fundamentos da doutrina do abuso do direito. No século nono da Hegira, a doutrina atravessa duas grandes correntes: 1.º) — uma tendência a proibir actos que, do ponto de vista religioso, parecem detestáveis ao senso comum; 2.º) — preferência, em lugar das soluções inspiradas nos princípios, representando aplicação destes, á soluções mais conforme aos interesses das partes litigantes. No direito mussulmano actual, quatro categorias de actos constituem uso abusivo dos direitos: a) — actos motivados pela só intenção de causar prejuizos a outrem; b) — actos que prejudicam a outrem, sem interesse para o agente; c) — actos que implicam um prejuizo geral aos terceiros; d) — os que produzem prejuizo excessivo. As canções contra o abuso do direito consistem: a) — na reparação especifica do dano, ou o equivalente; b) — na aplicação de penas civis e religiosas applicadas pelo juiz, pelo direito que tem êste de tomar, contra o indivíduo culpável de acto amoral ou ilícito, sem pena prevista na lei, as medidas de coação que lhe pareçam necessárias para evitar a repetição de facto semelhante.

(11) A ABUSO DO DIREITO E o ACTO ILICITO, pág..

dor dá causa, o fundamento da repressão. O dano, assim, vem a ser o requisito exterior do abuso do direito, que, entretanto, não se reduz a isso. Não é exato, como pensa PEDRO BATISTA MARTINS, que a teoria do abuso se consagra como se em toda regra jurídica, que cria um direito subjetivo, estivesse implícita esta outra: “A lei te confere um direito; se o desfrutares, correrão por tua conta todos os ricos”. 12)

Esta opinião é excessivamente objectivista, não dando o critério de resolver a questão. A prevalecer, haveria abuso de direito no simples resultar dano a outrem no exercício de um direito, abstração feita do ânimo do titular.

(12) PLINIO BARRETO, em trabalho publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 70, pág. 506) reduz a duas as condições que caracterizam o abuso do direito: a falta de moderação no exercício do direito e a intencionalidade ou imprudência, má fé ou temeridade, como causa determinantes dessa falta de moderação. Como se vê, o douto mestre paulista não sufraga a doutrina excessivamente objectivista de PEDRO BATISTA MARTINS, porque exige elementos subjetivos no abuso do direito, mesmo a negligência. Ele poderia dizer que o fundamento das sanções contra o uso abusivo do direito é a violação das regras da boa fé. O mesmo PLINIO BARRETO cita, a propósito, a doutrina de CAMPION (*Théorie de l'Abus de Droit*) que depois de mencionar os três critérios conhecidos para a caracterização do abuso do direito (intenção de prejudicar, ausência de interesse legítimo e desvio da finalidade do direito exercido), propõe um novo critério, que é o seguinte: haverá abuso de direito com o exercício anti-social de uma faculdade reconhecida pela lei”. A isto se poderá responder com essas palavras do redator do Projecto do Código Civil argentino: “... Mas o fim social do direito é materia por demais elástica, vinculada diretamente á evolução e ás novas fórmulas e manifestações dos problemas sociais. Não há fórmula prática para traduzir o enunciado do fim social do direito, como acontece na Rússia, onde se interpreta a lei segundo o seu fim revolucionário. Isto é contra a estabilidade jurídica”. JOSSE RAND (*L'esprit des droits et sa relativité*), citado por CARVALHO DOS SANTOS (op. cit.), pretende que “o acto será normal ou abusivo, conforme se explique por um motivo legítimo”. Acrescenta o mesmo JOSSE RAND: “Os motivos ilegítimos são a fraude, a intenção de prejudicar, o dolo, a má fé...” — o que tudo não passa de fórmulas específicas, embora negativas, de um princípio positivo, que é o da boa fé.

Tal, porém, não é verdadeiro. Aquêlle que, no exercício de um direito, causa dano a outrem, deve reparar o dano, resultante de seu ato, se tiver violado o dever da lealdade, se frustrar a confiança de quem sofreu o mal, se em suma, cometer infração à regra da boa fé.

Não se exigirá para a reparação, certamente, uma intenção dolosa, o ânimo de prejudicar; basta a simples consciência de que o exercício do acto, sem conferir maior vantagem que a que seria razoável exigir, vai repercutir desvaforavelmente no patrimônio alheio.

A sociedade tem o dever de garantir a todos a legítima confiança de que, diligenciando quanto possível para a conservação de seus bens, tal confiança não pode ser violada, pois é essencial que, sob êsse critério, se desenvolvam as relações jurídicas.

Dir-se-á que, desse modo, estará reduzida à teoria do abuso do direito ao princípio comum da responsabilidade? Esta é, com efeito, a sua consequência. No abuso, há o direito em tése; o seu titular, exercendo-o, não deve ultrapassar a linha jurídica dentro da qual deveria agir; do contrário, fica obrigado a reparar o dano da forma mais adequada: ou reporá tudo no estado anterior, pelos meios adequados á espécie do direito lesado, ou pagará as perdas e danos.

Aquela linha jurídica, aliás, perdeu o caracter negativo que as definia, para ter, hoje, um conceito positivo, que se acha expresso, por exemplo, nos arts. 1530 e 1531 do Código Civil e art. 3.º do Código do Processo Civil.

Nossa legislação dá-lhe êsse caráter positivo, a cada dia que passa, como se vê no âmbito das locações em geral, na repressão à usura e no recente decreto de combate aos trustes.

Seria injustificável, no entanto, procurar as raízes desse progresso no direito romano. Foi necessário, com efeito, que o espírito humano passasse de uma era de extremado individualismo para uma era de preocupação social, afim de compreender as soluções do direito moderno. Nossa jurisprudência não

é muito inclinada a compreender êsse facto. Mas, como resultado dos tempos, devemos ligar as soluções jurídicas cada vez mais ao seu fundamento moral: é o triunfo maior do direito moderno.

9 — A BOA FÉ E A CRENÇA ERRÔNEA

Um dos aspectos da boa fé se constitúe precisamente por oferecer-se ao observador como crença errônea, tal como vimos no início deste trabalho.

Porém há que distinguir. De um lado, como nos casos em que o êrro é imputável ao dolo ou à simples culpa de outrem, as consequências devem ser reparadas em virtude do princípio geral da responsabilidade, que domina as relações de direito e de facto. A crença errônea pode ainda ter nascimento por vício do consentimento: a vontade, que produz efeitos jurídicos, não é uma vontade qualquer, mas uma vontade íntegra, livre e consciente. Nesses casos a reparação é devida, mediante a anulação do acto, em virtude do princípio da integridade da vontade. Há, finalmente, os êrros cujas consequências podem ser reparadas a título de indenização, quando ocorre violação de uma obrigação de garantia, seja convencionada, seja inerente ao contracto: nesta categoria entram os vícios redibitórios. etc..

Mas estas três categorias de êrro não excluem uma outra categoria, concernente às relações de direito, mais que de facto, estas últimas caracterizando aquélas três espécies de êrro atrás assinaladas. Há com efeito uma crença errônea cujas consequências não decorrem de nenhum princípio legal claramente estabelecido, seja o princípio da responsabilidade, seja o da integridade da vontade, seja o da garantia convencional ou legal. Tal é o êrro que produz efeitos jurídicos unicamente em virtude dos princípios de direito, que diz respeito unicamente a um vício

jurídico, erro, em suma, em favor do qual não intervem qualquer regra organizado, o erro que tem por si, exclusivamente, a boa fé.

Quando certos autores definem a boa fé como a ignorância não culpável de defeito jurídico estão visando exatamente a boa fé sob o aspecto de que agora tratamos e que corresponde á crença errônea e disponível. (1)

Podemos pois tomar, como ponto de partida para a análise da boa fé, sob este novo aspecto, aquela definição, na qual se oferecem à investigação o estudo destes dois elementos: o estado de ignorância e a sua excusabilidade.

Entre os autores alemães discutiu-se muito, a princípio, sobre o verdadeiro sentido de boa fé como erro excusável. A boa fé seria a simples ignorância de uma falta de direito, ou, pelo contrário, a convicção verdadeira da plenitude de um direito? SAVIGNY, seguido de perto por STINTZING e WACHTER definia a boa fé pela ausência de uma consciência desleal (2). O mesmo caminho seguiram, entre os francêses, AUBRY et RAU e PLANIOL e RIPERT, determinando a boa fé, em materia de posse, de modo puramente negativo, como simples ignorância. (3). Esta opinião está em harmonia com os textos em que a boa fé do possuidor se caracteriza pela ignorância dos vícios de aquisição, bem assim com os que, não definindo sinão a má fé, permitem deduzir do seu contrário o conceito da boa fé.

Apoia-se essa atitude na conhecida presunção da boa fé. Realmente, dizem, se não há necessidade de demonstrar a boa fé, é que se trata de uma idéia negativa e a ausência de má fé é o que a vem caracterizar, para o que basta a simples ignorância.

(1) GORPHE, op. cit., pág. 116.

(4) "Celui qui reproche á un adversaire sa de'loyauté doit la prouver comme un fait. Nous procedons le plus exactement possible, quand nous exprimons la bonne foi en général d'une façon aussi négative que celle-ci — l'absence d'une conscience déloyale" — *apud* GORPHE, op. e loc. cit.

(3) GORPHE, op. e loc. cit..

A opinião contraria, entretanto, é que acabou prevalecendo. A boa fé deve ser uma convicção positiva de não proceder contra o direito. A maioria dos comentadores francêses, alemães e suíços partilha da mesma idéa, sancionada, aliás, pela jurisprudencia dos tribunais. Com efeito, não será um verdadeiro abuso de linguagem pretender que a boa fé não é sinão a ausência da má fé, do mesmo modo que se se dissesse que a lealdade não é mais que a ausência de deslealdade?

Acrescentam os partidários da boa fé como convicção positiva que o facto de se presumir a boa fé, e exigir-se a prova da má fé não é sinão o sinal exterior de que esta ultima é um facto menos normal que a primeira.

Porém ha autores que, sem se deixarem influenciar por uma ou outra corrente, seguem o caminho do meio termo, reconhecendo que a existencia da boa fé não é uniforme, mas varia segundos os casos concretos e se configura desde a simples ignorância até a convicção mais rigorosa. Cita-se, dentre eles, a GOLDSCHMIDT, que, em tése, inclina-se à solução mais benéfica de considerar a boa fé como simples ignorância da falta de direito. Parece-lhe que essa solução é mais favoravel ao desenvolvimento dos negócios, pois que um homem previdente pode, em sã consciência, ignorar falta de direito á pessoa a quem adquire, sem estar absolutamente convicto dêsse direito. Seria, com efeito, bastante injusto colocar aquêlê, que, por escrupulo, não chegou a nenhuma convicção, em situação inferior ao que formou opinião menos cuidadosamente. Mas a convicção errônea, para ser legitima, não exige exatamente ter sido formada com toda diligência e escrupulo?

O Código Civil brasileiro faz consistir a boa fé, nos casos do possuidor, na simples ignorância do vício ou do obstáculo que impede a aquisição da cousa ou do direito (art. 490). Por isso, ensina TITO FULGÊNCIO que a boa fé consiste em "ignorar o possuidor a ocorrência do elemento material impeditivo da aquisição da posse, no que vem acompanhado por CARVALHO SANTOS.

A questão liga-se, porém, diretamente a esta outra, que é essencial, da excusabilidade do erro. Se a essência da boa fé consiste na crença errônea, é necessário indagar se todo erro, qualquer que ele seja, tem por si a proteção jurídica.

É difícil que as consequências do erro de alguém não atinjam a terceiros. De tal modo, quando examinamos a crença errônea achamo-nos frente a uma situação em que, de um lado, considera-se o interesse daquele que se enganou, e, de outro, interesses, ainda que potenciais, de terceiros indeterminados. Deve haver uma razão de equidade para decidir entre dois interesses em conflito e a razão jurídica manda que a solução das instabilidades se processe ferindo o menos possível a expectativa legítima.

Vimos que o erro pode provir de manobras dolosas ou de culpa de terceiros; pode ter como justificativa, para sua proteção, o princípio da integridade da vontade; pode, finalmente resultar a proteção, dispensada ao que se engana, de uma garantia convencional ou legal. Em todos esses casos, protege-se o erro inocente, o erro excusável, para o qual não contribuiu a pessoa enganada com a sua vontade livre e conciente. Haverá também, nos casos de que tratamos, a necessidade de um erro não culpável?

Mesmo os juristas que admitem uma noção positiva da boa fé entenderam que essa crença merece proteção, seja ou não excusável. A boa fé, diz WACHTER é um simples facto cuja existência não depende do genero da causa que a motivou, nem mesmo a excusabilidade dessa causa". (4)

Mas, nota GORPHE, ligar-se a esse modo de ver é ater-se a elementos de ordem puramente psicológicos, cujas consequências serão determinar a boa fé não em função de um critério objectivo, mas segundo as particularidades individuais, das disposições, das capacidades e do caracter de cada um: o egoista, o apaixonado, não vêm sinão os seus próprios interesses, perma-

(4) *Le principe de la bonne foi*, pág. 119.

necem estranhos à consideração de possíveis direitos dos outros; nessas condições, não seria colocá-los em melhor posição, para efeito dos benefícios que a ordem jurídica concede à boa fé, do que ao homem criterioso, honrado, concienzoso, sempre inclinado a ter em melhor consideração os direitos dos outros?

As consequências pouco moralizadoras que nascem daí levaram os juristas a uma concepção mais objetiva. Si é certo que a simples ignorância, por negligente que seja, exclue a má fé (e nem sempre isto é exacto), deve ela ser preferida à atitude do que sabe não ter razão, e, por isso, deve ser tratada menos severamente, — também não há dúvida de que, no mundo dos negócios, não se visa a simples estados subjectivos, e os interesses dos terceiros exigem que se dêem respeito a outros princípios mais objectivos “de segurança, justiça e responsabilidade”. E’ por êsse critério objectivo, que se exige dos participantes da vida jurídica uma seriedade e uma diligência evidenciadas objectivamente, isto é, a ignorância deve ser o caminho para uma convicção de que, julgando-se de maneira determinada e agindo-se em virtude desse julgamento, não se está ofendendo a ninguém.

A prática jurisprudencial, a legislação e a doutrina em sua maior parte vieram estabelecer, assim, que a boa fé como crença errônea se mede menos pelo êrro do que pela lealdade com que procede o que se engana. O art. 816 do Código montenegrino, por exemplo, é explicito: “A posse é de boa fé quando o possuidor tem a firme convicção, e, segundo as circunstâncias, sérios motivos de pensar que é legitimamente possuidor. Pelo contrário, a posse é de má fé quando o possuidor não teve, ou não tem mais essa convicção”. A jurisprudência francesa e italiana têm mesmo, por mais de uma vez, sustentado que não se pode conferir efeitos jurídicos á boa fé se não aparece isenta de falta, se não é excusável. O que importa, diz BRUNS, não é bem o que se crê, mas como e porque se crê, o que se pode e se deve acreditar e saber”. (5)

(5) Apud GORPHE, op. e loc. citis..

Entre os romanos, não era de modo diferente que se passavam as cousas. Fazendo-se a distinção entre o *corpus* e o *animus*, embora não servisse este último de característico á posse, era, entretanto, elemento essencial à boa fé. (6); esta a razão sem dúvida, pela qual não autorizava o usocapião o êrro grosseiro, por êles definido como aquêle nascido da negligência em tomar as informações necessárias sobre o facto, a cousa, ou o direito.

Diz GORPHE que, não considerando insuficiente a simples ausência de deslealdade, os romanos queriam à base da crença, um exame leal e positivo das circunstâncias e exigiam uma justa causa de crer. Não basta, pois, a simples ignorância para basear a crença excusável. E' que um facto subjectivo como o da crença não pode basear uma regra jurídica. Seria como estabelecer o primado da irresponsabilidade, premiar o desidioso, em detrimento da lealdade e da deligência. A crença erronea daquele que invoca a sua boa fé deve, pois, ser uma crença consciosa, refletida e apoiada no exame crítico da legitimidade do direito que se quer adquirir.

O Código Civil brasileiro faz consistir a boa fé, nos casos como o do possuidor, na simples ignorância do vício ou do obstáculo que impedem a aquisição da cousa ou do direito possuído (art. 490). A maioria dos comentadores dessa disposição limita-se a transcrevê-la; a boa fé, nesse caso, caracteriza-se simplesmente pelo facto da ignorância pura e simples.

Filiam-se a esse modo de ver, dentre outros, TITO FULGÊNCIO, CARVALHO SANTOS, CLOVIS BEVILAQUA, LAFAYETE. (7) etc..

Porém a doutrina verdadeira está com LACERDA de ALMEIDA (8), para quem "a crença, que serve de fundamento à

(6) GORPHE, op. cit., pág. 119.

(7) *Posse e Ações Possessórias, Cod. Civil Int.*, com. ao art. 490; *Código Civil*, obs. no art. 490; *Direito das Cousas*.

(8) Apud C. SANTOS, op. e loc. cit..

boa fé, repousa n'um êrro de facto, êrro que se resume em ignorar o obstáculo que se opõe à transferência do domínio, como si a coisa não era do alienante ou este não tinha o poder para aliená-la. Essa ignorância, porém, deve ser desculpável, e tal se não reputa o êrro sobre o facto próprio. A ignorância ou êrro indescupável, isto é, ignorância de facto pessoal ao que se engana, é impróprio para levar à aquisição, pois exclue a boa fé. (9)

Silenciam os escritores brasileiros, em geral, sobre tão relevante matéria, de saber se basta a ignorância pura e simples, ou se é necessária uma real convicção. LACERDA DE ALMEIDA ainda fala, como vimos, em que essa ignorância deve ser desculpável, mencionando que tal não se pode considerar a nascida de facto próprio, pessoal ao que se engana, de êrro de direito e no caso de dúvida (matéria de que trataremos nas adiante), sem contudo descer a detalhes.

Parece-nos porém que a questão deve ser examinada mais profundamente; não basta excluir da proteção jurídica a crença indesculpável, mas estabelecer em bases seguras em que consiste a excusabilidade ou a inexcusabilidade.

O sistema do direito civil brasileiro fornece-nos elementos para resolver a questão.

Partiremos do princípio, para nós incontestavel, de que o direito não pode, em nenhum caso, sancionar o ilegítimo, e quando a lei refere-se a qualquer facto, para dar-lhe efeitos jurídicos, supõe, naturalmente, a licitude dêsse facto. A ignorância, pois, como facto de que se ocupa o direito, conferindo-lhe efeitos especiais, deve necessariamente revestir-se desse pressuposto de legitimidade que, no caso, é a excusabilidade.

Já, capítulos atrás, referindo-nos ao desconhecimento, por parte de terceiro, da insolvabilidade do devedor, salientámos que êsse desconhecimento, ou ignorância, puro e simples, não o exclue de ser atingido pela sanção da anulabilidade. A inciência do terceiro sòmente lhe aproveita se das circunstâncias resultar que êle não sabia, nem podia saber, do estado de insolvência do devedor com quem contractára.

Tal coisa vem de solução bem expressa na lei, de forma significativa. (10)

Qual o fundamento, a razão, o argumento pensados pelo legislador para sujeitar o que *devia conhecer* a insolvência do devedor às penas da anulação? A bem dizer, não encontramos outro fundamento para a exigência senão no facto de que todos devemos nos comportar no mundo dos negócios jurídicos com seriedade conscienciosa e diligente, sendo obrigação indeclinável a de nos informarmos com lealdade sobre todas as circunstâncias ligadas à ação que desejamos praticar, à modificação que pretendemos fazer, ao objecto ou o direito que intencionamos adquirir.

Esse dever está presente a cada passo em todas as legislações. Quando a lei mesma sujeita certos actos a determinadas formalidades, às vezes aparentemente supérfluas, não o fará certamente por simples capricho, mas em consideração e homenagem à circumspecção no trato da vida dos negócios. Exige a lei, até no exercício dos direitos, atenção ordinária e cuidado no uso dêles, sob pena de responsabilidade. Por outro lado a simples negligência, a omissão, a imprudência, determinam obrigações. No direito penal, pune-se o crime culposos pela simples negligência; e não será tanto só pelos resultados que do acto decorrerão, mas, e principalmente, pela consideração explícita da violação da regra da diligência activa. Pune-se a receptação só pelo facto de o agente dever saber, e, em alguns códigos, esse *dever saber* pode determinar até a co-autoria. Se esses princípios estão assim presentes em toda parte, parece-nos afinal que não há razão para excluí-los no domínio de que tratamos.

A universalidade da regra de proceder sempre com diligência impõe, por conseguinte, que a ignorância, por maior razão quando entendida como crença errônea, com os efeitos cria-

(10) Cod. Civil, art. 107.

dores de direitos, que a lei lhe dá, — tenha por medida, justificativa e legitimidade a diligência activa do que se engana.

Mas a boa fé, no seu aspecto de crença errônea, não a invoca o direito brasileiro sòmente no que se refere à posse e ao possuidor. Se já daí decorrem consequências importantíssimas, que o juiz poderia estender a outros institutos jurídicos, nos casos não expressos, pela aplicação do princípio da analogia, o certo é que o Código Civil, em diversas passagens, consagra a aplicação da regra da boa fé. A importância desse facto já não pode ser subestimada quando se sabe que pode levar até ao sacrifício do domínio; do que se pode concluir, em toda justiça, que à seriedade da perda deve corresponder a seriedade do motivo. Não poderá, então, uma ignorância grosseira, leviana, negligente, desleixada, cômoda e egoísta, ter o efeito muito grave de levar ao empobrecimento áquele que perde pela inércia. Tal inércia pode ser igualmente de boa fé, se tal se pudesse considerar a mesma ignorância negligente; de modo que só o que pode justificar a ignorância criadora de direitos vem a ser uma diligência activa do que se engana, que esta, sim revela a lealdade e a honestidade do que vai se aproveitar da própria crença errônea.

Entre êsses outros casos, que a lei menciona expressamente, merece especial relêvo a alienação de bens da herança, feita pelo herdeiro aparente. E' o caso do art. 1600 do Código Civil Brasileiro, onde se diz: "São válidas as alienações de bens hereditários, e os actos de administração legalmente praticados pelo herdeiro excluído, antes da sentença de exclusão".

E' aqui onde se manifesta, talvez na sua mais alta aplicação, o papel criador da boa fé, no seu aspecto de crença errônea. Trata-se, com efeito, de um conflito entre a boa fé e o domínio, em que este, em relação aos terceiros, tem que ceder irremissivelmente. A regra, contida no artigo citado, possui um tal rigor, que,, mesmo em países que não a consagraram nos textos da lei, tem a melhor vigência e eficácia.

Sirva de exemplo a França, cujo Código Civil não disciplina a matéria, o que não impediu que a doutrina e a juris-

prudência viessem consagrar, definindo com precisão os contornos da regra, os efeitos da boa fé dos terceiros contra a eficácia do domínio.

As necessidades da vida prática levaram os juizes a preferir a violação dos antigos preceitos da lógica jurídica a perturbar as relações de negócios estabelecidas sobre a confiança e a boa fé.

Conhecido é o caso Boussinière, que não resistimos em resumir. Tendo falecido o sr. Boussinière, deixando testamento, todos os bens da herança passaram ao seu amigo Sr. de Legge, que tomou posse da sucessão e distribuiu pequenos legados de acôrdo com a vontade do testador. Posteriormente, o presidente do Tribunal recebeu de um expedidor desconhecido um envelope contendo dois testamentos ológrafos, posteriores ao primeiro e que o revogavam expressamente. Segundo os novos testamentos instituia-se herdeiro universal o Sr. de Breton, irmão do defunto. Promoveu este último então a nulidade do testamento anterior e propôs a reivindicação de todos os bens da herança, sendo o réu condenado à restituição. Acontece, porém, que, posteriormente, descobriu-se a falsidade dos novos testamentos. Tinham sido êles objecto de falsificação por parte de certo notário, condenado às penas de reclusão. O Sr. de Legge pediu a revogação do acórdão, baseado na falsidade do testamento que o motivara. Deu-lhe razão o Tribunal; mas como, no intervalo, o Sr. de Breton tinha alienado e hipotecado vários desses bens, em relação a estes não se concedeu a restituição, sob o fundamento de que, em virtude do êrro comum, os actos realizados com terceiros de boa fé eram opníveis ao legatário verdadeiro, *sem que houvesse necessidade de atribuir qualquer culpa a este último.*

Mas essa jurisprudência, assim como a doutrina, tiveram obstáculos a vencer. LAURENT, por exemplo, depois de citar jurisprudência no sentido indicado, disserta: “Esta opinião, lógica em certo sentido, é inconsequente e contraditória sob certos pontos de vista. Si é certo, como se diz geralmente, que o indigno foi herdeiro até o momento da sucessão, é portanto proprietário,

e consequentemente, tinha o direito de alienar os bens da herança. Ora, os actos realizados legitimamente devem ser mantidos, mesmo que o direito de quem os praticou venha a desaparecer. Mas é preciso ser lógico até o fim. Si o indigno tem o direito de alienar, a alienação deve valer em todos os casos, sem distinguir, se o comprador está, ou não, de má fé. Terá porventura, a má fé o poder de tirar o direito de alienar a quem o possuía? Não, certamente, pelo mesmo motivo de que a boa fé dos terceiros não poderia dar ao herdeiro direito de dispor desses bens. Outra inconsequência: os autores e os arrestos decidem que o julgamento excludente do herdeiro à sucessão opera a resolução de seu direito, no sentido de que o indigno é considerado como se não tivesse sido herdeiro. Si o seu direito está resolvido, não será necessário aplicar o princípio de que, resolvendo-se o direito do concedente, resolvem-se também o direito por êles concedido aos terceiros? Sem dúvida, o legislador poderia considerar o indigno como proprietário em relação aos terceiros, mas não relativamente aos outros herdeiros". (11)

LAURENT, que termina sua veemente crítica por dizer que, na sua opinião, todos os actos praticados pelo herdeiro indigno são nulos, como se tivessem sido feitos por um herdeiro que a lei exclue da sucessão no momento mesmo em que esta se considera aberta, deixa bem claro, naquelas palavras, que a concessão da validade dos actos do herdeiro aparente não pode basear-se na existência do direito de propriedade, no momento da alienação. O fundamento da regra só pode ser o que coloca a solução em termos de proteção à boa fé, como bem assinala a decisão atrás referida.

Não ficaram porém aí os obstáculos opostos à eficácia da boa fé de terceiros contra o domínio real, mas não aparente. Tinha-se mesmo de superar a impossibilidade jurídica de validar alienações e constituições de direitos reais emanados de

(11) *Principes de Droit Civil*, vol. XVI, n.º

quem não é proprietário, incidindo sobre coisa alheia, transferindo direitos que o alienante não tinha. Mas as necessidades jurídicas fizeram valer o seu imperativo e a jurisprudência, a rigôr, não tinha sinão que justificar os factos. Recorreu-se, a princípio, à noção da responsabilidade, ensaiando-se a invocação da culpa do herdeiro; depois, à teoria do risco, e, finalmente, ao abuso de direito. A Côte de Cassação, entretanto, ateve-se à idéia de êrro comum, apoiada sobre considerações de ordem pública, interêsse geral e segurança do comércio.

Mas, diz GORPHE (12) as considerações relativas à ordem pública e de interêsse geral, sobre serem idéias bastante vagas, podem ser invocadas com igual razão em benefício do proprietário e do terceiro. A segurança das transações explica melhor a proteção, mas, por isso que se trata de uma necessidade de ordem meramente econômica, é preciso um facto jurídico a que seja associada; este facto é exactamente a boa fé.

Será isso que vai permitir, no direito francês, considerar válidas, dentro de certos casos, a alienação *a non domino*; e a mesma razão vem dar ensejo a estender-se a validade das alienações *a non domino* no caso do herdeiro indigno e também no do herdeiro aparente qualquer. Daí não vai mais que um simples passo o estender-se o benefício da validade e mfavor de terceiros, que adquiram a quem não era proprietário real, mas só aparentemente, seja herdeiro ou não.

Considera CARVALHO SANTOS (13) que é ponto hoje que não admite controvérsias a extensão do princípio da validade de alienação, feita por herdeiro aparente. Diz aquele tratadista que os efeitos da petição de herança não poderão prejudicar aquele que adquiriu do herdeiro aparente quaisquer bens, desde

(12) *Le principe de la bonne foi.*

(15) *Cod. Civil Int.*, comentário ao art. 1.600.

que o tenha feito de boa fé. Por outro lado, a igual conclusão se haveria de chegar à simples invocação do princípio de que se aplicam aos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não os havendo, os princípios gerais de direito. Assim, poudo o insigne dr. VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, em acórdão unânime de que foi relator, chegar à mesma conclusão, dizendo: "Um conflicto se manifesta entre a boa fé e o domínio e é este, em certos casos, que deve ser sacrificado e não aquela. Conhece o direito vários casos em que o acto nulo produz efeitos válidos, como o casamento (art. 221), em que a alienação é válida, como a que faz o herdeiro excluído (art. 1600). Provada que êle não é filho, ou anulado o testamento, prevalecem as alienações do herdeiro aparente, se as sanar a boa fé, com evidente sacrifício dos direitos dominicais do herdeiro legítimo". (14)

PHILADELFO AZEVEDO (15) citando a TEIXEIRA DE FREITAS salienta que este, no Esbôço, estabeleceu no art. 3882, n.º I, não caber a reivindicação do proprietário quando o possuidor de boa fé tivesse adquirido a coisa do alienante também de boa fé. Na Argentina, o Código Civil, inspirado em grande parte no sistema daquele grande jurisconsulto, dispõe sôbre os vários casos de reivindicação, contemplando os casos do adquirente a título gratuito e a título oneroso, êste, contudo, de uma alienante de má fé; mas aquele código nada dispõe sobre o cabimento da reivindicatória contra o adquirente a título oneroso de quem estava de boa fé.

Que é que se poderia concluir dessa omissão? A conclusão, a contrario sensu, é que a reivindicação não teria lugar nesta última hipótese. Há, com efeito, certa doutrina nesse sentido, embora a opinião dominante, conforme ensina o mesmo

(14) PHILADELFO AZEVEDO, *Registo de Imóveis*.

(15) *Idem*.

FILADELFO, seja no sentido contrário. Explica-se, porém, o que ali se passa. O art. 3.720 do Cód. Civil argentino adotou expressamente o princípio de que ninguém pode transmitir mais direitos do que tem. Por outro lado, se em casos particulares encontram-se soluções favoráveis à boa fé, como nos de herdeiro aparente e de ação pauliana, a tese contrária está consagrada em outras aplicações, como nos casos do pagamento indevido (atr. 787), da alienação dos bens da mulher, permuta e rescisão da hipoteca.

Aliás, como vimos em nota ao capítulo anterior, os juriconsultos argentinos são, de regra, mui pouco propensos a formular os princípios sob forma genérica, preferindo dar-lhes aplicações parciais; no que, de resto, não conseguem acertar com o objectivo, pois, permitindo-se recorrer á analogia e aos princípios de direito, acaba-se por colocar a doutrina e a jurisprudência na obrigação de os estabelecer.

Em todo caso, ainda que escritores como LAFAILLE e SALVAT se filiem à orientação dominante; ainda que expõem a FREITAS a incoerência no distinguir entre a boa e a má fé do alienante (provavelmente pelos mesmos motivos ocorridos a LAURENT, atrás mencionados); apesar disso não deixam de reconhecer e estimar a utilidade social das restrições à reivindicatória, contrarias aos interesses económicos do país, devendo, por isso, ser modificada a opinião dominante, em benefício da valorização da terra e do justo equilíbrio dos interesses.

Em nosso país, entretanto, — acentua FILADELFO AZEVEDO, — os argumentos que na Argentina teriam prevalência provam entre nós o contrário. Em primeiro lugar, no sistema brasileiro os conflitos entre a boa fé e os direitos são resolvidos sempre a favor desta, donde se poderá deduzir a generalidade do princípio. Depois, não somente entre nós não existe, expresso, preceito sobre a extensão dos direitos transmitidos, como também as consequências da anulação do acto são, pelo art. 158, muito menos rígidas que a regra correspondente no direito platino.

Vimos, mais atrás, como a França, apesar de não possuir lei expressa sobre essas materias, chegou entretanto a admitir várias de suas consequências: logo, se ali elas foram admitidas, maior razão haverá para admiti-las, onde, como entre nós, elas já estejam reconhecidas por uma regra expressa; e a jurisprudência, bafejada pela analogia, arejada pelos amplos ventos da moralidade e dos princípios gerais de direito pode, sem dúvida, ir uma pouco mais além.

“Porque sacrificar, pergunta FILADELFO, o domínio em homenagem à boa fé do terceiro, quando surge uma aparência, derivada de sucessão, pagamento ou fraude alheia e negar o mesmo resultado em situações análogas, somente por ser diversa a origem do facto? Acaso a nulidade decorrente da venda a *non domino* não é a mesma quando o herdeiro aliena, sem domínio, do que em outra qualquer hipótese?”

Aqui parece saberem algumas considerações que não permitem identificar as circunstâncias que rodeiam as alienações feitas pelo herdeiro e pelo proprietário aparente, não obstante a sedutôra argumentação do grande FILADELFO.

Na verdade, entre o defunto e o herdeiro ou o legatário há uma lacuna a observar, resultante da morte. Os bens da herança não caem imediatamente em poder dos herdeiros; ha um intervalo obrigatório e necessário, que a lei remedeia dispondo uma dupla ficção, estabelecendo que os bens da herança se entendem passar imediatamente, com a morte do de-cujus, aos seus herdeiros e sucessores, ou determinando efeitos de retroatividade à aceitação. Não há mesmo distinção substancial a fazer entre os actos de administração da herança e os actos de alienação a título oneroso; de facto, estes últimos podem entrar na categoria de uma útil gestão do patrimônio, quando não se tornam obrigatórios para a obtenção de recursos ao pagamento de dívidas. Tais actos não são verdadeiramente lesivos ao herdeiro que vem tomar posse real dos seus bens, a não ser quando o administrador, ou o herdeiro aparente, delapida êsses bens e se torna insolvável.

Mas, estabelecido o conflito entre o domínio do herdeiro proprietário e o terceiro de boa fé, com o necessário prejuízo de um ou de outro, é justo que o primeiro venha a responder pelos riscos da perda da coisa durante o período do intervalo entre a morte do de-cujus e a posse real, já que a simultaneidade do falecimento e da transferência dos bens não será mais que uma ficção legal. Por outro lado, a equidade mandaria que o herdeiro suportasse o risco, porque, recebendo os bens da herança, não desembolsou coisa alguma, ao contrário do terceiro, que empregou capitais na aquisição do bem ou do direito possuído.

Tais argumentos, porém, não poderiam legitimar a validade das alienações a terceiro, feitas pelo proprietário aparente fóra da herança. Isso prova que a diferença de causa nas alienações feitas pelo herdeiro ou pelo proprietário aparentes não se podem explicar pelas mesmas razões. No caso deste último, há efetivamente uma perda, que não tem para contrabalançá-la nem a alegação de que se trata de uma perda negativa, nem que haveria intervalo durante o qual, não fôra a dupla ficção legal a que acima nos referimos, o domínio estaria em suspenso.

E' verdade que, para resolver essa dificuldade, há sido proposto o critério de adoptar-se a idéia, encontrada em escritores alemães (17), de que o direito do proprietário, herdeiro ou não, não se transmite junto e simultaneamente à coisa alienada. Um direito não seria mais que uma relação (nos casos da propriedade, uma relação entre o proprietário e a coisa); de modo que, não sendo a relação um objecto, susceptível de passar de mão em mão, com a alienação do proprietário esta relação entre o sujeito e a coisa cessam por completo. A relação de propriedade que se estabelece entre o adquirente e a coisa adquirida é uma relação nova, que, se não coexiste com a do alienante, é que êste renunciou a sua.

Como quer se seja, esta mesma suspensão da relação não

(17) EMMANUEL LEVY, *A idéia de transmissão de direito*, apud. GORPHE, op. cit., pág. 215.

autorizaria o benefício da validade do acto do proprietário aparente, porque ainda assim não ocorreria a renúncia do proprietário real.

Que poderia explicar, então, a validade da alienação feita pelo proprietário aparente em benefício do terceiro de boa fé? Sem dúvida que, nisso, vai uma devogação explícita de uma lógica jurídica muito rigorosa, mas é forçoso que se reconheça a razão profundíssima do ensinamento de ARISTOTELES: “Os verdadeiros princípios estão nos factos”.

Para atinar bem com as razões que devem autorizar a validade das alienações, neste último caso, tomamos um caso concreto, descrito por GORPHE: “Por escritura pública regularmente transcrita, certo Maujan adquirira a um certo Batin uma queda d’água denominada Salto do Cluzal e um terreno chamado Barru, na comuna de São Bartolomeu. Depois, também por escritura pública regular, contraiu um empréstimo hipotecário a certo Durupt, quando na realidade o Salto do Cluzal pertencia à Sociedade de Minas de São Bartholomeu. Constatou a Côte de Names que o adquirente, em virtude de título regular, estava investido de todas as qualidades de verdadeiro proprietário, aos olhos dos terceiros; em consequência a Côte declarou que as hipotecas constituídas pelo proprietário aparente de um imóvel, em virtude de um título regular, são validas e produzem efeito em relação aos terceiros de boa fé. (18)

Neste caso, evidentemente, não há outro elemento a descobrir, para autorizar a validade do acto discutido, que a simples boa fé do terceiro. Poder-se-ia dizer que essa boa fé, entretanto, não acoberta o proprietário real, porque não deixa de haver negligência de sua parte permitindo que os factos justificassem a situação aparente, pelo que estava contribuindo, de qualquer modo, para o êrro dos terceiros.

Esta digressão sobre a influência da boa fé no possuidor e nos terceiros frente à aquisição a *non domino*, ainda que insuficiente em si mesma, e sobretudo incompleta, porque são inu-

meras as aplicações do princípio em nosso direito civil legislado (19), aparece-nos entretanto necessária para os fins que temos em vista, que são os de determinar um conceito de ignorância desculpável.

Podemos vêr, apesar da insuficiência da exposição, pelo menos a importância dos direitos que à boa fé se sacrificam, de onde decorre a gravidade que para o direito civil tem o problema.

Nesta altura já parece claro que a ignorância, que caracteriza a boa fé, não é uma ignorância qualquer, filha da ligeireza, da negligência, da lealdade, do egoismo, da facilidade. Pelo contrário, ela deve resultar da diligência activa que, normalmente, um homem honesto, "um bom pai de família", põe nos seus negócios. Não será mesmo a convicção de dono, pois que esta é facto subjectivo; e o tolo, o egoista e o deshonesto se convencem com muita facilidade da legitimidade de suas pretensões. A ignorância que leva á crença desculpável capaz de produzir efeitos jurídicos, é a ignorância limpa, a que o interessado chega depois de diligências, activamente e lealmente, dos obstáculos que se opõem à aquisição do direito. Se o agente, assim procedendo, não conhece obstáculo à aquisição da causa, então então pode dizer-se de boa fé; e esta última, assim constituída, pode levar à aquisição de domínio, tem o character de criadora de direitos, tal como antecipámos neste trabalho.

Deixa-se à apreciação do juiz a aplicação do princípio a cada caso concreto, mas desde logo se podem aduzir certas regras, que decorrem cristalinamente do que palidamente se expôs.

1.^o) — *A dúvida é exclusiva da boa fé* — A dúvida, via de regra, exclue a boa fé, porque constitue um estado provisório de incerteza, que não pode subsistir sem cair na má fé. Ela

(18) A este trabalho deverá seguir-se um outro, sobre "Aplicações do Princípio da Boa Fé", onde serão mais demoradamente estudadas as consequências do princípio.

obriga o agente a pesquisar, e, enquanto pesquisa, não pode afirmar a inexistência de obstáculos à aquisição da coisa ou do direito possuído, e fica no meio termo entre a certeza e a ignorância. Não se irá, todavia, até o ponto de pretender que a pesquisa se faça por tempo ilimitado. A regra de direito canônico, também inscrita na lei das doze táboas, de que o que encontra uma coisa, deve, na dúvida, até certo tempo, pôr toda diligência em descobrir o proprietário, só podendo ficar com a coisa depois de verificar terem sido baldados os seus esforços, define com precisão o conceito da dúvida frente à boa fé.

DEMOQUE chega mesmo a enxergar, na dúvida, o único critério distintivo entre a boa e a má fé. E assim como acontece em relação ao conhecimento positivo, o *dever duvidar* equipara-se à dúvida efectiva, como, em matéria possessória, consagra expressamente o Código Civil do cantão de Zurich: “Não é possuidor de boa fé aquele que, apossando-se da coisa, devia, com atenção ordinária, conceber dúvidas sobre o valor do título e entra em contacto com o direito possuído sem mais rigorosa indagação”.

2.^o) — *A alienação a título gratuito, feita pelo proprietário aparente, não exclue o dever de restituir* — A alienação a título gratuito, feita pelo proprietário aparente, seja herdeiro, ou não, está a descoberto da proteção legal à boa fé. É que não ha razão para duvidar em acorrer em benefício do proprietário que nada despendeu e se enriquecerá às custas do verdadeiro titular do direito. Depois, aquele que recebe um bem sabendo que o retém em virtude de erro do alienante, está obrigado a restituir; não será outra a solução se o alienante procedeu com fraude e o terceiro, se não quizer aliar-se a esta deve, ao ter conhecimento do ilícito, despojar-se dos bens e dos direitos que lhe vieram às mãos por facto injurídico.

Entre nós, nem sempre a solução prevalece na doutrina. Se, por um lado, autores como CARVALHO SANTOS, CARLOS MAXIMILIANO entendem deverem cair as doações e quaisquer alienações, a título gratuito, porque igual ao adquirente a título

oneroso e de boa fé, que pleiteia para evitar prejuízo para si, não é o caso do adquirente a título gratuito, que pleiteia para auferir lucro unicamente (20), por outro lado a lição de HERMENEGILDO DE BARROS é que o art. 1.600 não distingue entre as alienações a título oneroso das transmissões a título gratuito, de modo que a doação feita a terceiros de boa fé, antes de declarada em juízo a indignidade, deve ser mantida como a venda ou a troca. (21)

Mas esta última opinião, fundada exclusivamente n'um princípio de técnica, que os códigos deveriam obedecer mas a que nem sempre prestam obediência, quebra-se ante a evidência tirada dos factos. De tal modo, a solução dos casos, como o de que se trata, não pode consistir em interpretar a lei como se o princípio técnico fôra observado pelo contrário, o que se impõe é, à evidência do defeito técnico, corrigi-lo, adaptando a lei a como deveria ser, do ponto de vista da equidade e da boa fé.

3.º) — *Exclue-se a boa fé, mesmo nas alienações a título oneroso, quando o bem adquirido estava transcrito em nome de outrem, que não o alienante.* — Existe, em nosso direito doutrinário, uma contenda de largas proporções, n'um clima de grande altitude mental, sobre a matéria dos efeitos da transcrição no registro de imóveis. De um lado enfileiram-se autoridades do pórtio de FILADELFO AZEVEDO, LYSIPO GARCIA, CLOVIS BEVILAQUA, CARVALHO SANTOS, SERPA LOPES, ALMEIDA PRADO, etc.; e, de outro, avulta a figura inconfundível do prof. SORIANO NETO, da Faculdade de Direito do Recife. A questão gira em torno de saber que alcance se deve dar à presunção estabelecida no artigo 859 do Código Civil, o qual dispõe presumir-se pertencer a coisa ou o direito à pessoa em nome da qual estiver feita a transcrição no registro competente.

(20) C. SANTOS, op. e loc. cit.; MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*.

(21) *Manual do Cod. Civil*, vol. XVIII, n.º 232, pág. 274.

Os primeiros, capitaneados hoje por FILADELFO, filiam-se à doutrina da *segurança dos negócios*, baseado na qual asseguram que o nosso código segue, nesse passo, a doutrina alemã da eficácia absoluta do registro, de modo que se pode ter como inatacáveis, em relação a terceiros adquirentes, as alienações que se fizerem com fé na transcrição imobiliária. Não é êsse o pensamento de SORIANO, para quem, com justíssimas razões, parece não ter seguido o nosso Código a doutrina alemã, expressa no art. 891 do B. G. B., da eficácia absoluta do registro imobiliário. O douto professor da Faculdade do Recife é partidário da doutrina da *segurança jurídica*, a qual ensina ter sido a adaptada em nossa legislação, em consonância com os pressupostos históricos da instituição.

Essa controvérsia, que ofereceu às nossas letras jurídicas dois notáveis trabalhos, um do Prof. FILADELFO outro do Prof. SORIANO NETO (22), não nos interessa aqui entretanto, sinão sob um aspecto em relação a ela quase insignificante.

Ao parecer de SORIANO, o art. 859 do Cod. Civil estabelece uma presunção *juris tantum*, de modo que o adquirente não está livre de sofrer a anulação, se a transcrição não corresponder na verdade a uma transação isenta de vícios.

Não nos permitimos, em questão versada por autoridades de tal porte e já que não nos obriga a isso o objectivo dêste trabalho, não nos permitimos entrar no debate; mas nem por isso estamos impossibilitados de, pelo menos, descobrir um meio termo sobre o qual não podem deixar de estar de acôrdo as opiniões dissidentes: é que não poderá alegar boa fé o terceiro que adquiriu imóvel inscrito regularmente em nome de outrem que não o alienante.

Com efeito, o sistema brasileiro sòmente reconhece a transmissão do imóvel pela transcrição. Seja ou não esta a fórmula

(22) FILADELFO, op. cit.; Soriano *Publicidade Material do Reg. de Imóveis*; ALMEIDA PRADO, *Transmissão da Propriedade de Imóvel e Eficácia Probatória do Registro de Imóveis*.

simbólica da tradição, como quer SORIANO, o certo é que a presunção de propriedade se estabelece pelo registro. E quem pretende ter adquirido ao proprietário não poderá conciliar essa pretensão, de modo algum, com o desmentido da publicidade oficial do domínio.

Claro que não nos referimos, aqui, à questão do herdeiro aparente; porque, em tal caso, a transmissão da propriedade se opera em excepção flagrante à regra da transcrição que não existe, entre nós, para publicar a transmissão do direito de propriedade por morte do seu titular.

Tudo o que acima ficou dito enseja formular uma conclusão. A exigência da boa fé, no seu aspecto de crença errônea, é exigida sempre com maior ou menor vigor, conforme os casos concretos; de qualquer maneira, porém, a real medida da excusabilidade dessa ignorância vem a ser a diligência ativa de quem invoca a crença errônea, para com ela se proteger.

Tem-se examinado, até aqui, as questões mais importantes, a nosso entender, ligadas à crença errônea. Os erros, de que tratámos, são erros de facto. *Quid*, se a crença errônea fôr baseada n'um erro de direito? Não consideramos realizado o mínimo do nosso objectivo se não examinarmos a questão que se oferece no conflito entre o princípio da boa fé e a regra — a ninguém é lícito ignorar a lei.

10 — BOA FÉ E CRENÇA ERRÔNEA

(Conclusão)

Haverá razão para distinguir com relação aos efeitos que nos interessam, entre erro de facto e erro de direito? A questão começa antes de se colocar aquela pergunta, porque é necessário indagar, antes, o que vem a ser erro de direito.

CARVALHO SANTOS pretende que o erro de direito é o

êrro sobre o verdadeiro direito (1); o que, evidentemente, não explica coisa alguma.

SAVIGNY considera êrro de direito o que incide sôbre uma *norma* jurídica, sôbre o direito objectivo, ao passo que é êrro de facto o que recai sôbre os factos jurídicos ou sôbre as condições queridas para a aplicação de uma regra de direito. Assim, o êrro de direito recai sobre a lei positiva de aplicação uniforme para todos, enquanto o êrro de facto incide sobre um ponto eminentemente relativo à pessoa que intervém no acto jurídico. Para o mesmo SAVIGNY, porém, o êrro consistente na falsa interpretação da lei de uma norma de direito já será um êrro de facto. Muitos autores sustentam, a êsse último respeito, opinião contrária (2)

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em acórdão de 12 de Janeiro de 1932, que há mesmo leis — as estrangeiras — cuja ignorância não importa em êrro de direito, mas de facto. Tratava-se de caso em que certo litigante pleiteava lhe fosse reconhecida prescrição aquisitiva, pelo facto de ignorar o regime de bens instituído pela lei nacional referente a uma estrangeira que lhe vendera um imóvel incluído em sua meação no inventário dos bens de seu marido, processado no Brasil. Firma-se, com isto, a doutrina de que as leis estrangeiras são, relativamente aos brasileiros, meros factos (3) Isto prova que não é tão simples como se poderia julgar a questão de definir o que vem a ser êrro de direito.

FUBINI, citado por ESPÍNOLA, pretende que a melhor definição é a que nos vem de DONELLO. “Todo o direito, real ou pessoal, tôda ação, tôda excepção tem sua origem em certas causas a que a lei atribuiu o efeito de fazer surgir certas

(1) CARVALHO SANTOS, *Cod. Civil Interpelado*, vol. I, pág. 65.

(2) ESPINOLA, *Factos Jurídicos*, vol. 3, parte primeira, pág. 275, Manual do Cod. Civil de PAULO DE LACERDA.

(3) C. SANTOS, *op. cit.*, vol. I, pág. 67.

relações de direito. Pode uma pessoa cair em êrro, quando, sabendo ou conhecendo que o direito nasce uma vez que se tenham produzidos certos factos, ignora, todavia a existência desses factos, isto é, que tais se produziram. Pode acontecer, entretanto, que essa pessoa conheça a existência dos factos mas ignore os efeitos que a lei lhes atribui. No primeiro caso, dá-se o êrro de facto; no segundo, o êrro de direito (4)

GUIMARÃES (5) faz notar que o êrro sôbre direito pode recair, ora sôbre a inteligência da lei, ora nos efeitos que fluem da norma jurídica. LAURENT prefere expressar genericamente que “existe êrro de direito quando uma das partes ou ambos os contratantes ignoram o direito e esta ignorância os induz em êrro sôbre a substância da causa” (6)

Isto pôsto, vejamos que conceito se pode dar ao êrro de direito. Será necessário supor, antes de tudo, que a ideia de êrro, genericamente, corresponde a um desajustamento, a uma falta de adequação entre a vontade, os efeitos queridos pelo agente, e o facto resultante da vontade, os efeitos realizados em virtude do acto ou do contracto.

Pode acontecer êsse desajustamento entre a vontade real e a vontade manifestada; pode ser que os efeitos queridos não sejam os mesmos efeitos realizados. E para êsse desajustamento causas de natureza diversa podem ter concorrido.

Figuremos um exemplo: Paulo vende a Pedro certo imóvel, ao qual, todavia, não tem nenhum direito. Pedro adquire o bem, na inocência daquela circunstância. Erra, inquestionavelmente, quanto ao *direito* que tinha o vendedor sôbre o imóvel. Não se trata, porém, de um êrro sôbre uma norma de direito, pois o comprador conhecia a vedação legal que não permite a alienação de coisa aleia.

(4) ESPINOLA, op. cit., pág. 275.

(5) *A boa fé no direito civil brasileiro*, pág. 32.

(6) *Principes de Droit Civil*, vol. 15, n.º 505.

Uma observação pode ser feita desde logo: o erro sobre o direito não é a falsa noção que se tem sobre os direitos subjetivos das pessoas; é sobre o direito objetivamente considerado, sobre as exigências de caracter estatal que disciplinam a produção de efeitos jurídicos.

Devemos considerar agora que, errando sobre regra de direito objetivo, pode a pessoa que se engana ignorar completamente qualquer exigência da lei sobre o modo de se cumprir determinado acto jurídico; mas pode também conhecer-lhe a existência, tendo, entretanto, falsa ou errada noção daquelas exigências. Também aqui o erro diz respeito a direito objetivo ou ordem legal. Será erro de direito.

Finalmente, o agente, ao praticar determinado acto, fá-lo com o fim de obter determinados efeitos, que a lei, todavia, lhe obsta, no todo ou em parte. Dá-se aí, inquestionavelmente, erro também sobre direito.

Assim, pode-se definir erro de direito aquêle quê, por força de ignorância ou falsa noção de disposição de lei, leva o agente a querer ou não querer certos efeitos que a ordem legal lhe recusa, no todo ou em parte, ou lh's torna obrigatórios e necessários.

A análise desse conceito revela, imediatamente, que o erro sobre direito é sempre o resultado de um falso julgamento sobre as condições legais sob as quais se cumprem determinados actos. Com isto se exclúe desde logo a infração voluntária ou deliberada do texto ou da norma legal, como fonte de erro sobre direito.

Estabelecido o conceito, resta saber se se admite como capaz de criar direitos subjetivos o erro sobre o direito, e em que condições.

Á falta de um texto disciplinando especial e expressamente a hipótese, pareceu ao insigne e sempre citado CLOVIS BEVILÁQUA que a resposta negativa se impunha. Entendeu o mestre que só havia a tratar do erro de facto, poque "este é que pode influir sobre a eficácia da vontade" e o que chama-

do “êrro de direito não pode referir-se jamais ao conteúdo mesmo do acto jurídico”, acrescentando que a referencia, que a essa espécie de êrro faz o Código Civil italiano, não pode trazer sinão confusão. (7)

Para CLOVIS, o êrro de direito só poderia referir-se á capacidade do agente, á proibição do acto ou á sua forma. Na primeira hipotese, o acto seria nulo ou anulável; na segunda e na terceira, também a lei provê sôbre as soluções adequadas, não se explicando, de nenhum modo, qualquer insistência sôbre a matéria.

Rebate ESPINOLA, indagando se, fóra daquêles casos, em que, realmente, a lei mesma provê, sôbre as soluções adequadas, não poderia haver êrro de direito que se apresente como determinante de uma declaração de vontade. (8) Parece-nos entretanto que, ainda que se resolva afirmativamente o problema, não se terá resolvido a objecção formulada por *Clovis Bevilacqua*. Pois a questão, com efeito, não está em saber, como a coloca ESPINOLA, se poderá haver êrro de direito que se apresente como determinante de uma declaração de vontade”. O que importa são os efeitos, e quais efeitos, do êrro de direito; se êle pode fazer nascer direitos e sob que condições. Tal, o problema.

Concedamos, porém, antes de encarar de frente o problema, em passarmos rápida revista na doutrina sobre a matéria, porque, da maior ou menor generalidade do princípio de atribuir efeitos jurídicos ao êrro de direito, pode-se deduzir o seu fundamento e a sua necessidade. Será pouco provável, com efeito, a adopção universal de princípios extra leges que vão produzir soluções já constantes de textos expressos.

A propósito do Código Civil francês, que não considerou expressamente a hipótese, entenderam os seus comentadores que, sob a forma genérica preferida pelo legislador se abrangiam

(8) ESPINOLA, op. cit., pág. 271.

tanto o erro de facto como o erro de direito. LAURENT, por exemplo, acentuava: "O texto do art. 1.109 é concebido em termos gerais. Não há consentimento válido se foi causado por erro. Estes termos excluem qualquer discussão: todo erro vicia os contractos; dizer que somente os erros de facto é que os viciam, é restringir a lei, é modificá-la; o intérprete não tem esse direito; eis porque se diz que onde a lei não distingue a ninguém é lícito distinguir. Há um outro texto, o art. 1.379, em que se inscreve: Quando uma pessoa que, por erro, se acreditava devedora, pagou uma dívida, tem o direito de repetição contra o credor". Este segundo texto é ainda mais decisivo que o primeiro. Com efeito, é sobretudo em matéria de pagamento indevido que a questão foi controvertida: os autores do código não o ignoravam; se tivessem querido distinguir entre erro de facto e erro de direito teriam inscrito a distinção na lei; pelo facto de que a não consagram, rejeitam-na. E' decisivo".

E' preciso notar que, admitindo erros de direito, não lhes atribuiu LAURENT efeitos criadores de direito. Pelo contrário, aquelas palavras acima transcritas, são precedidas da seguinte consideração: "Ha erro de direito quando os co-herdeiros admitem à partilha uma pessoa que é parente, mas a que a lei não atribue herança, enquanto os interessados, por ignorância da lei, crêem-na sucessível. Este erro de direito anulará a partilha? Controvertida no antigo direito, a questão ainda o é império do Código; a jurisprudência e a maior parte dos autores se tem pronunciado pela afirmativa. Não hesitamos em abraçar esta opinião". (10)

Nesse caso, é de toda evidência que não se pode falar em efeitos jurídicos ou criadores do erro de direito. A partilha, a que alude LAURENT invalidou-se não por causa da qualidade do erro, mas por infração à lei. Foi a desobediência às prescrições desta o que determinou a ineficácia do acto impugnado.

(10) LAURENT, loc. e op. cit..

Ora: o que estamos pesquisando é exatamente a possibilidade do erro de direito aparecer como causa criadora de direitos.

Esse efeito criador de direitos já desponta, porém, no acórdão a que alude ESPINOLA (11), da Côte de Agen, de 17 de maio de 1887: “não basta, para afirmar a validade de uma declaração de vontade ou de uma obrigação por erro de direito, invocar a máxima que a ninguém serve de escusa a ignorância da lei; a aplicação dessa máxima, aliás, deve ser limitada aos casos em que a lei fixe prazos ou imponha obrigações **E NÃO SE ESTENDER DE MODO A PREJUDICAR INTERÊSSES, QUE, AO INVÉS, DEVEM SER PROTEGIDOS**”.

Se passarmos ao direito italiano, já aí nos defrontamos de cheio com a questão. Ali, o art. 1.109 dá expressamente efeitos criadores de direitos ao erro sobre o direito: “*O erro de direito sòmente produz a nulidade do contracto quando lhe fôr a causa única ou principal*”.

DONAT, citado por LAURENT, já ensinara: “Se o erro de direito não foi a causa única da convenção e o que sofreu prejuízos em virtude dêle tê-los-ia por qualquer outro motivo, o erro não bastará para anular a convenção. Assim, por exemplo, se um herdeiro trata com um legatário e paga ou se obriga a pagar-lhe certo legado na sua totalidade, na ignorância do direito que tinha, de ficar com parte dêle, porque o testador legára mais do que podia fazê-lo, esta convenção não será nula. Porque o herdeiro podia ter-se obrigado a pagar os legados na sua totalidade, para executar plenamente a vontade do defunto a quem sucede”. (12)

Pode ser que o legislador italiano se tenha inspirado nas observações dos autores francêses para incluir aquele dispositivo, do qual se pode inferir, a contrário sensu, que o erro de direito torna válidas as obrigações se destas não constitue causa principal ou única.

(11) ESPINOLA, op. cit., pág. 274.

(12) LAURENT, op. cit., pág. 583.

Desse facto nascem três consequências importantes para o nosso estudo: uma é que o êrro de direito pode não excluir a validade do acto jurídico; outra é que, se se concede essa prerrogativa ao contratante, por maior razão se haverá de estendê-la ao terceiro; finalmente, admitido o êrro de direito como causa de nulidade, logo a jurisprudência — atesta GORPHE — admitiu-o igualmente como causa de boa fé.

Como a doutrina do êrro de facto desculpável encontrara forte obstáculo na existência de direitos comparados pela lei e que ela sacrificava, também o mesmo facto vai servir de impedimento à constituição da doutrina sobre os efeitos criadores do êrro sobre direito. Desta vez, porém, mais grave é a objecção. Porque, se, ali, defrontavam-se o princípio da boa fé e um direito, este devendo ceder àquele, aqui o que deve ser sacrificado ao princípio é a própria lei, no seu sentido absoluto.

A antiga regra romana — *nemo jus ignorare consetur* — tinha aí o seu papel a desempenhar. Entendida, a princípio, como presunção *juris et jure*, oponível a todos, não seria possível admitir, porque contraditório, a ignorância da lei como excusa ao êrro sobre direito. Não obstante, e apesar daquela regra ter sido em França consubstanciada em lei, não se impediu que a doutrina e a jurisprudência acabassem por impôr as consequências jurídicas do êrro sobre a velha máxima, estabelecida legalmente como presunção. “Isto não significa, absolutamente, diz GORPHE, que, por uma ficção absurda, reputem-se a todos conhecedores de todas as regras de direito, e que a sua ignorância não possa e não deva nunca, sob certas condições, ser tomada em consideração”.

LAURENT já examinára o alcance da velha máxima e respondera às objecções: “... admite-se o adágio quando se trata de uma lei de interesse geral, ninguém podendo invocar a ignorância de uma lei de tal natureza. E porque afastar-se a máxima quando se trata de relações de interesse privado? Si se presume conhecermos as leis que não dizem respeito imediatamente aos nossos interesses, com maior razão se deve presu-

mir que conhecemos as leis que temos interêsses de conhecer. Respondemos que se não se admite aos particulares alegar a ignorância das leis de ordem pública, não é porque se presume que sejam conhecidas, mas porque ha uma necessidade social que tudo domina: a sociedade não poderia subsistir se cada pessoa podesse desobrigar-se do cumprimento de uma lei de ordem pública dizendo que a ignora. Eis a verdadeira razão pela qual o erro não pode ser invocado em matéria de ordem pública". (12)

Responde LAURENT, em seguida, à objeção formulada por DONEAU, de que há sempre uma culpa imputável àquele que desconhece o direito, não que os homens todos devam ser tidos como obrigados a aprender as regras jurídicas; mas não seria razoável notar que nada impede os que contractam a tomar os conselhos dos entendidos? Tal objeção, prossegue LAURENT, só poderia ocorrer, entretanto, a quem não tivesse presente que o facto da ignorância, que impede o conhecimento das regras jurídicas, é o mesmo que impede o contractante de advertir-se da necessidade de advertências ou conselhos dos jurisconsultos.

Também CUNHA GONÇALVES, apesar de conceder àquela máxima, transformada em Portugal no art. 9.º do Código Civil, o character de presunção, (o Estado, proporcionando a todos a oportunidade de conhecerem a lei pela publicação reputa-os sabedores dos textos, pois se os não conhecem é por culpa própria) — CUNHA GONÇALVES reconhece como fundamento da regra uma necessidade social imperativa. (14)

CLOVIS BEVILAQUA, à sua vez, exprime que a lei impõe-se à obediência de quantos habitam o território nacional, porque se o direito é uma das condições da existência da sociedade e tem na lei a sua expressão comum, é uma necessidade

(13) Idem, pág. 581.

(14) *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, n.º 24, pág. 143.

social torná-la obrigatória desde que fôr publicada sem excepção da ignorância, o que tornaria o texto legal vacilante e frustâneo". (15)

De qualquer maneira, ao substituir-se a concepção da máxima — *nemo jus ignorare consetur* — como presunção *de jure et juris*, pela concepção de obrigatoriedade por necessidade social (16), permitiu-se o entender-se com mais liberdade o poder criador da vontade legitima contra as exigências legais, fortalecendo-se a idéia do princípio criador dos êrros sobre direito.

Se, com efeito, a lei dispõe, muitas vezes, visando a interesses meramente particulares, sôbre relações que vão interessar unicamente os próprios contratantes, não se ofenderá aquela segurança, a que visa a obrigatoriedade legal, se a não observância do texto não tocar à ordem pública e se fôr desculpável.

O facto, portanto, de não haver no direito brasileiro especial referência a êrro de direito não pode excluir a sua consideração. Não tem razão, — parece-nos — o insigne CLOVIS ao ter pretendido não ser possível êrro de direito fóra dos casos que informa, para os quais existem, aliás, sanções apropriadas.

Mas o problema ainda não se resolve nos seus termos verdadeiros se não estudarmos as condições sob as quais pode o êrro de direito ser utilmente invocado. Os autores fazem notar na sua unanimidade, que para admitir-se a útil invocação do êrro de direito, exige-se um rigor maior que para a simples admissão dos êrros de facto. A razão, que nos parece clara, deve-se inquestionavelmente ao facto de que, no primeiro caso, estabelece-se o conflito unicamente entre os próprios interessados, um defendendo a ineficácia de sua vontade, outro defendendo a manifestação tal qual se oferece. Na segunda hipótese, porém, o conflito é o da vontade que deseja realizar-se plena-

(15) CLOVIS, *Cod. Civil Comentado*, vol. I, obs. ao art. 5.º.

(16) CARVALHO SANTOS, n.º I, pág. 64.

mente, tal qual é nos seus mais íntimos refólhos, e a lei, que quer impôr a sua vigência, vencendo as vontades, indo de encontro a todas as circunstâncias contrárias ao seu império.

Nêsse conflito, porém, a magestade da lei vai ceder ao império da vontade. Que é que faz recuar o soberano Estado, diante da frágil, impotente e desgarrada vontade humana? E' onde se afirma mais esplendoroso o princípio jurídico, nêsse belíssimo espectáculo que os olhos do espírito não cessam de louvar: "... porque, nêstes casos, o outro contraente tinha também a obrigação de conhecer a lei e procedeu de má fé; entre os dois ignorantes da lei, *protege esta o que está de boa fé*" (17)

E', com efeito, a boa fé que explica e aclara os domínios da teoria sobre êrro de direito.

GUIMARÃES escreve: "Alega-se que o êrro de direito pode motivar a boa fé, nas mesmas condições que o êrro de facto. Pois se de uma parte se presume que ninguém desconhece a lei, de outro lado também se deve presumir que ninguém contravenha, cientemente, a ordem legal. Ambas as presunções se desfazem, para ficar o êrro de direito no mesmo pé da igualdade que o êrro de facto". (18)

CROME, citado por ESPINOLA, também acrescentára: "Com essa questão (a importância da máxima *nemo jus ignore consetur*) não se confunde a de saber se é possível invocar a falta de conhecimento jurídico ou o êrro de direito, *quando está em jôgo a boa fé ou a culpa de uma pessoa. Há aqui a suposição de outras circunstâncias que condicionam a eficácia jurídicas a culpa, a boa ou a má fé*". (19) BEUDANT concluiu mais expressamente: "*A equiparação do êrro de direito ao de*

(17) CUNHA GONÇALVES, op. e vol. cit., pág. 145.

(18) GUIMARÃES, op. cit., pág. 33.

(19) ESPINOLA, op. cit., pág. 281.

facto é uma aplicação das regras protetoras da boa fé nos actos do homem". (20)

A boa fé que justifica e está mesmo à base da proteção ao erro sobre direito, revela-se como tal mais claramente se passarmos em revista as várias hipóteses que a doutrina e a jurisprudência exceptuam da proteção jurídica. Eis algumas regras.

1.^o) — *A ignorância da lei não aproveita a quem pretende eximir-se das obrigações impostas pela mesma lei.* (20) — A violação da lei produz todas as consequências jurídicas, mesmo contra quem a ignora, seja qual for o motivo da ignorância. Mas não prejudica a quem a lei pretendia favorecer e não se aproveitou ainda de sua proteção. COELHO DA ROCHA (21) e BORGES CARNEIRO (22) admitiam que a ignorância da lei pudesse ser invocada por mulheres, menores, soldados e rústicos. CARVALHO SANTOS, citando ESPINOLA, expressa a regra em termos algo diferentes, dizendo que a inexcusabilidade do erro de direito é uma consequência do fim a que visa o que diz ignorar a lei, ao invocar o *error juris*; de modo que nada obsta a que a ignorância possa ser invocada, para evitar as consequências do acto, em cuja formação teve interferência a bondade viciada por aquele erro. (23)

2.^o) — *A ignorância da lei só não aproveita, quando a obrigação resulta exclusivamente da mesma lei* (24) — É preciso, sempre, para que a ignorância não aproveite, que a obrigação decorra exclusivamente da lei. Quando ela deriva de um

(20) Idem, pág. 274.

(21) *Instituições de Direito Civil.*

(22) *Direito Civil.*

(23). Op. e loc. cit.

(24) CUNHA GONÇALVES, op. e loc. cit.

contracto em que o consentimento de um dos contraentes foi dado por êrro de direito sobre a causa do mesmo contracto, pode ser alegada a ignorância da lei ou a sua errada interpretação; porque, em tal caso, o outro contratante devia também conhecer a lei e o direito beneficiará dentre os dois ignorantes o que estiver de boa fé.

3.º) — *O êrro de direito pode ser invocado quando fôr presupôsto de um facto jurídico* (25) — Assim, se à ciência da lei estão ligados certos efeitos prejudiciais, o êrro produz a exclusão dêstes efeitos, como na culpa, no dolo, mesmo penal: é o êrro negativo. A ignorância actua positivamente quando o êrro é parte constitutiva do facto que produz certas consequências favoráveis: na posse, na prescrição, na restituição dos frutos, etc..

4.º) — *O êrro de direito pode ser invocado quando não há publicação efetiva da lei a que o êrro se referir* (26) Para que haja publicação, não basta a simples impressão nos jornais oficiais; é preciso a circulação do diário ou periódico nas circunscrições em que tiver sido invocada a ignorância do direito. Por isso, os costumes, a lei estrangeira, bem assim os estatutos de posturas não publicados — todo isso são considerados meros factos, que não obrigam aos que dêles não tiverem conhecimento; assim como entram na mesma categoria as leis que, por fôrça maior, guerra, cêrco, etc. não chegaram a ser conhecidas dos habitantes das zonas em que se verificarem esses factos. Res-salva-se, contudo, que a circulação se considera realizada quando a lei foi conhecida pelo menos entre as autoridades de certa circunscrição e estas a puzeram em aplicação.

5.º) — *O êrro de direito não pode ser invocado quando o*

(25) Idem, op. e loc. cit.

(26) Idem, op. e loc. cit.

agente, aplicando diligência normal, teria tido conhecimento da lei (27) — Tanto faz conhecer a lei quanto ter podido conhecê-la. A consulta jurídica entra na categoria do exame leal do direito a adquirir e impõe-se pela regra moral da probidade.

6.^o) — *O erro de direito pode ser útilmente invocado quando a lei, a que se refere, é duvidosa ou controvertida ou não se estabelece de maneira explícita.* (28) — Isto significa que a boa fé não é admissível se o erro é cometido em violação de uma norma clara e formal. A jurisprudência francesa — diz GORPHE — é rigorosa nêsse ponto. Mas não se pode deixar de entender que a regra em aprêço sòmente é aplicável quando a divergência dá-se em relação ao entendimento da verba legal, não quanto ao seu conhecimento mesmo. Aqui cabem perfeitamente as palavras de LAURENT, atrás citado, para quem a ignorância que leva a desconhecer a lei é tal que opera seja a lei clara, ou ambigua. A clareza ou a ambiguidade sòmente pòdem influir quanto ao entendimento ou a interpretação da mesma lei, mas não pode qualificar, de nenhum modo, a ignorância total do texto. Quando uma lei é duvidosa ou controvertida ou se trata de uma disposição não explícita, a solução pode ser diversa. Assim, admite-se a boa fé do filho adulterino que recolhe a herança de seu pai na suposição de que é filho legítimo.

7.^o) — *O erro de direito deve ser pessoal e contemporâneo do acto que produziu* (29) — Em princípio, o erro deve ser pessoal ao que o invoca e ter existido no momento do acto em relação ao qual é invocado. Trata-se, em ambos os casos, de uma regra imposta pelo senso comum, que é a de que ninguém

(27) GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, págs. 254 e segs.

(28) Idem

(29) Idem.

poderá querer beneficiar-se da boa fé alheia. Existem, porém, excepções, como no caso do sucessor a título universal, que se beneficia da boa fé de seu antecessor, aproveita-se dela; ou no do sucessor a título singular, a quem se permite juntar, querendo, as qualidades da posse de seu antecessor. Também a excepção opera no caso do mandatário, que, representando o mandante, é naquele que se deve apreciar a extensão e o sentido de seu erro. Tal consideração não póde ocorrer, porém, relativamente ao representante legal dos incapazes, porque o representante, em tal caso, tira o seu poder da lei e não da vontade do representado. O erro do representante aproveita ao tutelado, resalvada a sua responsabilidade delitosa cabível. Mas o erro de direito ainda só pode ser invocado quando existe no instante em que o acto se realiza. E' pelas circunstâncias sob as quais nasce o acto que êste se qualifica. Em matéria de posse por exemplo, entende-se que ela mantém o mesmo character com que foi adquirida, até que as circunstâncias façam presumir que se possue de modo diferente. Certos códigos antigos contentavam-se com a boa fé no começo, ou melhor, por ocasião do nascimento do acto; mas a regra vitoriosa nos códigos modernos é a exigência do direito canônico sobre a permanência da boa fé. Não quer dizer que, nesse caso especial, simples dúvidas, concebidas pelo possuidor, bastam para excluir a boa fé; é necessário que haja a convicção da ilegitimidade, sem o que devem prevalecer os caracteres inocentes do início da boa fé. Deve haver, porém, um caso em que a boa fé não é requerida no momento putativo, em que, por considerações especiais, em homenagem aos esposos que, tendo contractado uma união que acreditavam legitima, não têm ânimo de romper suas relações.

Em todos êsses princípios, que norteiam, segundo a doutrina, a aplicação do direito nos casos de erro, perpassa dominante a idéia da boa fé. Aquelas regras são todas função da boa vontade da crença excusável, cuja medida é o respeito àquele que procede honesta e lealmente. A boa fé assume aqui, uma ficção mitigadora dos excessos da lei; o ordenamento ju-

rídico expresso na letra morta da lei vivifica-se sob a inspiração da boa fé; não actua como um facto físico, necessário, indiferente às contingências e vicissitudes humanas. Ela, a boa fé, representa o cerebro, o coração e os sentidos da norma legal, flexibilizando o direito, estendendo-a aqui a casos não previstos, restringindo-a mais adiante em respeito a situações que merecem se desenvolvam livremente. A lei eleva-se, deste modo, da impassibilidade própria da matéria, à sensibilidade das cousas do espírito. A lei, em si mesma e só por si mesma, é um corpo sem vida; quem lhe assopra a alma, que a transforma em um organismo conciente na realização de seus fins não é sinão um princípio que lhe serve, ao mesmo tempo, de guia e condutor — é o princípio da boa fé.

CONCLUSÃO

A esta altura, parece-nos que é necessário concluir. Apreciámos a boa fé sob vários aspectos: primeiramente como princípio informador da legitimidade da vontade, como critério de avaliação e interpretação dessa vontade; depois, como exigência da vida contractual, impondo-se aos contractantes, exigindo dêsses e dos terceiros a máxima lealdade; finalmente, vimo-la como crença errônea e desculpável, que é sem dúvida o aspecto mais importante.

Relendo os capítulos anteriores, resta-nos, porém, uma impressão de desalento. O que fizemos não ultrapassou a medida das generalidades; entretanto, o exame dessas generalidades era apenas um primeiro passo no estudo a que nos propunhamos inicialmente. Nossa idéia, com efeito, era começar pelo estudo geral da bôa fé; em seguida, tratarmos de suas diversas aplicações no domínio do código civil; depois, os reflexos da boa fé na jurisprudência; finalmente, a boa fé no actual projecto do Código de Obrigações.

Julgávamos que essa tarefa podia ser desempenhada dentro do tempo que dispunhamos (e não diremos que dias foram esses); mas qual! na verdade, fazíamos um juízo muito optimista das nossas reais possibilidades, subestimávamos demasiado o assunto que agora reconhecemos ser tão grande!

Ainda assim, estaríamos pagos do nosso esforço se ao menos ressaltasse com clareza, de modo que podessemos dizê-las agora, as conclusões, que se impõem a todo trabalho intelectual, por menor que seja o seu mérito.

A boa fé é um princípio de direito? Aplica-se ainda nos casos em que a lei não lhe faz referência expressa? Essas questões, cujas respostas deveriam estar implícitas no desenvolvimento das idéias expostas, poderemos mencioná-las já agora?

Tentaremos realizar esta operação de síntese com as poucas luzes de que dispomos.

A boa fé é um princípio de direito, isto é, tem aplicação generalizada, e não constitue mera excepção no domínio jurídico, para produzir efeitos somente quando a lei lh'os atribuir expressamente.

Se é um princípio, é necessário descobrir-lhe a unidade, no meio da triplicidade de aspectos sob que foi examinada a boa fé. Com efeito, àquela triplicidade de aspectos corresponde também uma triplice função: função interpretativa, função informativa da validade dos contractos, função criadora de direitos. Então, onde encontrar a unidade e a generalidade essenciais a todo e qualquer princípio?

Se se observa, porém, com maior cuidado estas aplicações da boa fé, descobre-se facilmente a unidade do princípio. Aqueles diferentes aspectos, aquelas diversas funções não passam de modalidades de aplicação de um mesmo facto.

Na verdade o objecto da boa fé não é a vontade em si mesma, mas um facto que adhire a esta última, qualificando-a. Então, a vontade se torna uma boa vontade, que se manifesta pelos caracteres de legitimidade, de lealdade e de erro inocente. Como vontade legítima, deve-lhe a lei respeito, valorização. En-

tão a boa fé impõe-se ao agente da declaração e serve como regra imposta ao juiz à sua interpretação. Como vontade legítima, dotada de um valor próprio, devem as partes realizá-la no contracto, os terceiros não podendo impedir a sua eficácia. Sob êsse aspecto, opõe-se a boa fé diretamente ao dolo e à fraude. Enfim, é ainda a boa vontade que faz com que a lei, diante da violação à lei ou ao direito, permita mitigar o rigor das sanções proibitivas, afrouxando a coação legal, ou, mesmo, dando efeito à expectativa legítima do agente.

Sob aquêlê primeiro aspecto, a boa fé aparece concretizada no princípio: A boa fé se presume. No segundo aspecto, o princípio encontra sua consagração na máxima: os contractos devem ser cumprido segundo as exigências da lealdade, isto é, tal qual se convencionaram. Sob o terceiro e último aspecto, revela-se a sua função creadora na máxima: *Error communis facit jus*.

Esta última modalidade é, sem dúvida, a que maior riqueza de aspectos e de aplicações oferece ao estudioso.

Em livro valiosissimo, que mereceu os melhores elogios do grande CLOVIS, chega a conclusões semelhantes o Dr. ALÍPIO SILVEIRA. Distingue o escritor entre boa fé como facto e como princípio. Como facto, a boa fé pode ser entendida como consciência de não prejudicar, ou como consciência de não prejudicar fundada no êrro ou ignorância. Como princípio — entendido como causa produtora de efeitos jurídicos — atribue ALÍPIO SILVEIRA à boa fé estas três funções: a) — *função supridora de nulidades, integradora de capacidades e saneadora de vícios*, correspondendo ao aspecto da boa fé baseada no êrro ou na ignorância; b) — *função interpretativa da lei e da vontade das partes*, correspondendo ao aspecto de exigências relativas à formação dos actos jurídicos, em benefício dos contractantes; c) — *função moralizadora*, correspondente ao aspecto de exigência de probidade em todas as manifestações da vida jurídica. (1)

(1) *A boa fé no direito civil*, págs. 181 e segs.

Sob êsse ponto de vista, a boa fé aparece como princípio informador da vida jurídica, isto é, encontra-se à base e fundamento da lei, que lhe dá expressamente efeitos jurídicos.

Mas não basta essa função informativa. A boa fé, igualmente, acaso informará a vida jurídica fóra dos casos expressos? ou, a melhor dizer, tem a boa fé uma função integrativa do direito?

Aqui a matéria oferece dificuldade, que se reflete na controversia existente entre os doutores.

Quando examinámos, em nota ao capítulo VII, a vacilação dos elaboradores do último Código Civil argentino, no que se refere à consagração do princípio, num dos seus aspectos, vimos em que termos se manifestou alí uma das tendências em conflito, segundo a qual a boa fé sòmente pode valer enquanto e nos casos em que a lei lhe der efeito, expressamente.

E' esta a mesma doutrina de COVIELLO, para quem a boa fé "é um conceito demasiado vago e elástico, para que possa tomar-se como fundamento de uma determinada instituição jurídica"; (2) donde se infere, prossegue COVIELLO, "que sòmente pode valer na medida em que a ordem jurídica o tenha tido em conta". (2)

Como o autor citado, manifesta-se GIUSEPPE PIOLA, para quem os efeitos da boa fé se restringem a casos excepcionais". (3) — FUBINI vai nas mesmas águas, ensinando que os casos de aplicação do princípio da boa fé são *taxativamente* declarados em lei.

Não se poderá recuar, de tal modo, o grande peso das objeções levantadas contra o princípio, como aplicáveis aos casos não previstos na lei. Todavia, não é possível iludir que em sua maior parte, juristas que trata da matéria não podem deixar de reconhecer a critério da boa fé a sua extensibilidade a casos não

(2) *A boa fé no direito civil*, pág. 186.

(3) *A boa fé no direito civil*, pág. 186.

previstos na lei, por força da regra de que, nos casos omissos, recorrem-se à analogia ou aos princípios gerais de direito.

Pretender-se-ia que o princípio, no caso, não tem aplicação; porque a lei, que abre excepções aos casos gerais, só abrange os casos, que especifica. A luta, colocada nesse terreno da possibilidade de um conflito lógico, perde realmente todo o interesse. Porque o logicismo jurídico perde, a cada dia, mais e mais terreno nos processos da investigação científica do direito. Não seria nem mesmo o caso de perguntar se existe, na realidade, conflito lógico entre os dois princípios enunciados.

A verdade é que, não obstante não se inscrever a regra da boa fé como princípio geral, salvo em raras legislações, ou estabelecê-la unicamente como princípio relativo a determinada instituição, — esse facto não lhe tira, sem qualquer dúvida, o carácter de ampla generalidade.

Na Argentina, onde, como já vimos, sob pretexto vários, que não servem senão para cobrir excessiva timidez, o legislador é particularmente alérgico à consagração do princípio como norma geral, ainda assim, como vimos, os mais ilustres juristas daquele grande país não podem deixar de reconhecer a sua ampla generalidade.

E, quando embora o recusem em tése, como no caso do art. 1.071, os factos os levam insensivelmente a reconhecer a universalidade do princípio, pelo recurso, a que ficam obrigados, aos processos da analogia. Assim é que, em matéria de abuso do direito, foram forçados invencivelmente a admiti-los, não obstante a evidência do obstáculo do art. 1.071. O mesmo facto vai reproduzir-se em relação à questão do êrro de direito. Deste modo, ainda que, em teoria, muitos autores discrepem do princípio, vêm-se todos, na prática, na dinâmica do direito, obrigados a reconhecê-lo e aplicá-lo.

Com isso, aliás, não fazem sinão transportar para o mundo das sanções jurídicas aquilo que está na consciência de todo mundo: o dever da lealdade impô-se mais vigorosamente do que as próprias leis; por outro lado, invencível é a tendência, no seio

da grande massa, de olhar com simpatia as situações que têm por si a crença errônea e excusável, em suma, a boa fé, para efeito de mitigar-se os rigores das sanções da ordem jurídica, e, mesmo, dar-se efeito jurídico às legítimas expectativas.

Na vida social, a verdade é que grande número de ações se passam à margem, mesmo contra demasiadas exigências da norma jurídica. Êsses actos e êsses contractos, todavia, que não têm qualquer proteção da lei, sofrem, contudo, menos violações por parte dos interessados do que aquelas normas que têm por si a proteção legal.

Diriam agora que é um contrasenso invocar um princípio de natureza moral incidindo sobre a amoralidade. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que o reconhecimento das virtudes morais, observadas pelos que praticam actos proibidos pelas leis, são uma espécie de moralização da amoralidade. Se, portanto, no próprio domínio da amoralidade, como naqueles actos que constituem contravenção (jôgo, etc.), a lealdade é um dever invencível, quetem como consequência penetrá-los de um mínimo de moralidade, — mais beneficos serão os resultados se à regra cadavérica da lei insufla-se o impulso moralizador da boa fé. Não se trata, aliás, de moralizar (porque a regra jurídica não pode ser amoral ou imoral); trata-se propriamente de vitalizar, dinamizar, humanizar a lei, torná-la sensível ao invés de impassível, espiritualizá-la em vez de materializá-la, realizar enfim uma função adaptadora da lei aos factos e à justiça.

Não se pode medir os factos da vida social pelo metro rígido da regra jurídica; a lei deve ser um fio flexível, disse um escritor, não uma barra de ferro.

A verdadeira objeção contra a jurificação do princípio da boa fé vem propriamente do materialismo e do formalismo jurídicos.

GEORGES RENARD dá-nos um quadro admirável da vida do direito formalista: “Eis a tarefa do jurista: conhecer as leis e os regulamentos, possuir os autores, estar sempre em dia com

a jurisprudência. Nos julgamentos ou nas discussões, ater-se às citações dos trabalhos preparatórios dos códigos, à invocação dos precedentes. Nas bibliotecas, Dalloz, Sirey e a Gazette du Palais. Um mecanismo impecável, um admirável monumento de retórica, o esplendor das argumentações. Estes honoráveis autores contestarão a existência de problemas morais acima dos problemas da técnica jurídica? Absolutamente. Mas os problemas morais — pensam êles — isto não nos interessa, do mesmo modo que os grandes matemáticos não se interessam pela multidão dos “mécãos” que constróem as máquinas e as põem em movimento. E’ preciso que cada qual ocupe o seu lugar; e quando alguém ocupa uma posição de quarta ordem, não tem que se intrometer no que se passa no conselho superior da usina. Que digo? Nossas formas jurídicas estão completas; desde que a forma é exata, que mais interessa ao juiz? Seria uma intolerável inquisição se se penetrasse até as realidades; seria necessário prescrutar as intenções; *isto seria a confusão entre o direito e a moral*”. (4)

Mas é exatamente esta separação, tão temida, que leva á extraordinária incompatibilidade entre o fundo e a forma, e, por consequência, à irresponsabilidade moral do jurisconsulto e do juiz. Um prejudicado está vencido pela injustiça, cheios de lágrimas os olhos. “Nada posso fazer” — exclama o juiz. Eis o escândalo aos olhos da consciência pública. A grande massa do povo não entende, com efeito, as decisões da jurisprudência. Uma é a consciência popular, feita de razões naturais de justiça; outra, a consciência formalística dos juizes e dos legisladores. Êsse conflito deforma a verdadeira justiça, e então poderá dizer-se como Frederico, o Grande: “Je prends, je pille, je vole; ensulite mes légistes trouvent à tout cela, sur commande, d’excellentes raisons”...

Todavia, o problema dos tempos modernos é a democratiza-

(4) GEORGES RENNARD, *Le droit, la justice et la volonté*, pág. 64.

ção do direito: estender cada vez mais a sua proteção à grande massa do povo. E não só isso, mas torná-lo cada vez mais acessível à mentalidade popular.

Para vencer essa dissociação entre a massa e as elites jurídicas não ha outro meio que o de fazer penetrar as regras jurídicas de um conteúdo moral. O princípio da boa fé, extensivo a todas as relações, como informador da lógica jurídica e integrativo da lei, é um dos meios de democratização.

Repizariam na velha objeção da vacuidade da boa fé, que ela se entroza e se confunde com outros princípios, principalmente o da responsabilidade, no qual submerge. Entretanto, trata-se da aplicação direta de um princípio autonomo — diz GORPHE: — é um princípio de irresponsabilidade. “E’ por que, e na medida que os terceiros não podem ser responsabilizados por seu êrro, que devem ser mantidos nos direitos que adquiriram de boa fé. E’ a virtude mesma da boa fé que legitima e torna válida a aquisição, e a perda do direito do verdadeiro titular é-lhe consequência necessária, ainda que indirecta, em razão do conflito de dois direitos, numa espécie de luta pela sobrevivência na ordem jurídica. A boa fé tem um valor moral que se impõe, com a força da consciência, nos domínios jurídicos em que se manifesta. E’ por êsse valor que os actos do homem honesto chamado juridicamente terceiro de boa fé merece a proteção da lei ou da justiça, mesmo em detrimento de direitos mais antigos, cuja conservação não foi assegurada com bastante zelo pelo respectivo titular. Êste valor, que os moralistas proclamaram e que os juristas, legisladores e juristas, no seu ânseio de justiça, são levados a reconhecer cada mais, está consagrado no que chamamos o princípio da boa fé”. (5)

Essas palavras resumem muito bem a conclusão deste trabalho, que pretende ser uma tentativa, e não mais do que isso, de justificar a boa fé, definindo-lhe os contornos e justificando-lhe as qualidades de princípio ao mesmo tempo informativo e integrativo do direito.

(5) GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, pág. 241.