

Seminário nacional sobre o novo código civil - oab/mg - 26/08/2002 - parte geral

DR. JOÃO BAPTISTA VILLELA

PARTE GERAL: FATOS JURÍDICOS

Eu devo como primeira palavra registrar aqui a honra de que me sinto possuído pelo convite que me deferiu a Escola Superior da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, de cuja fecunda e benéfica atuação junto à comunidade jurídica eu sou, em 1º lugar, testemunha e depois também honestamente colaborador.

O Dr. Vitor Marcelo que figurava comigo no programa do Seminário como responsável pela Parte Geral do Código teve em boa hora a iniciativa de me telefonar para propor uma repartição temática de modo a que nós pudéssemos juntos cobrir todo o segmento da Parte Geral, mas que ao lado disso não incorrêssemos em repetições desnecessárias. E como S.Exa preferiu falar sobre a 1ª parte da Parte Geral, que se constitui de pessoas e bens, tocou-me então falar sobre o segmento seguinte que começa com os fatos jurídicos e termina com a Prescrição e Decadência.

Eu pretendo atribuir à minha exposição uma segmentação em 3 cortes. Inicialmente, eu abordaria a estrutura desse conteúdo, ou seja, farei um corte estrutural, em seguida um corte funcional e, por fim, ensaiarei um corte crítico, prospectivo do qual pretendo desenvolver mais circunstanciadamente um juízo crítico sobre as inovações trazidas pelo novo Código e também penso que isto está bem na linha das preocupações da Escola Superior da Ordem: algumas tentativas de antever certos problemas que poderão emergir na aplicação do novo Código Civil e que não nos devem apanhar desprevenidos.

Aliás, é para isso mesmo que se destina a vacatio legis. E, curiosamente, nós estamos atribuindo agora à vacatio legis uma leitura verdadeiramente singular, porque pelo que se constou o projeto que estava há 2 anos no Congresso Nacional e não andava, porque havia resistências e, por outro lado, também não era retirado por força das pressões de segmentos políticos, ou quem sabe econômicos que sofria. Daí encontrar-se uma solução bem brasileira, que foi essa de aprovar o Código tal como estava e, em seguida, já na vacatio legis, tratar de emendá-lo, para que ficasse adequado. Isso foi que chamei de legislando à brasileira. Nós só deveríamos ter um período de vacatio, a partir do momento em que o Código estivesse rigorosamente estabilizado porque aí, sim, poderíamos projetar a sua aplicação e fazer as simulações necessárias e cabíveis para antever qual será o quadro social do Brasil diante desse novo Código Civil. O fato é que a esta altura especula-se – os meus colegas que me antecederam já fizeram menção a isso – especula-se se essa vacatio deverá durar, se essa vacatio será prorrogada e, enquanto se especula, nós todos ficamos incertos sobre que ordem jurídica no campo das relações privadas nós teremos a partir de 2003 e acompanhamos entre surpresos e cépticos a tramitação de um projeto já encaminhado e apresentado ao Congresso Nacional que contém cerca de mais de 150, 160, 170 emendas, se não estou enganado, que altera o projeto.

Então, nós não sabemos exato, na verdade, o que é que temos diante dos olhos, se é uma lei aí que vai entrar em vigor, se vai entrar em vigor em 2003 e com que conteúdo? Esse conteúdo está submetido a uma extensa gama de alterações, de modo que tudo isso cria um ambiente de instabilidade, de ansiosa expectativa e conspira contra o que seria a praxis que nós deveríamos estar ensaiando nesse momento, que é o precisamente trabalhar com a pré-configuração do texto, para então vê-lo aplicado com os problemas mais graves e que já é objeto de um trabalho prévio, de uma reflexão meditada. Como quer que seja o projeto já está aí a vacatio não foi prorrogada até o momento e o que fazer é cumprir o que a Escola está fazendo, convocar os advogados a refletir sobre este longo texto anunciado como o novo Código Civil Brasileiro.

Bem, na parte que me toca abordar, ela se abre com a configuração dos fatos jurídicos no que acompanha o Código vigente de 1916. Apenas com uma diferença, que eu assinalo logo, que é, enquanto a figura central de todo direito privado é o negócio jurídico, sequer figurava nominativamente, ou sequer figura nominativamente no CC/1916. Nós temos agora este instituto convocado para o centro deste segmento dos fatos jurídicos. Isto representa, sem dúvida nenhuma, uma atualização de discurso legal, porque recoloca o negócio jurídico no seu estatuto de dignidade, que tem praticamente em todas as legislações ocidentais.

Porém, nem tudo é inovação saudável no Livro dos Fatos Jurídicos. Assim, por exemplo, nós vamos encontrar aqui uma figura esdrúxula dos atos jurídicos lícitos. Isto contraria totalmente a fraseologia, a tecnologia aceita entre nós, com respeito ao significado da palavra atos jurídicos. Sabem os senhores que os atos jurídicos são espécie do gênero fatos jurídicos. Mas

nós temos aqui de fatos jurídicos, de que os negócios são espécie, nós temos uma transição lingüística, decorrente do fato de que a palavra jurídica é uma palavra polissêmica, ou seja, uma palavra a que podem corresponder sentidos diferentes. Se eu emprego a palavra fatos jurídicos, eu estou atribuindo a "jurídico", aí o sentido de relevância. Então, são fatos jurídicos aqueles fatos, aqueles acontecimentos que tem relevância para a ordem jurídica. Perguntar se o homicídio é um fato jurídico, claro que é, o homicídio provoca a ordem jurídica e a obriga a uma reação, a uma manifestação para restabelecer o equilíbrio perdido pelo delinqüente.

O negócio jurídico também é um fato jurídico? Pois claro que é, já que, pelo negócio jurídico, nós estamos intervindo, também no mundo jurídico e transformando-o em alguma medida. Porém, o conceito de ato jurídico não é um conceito fixado na tradição brasileira, não é o de apenas ato relevante para o Direito, senão ato conforme o Direito. Então eu posso dizer que, no Direito, o negócio jurídico é um fato jurídico, porque é relevante para o Direito, mas é um ato jurídico porque está de acordo com a lei. Só para alongar um pouco, até em benefício da clareza, este extrato polissêmico da palavra jurídica, eu lembraria, por exemplo, um 3º uso de que ela é passível, como quando, por exemplo, eu digo que este é um seminário jurídico. Eu não estou dizendo que ele é relevante para o direito, ele é indiferente. A ordem jurídica não se sente nem agredida, nem se sente na situação de metabolizar esta manifestação para atribuir a ela efeitos jurídicos. O que significa jurídico quando digo que este é um seminário jurídico? Significa dizer que este seminário cuida de matéria jurídica. O que significa "jurídico" a respeito de que este cuida de matéria jurídica? Ninguém dirá, por exemplo, que livraria jurídica é uma livraria de apoio ao Direito, assim como, uma livraria médica é não é uma livraria que cuida de matéria médica.

Então, o ato jurídico é sempre lícito. Ele é sempre lícito por que? Porque o jurídico aí significa conformidade com o direito e óbvio, ao falar de ato jurídico ilícito significa imaginar, significa supor que haja "ato jurídico ilícito", isto é um despautério completo. Não existe ato jurídico ilícito. Existem atos ilícitos, que são fatos jurídicos, mas que não são atos jurídicos e, muito menos, negócio jurídico. Então, esta é uma inovação provavelmente para pior no novo CC.

Observo também que o CC deu um destaque também ao abuso do direito. O abuso do direito é uma matéria que, sobretudo, a partir de certas reflexões desenvolvidas na Europa, particularmente na França, sofreu um grande incremento doutrinário e também se manifestou aqui no Brasil e já estávamos – o Prof. Zeno Veloso já assinalou a seu tempo – já estava, portanto, previsto e configurado no CC/1916. Simplesmente ele tinha uma outra redação, uma outra formulação que felizmente foi bem trabalhada pela jurisprudência e pela doutrina, de tal maneira que a figura estava plenamente florescente e, em rigor, não havia necessidade de alterações deste nível. Entretanto eu posso dizer que esta alteração foi saudável na medida em que tornou a figura mais explícita e deu a ela um desenho mais circunstanciado, trazendo para aí, entre outras notas de clareza, a presença da boa-fé que, conforme o Prof. Zeno também destacou, assume aqui no cenário do novo Código um papel de inequívoca relevância. Mas não é propriamente algo novo, como, por exemplo, esta edição muito boa, de resto, do CC/2002 junto com o CC/16, que indica aqui como este dispositivo, não tendo correspondente no Código atual. Tem sim, e muito bem formulado, apenas a linguagem é mais sintética e, portanto, muito menos explícita.

Uma outra nota curiosa e interessante, que corresponde também aos anseios da doutrina é a inclusão de novas figuras de vício do negócio jurídico. Como figuras novas nós temos designadamente a lesão que já vigorou, porque é tradição do direito luso-brasileiro e foi retirada, ou melhor, não foi incluída, termo com mais propriedade, no projeto de Bevilacqua, porque nós vivíamos naquele tempo o momento da celebração do liberalismo e a figura da lesão de certa maneira, representa uma intervenção no auto-regramento dos interesses e se considerou que era melhor não a incluir no Código. Depois ela veio a aparecer um pouco assim, obliquamente, na legislação brasileira, por força das leis de proteção à economia popular, nos começos dos anos 50, na legislação do Presidente Vargas. A preocupação dele não era reprimir as práticas econômicas, as práticas sociais lesivas à economia popular e, por essa via, acabou que a lesão reentrou. A lesão é uma figura antiquíssima, é uma figura que se desenvolve sobretudo na Idade Média, graças especialmente aos trabalhos do direito canônico, ela se reintroduz por via dessa legislação de proteção à economia popular, tendo, porém, um perfil delimitado e agora ganha um espaço mais amplo.

Porém, em contrapartida, ou contraponto, pode-se e deve-se pesar o contraponto, a contravantagem decorrente desta intromissão do Estado e do poder legislativo na economia das relações privadas, porque o juiz de adequação das prestações da proporcionalidade das

prestações são as partes e não o Estado. Nós podemos nos dispor a pagar, por exemplo, um alto preço à coisa, ao produto, porque temos um especial, exótico, excêntrico desejo de tê-la e nós é que somos juizes de avaliar se isso é bom ou se isso é mal. Na medida em que submetemos esse controle da proporção das prestações ao juiz extrínseco, o Estado - por via do juiz - nós acabamos por abrir uma brecha de intervenção ao poder público naquele espaço, onde os legisladores são fundamentalmente as próprias partes e não o Estado. É preciso reconhecer isto. Nesse ponto, eu sempre lembro aos meus alunos que o contrato faz lei entre as partes, isto é, não é uma figura de retórica, isso é absolutamente verdadeiro, tão verdadeiro que nenhuma lei ordinária pode mudar o contrato.

O contrato, como ato perfeito que é, quando for um ato acabado, ele está sob a proteção direta da Constituição e a Constituição diz que a lei não prejudicará a coisa julgada, o direito adquirido e o ato perfeito. Portanto, se as partes tem esse poder criador do contrato, esse poder de se vincular na medida de sua vontade, elas que são como se legisladores fossem daquele caso, por que entender que há um legislador superior às próprias partes que vão sofrer os benefícios ou prejuízos dessa contratação. Por que instituir esse poder para intervir na economia do contrato e, nesse sentido e, nessa medida, instabilizar as relações jurídicas que se estabelecem na sociedade? Então é uma figura polêmica, não devemos saudar a introdução da figura da "lesão" no direito brasileiro, sem maiores reflexões, sem ver o que há de ruim, ou de bom nessa inovação e convocar para esta reflexão, esta inovação. Digo isso para justamente convocá-los a uma reflexão sobre o que há de bom e ruim nessa inovação e esta é um oportunidade adequada.

Outra inovação, também, a assinalar no rol dos vícios de vontade e do consentimento foi a figura do "estado de perigo", sendo também comentada e, até certo ponto reclamada pela doutrina, como sendo uma necessidade, já que se tem patente a possibilidade de uma pessoa vir a manifestar sua vontade, sob uma tal coerção da circunstância da vida, em que se encontra, ou uma 3ª (terceira) pessoa de suas relações, ou de seu afeto se encontre, que essa manifestação de vontade pode padecer, enfermar-se daquilo que, de certa maneira, tem como sido extorquido, através dessa construção factual, em que ela se viu envolvida. Um caso clássico que se poderia evocar aqui é aquela passagem literária de Ricardo III, de Shakespeare em que Ricardo II diz "Um cavalo, um cavalo, o meu reino por um cavalo" - "The horse, the horse, my kington for a horse". Ou seja, a pessoa na situação de perigo, na situação de risco, ou de sacrifício de outro bem, na verdade ela se demite da plenitude de sua vontade e se dispõe a uma contratação que freqüentemente é lesiva a ela.

Portanto, essa figura acabou por ser incluída, inserida no Código, como sendo uma causa a mais da invalidade do negócio jurídico, ou seja, o negócio além daquelas causas já existentes no CC/16 e vê-se agora acrescida ao seu catálogo, também, por esta figura do estado de perigo. Também o juízo a respeito dessa introdução também não é tão tranqüilo do ponto de vista da conveniência social. Do ponto de vista da conveniência social, como quer que seja, eu julgo que a redação, que se deu é francamente defeituosa. Eu me permito ler o texto:

Art. 156. "Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa da família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

O defeito, que constitui a essência do estado de perigo, enquanto vício de vontade, não está na excessiva onerosidade da promessa que faz aquele de quem ela é extorquida. O defeito está em que aquela declaração de vontade não é livre, porque o declarante, o agente se encontra inibido do seu poder de volição, já que a situação configurada não lhe dá alternativa, senão de submeter-se à imposição diante da qual ele se encontra. Eu penso que há aqui uma enorme confusão, talvez resulte de uma contaminação constitucional provocada pela figura da lesão, de tal maneira que essa figura de excessiva onerosidade acabou vindo parar aqui também no estado de perigo, quando com ela não tem nada a ver. A mesma prestação, que não seja excessivamente onerosa, mesmo aquela promessa feita de receber por uma manifestação de vontade algo que seja superior à perda que irá sofrer do agente, mesmo essa declaração é viciada, porque o vício não está na proporção das prestações, mas está na circunstância de que a manifestação de vontade não foi livre.

Quando eu disse há pouco que os legisladores são os próprios contratantes, eu quis também acenar para o fato de que eles são legisladores, na medida em que expressam vontades livres. Ninguém legisla, nem faz lei de âmbito nacional ou contratual, se lhe falta a livre disposição de

vontade. A vontade há de ser hígida, há de ser íntegra, para que ela tenha essa aptidão de criar vínculo jurídico. Portanto, acho que essa introdução não foi feliz.

Outra inovação da mais alta gravidade, que não julgo feliz foi a de tornar o ato jurídico imprescritível, isso penso que é inovação da mais alta gravidade, detestável. É detestável, porque, assim como a física repele o vácuo, também o Direito repele a instabilidade. O direito não convive bem com a instabilidade. O verdadeiro tropismo saneador inerente à ordem jurídica faz com que as situações instáveis se estabilizem progressivamente. Nós temos vários institutos que retratam isso, o Prof. Zeno Veloso fala, por exemplo, da "confirmação por ratificação do negócio jurídico", ou seja, o negócio jurídico que padece de vício, em nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos, pode ter a confirmação por parte dos intervenientes, de modo a sanar esses vícios. Porém, os grandes instrumentos de estabilização das situações instáveis são a prescrição e a decadência.

Por que os atos são submetidos à prescrição e à decadência?

Os leigos que conversam conosco e tem a informação precisa de que "créditos de extraordinário valor" podem desaparecer e podem virar nada da noite para o dia, por força da prescrição, estranham e consideram isso uma agressão à justiça, algo inaceitável, porque lhes falta a percepção de conjunto. De fato, se nós centrarmos a nossa vista apenas sobre a perda do direito, nós tenderemos a entender que a prescrição é um instituto absolutamente injusto e detestável. Mas, na verdade, o instituto paga esse altíssimo preço, para ter esse valor fundamental para a paz social, que é a estabilização dos negócios jurídicos. As feridas, ou se cicatrizam porque são curadas, por exemplo, "a ratificação do negócio jurídico", ou, por exemplo, "a conversão do negócio jurídico". Ou elas são curadas por força destas intervenções, ou elas se curam espontaneamente por força do tempo. Assim como vemos, freqüentemente, não só quanto as feridas físicas, como também, quanto às feridas morais, que o tempo tem o efeito curativo. É importante também aqui no direito a prescrição e a decadência. São institutos pré-ordenados ao serviço da estabilização e das situações jurídicas claudicantes.

Vamos ver agora a declaração de que o ato nulo é imprescritível. Vamos ter uma perpetração desses atos que padecem de defeito de origem, de constituição e que estão excluídos do efeito sanatório. Estão irremediavelmente condenados a serem precários e a jamais se tornarem atos estáveis. Eu figuraria aqui uma situação simples e elementar para mostrar aonde nos pode levar essa sandice comentada pelo Código. (Ex: história de garoto de 15 anos, que ganha do pai grande soma em dinheiro para sua proteção e este a dá para namoradina de também 15 anos . Este é um ato nulo, portanto, ato que não prescreve -para o CC/ 2002, porém estes representantes não o fazem . Aos 16 anos, este menor, já relativamente capaz, poderia agir por si próprio, embora necessitasse da assistência de seu representante legal, mas digamos que também ele não o faça. Aos 18 anos, ele próprio, poderia agir, já que tal ato não prescreve poderia argüir a nulidade e desconstituir o ato, mas não o faz e, assim por diante, aos 20, 30, 40, 50 anos e o negócio continua a ser sujeito a se tornar nulo. Várias gerações depois, uma pessoa que sabia da origem do fato e que nem sequer conheceu a situação vem a cobrar a dívida, já que é imprescritível). Tem-se uma espécie de chaga que vai se contaminando pelo tempo afora. Isso é incompatível com a vocação pacificadora do Direito. Penso que essa inovação é indesejável e espero que isso se retifique, ou encontre alguma forma de encontrar sentido restritivo a esta dicção de que os atos nulos não se compadem por efeito do tempo.

Também assinalo aqui como novidade e esta saudável, trazida para a PARTE GERAL o instituto da representação. A representação até agora está difusa no tecido do Código. Encontramos a representação em matéria de manifestação dos incapazes, encontramos a representação no exercício das pessoas jurídicas, encontramos a representação no mandato. Em todas estas situações, encontramos expressões tópicas de uma figura central, que é a representação. A representação é o mesmo instituto, tanto quanto se aplica aos atos dos pais em relação aos filhos menores, como, quando o advogado age em juízo, manifestando o interesse de seu cliente. É a mesma representação, portanto, merecia um tratamento sistemático, orgânico, por parte do Código e isso foi feito.

2. E por agora, já no segmento, no corte funcional, é assinalar quais são os grandes vetores, as grandes linhas que o Código revela neste particular, ou seja, neste livro dos fatos jurídicos. Eu diria que foram 2 (duas):

- Em 1º lugar, o "princípio da conservação do negócio jurídico" , que ganhou uma extensão e uma dignidade que não tinham até hoje. Há várias manifestações do novo texto no sentido de empenhar-se para que os negócios jurídicos feitos, ainda que padeçam de alguma

enfermidade, possam vê-la reparada através de instrumentos que pôs à disposição. Por exemplo, o fato de que os prazos de prescrição e decadência foram reduzidos, foram até extraordinariamente e exageradamente reduzidos. Mas também no fato de que nós encontramos aí. Há uma nova postulação, uma nova expressão de regra interpretativa do negócio jurídico, determinando que ela atenderá mais a vontade que a expressão que ela toma, mas aí tendo o cuidado de dizer, esta aí no art. 112, que esta intenção que se tomará como um elemento, a pedra de toque, elemento decisivo da interpretação da vontade, vagamente anunciada, é senão a 'vontade', como ela se acha expressa nas declarações de vontade. No art.112, : "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem." Ou seja, põe-se um limite, a busca da vontade real por contra-distinção da vontade declarada. Mas não se pode, em nome da busca da vontade real do declarante, ir a limites inauditos considerados excessivos e que acabam por desestabilizar de novo o negócio jurídico. Então, esta é uma manifestação dos limites de preocupação de preservamos os negócios jurídicos.

- A outra linha que demarca, que pode ser vista como um dos paradigmas do novo rosto que assume os fatos jurídicos aqui é a expansão da boa-fé, já com aspectos já assinalados por Zeno Veloso. A boa-fé não é um instituto novo. A boa-fé no Ocidente tem manifestações expressivas no direito romano e foi especialmente desenvolvida na Idade Média pela contribuição do direito canônico, mas ficou uma figura difusa, um pouco promíscua dentro do CC/1916. E esta manifestação, esta explosão, esta redescoberta da boa-fé se fez na seqüência de um discurso doutrinário que vinha afirmando a necessidade de atribuir a este predicamento das relações sociais uma estrutura mais digna, uma relevância mais eqüitativa. Então eu penso que há aí algo que é bom. Não que a boa-fé estivesse ausente. Clóvis Bevilacqua foi muito explícito ao demonstrar isso e, de fato, uma leitura que não seja uma leitura superficial, epidérmica do Código, mostrará que ela está embutida, subsumida em várias figuras do Código, como ingrediente permanente no corpo do C.C./16, porém agora não há (...) interno. Agora ela ganhou uma dignidade expressional maior e só pode contribuir para a saúde das relações jurídicas, das relações econômicas e também da sociedade enquanto tal.

3. Do ponto de vista do corte crítico prospectivo, eu queria assinalar aqui como uma reflexão que eu faria e submeteria a todos e estimo a atenção de todos, é para o problema da invalidade do negócio jurídico que não está bem resolvido no CC/16 e continua mal resolvido no CC/2002. O legislador do CC/2002 atento às figuras clássicas que ele tomou para demarcar os limites da validade do negócio jurídico, consciente e atento a essas deficiências, ele tentou resolver, multiplicando os recipientes, ou armas com que se poderia agir para restabelecer (...) a integridade da vontade e daí criou a mais a lesão e a figura do estado de perigo. Então, além do erro, da coação, da simulação, da fraude contra credores, tem mais essas duas figuras.

Terá o Código acertado ao ampliar estes catálogos de defeitos, ou ter-se-á equivocado?

Ao meu ver, ele se equivocou, porque falta à doutrina brasileira meditação mais sedimentada e mais crítica quanto a isso. Penso que melhor que ter estas várias figuras segmentadas, individuais, nós deveríamos ter uma cláusula geral da invalidade, ou seja, sempre que a vontade não se manifestar livre, espontânea, íntegra, sem qualquer daqueles vícios que podem parasitá-la, sempre que ela não manifestar com esses predicados que lhe são essenciais, pela origem do poder vinculativo da vontade, o ato deverá ser passivo de impugnação.

Lembra que uma importante figura que é familiar no Direito Penal (...) que injustamente não tem permanecido ao lado dos civilistas, que é a da "inexigibilidade de outra conduta", não há razão para excluir esta figura dos negócios jurídicos. Pode perfeitamente acontecer que o agente pratique o negócio jurídico, porque nas circunstâncias em que se encontrava não era exigível, não era razoável e que ele fez aquilo por força das circunstâncias, mas isso não é adequação, porque ele estava em perigo. Isto é uma característica difusa no contexto da negociação e ele fez isso sem que sua vontade fosse íntegra. Ele tem direito, ao meu ver, a que o negócio seja desconstituído, ou seja, reparado nos seus defeitos, assim como na lesão, a lei prevê a possibilidade de reparação. A lei prevê que ela não será causa de invalidade do negócio jurídico, quando a parte beneficiada pela desproporção das prestações se dispuser a inteirar aquilo que faltou, ou seja, a recompor a adequação econômica do contrato.

Hoje está presente no direito, na economia, sobretudo, na interface do direito e economia, que é buscar os adotados com um menor custo e economia possível. Isso não é só um reclamo das partes, isso é um reclamo da economia global no interesse social. Quanto menos negócios inválidos você praticar no limite do interesse público e também agrada as partes que fizeram

um negócio jurídico.

No caso da inexigibilidade de outra conduta, seria saudável, por exemplo, (contrato feito por grande empreiteira de aluguel de máquinas de alto custo, não estando as máquinas sendo aproveitadas durante o tempo integral, daí a empresa poderia fazer contrato gravoso e para o caso de máquinas gravadas deveriam ter o poder de adquirir equação do deficit de contagem. Este contrato gravoso é melhor gravoso do que deixar de contratar).

A minha reflexão me conduz a que todas as figuras tópicas deveriam ser banidas e ter uma "cláusula geral de invalidade", ou seja, o negócio jurídico é passível de ser desconstituído sempre que a manifestação de vontade não for conferida O que acontece quando seccionamos o todo em partes e o todo seccionado jamais conduzirá à expressão de totalidade . Por exemplo, (seccionar o pão em fatias; somadas as fatias, não temos o todo algo se perdeu da totalidade. Quanto mais detalharmos, quanto mais vamos enfrentar brechas de invalidade do negócio jurídico. A minha receita será substituir estas múltiplas figuras por uma cláusula geral que alcançaria todas as figuras e outras não pensadas, mas que poderiam ocorrer. A vida imita a arte e sempre nos pode suscitar situações para as quais nossa imaginação não foi despertada.

Pode ser discutível a conveniência de se ter um segmento a respeito de provas – prova é matéria fundamentalmente processual. O CC/2002 ainda traz alguns ranços imperialistas do começo da codificação, quando o código era espécie de constituição da nação, constituição política do cidadão. Regulava a vida particular das pessoas, suas relações familiares, etc. e ia adiante e constituía uma verdadeira "carta magna do cidadão". Hoje não é mais isso que se pensa de um novo Código Civil. O CC deve caminhar para ser uma expressão mais enxuta, mais consistentemente, mas acho que o Código está também totalmente fora de seu tempo. Eu já disse uma vez e repito ser a minha convicção de que este é um Código dos velhos tempos, pesado, grande, longo, minucioso, quando os novos tempos exigem um CC a modelo do que seja nosso Código Tributário que tem talvez, por isso, uma grande vitalidade e é um marco referencial tributário.

Eu penso, em resumo, que a parte relativa às provas não deveria figurar aqui, penso que estou divergindo do colega Zeno Veloso, mas já que figura, acho absolutamente inaceitável o que se contém no art. 232. Aqui não tem nada a ver do que ele dizia do conjunto probatório (expressão que ele usava), aqui estamos diante de uma formulação processual absolutamente tacanha e míope em que a apreciação e a avaliação da prova é realizada de modo parcelado, como se o juiz tivesse de encarar cada prova em si mesma e atribuir-lhe um valor específico e isso é o que não se espera de um processo moderno. O que se espera de um processo moderno é que o juiz tendo presente as várias provas trate aquilo como um todo, se posso usar uma linguagem, como a túnica de Jesus Cristo. Não se vê as fissuras, nem as costuras dessa túnica. As provas tem de ser vistas no seu confronto. O juiz tem de ter uma apreciação gestáltica das provas, não tem de olhar esta ou aquela prova. Eu admito que seja perfeitamente razoável que a recusa possa militar dentro do conjunto das provas de DNA, mas dizer que a recusa supre o exame como está dizendo o art. 254 e 232 é um ranço absoluto, é um completo desconhecimento do estágio doutrinário moderno do processo.

É claro que, com respeito aos direitos de personalidade, isso não constitui matéria de minha argüição, aqui eu conto com o respeito do direito de personalidade. Penso, de certa maneira, que este artigo é uma projeção de equívocos que encontramos expressos aqui como aquele do meu colega Victor Marcelo que excluiria a possibilidade de intervenção destinada à reacomodação do sexo somático correspondesse ao sexo psíquico nos casos de transsexualidade.

Aqui se nós olharmos também esta apresentação, que já foi feita pelo Prof. Victor Marcelo, que o cego e o surdo não podem depor sobre fatos que dependam do domínio destes sentidos que lhes faltam, ou seja, da visão ou audição. Eu penso, também, que é uma forma de legislar muito provinciana, pois estes não são os únicos sentidos através dos quais percebemos a realidade, temos os 5 sentidos, alguns dizem que a mulher tem um sexto sentido, eu penso cada vez mais que isso é verdadeiro. De qualquer maneira o que deveria ter aqui é uma regra, que subordinasse a credibilidade do testemunho ao domínio do sentido, que fosse aquele de cujo gozo se tem necessidade para afirmação que se pretende. Ou seja, não é descabível que um destes testemunhos possa depender do tato. Se algo é frio, se algo é quente, se algo é duro, se algo é mole e assim por diante. Portanto, essa é uma questão casuística. A lei deveria ter procurado uma expressão mais abrangente.

Também o art.229 elenca aquela hipótese em que se pode declinar do dever de depor. Eu

penso que depor ou falar é um direito inalienável da pessoa humana. É uma expressão de sua dignidade. Todos tem direito de negar depoimento a menos que aqui se esteja entendendo por comparecer à convocação que o juiz faz à pessoa para que a pessoa esteja presente à audiência. É um dever em relação à justiça, mas não é um dever de falar. Nós temos o direito de nos calar sem declinar o motivo.

Ainda há pouco se fazia referência a uma sugestão da Prof^a. Regina Tavares de que se o indigitado pai se nega a fazer o exame de DNA, sem o motivo justificado, sem causa justificada. Isso é um absurdo. Os direitos de personalidade encontram os fundamentos em si mesmos. Ninguém tem de declinar os motivos pessoais de que não quero falar. Essa cobrança de que os motivos sejam relatados, é uma invasão indébita na privacidade de cada um. Nós podemos citar casos recentes em que essa invasão foi praticada. O Prof. Zeno Velloso citou uma manifestação de Supremo Tribunal Federal, foi um habeas corpus, acabou com uma manifestação de agravo, mas eu lembraria, para não me delongar, de todos os casos conhecidos pela mídia, essa cantora mexicana, que está presa no Brasil, a Glória Trevi. Essa mulher teve um parto no Brasil cercado de circunstâncias um pouco constrangedoras. Se praticou uma apreensão de sua placenta para, através dos exames biogenéticos, se chegar à conclusão de quem era o pai biológico da criança que ela tivera. Isso significa muito mais que fixar uma paternidade. Isso significa devassar a vida íntima dessa mulher e apontar publicamente quais foram os seus parceiros sexuais - isso é direito de se calar. Nenhuma mulher está obrigada a declinar quem foi seu parceiro sexual e através do mecanismo supostamente imprescindível para se fixar paternidade. Se chegou a esse consumado atentado à dignidade da mulher, pouco importa que seja acusada das práticas a que se a imputam. O fato é que ela, mexicana, brasileira, chinesa, francesa, ela tem direito àquela proteção que a Constituição refere-se não só aos naturais, mas a todos aqueles que vivem em solo brasileiro. Teria outras observações a fazer, mas sei que meu tempo está esgotado. Eu agradeço a todos os que me deram atenção e a todos que me ouviram e termino aqui.