

Sobre a Transação no Novo Código Civil

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

***NOTA PRÉVIA: Este texto retoma e amplamente revê a palestra proferida na EMERJ. Ao Autor se conferiu a honra de ter como debatedor, na oportunidade, o Dr. Carlos Roberto Barbosa Moreira, cujas observações registrou com interesse e a quem fica a dever valiosa contribuição para o amadurecimento das questões suscitadas. Em especial foi S. Exa. quem provocou o tema da chamada *transação mista*, sobre o que o Autor não fizera referência e que agora fecha essas reflexões.**

Um Resgate da Marginalidade

Transação é um antiquíssimo instituto. Terá nascido com o conflito, que, por sua vez, é inerente à convivência humana. Se é verdade que onde está o homem, aí está também a sociedade e, portanto, também o direito — *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus* — pode-se, com boa dose de plausibilidade, conjecturar que a idéia da transação é contemporânea da socialidade humana e participa da própria formação do Estado. Com efeito, tentando uma leitura econômica do Estado, como instância que dirime desencontros de interesse a um custo mais baixo que aquele que pagariam os próprios envolvidos, é natural projetar a transação como sendo, por sua vez, a solução mais econômica às partes e ao próprio Estado relativamente a outras eventuais vias de solução¹.

Lopes da Costa lembra o próprio desconforto da dúvida, “fonte de sofrimento”, para nele identificar um motivo que favorece a composição por via de concessões recíprocas².

E para além do mal-estar e até mesmo da incerteza do resultado, atua sobre a mente dos que se acham em conflito os *custos* da lide, o que levaria Carnelutti a assinalar que *transigir* pode ser uma opção a ter-se em conta, mesmo quando o resultado favorável da demanda seja certo. Tudo vai depender, ainda, de uma ponderação do tipo *custos e benefícios*. A transação será boa, observa Carnelutti, todas as vezes que o seu preço “for menor que o preço da vitória”³.

Pode-se dizer que até aqui se está na pauta dos custos econômicos, entendidos amplamente como ganhos e perdas de bem-estar. Uma outra linha de consideração, entretanto, atua também na lógica e no dinamismo da transação. É que nela se expressam e por ela se promovem interesses éticos que têm a ver com o grau de solidariedade e fraternidade social. Segundo Kaser, a *transactio* foi favorecida no período pós-clássico não apenas pela crescente insegurança na administração da justiça, como também por influência cristã, favorável à solução concórdial dos conflitos. Menciona Kaser, a propósito, o reforço que ainda adviria de apostado juramento, cuja transgressão deveria acar-

* Palestra proferida no Seminário realizado em 08.03.2002.

¹ “Leitura econômica”, aqui, está mais para *economic analysis of law* do que para a categoria epistemológica *law and economics*. cf., sobre a distinção, MALLOY, Robin Paul. *Law and Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, p. 2-3.

² LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 76.

³ CARNELUTTI, Francesco. “Sulla causa della transazione”. *Rivista del diritto commerciale*, Milano, v. 12, pt. 2, 1914, p. 580.

retar a pena de infâmia⁴. Como quer que seja, por interesse ou abdicação, há na transação um componente de desprendimento que reenvia para as esferas mais nobres da alteridade jurídica, aquela onde se abriga a *renúncia*:

“A renúncia é a expressão verdadeiramente emblemática da autonomia da vontade. Mais do que na idéia geral de auto-regramento de interesses, que não supõe necessariamente perdas, na renúncia o titular do direito dele simplesmente abdica, sem que se lhe atribua, a título de compensação ou contraprestação, qualquer vantagem econômica. Poder renunciar é, portanto, a faculdade que denota o mais elevado grau de afirmação da pessoa no ordenamento jurídico, pois faz dela juiz soberano de si mesma, livre de intromissões exógenas, senhor do próprio destino. Pode-se dizer, de um modo geral, que uma sociedade é tanto mais livre e desenvolvida quanto mais se reconhece a cada um o direito à autodeterminação de si mesmo e de seu patrimônio. Portanto, quanto mais extenso for o seu poder de renunciar. Basta lembrar que, em sentido mais amplo, porém não totalmente diverso, sem renúncia não há generosidade, e sem ser generoso ninguém se realiza plenamente como ser social e humano”⁵.

Não deixa, pois, de causar estranheza que à transação se vote uma importância tendencialmente marginal, fruto talvez, entre nós, de uma resistência cultural aos modos alternativos de solução dos conflitos. A experiência — ainda recente, é verdade — com a chamada Lei da Arbitragem — Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 — pa-

rece confirmar a desconfiança com que ainda se olha a abdicação de interesses pessoais na gestão dos conflitos. Se se considerar a verificação de prática oposta em países anglo-saxões, especialmente nos Estados Unidos da América, talvez valesse a pena se perguntar, se para além de uma inclinação pelas soluções autoritárias, não estaria implícita em nosso *ethos* a percepção da concórdia como um sinal de fraqueza. No que, talvez, nos revelássemos menos cristãos do que supomos ser...

Translatio Materiae

Terá tido o legislador de 2002 a intenção de revitalizar a transação? Ou procederá o deslocamento de sua *sedes materiae* apenas de um imperativo de descrever o instituto com maior exatidão dogmática? Resta, por ora, aguardar, se os resultados avalizam a primeira suposição.

É fato, porém, que se ganha em precisão com a *translatio materiae*. Entender, como faz o Código de 1916, que a transação é um efeito das obrigações é absolutamente correto, mas diz pouco da sua essência, dos seus pressupostos e das regras a que deve sujeitar-se. Antes que tudo, ela é, como decorre do Código de 2002, um negócio jurídico. Portanto, submetido às regras do Livro III da Parte Geral. Mas não é apenas um negócio jurídico *tout court*. É um negócio jurídico contratual. Tal qual a compra-e-venda, o empréstimo ou o seguro. Logo, sujeito a tudo quanto, em princípio se aplica aos contratos. Esta construção teórica, porém, não é impassível de contestação. Exprime, mais que o termo de um *iter logicus*, a captação intuitiva de quem a assume.

Clóvis encontrava explicação para o tratamento topológico do Código de 1916 na circunstância de que “o momento preponderante da transação é o extintivo da obrigação” e invocava em seu favor os precedentes do *Allgemeines Landrecht* — o Código Prussiano de 1794 —, do Código Austríaco, de 1811 e a autoridade de Teixeira de Freitas e

⁴ KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. 2. Abschn., 2. Aufl., München: Beck, 1975, S. 445. Sobre o apelo à concórdia, na pregação neo-testamentária, cf., por exemplo, 1 Cor., 1, 10.

⁵ VILLELA, João Baptista. “Sobre Renúncia e Transação no Direito do Trabalho”. In: MONTEIRO DE BARROS, Alice (coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. V. 1, 2. ed., São Paulo: LTr, 1994, p. 149-150.

Carlos de Carvalho⁶. O acento de Clóvis sobre o *momento preponderante* parece refletir antes que um critério para a exata inserção topológica da transação, exatamente o contrário, isto é, a grande indeterminação que se verifica no entendimento quanto ao seu justo enquadramento. Explica-se: o que constitui o *momento preponderante*? Para Clóvis seria a extinção da obrigação. Por isso, inseriu-a entre os efeitos da obrigação, na Parte Especial do Código. Mas para Regelsberger, por exemplo, faltava-lhe precisamente este elemento determinador (*Anknüpfungspunkt*). Daí porque preferia pôr o instituto, tal qual a doação, na parte geral do seu sistema pandectístico. Em Regelsberger, a inserção da doação entre vivos na parte geral era uma espécie de solução residual, se se pode assim falar. Isto é, destinava-lhe a parte geral à falta de um *locus* específico. O mesmo raciocínio aplicava à transação, pois o seu fim é a eliminação de um estado de incerteza, o que se pode alcançar pela fundamentação (*Begründung*) ou suspensão (*Aufhebung*) tanto de direitos reais como de direitos pessoais⁷. Pontes de Miranda, que põe claramente a pergunta da *sedes materiae* da transação — “onde se deve pôr, nas codificações, a transação” —, não a responde aí; apenas refere diferentes posições a respeito⁸.

Alterações de Linguagem

Ressalvada a migração topológica ao interno do Direito das Obrigações, não foram muitas as mudanças de 1916 para 2002 no que se refere à transação.

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. V. 4, 11. ed., Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte: Francisco Alves, 1958, p. 142.

⁷ Cf. REGELSBERGER, Ferdinand. *Pandekten*. Bd. 1, Leipzig: Duncker & Humblot, 1893, S. 614 u. 621. Observe-se que *parte geral* no contexto de Regelsberger, que escreveu antes da promulgação do BGB, não está referida a este corpo de leis, senão às *pandectas* ou ao *direito das pandectas*. Daí porque usa indiferentemente *allgemeiner Teil* e *allgemeine Lehren*, isto é, “parte geral” ou “teorias gerais”.

⁸ *Tratado de Direito Privado*. T. 25, 3. ed., São Paulo: Rev. Tribunais, 1984, p. 141-142 e 120.

O Código de 1916 trabalha indiferentemente com dois termos: *transigentes* e *transatores*. Nas mesmas hipóteses em que usa e outro, também o faz o Código de 2002. Teria sido preferível fixar-se em *transator*, cognato de *transação*, instituto a que se liga. *Transigente* é o que *transige*, isto é, o que pratica *transigência*. Embora haja afinidade de idéias entre *transação* e *transigência*, podendo-se mesmo dizer que o segundo esteja contido no primeiro, pertencem a ordens conceptuais diversas. É certo que *transação* não é palavra unívoca. Pode também denotar o sentido geral de operar economicamente com terceiros. Logo, ao termo *transator* faltaria também rigor absoluto. Mas não é disso que se cuida aqui. Não está em causa contornar inevitáveis polissemias, e, sim, estabelecer conexões lexicais precisas. *Transator* vincula-se à palavra *transação*, o que quer que *transação* signifique, mas não se vincula à palavra *transigência*, o que quer igualmente que *transigência* signifique.

Outro apontamento de ordem terminológica ocorre a propósito dos arts. 1.033 do Código de 1916 e 846 do Código de 2002. Tratam da mesma matéria e lhe dão a mesma solução. O art. 1.033 refere-se a “ação penal da justiça pública”. No Código de 2002 a expressão ganha em economia e rigor: aí se diz simplesmente “ação penal pública”. Menos feliz foi, nas mesma disposição homóloga, a substituição do verbo *perimir* por *extinguir*. Cede-se aqui ao menor esforço e prossegue-se na obra, que a ninguém serve senão aos apedeutas, de dilapidar o rico e matizado vocabulário da ciência jurídica. *Perimir* tem uma longa história de amor com o direito: merecia ser mantido. Além do que *extinguir* e *perimir* não são exatamente o mesmo. Extinguir a ação é eliminá-la simplesmente. Perimila é eliminá-la depois de iniciada⁹. Ora, na hipótese trata-se mesmo de uma ação em curso, já que ação pública *in*

⁹ Cf. SOUFFLIER, Camille. *Vocabulaire de droit ou Définition des termes usités dans l'étude du droit*. 2. éd., Paris: Giard, 1926, *périmier*.

abstracto, competindo ao Ministério Público, como poder jurídico oponível ao Estado, não poderia mesmo ser alcançada por um pacto privado. Logo, *perimir* ganha em precisão, embora *extinguir* não esteja errado. A relação de *extinguir* para *perimir* é a do gênero para a espécie. Ora, quanto mais específica é a definição, tanto mais precisa é a compreensão do objeto.

Nem tudo, porém, é de se criticar ao legislador de 2002 na reescrita a que procedeu das regras de 1916. No art. 844 do Código Civil de 2002, homólogo ao art. 1.031 do de 1916, prefere-se o subjuntivo ao indicativo de *intervir*. Faz-se bem. Trata-se da formulação hipotética de incidência da regra de direito. É uma suposição. E o modo da suposição é o subjuntivo, não o indicativo.

Invalidade ou Rescisão?

Ponto também para o Código Civil de 2002 quando troca rescindir por anular no art. 849, correspondente ao art. 1.030 do Código Civil de 1916. A condição expressa de *contrato* que o novo Código dá à transação impõe o vocabulário pertinente. É claro que também os contratos se rescindem. Por causa superveniente, por distrato, por inadimplemento. Mas, quando padecem de um vício de origem, desconstituem-se por invalidade. Então o verbo mais consentâneo é *anular*. Mesmo no regime do Código Civil de 1916, teria sido melhor o emprego de *anular*, ao invés de *rescindir*. Uma possível explicação para a impropriedade é que o legislador de 1916, não tão convencido da condição de negócio jurídico material da transação¹⁰, ainda se sentisse, ao dar-lhe tratamento, preso a uma fraseologia processual, como a que aparece na ação *rescisória*, em que a desconstituição também se opera pela superveniência — *cognitiva*, digamos — de vício.

¹⁰ Esta qualidade era peremptoriamente assinalada nos Motivos do BGB: Cf. “*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.*” Bd. 2, Amtl. Ausg., Berlin und Leipzig: Guttentag, 1888, S. 651.

Causas de Invalidade

Foi no indicar os vícios que afetam a validade da transação que incidiram o Código Civil de 1916 e o de 2002 no mais crasso equívoco: vejam-se, respectivamente, o art. 1.030 e art. 849.

Em primeiro lugar não caberia declinar no regime do instituto os vícios que o podem comprometer, a não ser, se fosse o caso, para lhes dar tratamento diferenciado. Mas não era o caso em 1916. Nem é o caso, agora em 2002.

Depois, qual o porquê da limitação? Ao dolo, *violência*, ou erro essencial quanto a pessoa ou coisa no Código de 1916; ao dolo, *coação* ou erro essencial quanto a pessoa ou coisa no Código de 2002?

Mudar *violência* em *coação* foi uma boa iniciativa do novo Código. Mas a menos importante de quantas poderiam ser levadas a termo. Este mesmo Código, que se encarregou de criar novas figuras de invalidade do negócio jurídico, por que delas subtraiu a transação? Ela não se anularia por lesão, por exemplo? Por incapacidade do agente?

Tratar-se-ia de um empenho em enfatizar as causas indicadas? Esta interpretação é de se excluir diante do insondável e enigmático só presente tanto no art. 1.030 do Código de 1916 quanto no art. 849 do Código de 2002.

O entendimento de que a transação esteja, assim no Código de 1916 como no de 2002, sujeita apenas aos vícios enumerados naqueles dois artigos específicos, é de tal maneira absurdo, que a doutrina o afasta¹¹. Diante do que nenhuma observação mais prudente se alcança do que promover, o quanto antes, por via legislativa, a remoção da esdruxularia.

Erro de Direito

O erro de direito, já admitido com ressalvas na doutrina brasileira para os negócios jurídicos em geral, ganha ago-

¹¹ Cf., a propósito, o recentíssimo trabalho de Hindemburgo Chateaubriand Filho, **Negócio de Acertamento: Uma Abordagem Histórico-Dogmática** (Belo Horizonte: [s.ed.], 2002, p. 177-178.

ra, no tecido normativo da transação expresso afastamento (art. 849, parágrafo único), depois de ter-sido admitido em geral no Título do Negócio Jurídico (art. 139, III). Sem dúvida outra estranheza. Se for observado o parâmetro instituído no art. 139, III, que já era a boa doutrina¹², não se vê em que e por que afastá-lo na transação¹³, cuja natureza jurídica não apresenta peculiaridades que recomendem um regime de exceção¹⁴.

Forma

Nenhuma razão existe para que se subtraia a transação ao regime geral da forma em direito privado, que é, em princípio, livre. Quanto a este pormenor, estava bem o Código Civil de 1916 (art. 1.028), que foi, em princípio mantido pelo de 2002 (art. 842). A novidade é que admitiu que, quanto a direitos contestados em juízo, possa também ser feito por escritura pública. O Código de 1916, nesta hipótese, só previa o termo nos autos. Ora, o termo nos autos é, no fundo, também uma escritura pública. Portanto, o que se fez foi, no interesse da comodidade e sem qualquer prejuízo para a segurança, ampliar a possibilidade de uso da escritura pública.

Efeitos de Coisa Julgada

A aproximação já referida entre a transação e a coisa julgada terá sido em parte responsável pela determinação do Código de 1916, segundo o qual aquela produz “efeito de coisa julgada” (art. 1.030). O velho Código Civil Italiano de 1865, dito Código Pisanelli, dizia, no art. 1.772, que “as transações têm entre as partes a autoridade de uma sentença irrevogável”. Isso significa dizer que,

ocorrendo a identidade de partes, objeto e fundamento, o réu, que foi transator pode defender-se, invocando a **exceptio litis per transactionem finitae**. E, no regime do Código de Processo Civil de 1939, Lopes da Costa a assimilava à sentença declaratória¹⁵.

O Código Civil de 2002 não voltou a falar em *efeitos de coisa julgada*. Terá sido melhor assim. Embora atribuir *efeitos* de coisa julgada, não equivalha a assimilar em tudo a transação à sentença, trata-se aqui de dois *produtos* da técnica jurídica, se se pode dizer assim — a sentença e o contrato —, cada qual com sua estrutura e suas funções próprias. Como contrato que é, a transação, regularmente fechada, tem em seu favor e em garantia de sua estabilidade o predicado do ato jurídico perfeito, que não é menor do que o da sentença com trânsito em julgado.

Transação Mista

Questão de que não se teria ocupado nem o Código Civil de 1916, nem o de 2002 foi a da chamada *transação mista*, figura admitida no direito italiano e que teria vindo a integrar-se ao direito brasileiro pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994. Em razão da nova redação que deu ao art. 584, inciso III, do Código de Processo Civil, a Lei nº 8.953/1994, uma das quatro que o alterou no final daquele ano, conferiu vigor de título executivo à sentença homologatória de transação, “ainda que esta não verse questão posta em juízo”. Ou seja, podia-se transacionar para além da **res in judicium deducta**. Posteriormente, a Lei da Arbitragem, de 1996 e aqui já referida, voltou a dispor sobre a matéria, com nova redação para o inciso III do art. 584 do CPC, aproximadamente no mesmo sentido da Lei nº 8.953/1994, mas de tal modo a não repetir a ressalva de que a transação pudesse ter versado matéria não deduzida em juízo (art. 44). Finalmente, a Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, ripristinou a solução

¹² Cf. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. V. 1, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 330-332.

¹³ Caio Mário o faz, sem aduzir motivos: cf. PEREIRA DA SILVA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. V. 2, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 184

¹⁴ CHATEAUBRIAND FILHO indica alguns exemplos em que o erro de direito constitui um bom motivo para anular a transação: cf. *Negócio...*, cit., p. 172.

¹⁵ Cf. *Direito...*, cit., p. 76.

de 1994 e a dúvida quanto à possibilidade da *transação mista* ficou dirimida no sentido de sua possibilidade. Mas, atenção: está-se aqui, de novo, em interface que põe o direito civil material frente ao direito processual civil. A dúvida só dizia respeito ao caráter executivo-judicial da transação produzida fora de juízo. Não quanto à legitimidade e à regularidade de sua prática. Bastaria o princípio da autonomia privada para

fundamentá-las. De resto, já o art. 1.028 do Código de 1916 o permitia ao dispor: “Se a transação recair sobre direitos contestados em juízo [...]”. Logo, podia recair sobre direitos *não contestados em juízo*. E o art. 842 do novo Código Civil, por igual forma, estabelece: “[...] se recair sobre direitos contestados em juízo [...]”. Portanto, de direito material, a possibilidade não está, nem esteve em causa. 