



Brasília | ano 50 | nº 199
julho/setembro – 2013

O destino do *Senatus Consultum Macedonianum* no Brasil

FLÁVIO HENRIQUE SILVA FERREIRA

Sumário

1. Introdução. 2. Apresentando as regras do código brasileiro. 3. As origens romanas. 4. O direito romano-português recebido no Brasil. 5. A interpretação da doutrina brasileira atual. 6. Conclusões.

1. Introdução

O direito privado brasileiro segue um padrão recorrente, compartilhado pela maior parte dos ordenamentos ao redor do mundo no passado e no presente, no que concerne ao desenvolvimento histórico das normas jurídicas por ele acolhidas. O referido direito escolhe as normas jurídicas a serem adotadas especialmente por meio da recepção de estruturas, normas, argumentos e formas de interpretação correntes em outras sociedades e épocas históricas. O problema não se encontra na recepção em si mesma, que reduz os custos inevitáveis à criação de um direito completamente novo, mas no fato de a recepção frequentemente ocorrer de maneira irrefletida. O direito acolhido, que, em muitos casos, já era obsoleto no contexto da sociedade que o exportou, pode se tornar ainda mais disfuncional e obsoleto no contexto da sociedade que o acolhe, em razão da ignorância histórica sobre as suas reais funções ou objetivos sociais. Esse fato cria algumas perplexidades. Lança, por exemplo, dúvidas sobre as teorias sociológicas de que o direito encontrado no ordenamento brasileiro e em outros ordenamentos não consegue permanecer atualizado principalmente por causa de mudanças na sociedade, que o referido direito não consegue acompanhar. Tais teorias parecem pressupor que o direito responde racionalmente, embora com algum atraso, às demandas e pressões sociais por uma melhoria em seu conteúdo. Entretanto, a permanên-

Flávio Henrique Silva Ferreira é doutor em Direito Privado pela UFMG e professor na Universidade Federal de Juiz de Fora.

cia de direito obsoleto por vários séculos em alguns ordenamentos, como demonstrado por Alan Watson (2001a, 1988) em muitas obras, e mesmo por dois sucessivos códigos civis brasileiros, como demonstraremos no exemplo aduzido neste trabalho, parece contradizer as referidas teorias sociológicas sobre o atraso do direito. Ao contrário, a principal causa de desatualização parece se tornar a ausência de teorização sobre as funções e os objetivos sociais do direito, conjugada com a ausência de percepção do impacto prático dessa teorização sobre o conteúdo ideal das normas jurídicas. Este trabalho não pretende apresentar, de forma detalhada, um modelo teórico do processo de criação, difusão e evolução das normas jurídicas em geral (ou, particularmente, das normas jurídicas pertencentes ao denominado direito privado). Basta, por ora, ressaltar o fato de que, de acordo com determinados modelos de evolução do direito (WATSON, 2001b; FERREIRA, 2011), o legislador não tem incentivos para realizar uma análise mais detida da adequação social das normas pertencentes a determinadas áreas do direito. Assim, a criação de normas não envolve uma discussão racional de seu conteúdo em um processo legislativo, mas sim a sua recepção (quase inteiramente passiva) pelo legislador após o seu acolhimento e elaboração por uma elite de juristas (GORDLEY, 2005). O respeito demonstrado pelo legislador para com a opinião dos juristas não é muito diferente, nesse contexto, da reverência que o leigo normalmente tem com relação à opinião profissional de um médico, engenheiro ou cientista. Os juristas, por sua vez, trabalham dentro dos pressupostos implícitos de uma dada tradição jurídica, os quais podem não fornecer um ambiente propício para a evolução racional do direito (GORDLEY, 2002). Esse é o pano de fundo para a compreensão e a contextualização do assunto central deste trabalho, que é a evolução histórica irrefletida de uma regra encontrada no regime jurídico do contrato de mútuo ou empréstimo, desde as origens romanas até a sua configuração no atual direito civil brasileiro. As traduções das obras citadas foram por mim realizadas.

2. Apresentando as regras do código brasileiro

O código civil brasileiro de 2002 contém um dispositivo que supostamente foi introduzido para proteger um menor de idade que toma um empréstimo de outra pessoa. O dispositivo em questão é o art. 588, que é uma reprodução (quase fiel) do art. 1.259 do código civil de 1916. O art. 589 do atual código, bem como o art. 1.260 do anterior, estabelece exceções ao disposto no artigo antecedente. É importante salientar que foram acrescentados os incisos IV e V na redação do art. 589, que não constavam da redação do antigo art. 1.260. O acréscimo desses incisos, como demonstraremos mais tarde, resulta de uma interpretação incorreta,

feita pelo legislador, do conflito de interesses regulado pelo art. 588. Tal artigo dispõe:

“Art. 588. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores”.

Por sua vez, o art. 589 dispõe:

“Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:

I – se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;

II – se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais;

III – se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças;

IV – se o empréstimo reverteu em benefício do menor;

V – se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.”

À primeira vista, e este é o entendimento corrente da doutrina brasileira, o conflito de interesses que está sendo regulado em tais artigos ocorre entre o menor e aquele que realizou o empréstimo. Presumivelmente, a intenção do legislador seria encontrar um ponto de equilíbrio entre, por um lado, o interesse do menor em não ser prejudicado por causa da sua inexperiência comercial (pagando, por exemplo, juros exorbitantes ou contraindo um empréstimo desnecessário) – sem diminuir os incentivos ao mutuante para a concessão de um empréstimo nos casos em que isso fosse favorável ao menor – e, por outro lado, o interesse do mutuante em receber de volta a coisa ou quantia emprestada, uma vez que ele não tinha a intenção de realizar uma doação.

O legislador, então, teria realizado um julgamento de valor e dado preferência ao in-

teresse do menor em não ser prejudicado sobre o interesse do mutuante em receber de volta a coisa, possivelmente com juros, naqueles casos em que fosse mais provável a exploração do menor ou a desnecessidade do empréstimo. O legislador estabeleceu tais casos por via negativa ou residual, ao determinar os casos nos quais o empréstimo seria válido.

O relato feito até agora pareceria plausível não fosse por algumas peculiaridades. Por qual razão esse conflito está sendo regulado dentro do regime jurídico do mútuo e não, por exemplo, no regime jurídico geral dos atos e negócios jurídicos? Por que estabelecer a regulamentação casuística dos incisos I a III do art. 589, quando o conflito seria mais bem regulado pela cláusula geral do inciso IV? Por que o mutuante perde o direito à restituição de tudo o que ele emprestou, em vez de simplesmente considerarmos o contrato nulo ou anulável? Caso o contrato fosse nulo ou anulável, o mutuante poderia, pelo menos, obter de volta aquilo que emprestou, mesmo que sem juros, até o montante do enriquecimento do menor, conforme dispõe o art. 181 do código civil brasileiro, *in verbis*: “Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”. Finalmente, se o trabalho do menor evidencia a sua experiência comercial e sagacidade, por que limitar a restituição até o montante dos bens que o menor adquiriu com o seu trabalho? Um adulto na mesma situação responderia com todos os seus bens, inclusive com os que ele adquiriu por herança ou doação.

A resposta para as perguntas acima formuladas encontra-se no fato de que as regras contidas nos arts. 588 e 589 do código civil brasileiro foram originalmente formuladas, no âmbito do direito romano, para resolver um conflito de interesses totalmente distinto daquele que foi até agora exposto.

3. As origens romanas

A origem dos artigos supracitados encontra-se em uma legislação romana denominada *Senatus Consultum Macedonianum*. Os termos desta lei foram reproduzidos pelo jurista Ulpiano:

“Por causa do fato de que os empréstimos de Macedo lhe deram um incentivo adicional para cometer um crime para o qual ele era naturalmente predisposto e por causa do fato de que aqueles que emprestam dinheiro sob condições no mínimo duvidosas geralmente fornecem aos homens maus os meios para cometer um ilícito, foi decidido, com o objetivo de ensinar agiotas perniciosos, que a dívida de um filho-família não pode ser validada com a esperança da morte do pai, que uma pessoa que emprestou dinheiro para um filho-família não terá nenhuma ação até mesmo após a morte da pessoa que tinha poder sobre ele.”¹

Esta lei foi uma reação a um evento narrado pelo jurista pós-clássico Theophilus:

“Em Roma vivia uma pessoa chamada Macedo. Quando ele ainda estava sob *patria potestas*, tomou dinheiro emprestado de alguém, esperando que após a morte de seu pai ele seria capaz de quitar a sua dívida. À medida que o tempo passava, o credor o pressionava, exigindo o pagamento. Macedo não tinha nada com o que pagar (como poderia ele, sendo *alieni iuris*?); então ele matou o seu pai. O assunto foi trazido ante ao Senado: Macedo recebeu a punição relativa ao parricídio, e o *senatus consultum* denominado Macedoniano foi feito.”²

O filho-família não possui um patrimônio independente com o qual possa satisfazer as suas dívidas; todo o patrimônio está concentrado nas mãos de seu pai. O principal objetivo desta lei é o de impedir que o mutuante possa reaver o que havia emprestado após a morte do pai do mutuário. Durante a vida dele, nenhum julgamento obtido contra o filho poderia ser objeto de execução; qualquer tentativa de levar a cabo a execução interferiria com a *patria potestas* do pai. De acordo com Kaser (1999, p. 342):

“Os filhos-família vinculam-se por negócios obrigacionais segundo o *ius civile*. Os filhos (não as filhas) podem ser demandados e condenados

¹ Ulp. D. 14, 6, 1 pr.: “cum inter ceteras sceleris causas macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri.”

² *Paraphrasis institutionum*, Lib. IV, Tit. VII, 7. (THEOPHILUS, 2010 apud Zimmermann, 1996, p. 177-178).

por estranhos à família, mas a execução forçada contra eles naufraga na *patria potestas*.”

O *Senatus Consultum* não tinha como escopo proteger o filho, por causa da sua inexperiência negocial, mas sim proteger o pai. O objetivo era desencorajar a realização do empréstimo, impedindo que o agiota pudesse algum dia reaver a quantia emprestada. Dessa forma, não havendo empréstimo, não haveria ocasião para o agiota pressionar o filho a pagar a dívida. Ele não incentivaria o filho a matar o pai para receber a herança e saldar a dívida. O pressuposto dos juristas romanos é o de que o crime ocorre por instigação do agiota. Logo, não haveria motivo para puni-lo com a perda do seu crédito caso, nas circunstâncias, não fosse provável a instigação do mutuário para cometer esse tipo de crime. Os juristas romanos aplicaram o *Senatus Consultum* de forma teleológica. Dessa forma, lemos em Ulpiano que:

“O *senatus consultum* não se aplica se o mutuante acreditava que o mutuário era um *paterfamilias*, desde que a sua crença não fosse simplesmente tola e ignorante, mas fosse baseada no fato de o mutuário ter tal aparência e reputação e no fato de assim se portar nos negócios e na vida pública.”³

O motivo para tal decisão é simples: se o agiota acreditava que o mutuário era um *paterfamilias*, então ele não incentivaria o mutuário a matar o seu pai. Logo, não há motivo para puni-lo com a perda do seu crédito. Percebe-se que essa consideração não tem nada a ver com a proteção do mutuário pelo fato de ele ser menor ou inexperiente. De fato, se o mutuário tinha a aparência de um *paterfamilias*, ele provavelmente não era nem menor, nem inexperiente. Em outra passagem, lemos que:

“Se eu contrato com um filho-família para realizar-lhe um empréstimo, mas não lhe entrego o dinheiro antes que ele se torne um *paterfamilias*, seja porque o seu status civil sofreu alteração ou porque o seu pai morreu ou porque ele se tornou independente de alguma outra forma sem sofrer alteração em seu status civil, o *senatus consultum* não se aplica pelo fato de o mutuário já ter se tornado um *paterfamilias* no momento em que o empréstimo foi feito.”⁴

³ Ulp. D. 14, 6, 3 pr.: “Si quis patrem familias esse creditit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum.”

⁴ Ulp. D. 14, 6, 3, 4.: “Si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim, sive capite deminutus sit sive morte patris vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare senatus consultum, quia mutua iam patri familias data est.”

O *Senatus Consultum* não se aplica se o empréstimo só foi entregue após o mutuário ter se tornado *paterfamilias*, mesmo que o acordo de vontades tenha sido feito quando ele ainda estava submetido ao poder paterno. A lógica aqui é igualmente clara: uma vez que se tornou ele próprio um *paterfamilias*, o mutuário passa a ter um patrimônio próprio e pode saldar as suas dívidas, sendo menos provável que o mutuante vá instigá-lo a matar o seu pai (*i.e.*, caso ele ainda esteja vivo). Dessa forma, ou não resta ninguém a proteger, porque o pai já morreu, ou o pai não necessita de proteção, porque o mutuário é capaz de saldar as suas próprias dívidas. Percebe-se novamente que o objetivo não é proteger o mutuário. Ainda em outra passagem, lemos:

“Pelo contrário, se você contrata a realização de um empréstimo com alguém que é *paterfamilias*, e quando você realmente entrega o dinheiro ele já se tornou um filho-família, a vontade do senado deve ser seguida porque é o pagamento que completa a substância da obrigação.”⁵

Aqui temos alguém que era *paterfamilias* no momento da constituição da obrigação e que se tornou, posteriormente, *alieni iuris* (por exemplo, por meio da adoção). O *Senatus Consultum*, que não era aplicável, passa agora a ser aplicado. O motivo é que o patrimônio do antigo *paterfamilias* é incorporado no do novo. Surge, novamente, a tentação de matar o novo *paterfamilias* para receber a herança e saldar as dívidas. Dessa forma, podemos concluir, nas palavras de Zimmermann (1996, p. 178-9), que:

“A intenção do *senatus consultum* não era então proteger jovens impetuosos e inconseqüentes dos perigos de uma vida suntuosa no crédito: ele era aplicado a senadores e cônsules grisalhos, desde que fossem *alieni iuris*, mas não era aplicado a adolescentes efervescentes, desde que fossem *sui iuris*. A sua aplicação era confinada aos *filiifamilias*, isto é, aos casos onde a tentação de eliminar o pai poderia ter existido.”

O conflito de interesses não é entre o mutuante e o mutuário. Na realidade, o conflito se passa entre o pai do mutuário, por um lado, e o mutuante e o mutuário, por outro. O pai do mutuário não quer morrer; por isso, não quer que o empréstimo feito pelo agiota ao seu filho possa ser cobrado. O mutuário (filho) quer receber o empréstimo, assim como o mutuante quer que o mutuário possa pagar de volta o valor emprestado; por isso ambos querem que o contrato possa ser executado. As regras desenvolvidas pelos juristas romanos procuram encontrar um ponto

⁵ Scaev. D. 14, 6, 6.: “Contra etiam recte dicitur, si a patre familias stipulatus sis, credas postea filio familias factu, senatus potestatem exercendam, quia expleta est numeratione substantia obligationis.”

de equilíbrio entre os interesses conflitantes. Algumas das exceções ao *Senatus Consultum*, que já eram reconhecidas pelos juristas romanos, chegaram a ser incluídas (com certas adaptações) no atual código civil brasileiro. Assim, por exemplo, os incisos I a III do art. 589 do código brasileiro têm a sua origem reconduzida a opiniões do jurista Ulpiano.⁶

4. O direito romano-português recebido no Brasil

A regulamentação fornecida pelo direito romano, com algumas alterações, veio a ser recepcionada no Brasil por meio das Ordenações do Reino de Portugal. Tais Ordenações não constituem um mero direito autóctone português, mas encontram-se fortemente romanizadas. Desde as Ordenações Afonsinas, passando pelas Manuelinas, até as Filipinas, houve um gradual processo de racionalização das regras ali empregadas, de acordo com as categorias do *ius commune* europeu. O direito romano, conforme interpretado por glosadores e comentadores, forneceu um grande número de regras, assim como o direito canônico. Mesmo quando a regra romana ou canônica não era diretamente adotada, ela servia como pano de fundo para o enquadramento sistemático das regras costumeiras portuguesas. Esse não é um fenômeno que ocorreu tão somente em Portugal, mas por toda a Europa continental. No que concerne ao mútuo feito a um filho-família, vejamos o disposto nas Ordenações Filipinas:

“2. E porquanto de se emprestar dinheiro aos mancebos filhosfamilias se dá azo ao converterem em usos deshonestos e ocasião de serem viciosos, e se póde presumir, que carregados de dividas e apertados por ellas procurem a morte a seus pais, ou lha desejem: para se isto evitar, mandamos que o que emprestar a algum filho, que stiver debaixo do poder de seu pai, quer seja varao, quer femea, perca o direito de o pedir assi a seu pai, como a elle, posto que os ditos filhosfamilias, a que se fez o dito emprestimo, saiam do poder de seus pais por morte, casamento, ou emancipação. E da mesma maneira se não poderá pedir aos fiadores, que por elles ficaram.

3. Porém, se o tal filhofamilias stiver em alguma logea de mercadorias, ou tiver algum tracto de consentimento e mandado de seu pai, ou sem elle, será obrigado a pagar o que se lhe emprestar. Porque, se por mandado de seu pai stá no tal tracto, fica o pai obrigado pelo emprestimo, que ao dito filho se fizer; e se o dito filho negociava sem mandado de seu pai, ficará elle obrigado até onde chegar o seu peculio, e mais não.

4. E quando o filhofamilias stá em parte alongada e remota por causa do studo, será o pai obrigado a pagar o que se emprestar ao dito filho para os gastos do studo, não sendo porém mais que o que o pai lhe costumava dar.

⁶ Cf., para o inciso I (Ulp. D. 14, 6, 7, 15.); para o inciso II (Ulp. D. 14, 6, 7, 13.); para o inciso III (Ulp. D. 14, 6, 1, 3.).

E o mesmo será no que se emprestar ao filho-famílias soldado, que estiver na guerra em parte remota, ou que andar na Còrte em nosso serviço”⁷ (ALMEIDA, 1995).

É importante ressaltar os seguintes aspectos: em primeiro lugar, é impressionante a concordância das ordenações com o direito romano, até mesmo nos exemplos e detalhes; em segundo lugar, os atuais arts. 588 e 589 do código civil brasileiro seguem o modelo que se encontra aí presente. Por exemplo, a proibição de cobrar a restituição do fiador. A redação deste dispositivo não deixa transparecer a verdadeira *ratio legis* de tal proibição. Afinal, o pai do mutuário não seria mais bem protegido caso a dívida deste último fosse saldada pelo fiador? Pois, assim, o agiota, tendo a sua dívida satisfeita, não pressionaria o devedor para matar o seu pai. A não ser que o fiador, ao exercer o direito de regresso contra o mutuário afiançado, fosse instigá-lo a matar o seu pai, não parece haver motivo para tal proibição. Entretanto, ao observarmos o contexto originário de criação desta regra, veremos que ela foi desenhada para cobrir a situação na qual o devedor mutuário se passa por fiador por meio de um negócio simulado. Dessa forma, o mutuante é proibido de reaver o empréstimo do próprio mutuário, não do seu fiador. Vejamos a passagem relevante:

“De acordo com Nerácio, no primeiro e no segundo livro dos seus *responsa*, o *senatus consultum* não se aplica quando um filho-família é fiador. Celso, no quarto livro, concorda. Mas Juliano acrescenta que é uma fraude ao *senatus consultum* se o filho-família, que iria tomar o empréstimo para si mesmo, coloca outra pessoa como um ‘laranja’ e promete (ao mutuante) pagar de volta tudo o que fosse emprestado a tal pessoa; tanto o filho-família quanto o outro devedor terão uma defesa, porque o remédio é concedido tanto para o fiador do filho quanto para ele mesmo.”⁸

A redação de Ulpiano não é das melhores, mas a situação colocada por Juliano é clara: na realidade, o devedor mutuário não é a pessoa que está formalmente em tal posição, mas é o filho-família, apesar de, formalmente, este não ser o devedor mutuário, mas tão somente o fiador. Logo, o objetivo não é impedir que o mutuante recupere, das mãos do suposto fiador, o valor teoricamente emprestado ao suposto mutuário, mas impedir que ele o recupere do mutuário filho-família que se fez

⁷ Ord. do L. IV, Tit. L, §§ 2, 3 e 4.

⁸ Ulp. D. 14, 6, 7 pr.: “Item si filius familias fideiusserit, neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait. idem celsus libro quarto. sed iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur.”

passar por fiador. Tanto a redação das Ordenações Filipinas quanto a redação do código civil brasileiro não deixam transparecer essa *ratio legis*.

Finalmente, é possível que o motivo pelo qual o *Senatus Consultum* foi criado já não fosse claramente compreendido pelos praxistas portugueses e brasileiros. Basta observar a nota 4 dos comentários de Candido Mendes de Almeida ao L. IV, Tit. L, § 2, das Ordenações Filipinas (1995, p. 843), que aqui reproduzimos:

“A lei Romana deste nome teve origem no reinado do Imperador Claudio, quando vivia em Roma um famoso usurario chamado *Macedo* ou *Macedon*, que assolava com suas usuras a cidade eterna. Esta he a opinião de Gothofredo á quem segue Lima *com.*, mas Vicat no seu *Vocabulario*, sustenta que o nome da lei proveio de certo *Macedo* filho-familias, uma das mais notaveis victimas dos usurarios de Roma.”

Posteriormente, Teixeira de Freitas (1876), em sua *Consolidação das Leis Civis*, simplificou a linguagem das Ordenações.⁹ Não houve, contudo, alteração do regime jurídico. De forma surpreendente, um dos pressupostos da aplicação da regra romana – a existência do regime da *patria potestas*, que retirava aos filhos-família o direito de possuir um patrimônio e dele dispor – nunca chegou a ser plenamente adotado em qualquer país europeu (COING, 1996, p. 255, 316-320). As ordenações portuguesas dão a impressão de que tal regime era plenamente vigente em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil. Temos aqui o fenômeno do direito apresentado fora de contexto, tão comum na história do direito privado ocidental (WATSON, 2000). Especificamente quanto ao tópico da proibição da cobrança do crédito oriundo de um contrato de mútuo destinado a um filho-família, é necessário observar que nem o código civil francês, nem o italiano, nem o alemão receberam o *Senatus Consultum Macedonianum* onde constava tal proibição. Esse fato provavelmente teve um grande impacto na doutrina brasileira dos séculos XX e XXI, que continua a realizar a recepção de normas, formas de interpretação e argumentação provenientes de certos ordenamentos estrangeiros de prestígio. Como a doutrina daqueles países negligencia o tratamento do assunto, ele torna-se ainda mais obscuro aos olhos dos intérpretes brasileiros. Qual foi o motivo que levou à recepção da regra romana no direito brasileiro? Talvez a percepção de que a regra fazia parte do direito genuinamente brasileiro por meio do direito romano-português aqui implantado. Um apelo à ideia de nacionalismo jurídico. Nesse ponto, como em alguns outros, o código civil brasileiro de 1916 e o de 2002, ao invés de seguir os modelos estrangeiros mais recentes,

⁹ Arts. 484 a 486.

continuaram irrefletidamente a tradição do direito romano-português transplantado para o Brasil.¹⁰

5. A interpretação da doutrina brasileira atual

O entendimento incorreto da função dos arts. 588 e 589 é amplamente compartilhado pelos juristas brasileiros. Como exemplo, vejamos a posição de Caio Mário Pereira (2006, p. 349):

“Para contratar um mútuo, é mister a capacidade das partes. O mutuante tem de ser apto para dispor da coisa. O mutuário também tem de ser habilitado a obrigar-se. O Direito Romano, a este propósito, enunciava um princípio, conhecido como *Senatusconsulto macedoniano*, o qual, atravessando os séculos, veio incorporar-se no direito positivo de vários povos, inclusive no nosso Código Civil (art. 588), segundo o qual o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele em cuja guarda estiver (pai, mãe, tutor), não pode ser reavido nem do mutuário nem de seus fiadores. Trata-se de um preceito protetor contra a exploração gananciosa da sua inexperiência. E foi imaginado como técnica para impedir as manobras especuladoras, mediante a punição ao emprestador, que perderá a coisa mutuada se fizer o empréstimo proibido.”

Observa-se que há uma descrição incorreta do direito romano: o *Senatus Consultum* não era dirigido aos menores, mas a quem estava sob a *patria potestas*, mesmo que maior. Caio Mário Pereira (2006) também acredita, erroneamente, que tal lei foi criada para proteger o menor inexperiente. Não se sabe ao certo de onde ele retirou tais informações. O seu erro pode ter origem nos autores franceses e italianos do século XX, que ele cita no original, ou até mesmo nos autores alemães, que ele cita em traduções para o espanhol. O fato é que tais autores podem ter negligenciado o tratamento da matéria, considerando-se que os códigos francês, italiano e alemão não recepcionaram o instituto. A dependência da doutrina estrangeira é confirmada em outras passagens da obra de Caio Mário Pereira (2006), nas quais ele expõe regras consagradas em códigos estrangeiros como sendo regras de direito brasileiro.¹¹

Esse fenômeno moderno de recepção do direito estrangeiro ocorre de maneira silenciosa. Não queremos aqui multiplicar os exemplos, que

¹⁰ Ver, com interessantes considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro, Soleil (2005).

¹¹ O autor citado tem uma predileção pela recepção de normas, formas de argumentação e interpretação provenientes dos direitos francês e italiano. Outros autores brasileiros preferem tomar emprestado do direito alemão. Para uma ilustração dessa tendência no caso do regime jurídico da compensação, no qual diferentes autores chegam a defender até três diferentes modelos de compensação, todos provenientes de ordenamentos estrangeiros de prestígio, a despeito do que diz (ou não diz) o código civil brasileiro, ver Ferreira (2004).

são inumeráveis. Entretanto, queremos ressaltar que não somos contra a recepção do direito estrangeiro em princípio; somos contra a sua recepção silenciosa e inarticulada. Quanto ao entendimento incorreto da razão de ser dos arts. 588 e 589, Caio Mário não está sozinho. Vejamos Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 270-1), supostamente inovador, que chama Caio Mário de “tecnólogo”:

“A lei inicia por reforçar a nulidade do mútuo feito com mutuário menor sem a autorização daquele sob cuja guarda estiver (os pais ou o tutor), ou seja, sem a devida representação ou assistência (CC, art. 588). Trata-se de redundância, já que a invalidade do contrato celebrado com incapaz, não representado ou assistido na forma da lei, decorre já de outros preceitos legais (CC, arts. 166, I, e 171, I). (...) Em algumas situações específicas, contudo, o contrato de mútuo será válido, a despeito da incapacidade do mutuário (CC, art. 589). São exceções abertas pela lei com o objetivo de preservar os negócios jurídicos em que a limitada capacidade de discernimento do mutuário não pode ser considerada obstáculo à plena eficácia do contrato” (COELHO, 2005, p. 272).

6. Conclusões

Primeira conclusão. Os arts. 588 e 589, ao regularem o conflito entre o menor e o mutuante, fazem-no de maneira desnecessariamente complexa. O inciso I do art. 589 já está coberto pelo art. 176 do código civil. O inciso V do art. 589 poderia ser extraído, por meio de interpretação, do art. 180. O inciso II poderia ser enquadrado no inciso IV, sendo que ambos seriam desnecessários, dada a regulamentação do art. 181. O inciso III do art. 589 não é uma solução adequada para o conflito entre o menor e o mutuante. Afinal, se ele for considerado inexperiente e facilmente explorável, mesmo que tenha ganhado bens mediante seu

trabalho, não deverá devolver a quantia que recebeu senão até o montante com que tenha sido beneficiado, e não senão até o montante dos bens que adquiriu com o seu trabalho. Do contrário, caso o seu trabalho evidencie a sua experiência e sagacidade, não há motivos para limitar a restituição devida ao mutuante até o montante dos bens adquiridos pelo menor com seu trabalho. Neste caso, deverá responder com todos os seus bens, inclusive, por exemplo, com os adquiridos através de herança ou doação.

Além disso, o art. 589 e seus incisos podem gerar dúvidas quanto aos seus efeitos sobre a validade (nulidade e anulabilidade) do negócio jurídico. Não há dúvidas de que os incisos do art. 589 criam exceções ao art. 588, que dispõe sobre a inexigibilidade da restituição do empréstimo. Também não há dúvidas de que os incisos I e V do art. 589 criam exceções à anulabilidade do negócio jurídico, de modo que o mutuante pode exigir do menor a restituição do que lhe emprestou conforme combinado (até mesmo com juros caso tenham sido estipulados). O menor perde o direito de anular o negócio. Entretanto, pode haver dúvidas quanto aos efeitos provocados pela incidência dos incisos II, III e IV. Além de afastarem o art. 588, tornando exigível a restituição do empréstimo conforme combinado, afastam eles também o direito de anular o negócio jurídico? A resposta não é clara. Qual é a relação entre o inciso II e o IV? Qual é a relação entre o inciso III e o IV? A resposta não é clara. Caso o inciso IV tenha preferência sobre os demais, e o direito de pedir a anulação do contrato não for afastado, então toda a regulamentação estabelecida pelos arts. 588 e 589 torna-se irrelevante. O resultado prático será o mesmo que seria alcançado com a aplicação dos arts. 176, 180 e 181, porém através de uma via tortuosa e incerta, um campo minado de armadilhas interpretativas.

Segunda conclusão. Os arts. 588 e 589 não regulam o conflito entre o ascendente do

mutuário, por um lado, e o mutuante e o mutuário, por outro lado, da melhor maneira possível. Em primeiro lugar, o mutuário que tem intenções parricidas ou matricidas não tem de ser necessariamente menor de idade. De fato, provavelmente ele não o é. Assim, o ascendente do mutuário não será protegido pelo art. 588 quando o mutuário não for menor. Em segundo lugar, impedir que o mutuante obtenha a restituição do fiador do mutuário em nada contribuirá para proteger o ascendente do mutuário. Do contrário, poderá até aumentar as tentações do menor com tendências homicidas que queira receber a herança, além de prejudicar o menor sem tendências homicidas que queira obter um empréstimo. Em terceiro lugar, se o objetivo é cortar a tentação de matar o ascendente, então é melhor estabelecer uma regra geral no sentido de que o mutuante não poderá reaver o empréstimo caso o mutuário ou o próprio mutuante venham a matar o ascendente do mutuário. A regulamentação casuística estabelecida nos arts. 588 e 589, permitindo ou não a restituição do empréstimo, não aborda diretamente a questão. Em quarto lugar, as dívidas do descendente podem ter origem em outros contratos, além do mútuo, ou em outras fontes obrigacionais não contratuais, pelo que a tentação de matar o ascendente para obter a herança e saldar as dívidas não ocorre tão somente quando há um empréstimo. Os juristas romanos argumentavam que a tentação de matar o ascendente seria maior no caso de uma dívida oriunda de um contrato de mútuo do que no caso de dívidas oriundas de outros contratos. O motivo: a pressão e a instigação promovidas pelo agiota.¹² Mesmo que se aceite tal argumento, impedir que o agiota possa cobrar judicialmente o valor da dívida não significa que o mutuário deixará de pagar extrajudicialmente uma vez que colocar as mãos na herança. Ademais, os negócios abusivos já padecem de invalidade, razão pela qual o agiota já não poderia mesmo cobrar judicialmente do mutuário o valor abusivo, senão a restituição pura e simples do que emprestou. Dessa forma, mesmo que se admita que é mais provável a tentação de matar o ascendente para receber a herança e saldar as dívidas no caso de um mútuo, permanece válido o argumento de que tal tentação pode ocorrer nos casos em que o descendente devedor queira saldar as dívidas oriundas de outras fontes obrigacionais.

De fato, o descendente ganancioso pode ter tal tentação mesmo que não tenha dívida alguma. Assim, a melhor regra é a que impede o descendente de receber a herança caso ele mate o ascendente.¹³ A outra regra

¹² Ulp. D. 14, 6, 3, 3.

¹³ Em termos mais genéricos, caso a pessoa que teria o direito a receber a herança – sendo ela considerada descendente ou não – mate ou tente matar aquela que é a atual proprietária dos bens da referida herança ou até mesmo mate ou tente matar alguma outra pessoa que pudesse lhe fazer concorrência como coerdeira. Ver o art. 1.814 do CCB: “São

seria a que impediria os credores do descendente de obter a satisfação de seus créditos com os bens herdados pelo descendente caso tais credores matem o ascendente. Resta ainda uma objeção a ser superada: a regra romana faz sentido quando há dificuldade de provar que o descendente ou os credores do descendente mataram o ascendente. Entretanto, o fato de o descendente ou seus credores matarem o ascendente é raro; podemos pressupor que será ainda mais raro o assassinato sem provas. Dessa forma, os benefícios trazidos pela regra romana seriam infinitamente menores do que os custos sociais que ela poderia gerar, ao dificultar a realização de empréstimos úteis e necessários para a vida digna do menor.

Em suma, os arts. 588 e 589 não resolvem nenhum dos dois conflitos de interesse acima identificados de forma satisfatória. A sua redação é desnecessariamente complicada, gerando esforços interpretativos estéreis. O destino do antigo *Senatus Consultum Macedonianum* no Brasil bem ilustra um fenômeno acuradamente descrito por Oliver Wendell Holmes (1881, p. 5), ao tratar da história do direito anglo-americano:

“Um fenômeno muito comum e familiar a todo estudante de história é o descrito a seguir. Os costumes, as crenças, ou as necessidades de um tempo primitivo demandam a criação de uma regra ou fórmula. No curso de séculos, os costumes, crenças, ou necessidades desaparecem [no caso presente, eu diria, são ignorados], mas a regra permanece. O motivo que fez surgir a regra é esquecido, e mentes criativas começam a especular sobre a sua origem. Pensa-se em algum tipo de objetivo a ser alcançado pela regra, que parece explicá-la e reconciliá-la com o estado atual das coisas; e então a regra é adaptada para servir aos novos objetivos que lhe foram imputados, adentrando uma nova carreira. A velha forma recebe um novo conteúdo e, com o tempo, até mesmo a forma é modificada para se adequar ao sentido por ela recebido.”

Referências

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações filipinas*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. Tomos IV e V. 3 v.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.

COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996.

FERREIRA, Flávio Henrique Silva Ferreira. A compensação em perspectiva histórico-comparativa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 103-144, out./dez. 2004.

excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”.

- _____. Ordem normativa e institucionalização. In: _____; FERES, Marcos Vinício Chein; LACERDA, Bruno Amaro (Org.). *Instituições de direito*. Juiz de Fora: UFJF, 2011.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B.L. Garniér, 1876.
- GORDLEY, James. The future of european contract law on the basis of Europe's heritage. *European Review of Contract Law*, Berlin, v. 1, n. 2, p. 163-183, 2005.
- _____. Why look backward. *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 50, p. 657-670, 2002.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown and Company, 1881.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 3 v.
- SOLEIL, Sylvain. La réception du modèle juridique français entre discours et réalité depuis la révolution. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Dordrecht, v. 73, p. 171-181, 2005.
- THEOPHILUS. *Theophili Antecessoris paraphrasis institutionum*. Groningen: Chimaira, 2010.
- ULPIANO. *Senatus consultum macedoniam*. [S.l.]: [S.n.], [s.d.].
- WATSON, Alan. *Failures of the legal imagination*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1988.
- _____. *Law out of context*. Athens: The University of Georgia, 2000.
- _____. *Society and legal change*. 2. ed. Philadelphia: Temple University, 2001a.
- _____. *The evolution of western private law*. Baltimore: The Johns Hopkins University, 2001b.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University, 1996.