

APONTAMENTOS SOBRE A CLÁUSULA “... OU DEVIA SABER”*

JOÃO BAPTISTA VILLELA**

1. O Presidente sabia?

A história política recente do País está mostrando o quanto obscura e incerta pode ser a distância que separa o *saber* do *não saber*.

Saber é uma qualidade que se situa na ordem da informação e não na ordem do dever. Dela podem-se derivar conseqüências éticas e jurídicas seguras porque sua existência não está em causa. A informação *é*. Existe. As dificuldades resultam tão somente da operação pragmática de se lhe atribuir responsabilidades: as responsabilidades do conhecimento. Trata-se aqui de fixar quais condutas, incluindo abstenções, se podem impor ao sujeito que sabe ou conhece.

Assim, o médico que apurou estar o seu paciente sofrendo de moléstia grave e contagiosa pode e deve, ele próprio, se perguntar a

* Texto preliminar para discussão, submetido ao Primeiro Encontro do ano VI dos Diálogos FEA & Largo de São Francisco: Cláusulas Gerais, Boa Fé e Função Social dos Contratos (São Paulo, 06 de abril de 2006). Salvo pequenas alterações o texto está reproduzido na versão liberada para o Encontro. Republica-se aqui por ter saído com sérias incorreções na Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 38, out./dez. 2007:161-178.

** Professor Emérito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

quem e a que órgãos e serviços de saúde deve dar ou omitir ciência do fato. Sendo embora uma indagação de foro íntimo, é também uma indagação do foro externo, cuja resposta pode, eventualmente, conduzir à sua responsabilização: uma responsabilização pela conduta que assumiu ou deixou de assumir diante do conhecimento que detém.

Com o *não saber*, é diferente. O desconhecimento não é uma qualidade. É simplesmente uma ausência de qualquer qualidade. Sendo assim, a esse faltar não há como impor condutas *a priori*, salvo que se associe a falta de conhecimento à quebra de um dever.

Explico-me.

No momento em que escrevo, tenho conhecimento de algumas coisas e desconheço muitas outras. Do meu desconhecimento não nascem deveres para mim. A não ser que se debite minha desinformação a um dever qualquer que tenha descumprido. Não sei, por exemplo, que há um passageiro embarcado no Aeroporto de Congonhas, vestindo terno escuro, gravata azul índigo com aplicações em verde esmeralda, portando uma pistola Glock 22. Posso não o saber por vários motivos, inclusive pelo mais elementar deles □ o de que o fato não se tenha produzido: nenhum passageiro embarcou nas condições descritas. O meu *só desconhecimento* não é, por conseguinte, fonte de obrigações a que me tenha de sujeitar. Exceto por quebra de dever anterior que o tenha originado: digamos, no caso, sendo eu funcionário afeto às operações de embarque, tenha negligenciado o controle do porte de armas pelos passageiros.

Quando se quis responsabilizar o Presidente Lula pelos desmandos conhecidos, no seu complexo, por *Mensalão*, vezes governamentais se levantaram para defender o Chefe do Executivo, ao fundamento de que S. Exa. não tinha conhecimento dos fatos. A esta objeção muitos reagiram indignados, pois, segundo todas as evidências, não era de se admitir a insciência do Presidente. S. Exa. estaria, portanto, ofendendo a verdade e desmerecendo o crédito

da população. Pois bem: Se o Presidente, de fato, mentia, faltava contra o dever de lealdade que compete à autoridade pública, aqui em grau eminente, dada a alta expressão do cargo que ocupava. Mas pode ser que falasse a verdade e que, efetivamente, desconhecesse o que se passava. Uma forte suposição não é ainda uma certeza.

Outros críticos, porém, tomavam a questão por ângulo diverso. Se o Presidente ignorava os fatos, é porque não exercia o cargo com suficiente cuidado e diligência. Do Presidente da República exige-se que preste vigilância atenta e ininterrupta a tudo quanto se passa ao interno do Poder. O Presidente podia até, de fato, não saber, mas, por múnus do ofício, *devia saber*¹.

No âmbito do direito privado, os valores envolvidos são outros. Mas o raciocínio é fundamentalmente o mesmo. Há uma ética jurídica do conhecimento. E outra ética que trabalha no *espaço do não saber*, para o fim de, sendo este culpável, impor deveres ou estados de sujeição a quem não o tenha buscado e obtido. Em princípio, não são necessariamente iguais, do ponto de vista moral, a responsabilidade de quem age sabendo e a de quem age não

1 A situação viria a se reconfigurar, com as mesmas ambigüidades éticas, algum tempo depois, já no segundo mandato do Presidente Lula, quando se manifestou o chamado *Caos Aéreo*. Após grave acidente, envolvendo uma aeronave da empresa Gol, em setembro de 2006, instalou-se no País generalizada desordem no transporte aéreo: atrasos, suspensões ou cancelamentos de vôos, persistente desinformação nos aeroportos, insegurança e revolta dos usuários, etc. A crise atingiu seu paroxismo quando, menos de um ano depois, outro acidente, de proporções ainda maiores, desta vez com aeronave da empresa TAM e incluindo vítimas terrestres, comoveu o País. No clima de busca pelos responsáveis, o Presidente Lula disse que estava desinformado sobre a extensão e a gravidade da crise. Se não sabia, de fato, devia saber? Esta era, mais uma vez, a questão. Não faltou na imprensa voz que conectasse a *desinformação* do Presidente no caos aéreo com a do *Mensalão* e outras *desinformações* que S. Exa. confessava ou argüia ao longo de suas administrações (caso Vavá, Caixa Dois, Dívida com o PT, Violação de Sigilo): Cf. LEITE, Pedro Dias & SANDER, Letícia. Lula agora diz que não sabia do caos aéreo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 03 ago. 2007, p. C1.

sabendo, mesmo devendo saber. Assumir esta diferença agravaria enormemente os custos de operação dos sistemas jurídicos. E com tanto mais ônus quanto mais refinados fossem as diferenciações reconhecidas. Daí porque é um comportamento generalizado nos sistemas de direito do Ocidente identificar o saber com o não saber culposo. Saber ou dever saber são juridicamente uma única e mesma coisa. Máxima de antiga extração já estabelecia: *paria sunt scire, vel scire debere*².

2. Dever: o discurso epistêmico e o discurso deontico

Com a assimilação entre saber e dever saber a solução está ainda longe de ser alcançada. Porque, ela só, não dá a chave da extensão dos deveres de quem não sabe, na situação em que devia saber. O problema é: deve-se saber em razão dos fatos e circunstâncias que cercam o entorno do sujeito? Ou deve-se saber por imposição de um imperativo categórico de busca da informação?

A indagação nos remete para os muitos e diferentes usos que comporta o verbo *dever*.

Se se põem na clave do discurso epistêmico, as afirmações tendentes a sinalizar a responsabilidade enunciativa do sujeito e que se constroem com o verbo *dever*, resolvem-se na modalidade chamada *subjativa*, segundo o modelo de Lyons, tal como retomado por Costa Campos³.

2 Recolhido em CHIPPIANI, Carolus. *Repertorium Axiomatum, Sententiarum Regularumque utriusque Juris*. Maceratae: Ex Praelo Aloysii Viarchi, 1844, p. 406. Entre nós, sentenciou Teixeira de Freitas nas suas notas de acomodação a Pereira e Souza: “O saber, e o ter justa, e provável, causa de saber, se equiparam em Direito”: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto (acc.). In: PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*. Nova ed., Rio de Janeiro - Paris: Garnier, 1906, p. 411.

3 Cf. COSTA CAMPOS, Maria Henriqueta. *Dever e Poder: Um Subsistema Modal do Português*. [S.l.]: Fund. C. Gulbenkian; Junta Nac. de

Costa Campos, por outro lado, ao expor antes o pensamento de McCawley, observa que “uma proposição é epistemicamente necessária se ela é verdadeira à luz do conhecimento de que o homem dispõe, isto é, de um conhecimento universal”⁴.

De imediato continua:

“Este conceito de necessidade epistêmica contém variantes, de acordo com o tipo de conhecimento. Assim, o valor da necessidade física é associado a proposições que são necessariamente verdadeiras de acordo com o nosso conhecimento das leis físicas que regem o mundo: a proposição ‘uma pessoa que salte do Empire State Building cai’ é fisicamente necessária. Mas a proposição ‘um adulto, saudável mentalmente, que salte do Empire State Building, sabe que morre’ é epistemicamente necessária mas não fisicamente necessária”⁵.

Na modalidade subjetiva da proposição epistemicamente necessária, ocorre a apropriação de experiências impregnadas no juízo do emissor ou, como prefere Costa Campos, *enunciador*⁶.

Costa Campos retoma o exemplo de McCawley para esclarecer:

“[S]e eu souber que um adulto, mentalmente são, se atirou do alto do Empire State Building, infiro que esse adulto se quis suicidar: ‘O sr. X *deve* ter-se querido suicidar’. ‘O sr. X quis-se suicidar’ é a conclusão que eu, individualmente, tiro do conhecimento que tenho de que o Sr. X era um adulto no pleno uso de suas faculdades mentais, que sabia, portanto, que morreria se se atirasse do alto do Empire State Building”⁷.

Investigação Cient. e Tecnológica, 1998, p. 73.

4 *Dever ...*, cit., p. 73.

5 *Dever ...*, cit., p. 73.

6 *Dever ...*, cit., p. 73.

7 *Dever ...*, cit., p. 73.

Em seguida, o comentário de Costa Campos que está diretamente em contato com a problemática do *dever* nas enunciações relativas ao conhecimento que podem interessar ao direito.

“Neste último exemplo, a forma verbal ‘*deve*’ exprime um conhecimento indirecto, construído como uma interpretação de indícios que constituem, esses sim, conhecimento (construído como) directo do enunciador. Essa interpretação é da responsabilidade de um enunciador determinado, numa situação de enunciação determinada; outro enunciador interpretaria talvez diferentemente os mesmos indícios”⁸.

Considere-se agora a seguinte proposição:

“A declaração de rendimentos *deve* ser entregue até o dia 28 de abril de 2006”.

Ou esta outra:

“O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, [...]” (Cód. Civ. Br., art. 654, § 1º).

Em ambos os casos, o verbo *dever* intervém no seu sentido deontico, isto é, sinaliza não um juízo presuntivo do emissor, senão uma determinação imperativa universal. O juízo deontico vem, geral mas não necessariamente, acompanhado da indicação de uma sanção. Uma fórmula muito conhecida para introduzir a sanção é “sob pena de”.

3. “*Lula devia saber*” e “*Lula devia saber!*”

A expressão *Lula devia saber*, que correu e corre ainda o País, é, portanto, de uma irremediável ambigüidade. Tanto pode significar a imputação de um falso comportamento (registro epistêmico), como a enunciação de uma conduta omissiva (registro deontico).

8 *Dever ...*, cit., p. 73.

No primeiro caso a expressão equivale a esta outra “Lula sabia, sim, das práticas do *Mensalão*, apesar de dizer o contrário”. Outra expressão possível: “Lula *fingia* não saber do *Mensalão*”.

No segundo caso, a afirmação se interpreta assim: “Lula faltou ao dever de ofício, ao negligenciar obter informações inerentes à sua investidura”.

Em um caso, pecou contra a verdade. Em outro, contra a prudência política - a *phrónēsis* do poder -, no sentido aristotélico de virtude do homem público⁹.

Vejamos, agora, as incidências do *devia saber/devia conhecer* no Código Civil.

São as seguintes:

• **Art. 119.** É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato *era ou devia ser do conhecimento* de quem com aquele tratou.

• **Art. 148.** Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele *tivesse ou devesse ter conhecimento*; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

⁹ Convém insistir que se toma aqui o termo no sentido aristotélico mesmo e não no platônico. Em Platão, como observa Perkams, *phrónēsis*, embora apareça também associado a *virtude*, tem na sua obra maior o sentido de conhecimento espiritual (*geistige Erkenntnis*). No sentido platônico, Lula não teria então pecado contra a *phrónēsi*, pois não há pecado onde não há virtude: Cf. PERKAMS, Matthias. Klugheit (*phronēsis*). In: SCHÄFER, Christian (Hrsg.). *Platon-Lexikon: Begriffswörterbuch zu Platon und der platonischen Tradition*. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgesellschaft, 2007 ©, S. 179.

• **Art. 154.** Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela *tivesse ou devesse ter conhecimento* a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

• **Art. 155.** Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela *tivesse ou devesse ter conhecimento*; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

• **Art. 989.** Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresse limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o *conheça ou deva conhecer*.

• **Art. 1.009.** A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, *conhecendo ou devendo conhecer-lhes* a ilegitimidade.

• **Art. 1.013.** A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

.....

§ 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, *sabendo ou devendo saber* que estava agindo em desacordo com a maioria.

O registro epistêmico de *dever* envolve sempre margem de dúvida. Transporta uma carga de reserva ou reticência. “Lula devia saber”, posto na clave epistêmica, equivale, aproximadamente, a um juízo que, analítica e informalmente, poderia tomar formas como esta - sincopadas, porém contínuas na sua intencionalidade: “É fora de dúvida que Lula sabia; claro, não podia deixar de saber;

sim, é certo que sabia; então não sabia? Ora, sabia, sim!". De resto, é um dado curioso, tanto da linguagem formal quanto dos falares coloquiais, que, quando se enuncia "sem dúvida!", é quase certo que alguma dúvida há. O fenômeno talvez se possa esclarecer assim: O enunciador tem consciência de que lhe faltam elementos para uma certeza absoluta; está, porém, convencido de que sua capacidade de percepção capturou a realidade dos fatos, quem sabe, mesmo, por uma interpretação de natureza intuitiva e qualificada, que não se deixa explicar; afirma-o então com veemência para *sufocar* a voz da razão, que insiste em adverti-lo de que a dúvida continua ali, atuante e firme.

Embora em todas as hipóteses transcritas do Código esteja presente a mesma ambigüidade teórica entre o registro epistêmico e o deôntico, é certo que o primeiro deve ser, no caso, totalmente excluído. Se *devia saber, devia conhecer*, etc. estivessem empregados no sentido epistêmico, o Código estaria incorrendo em manifesta superfetação, pois de *sabia* para *devia saber* só restaria o *iter* que separa a certeza da dúvida, o qual a lei estaria desprezando, ao assimilar uma à outra nos resultados. Não faria sentido trabalhar com a disjuntiva *ou*, que estaria operando uma contraposição falsa, já que os dois estados mentais - certeza e probabilidade - se equiparariam no juízo da lei. Bastaria, de resto, a probabilidade, que é menos que a certeza. Se *devia saber* já era suficiente, para que o *sabia*?

Impõe-se, portanto, concluir que em todos os casos está-se diante de um registro deôntico do verbo *dever*. O sujeito de que se trata tinha a obrigação moral de saber. E isso é tudo. Resumindo, pois, o jogo da linguagem assume, ao final, esta configuração, válida para todas as diferentes hipóteses do Código: *sabia* (registro epistêmico) ou *devia saber* (registro deôntico).

4. Cláusula geral e boa-fé objetiva

Ora, está-se vendo que nos encontramos, portanto, diante de uma cláusula geral, cujo teor de indeterminação, *a priori*, é amplíssimo. A pergunta que se põe agora soa assim: que nível ou grau de diligência está o declarante obrigado a desenvolver para que seu desconhecimento seja escusável? E, portanto, o negócio jurídico imune a anulação por vício do consentimento?

Neste contexto o recurso à regra da boa-fé objetiva, tal como expressa pelo art. 422 do Código Civil Brasileiro aparece como a melhor solução disponível.

Não se trata de impor às partes que se encontrem e se conduzam em todo o período que vai das aproximações preliminares ao contrato e deste à pós-contratação¹⁰ com um investimento de atenção e acribia tais que destoem do habitual e corrente na cultura geral envolvida e na cultura específica dos negócios em cada caso considerados. Sob este aspecto, a regra do § 242 do BGB parece mais adequada, em sua formulação, pela expressa referência aos usos do tráfico (*Verkehrssitte*).

5. Podia saber

Salvo aqueles casos de que se ocupará em seguida (cf. *infra*, 6), nos quais se admite uma contaminação entre o agente causador do engano e aquele a quem o dano favorece, ou seja, quando se estiver diante do dever de vigilância do emitente da declaração, parece que seria de utilidade trabalhar com o critério de *poder saber*. Conquanto na tradição clássica também se afirme a identidade de conseqüências entre *saber* e *poder saber* - que se exprime na regra *paria sunt scire, vel scire posse*¹¹ - parece que *dever saber* não é o mesmo

10 O Prof. Antonio Junqueira de Azevedo tem chamado a atenção, com toda a procedência e desde o período dos trabalhos preparatórios do Código Civil, para a importância do momento pós-contratual, que, foi, contudo, imerecidamente omitido no art. 422 do Código Civil.

11 Recolhido em CHIPPIANI. *Repertorium* ..., cit., p. 406.

que *poder saber*. Se se fosse operar em pura lógica formal, ter-se-ia o seguinte silogismo, armado a partir das duas regras: *paria sunt scire, vel scire debere; paria sunt scire, vel scire posse; ergo paria sunt scire debere et scire posse*. Sabemos, entretanto, que nada é menos traiçoeiro no raciocínio jurídico do que a lógica dos teoremas.

Podia saber reenvia, de certo modo, para as forças com que contava concretamente emitente no momento da declaração. Não a um esforço extraordinário que pudesse, entre outros custos econômicos, retardar a celebração do negócio, envolvendo, portanto, perda de oportunidade. A impressão que se tem é que *podia saber* convive melhor com a boa fé objetiva que *devia saber*. Se não for muito ousado dizê-lo, talvez se pudesse pensar aqui também na clássica distinção weberiana entre a ética dos fins absolutos e a ética da responsabilidade. Guardadas as devidas proporções, *poder saber* estaria para a ética da responsabilidade, assim como *dever saber* está para a ética dos fins absolutos. E não é desta, senão daquela que se cuida no mercado dos negócios.

6. Quem é o terceiro?

Um primeiro instrumento de operação para concretizar a generalidade da cláusula *ou devia saber* é a tipificação do terceiro. Ou seja, no caso paradigmático de dolo e coação, por exemplo, quem é aquele que, não sendo parte na relação, induz ao engano ou exerce a violência, sem os quais o contrato não se celebraria.

Referindo-se à disposição do § 123 (2) do BGB, que é a disposição homóloga do art. 148 do Código Civil Brasileiro, observa Kramer, com efeito, que o problema fundamental consiste em responder a pergunta, “quem deve ser considerado ‘terceiro’”¹².

12 KRAMER, Enst. §§ 116-124. In: REBMANN, Kurt; SÄCKER, Franz Jürgen & RIXECKER, Roland (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 1 (Franz Jürgen Säcker, Red.). 4. Aufl., München: Beck, 2001, S. 1176.

A jurisprudência brasileira sobre o assunto, tanto quanto foi possível apurar, nunca chegou a se constituir. Casos isolados, se os houve, escapam igualmente a buscas pacientes. Quanto à doutrina, o mais que se poderá dizer é que seu nível de economia enunciativa não ultrapassa o da própria lei.

Na Alemanha do Pré-Guerra, o Tribunal do Reich estabeleceu uma linha de entendimento no qual o sentido de terceiro era amplo: de um modo geral, terceiros eram todos que não fossem o próprio declarante da manifestação¹³. As exceções eram estritas¹⁴. Segundo Kramer, não eram também terceiros o representante (*Stellvertreter*) e os encarregados de promover as negociações (*Verhandlungsbeauftragte*)¹⁵. De então a essa parte, a jurisprudência evoluiu no sentido de restringir cada vez mais o espaço de ocupação do terceiro. Hoje tribunais e doutrina estão acordes em que terceiro no sentido da lei é apenas o terceiro não interessado (*unbeteiligter Dritter*). Sobre quem corresponde ou não a este *tipo*, há um extenso discurso doutrinário que pode ser lido em boa síntese que lhe trouxe Schubert¹⁶. Da antiga jurisprudência do Tribunal do Reich em diante acumulou-se uma profusão de hipóteses, onde se discute se o terceiro é ou não interessado¹⁷.

13 Cf. KRAMER. §§ 116-124 ..., cit., S. 1176.

14 Cf. KRAMER. §§ 116-124 ..., cit., S. 1176; IMMENGA, Ulrich. Der Begriff des "Dritten" nach § 123 Abs. 2 BGB beim finanzierten Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft. *Betriebs-Berater: Zeitschrift für Recht und Wirtschaft*, Heidelberg, 10.01.1984, H. 1, S. 5.

15 Neste caso, ainda com certa reserva, como se deduz dos comentários de Flume: Cf. FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil*. Bd. 2, Berlin - Heidelberg - New York: Springer, 1965, S. 544.

16 Cf. SCHUBERT, Werner. Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluß. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, Bd. 168, S. 473-475.

17 Uma boa constelação destas hipóteses, com indicação de fontes doutrinárias e jurisprudenciais pode ser vista em Hefermehl, W. §§ 104-144. In: SOERGEL, Hs. Th. (Begr.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 1 (Schultze = v. Lasaulx, Herman, Wiss. Red.). Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz: Kohlhammer, 1967 (Stand), S. 498-500.

7. Em favor de uma criteriologia

Schubert tem como discutível se, com base nos casos considerados pela doutrina e pela jurisprudência, seria possível construir um critério unitário distintivo (*einheitliches Abgrenzungskriterium*) para o círculo das pessoas cujo comportamento doloso se deixe imputar ao do próprio declarante. Depois observa que, a teor de uma decisão recente para o tempo em que escrevia [BGH, NJW, 1962, 2195], caberia questionar se uma tal formulação discriminativa teria sentido prático e se se deixaria executar. Afinal, tudo dependeria mesmo é do grau de proximidade que houver entre o sujeito ativo do engano - o terceiro, aqui em sentido lato - e o próprio emitente da declaração, para o fim de que este tenha que assumir o dolo como seu próprio e, portanto, o enganado possa impugnar o contrato apenas em relação ao terceiro. Schubert, entretanto, se rebela contra essa “ponderação total das circunstâncias com envolvimento da situação dos interesses” (*Gesamtwürdigung der Umstände unter Berücksichtigung der Interessenlage*). Em favor da segurança jurídica e da mais fácil aplicação do direito, não pode nem deve a jurisprudência - sustenta Schubert - abrir mão de critérios distintivos diante de conceitos jurídicos difíceis, sempre que for possível fixá-los. Além do que - prossegue Schubert - padrões bem estabelecidos de discriminação conduzem a decisões mais objetivas do que as que se produzem a partir de ponderações de interesse, retomadas estas a cada oportunidade, quando então importantes pontos de vista poderiam passar inadvertidos. E, claro - nota por fim Schubert - critérios gerais de distinção não dispensam o aplicador do dever de avaliar o conteúdo concreto dos casos¹⁸.

No Brasil, não temos nem uma coisa nem outra. Faltam-nos, de um lado, casuística jurisprudencial e doutrinária. E, por outro, não se ensaiou ainda, ao que parece, nenhum esforço sistemático com vistas a uma criteriologia geral.

18 Cf. SCHUBERT. Unredliches ..., cit., S. 476.

Não parece saudável tentá-la *more geometrico*, isto é, a partir de avaliações puramente abstratas. Talvez merecesse, por isso, investir em alguns núcleos de problemas jurídicos da realidade nacional, que pudessem servir de pontos de partida para uma doutrina consistente com as demandas da sociedade brasileira.

8. Negócios coligados

Os negócios coligados são uma fonte fecunda para pensar a posição do terceiro agente de dolo.

Com o desenvolvimento de um mercado financeiro de proporções e em permanente expansão, a chamada compra e venda a prestações experimentou uma radical transformação. O que era antes uma operação jurídica e econômica rigorosamente bilateral converteu-se em ato a três. Ou melhor, desdobrou-se em dois atos, cada um dos quais com dois sujeitos: uma compra e venda, envolvendo comprador e vendedor, e um contrato de financiamento, mais propriamente, um mútuo, em que participam o mesmo comprador e uma instituição financeira. Nos primeiros tempos da prática, a acumulação das operações tinha menor visibilidade. Talvez limitada a que o vendedor facilitasse ao comprador a formalização da operação de mútuo, submetendo-lhe um formulário que devesse preencher e que, na verdade, tinha sido liberado ao primeiro pelo agente financiador. Hoje, nos grandes estabelecimentos, já é possível encontrar espaços demarcados em que atuam os agentes da instituição financeira, para onde é encaminhado o comprador, que prefere consumir sua aquisição não à vista nem através de cartão de crédito, senão por financiamento. A independência conceitual das duas figuras não impede que se identifique sua íntima conexão. Daí falar-se em “contratos coligados” (*verbundene Verträge*).

O que se pergunta então: Pode o comprador-mutuário opor ao mutuante o engano de que foi vítima por parte do vendedor?

No rigor da lógica, a resposta é não, salvo se a financeira tomou conhecimento (ou devia tê-lo tomado) do engano praticado pelo vendedor. Deixando em suspenso, por ora, como se configuraria o dever de diligência da financeira, no caso, e reafirmando a autonomia jurídica e econômica dos dois vínculos (compra e venda, de um lado, mútuo, de outro), a tendência geral que se produziu no direito alemão e co-extensível ao brasileiro, é de considerar o vendedor um *beteiligter Dritter*, ou seja um terceiro interessado. Em rigor, duplamente interessado: interessado no sentido de ter vantagem com a consumação da operação financeira, pois é ela que possibilitará o escoamento de seu produto, e interessado porque está no epicentro mesmo dos dois negócios, cuja promiscuidade é praticamente inevitável.

O negócio propriamente em causa não é o de compra e venda, que, nesse contexto, é chamado na Alemanha *fremdfinanziertes Geschäft* ou *Geschäft B*, isto é “negócio financiado por estranho” ou “negócio B”. “Negócio B” por alusão subentendida a um “negócio A”: aquele que propicia ao comprador os meios para pagar o vendedor de cujo dolo foi vítima.

Do que se lê da doutrina e jurisprudência alemãs, é de se concluir que, como regra, no negócio financiado por estranho garante-se ao comprador o direito de impugnar o negócio com o financiador em razão de dolo do vendedor.

Na década de 60 a situação parecia ser tal que permitia a seguinte ampla e rasa afirmação de Hefermehl:

“No negócio financiado para pagamento a prestações, o vendedor que, encarregado por uma instituição de crédito com a qual esteja em permanente relação de negócios e para a qual se apresente como pessoa de confiança, faz preencher pelo comprador requerimentos para reembolso a prestações e os recolhe, não é um terceiro desinteressado no sentido do § 123, alínea 2. [...]. O comprador dolosamente enganado

pelo vendedor pode, portanto, impugnar o contrato de crédito celebrado com o estabelecimento financeiro, sem que este possa argüir falta de conhecimento ou insuficiente dever de conhecer”¹⁹.

Alguns anos mais tarde, Medicus reafirmaria basicamente a orientação, sendo de se supor que uma relativa reserva, que transparece no seu depoimento, se deixe explicar pela incoerência de pressupostos admitidos por Hefermehl²⁰.

9. “Einwendungsdurchgriff” e inversão do ônus da prova

Os motivos que os tribunais acolheram nos seus julgados para, não obstante a autonomia dos negócios, excluir a condição de terceiro por parte do agente do dolo conduziram à formulação da teoria conhecida por *Einwendungsdurchgriff*, que se poderia verter para o português como algo próximo de “objeção extensiva”: estende-se ao contratante o que é, em rigor lógico, ato de terceiro.

Não ocorrendo a convergência com os pressupostos para a assimilação do financiador ao contratante, em regra não caberia falar em *Einwendungsdurchgriff*, razão pela qual deixaria de beneficiar-se da assimilação quem passa a fazer parte de uma *Abschreibungsgesellschaft* com recursos financiados²¹. A questão que se apresenta então vem muito bem equacionada por Immenga nestes termos:

“Fica por responder a pergunta, se a atividade do intermediador de investimento deve ser vista como pura intermediação contratual [*Vertragsvermittlung*] ou como negociação contratual [*Vertragsverhandlung*] por parte do banco. Apenas na medida em que ele, com a apresentação do formulário de crédito ao

19 §§ 104-144 ..., cit., S. 499.

20 Cf. MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 2. neubearb. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1985, S. 287.

21 *Abschreibungsgesellschaft* ou *Verlustzuweisungsgesellschaft* é uma sociedade de pessoas, constituída em geral sob a forma de sociedade em comandita (*Kommanditgesellschaft, KG*), cujo fim é investir em projetos

potencial comprador, estabelece efetivamente uma relação de dever pré-contratual, viria ao caso cogitar-se de uma participação imputável ao banco. Se, entretanto, uma tal relação de dever é simplesmente preparada, trata-se então de uma pura intermediação contratual [*Vertragsvermittlung*], uma atividade de corretagem, que faz o conselheiro de investimento um terceiro no sentido do § 123, alínea 2, do BGB”²².

A discussão que aproxima as operações de compra e venda financiadas e os investimentos na *Abschreibungsgesellschaft* faz emergir naturalmente as figuras sociais e econômicas contrapostas do pequeno e do grande comprador. É impossível dissociar a *Einwendungsdurchgriff* da cultura de proteção ao consumidor. O que, de imediato, faz perguntar pela existência de recursos disponíveis na ordem jurídica brasileira que pudessem ser mobilizados para a criar e sustentar a figura do terceiro interessado.

Não seria o caso de aplicar-se, se não sistematicamente, ao menos com largueza, o entendimento de que nas relações de consumo o dolo ou a coação exercidos por terceiros presumem-se

que gozam de benefícios fiscais, objetivando o resultado, aparentemente paradoxal, de sofrer prejuízos. Os prejuízos são repassados aos investidores (sócios comanditários) que os levam a compensação nas suas contas fiscais e, assim, recolhem menos impostos. Estima-se que os prejuízos iniciais venham a ser depois recuperados. Se a previsão se confirma, o investidor teria então uma sobrecarga tributária, motivo pelo qual a otimização do investimento deve levar em conta a previsão de futuras perdas pessoais, a fim de que o excesso que se evitou no primeiro momento, não venha a se manifestar posteriormente. Se ocorrer, ainda assim, conta-se para o investidor ao menos a vantagem de uma prorrogação da dívida tributária. O negócio, está-se vendo, interessa, em princípio, a pessoas de muitos recursos, cuja alíquota de tributação é naturalmente alta, e se aplica preferencialmente na indústria naval. A *Abschreibungsgesellschaft* designa-se em inglês, muito compreensivelmente, por *tax loss company* ou *artificial loss-making company*.

22 Der Begriff ..., cit., S. 8.

conhecidos pelo fornecedor? Não é exatamente o que se contém no art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), pois, aqui se trata de um benefício processual geral, enquanto que uma regra de presunção do terceiro interessado tem caráter material: sua exclusão do interesse dependeria de o fornecedor provar que não houve envolvimento. O juiz não estará invertendo o ônus da prova. O ônus será *ex ante* do fornecedor e não dependerá de uma ponderação, caso a caso, do juiz.

Se a construção da *Enwendungsdurchgriff* floresceu na Alemanha, onde a população é, em geral, instruída, bem informada e próspera, melhor ambiente para o instituto tem-se no Brasil, onde as movimentações do consumo em massa²³ constituem um fenômeno relativamente recente, a educação apresenta défices enormes e o sistema financeiro pratica taxas reconhecidamente selvagens de juros²⁴.

23 Matéria publicada na revista *Veja*, baseada em levantamento encomendado à Consultoria Partner, de São Paulo, observa que “[c]rédito sempre foi produto caro e escasso por aqui. Mais ainda o crédito pessoal, modalidade especialmente frágil em ambiente de incerteza sobre o futuro. Foi em 1994, e mais acentuadamente nos últimos cinco anos, que o panorama começou a modificar-se”. A linha do crescimento é impressionante. De 1995, quando era de 31,8 bilhões de reais, o volume do crédito ao consumidor passou, em 2005, a 154,2 bilhões: um aumento de 384%. Na perspectiva dos negócios coligados, que interessa aos fins da imputação ao contratante dos atos de terceiros, a reportagem contém um dado particularmente expressivo: “O valor das operações feitas através de estabelecimentos comerciais conveniados com bancos ou financeiras - os chamados correspondentes bancários - cresceu 459% entre 2003 e 2005. Só no ano passado, foram realizadas 2,5 milhões de operações desse tipo”: Cf. SOARES, Lucila. O Show do Crediário. *Veja*, São Paulo, 26 abr. 2006, p. 99-100.

24 Segundo cálculo da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (ANEFAC), publicado por *Veja*, “com

Seria, entretanto, equivocado pensar que a *Einwendungsdurchgriff* seja um instrumento nascido no caldo da cultura de Sherwood. Hefermehl recorre à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) para dizer que “o banco deve assumir como suas as declarações do vendedor, mesmo quando a relação-quadro exista apenas há curto tempo, o vendedor não tenha empregado qualquer formulário original do banco e o tomador do crédito (comprador) dispunha de elevado nível de instrução e alta posição social (BGHZ 20, 36; 33, 302 [...])”²⁵.

10. Credor, devedor e fiador

Um complexo de relações onde tendencialmente o terceiro aparece como não interessado ocorre na fiança.

Assim, quando o devedor submete a dolo ou coação o fiador, está agindo no seu próprio interesse e não no interesse do credor. Busca o reforço da própria obrigação não para favorecer o credor (embora isso vá ser o resultado final), mas para conseguir o negócio. Por exemplo, a locação que está tentando contratar. Neste contexto, deixa de ocorrer uma cumplicidade presumida entre o devedor e o credor, de tal modo que o fiador só poderá agir contra o credor se provar que este tinha ou devia ter conhecimento do vício²⁶.

Uma hipótese clássica em que o fiador pode opor o dolo do devedor principal ao credor aparece sob as referências de *Mann seines Vertrauens*²⁷ ou *Vertrauensmann*²⁸. Dá-se quando o credor faz

a nova taxa Selic, de 15,75%, a média dos juros cobrados no comércio ficará em 103,28% ao ano, contra os também altíssimos 63,46% cobrados nos empréstimos que financiam capital de giro das empresas”: SOARES. O Show ..., cit., p. 102.

25 §§ 104-144 ..., cit., S. 499.

26 Cf. MEDICUS. *Allgemeiner Teil* ..., cit., S. 287-288.

27 Cf. HEFERMEHL §§ 104-144 ..., cit., S. 500.

28 Cf. KRAMER. §§ 116-124 ..., cit., S. 1177.

crer ao fiador que o devedor principal é plenamente merecedor de sua confiança. Compreende-se: o credor assume-se então, por assim dizer, ele próprio, como primeiro fiador do devedor principal.

11. Função social do contrato

Pode a chamada *função social do contrato* orientar uma boa manobra de aproximação das cláusulas gerais em rumo ao solo concreto das aplicações? Em especial, pode contribuir para uma interpretação inteligente e produtiva da cláusula “... ou devia saber”?

Poucas inovações do novo Código Civil terão provocado tanta excitação nos meios jurídicos como a do seu art. 421. Em primeiro lugar por conta de sua infeliz determinação, segundo a qual “a liberdade de contratar será exercida em razão [...] da função social do contrato”. Trata-se de afirmação que tem forte traço ideológico e que, por isso mesmo, não convive bem com uma estrutura política democrática e pluralística. Cada um trate de se perguntar, se quiser, qual é a razão para o exercício da liberdade de contratar. Ao Estado cabe apenas garanti-la *até os limites* (melhor que “nos limites”) em que o seu exercício não lese o direito alheio. E, com isso, já entramos na outra parte do artigo: a função social do contrato.

Função social do contrato é um recurso transnominativo para designar o próprio contrato, pois não há contrato válido que não seja, ele próprio, uma função social. Pode-se dizer, de outro modo, que função social do contrato é uma definição descritivo-transnominativa do contrato mesmo.

Explicando:

Uma definição pode ser sintética ou analítica. *Anjo, lápis, árvore*, etc. são definições sintéticas de entes. Quem diz *anjo*, isola da multidão infinita de seres um deles, que resulta, deste modo, separado dos demais, isto é, *definido*. Nas definições analíticas, tenta-se ir além da separação para alcançar, com maior ou menor

propriedade, algo da própria coisa. As definições analíticas, por sua vez, podem ser descritivas ou inscritivas. São descritivas quando não pretendem ir além da própria coisa e, portanto, desprezam suas inserções categoriais com o mais do mundo. Assim, quando se diz que *lápiz é um objeto constituído de matéria inorgânica destinado à escrita*, o formulador não está interessado fundamentalmente em situar o lugar do lápis no mundo, senão em dizer algo mais sobre o que seja ele próprio. São, ao contrário, inscritivas, quando o enunciador se preocupa em relacionar o objeto com outros. Na proposição *os membros são uma parte do corpo humano*, o acento da comunicação está não em dizer o que os membros são, senão em que universo categorial eles se inscrevem: no caso, o corpo humano.

Natural conseqüência do que ficou dito é que as definições descritivas tendem para a totalidade, enquanto as inscritivas tendem para a parcelaridade. Dito de outra forma, as descritivas dizem o que *são* as coisas e as inscritivas onde elas *estão*.

Pois bem: tanto nas definições descritivas como nas inscritivas pode-se usar a linguagem das coisas, que é originária, ou a linguagem dos símbolos, que é derivada. A passagem da linguagem das coisas para a linguagem dos símbolos chama-se genericamente *transnominación*.

Na definição descritivo-transnominativa elege-se uma ponte que conduza as coisas aos símbolos. São várias as que se põem ao serviço da comunicação e que se chamam *relações*: relação de gênero a espécie, de continente a conteúdo, de matéria a objeto, etc.

Em *função social do contrato* o que se manifesta é uma definição de contrato por uma qualidade que se privilegia a ponto de anular, simbolicamente falando, as demais que o objeto tenha ou possa ter. É o mesmo que ocorre quando dizemos *o horror da guerra, a dor da saudade, o desafio da vida*, etc. Em *horror da guerra* o que se quer é definir a guerra pelo horror que ela produz e não

destacar um de seus atributos. *Mutatis mutandis* dá-se o mesmo nos outros exemplos.

Fora dessa clave interpretativa, dizer *função social do contrato* seria o mesmo que dizer *função biológica do metabolismo* ou *função pedagógica da educação*. Isto é, pura redundância. O contrato não tem outras funções, além da social. É ele próprio uma função social.

Que sentido dar então à expressão no art. 421, que é lei vigente?

Uma hipótese seria entender que o Código Civil preferiu criar um estatuto do contrato até certo ponto autônomo em relação ao estatuto do negócio jurídico. Ou seja, resolveu replicar, no segmento do contrato, as mesmas regras que estabeleceu no art. 104 para o negócio jurídico. Mas não o fez circunstanciadamente, senão por uma simples e precária sinalização.

A preocupação de manter o contrato a relativa distância da figura geral do negócio jurídico não é nova. Nos primeiros tempos de aplicação do BGB, o Tribunal do Reich na Alemanha resistiu a estender a regra do § 242 ao exterior do direito das obrigações: a admissão teria conduzido a um transbordamento da *exceptio dolis generalis* por todo o espaço do direito civil e quebrado a sua ancoragem no campo das obrigações²⁹.

Assim, em conclusão, o que se pode extrair da voz do art. 421, considerada a estrutura normativa geral em que se inscreve, é que a *função social do contrato* ou o contrato *tout court*, sendo um negócio jurídico, deve atender aos requisitos básicos que se exigem para a sua validade: capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Nada, pois, que já não se contivesse no art. 104. *Much ado about nothing*, como diria o velho bardo de Stratford upon-Avon.

29 Cf. HAFERKAMP, Hans-Peter. *Die heutige Mißbrauchslehre - Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?* Berlin: Berlin Verl. - Baden-Baden: Nomos, 1995, S. 135.