

REFORMA PARCIAL DO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. BREVES NOTAS

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

1. Como dissemos no trabalho publicado no último número desta Revista ⁽¹⁾, a elaboração ou a revisão de um código civil é tarefa árdua, executada com muita cautela. Os exemplos que citamos no citado trabalho demonstram ser tarefa morosa. O código civil francês, que é de 1804, desde 1904, portanto há 65 anos, vem sendo examinado por comissões de elevado nível, constituídas para revê-lo, que, até a presente data, não foram bem sucedidas. O nosso código, desde 1930, é alvo também, de estudos semelhantes, porém ainda está de pé. Na Argentina o mesmo ocorreu, pois a reforma que estamos examinando resultou de um trabalho de 42 anos, datando o código reformado de 1871. A comissão que elaborou o anteprojeto da lei argentina n.º 17.711, de 1968, que reformou o velho código de VÉLEZ SANSFIELD, constituída por G. BORDA, A. G. SPOTA, R. MARTINEZ RUIZ, J. M. LOPES OLACIREGUI, J. F. BIDAU, A. FLEITAS e D. ALCINA ATIENZA, posteriormente reduzida a três membros (A. FLEITAS, R. MARTINEZ RUIZ e J. F. BIDAU), teve seus trabalhos facilitados pelos anteprojetos anteriormente apresentados ⁽²⁾. Estabeleceu o projeto dessa comissão, convertido em lei (lei n.º 17.711, de 22 de abril de 1968), em vigor a partir de 1.º de julho do mesmo ano, alterações profundas no Código de 1871, sobre as quais, a largas pinceladas, daremos aqui uma notícia sumária e parcial.

2. Das alterações introduzidas no citado código pela referida lei destacamos, inicialmente, as que modificaram o regime da capacidade. A pessoa física aos 21 anos alcança a maioridade.

(1) "Elaboração ou revisão de código civil, tarefa árdua", publicado no 7.º número desta Revista.

(2) Consultar o trabalho acima em que damos breve notícia dos estudos feitos na Argéntina para revisão do Código de 1871.

Há quem pense dever ser em nossa época obtida a maioria mais cedo. Não adotamos tal opinião por entendermos que a personalidade, em sua constituição, segundo a moderna psicologia, resulta de um processo de interação entre o mundo exterior e o interior. Da interação das condições sociais (objetivas), do meio em que vive o indivíduo, com as condições internas (subjetivas), resulta a personalidade. Ora, a maturidade depende dessa interação. Crises econômicas e dos valores fundamentais, como as existentes desde 1918 no espaço sócio-cultural de nossa civilização, juntamente com tensões sociais, influem, como condições objetivas, em tal interação, com reflexos sobre a capacidade de escolha e de decisão do indivíduo. A situação atual do mundo, imprevisível em suas conseqüências, tem provocado nos jovens certa desorientação. Tal desorientação é agravada, como nota SEYMOUR LIPSET, de Harvard, por se encontrarem os jovens de nossos dias pressionados por duas necessidades: a de “depende economicamente de suas famílias, recebendo delas proteção e condição social, e a de assumir sua própria função como trabalhadores e chefes de família”. Tal situação, a nosso ver, inevitavelmente produz estado de tensão, de indecisão e de desorientação, que afetam a capacidade de decisão dos jovens. Nessa situação pensamos ser mais prudentes estabelecer, como fez a lei argentina citada, aos 21 anos a aquisição da maioria.

Pela nova lei argentina, aos 18 anos, pode o menor ser emancipado pelo pai, mediante escritura pública, ou, no caso dos sob tutela, por decisão judicial, a requerimento do tutor ou do próprio menor. A lei citada indica atos jurídicos que o emancipado não pode celebrar.

Instituiu o regime da semicapacidade (*inhabilitación*), que não chega a ser uma interdição, mas que incapacita os atingidos pela medida para a prática de atos que excedam a administração ordinária (art. 152 bis).

A incapacidade da mulher casada foi suprimida.

No caso das pessoas jurídicas, além de outras inovações, disciplinou as “simples associações”, isto é, as associações de fato, não autorizadas, sem existência legal como pessoas jurídicas.

A questão do abuso do direito foi assim solucionada de forma eclética:

“O exercício regular de um direito próprio ou o cumprimento de uma obrigação legal não pode constituir, como ilícito, nenhum ato.

A lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considera-se como tal o incompatível com os fins que a lei teve em vista ao reconhecê-los ou o que exceder os limites impostos pela boa fé, a moral e os bons costumes” (art. 1.071).

Como vemos, SALEILLES e JOSSERAND estão presentes nessa definição do abuso do direito, bem como a conceituação dada pelos códigos alemão e suíço. Condenamos as definições legais de abuso do direito, isto porque toda definição de abuso do direito estabelecida pelo legislador corre o risco de não compreender todas as modalidades de exercício abusivo dos direitos, sendo preferível deixar à doutrina e à jurisprudência conceituá-la. Por isso, pensamos terem sido mais felizes os autores do projeto de Código de Obrigações brasileiro de 1965, que, no art. 857, não o definiram, limitando-se a prescrever que:

“Aquêlê que abusar de seu direito será obrigado a reparar o dano que causar”;

entretanto pecaram ao colocá-lo no capítulo da “responsabilidade civil”, pois não se restringe o abuso do direito a um caso de responsabilidade civil. Nesse ponto, a comissão encarregada da revisão do código civil francês resolveu melhor a questão, colocando o abuso do direito, não no capítulo da responsabilidade, como pretendia NIBOYET, mas, como defendia LYON-CAEN e ROUAST, na “*théorie générale de la loi*”, sendo para isso aberto um capítulo que trata “Do exercício anormal dos direitos” (3). A fórmula genérica do citado projeto brasileiro, se fôsse incluída na Parte Geral do Código, seria a ideal, pois, como sustentamos em livro recente (4), as definições são sempre incompletas quando se trata de abuso do direito, devendo ser deixado, como dissemos, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecê-la.

No direito de família, a presunção da paternidade do marido foi enfraquecida. Dispõe a êste respeito a nova lei:

“Si hubiere juicio de divorcio o nulidad de matrimonio y la mujer tuviere algún hijo nacido después de trescientos días desde que la separación tuvo lugar, no se presume la paternidad del marido salvo se probare que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción” (art. 250).

Entre nós a jurisprudência foi além, pois, havendo separação de fato, não subsiste, segundo alguns julgados, tal presunção: admite-se como possível a investigatória, mesmo sem contestação do pai presumido, desde que ocorra separação de fato do casal prolongada e não contestada, subordinando assim a presunção da

(3) *Travaux de la commission de réforme du code civil*, année 1950-1951, Paris, 1952, pág. 22-26.

(4) *Elementos de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969, pág. 256, § 14.

paternidade à convivência conjugal (R.E. n.º 56.892, Guanabara, 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, decisão unânime, 18-5-65). Daqui do Tribunal de Justiça da Guanabara:

“Presunção de ilegitimidade da filiação, resultante da separação legal dos cônjuges, cessa diante da prova de superveniente conjunção carnal do marido com sua mulher” (Apelação Cível n.º 44.189, 5.ª Câmara Cível, 10-12-1957).

Assim, havendo separação de fato prolongada, a presunção de paternidade do marido é substituída pela presunção de ilegitimidade da filiação. Tal inversão pode ferir a letra da lei, mas não o seu espírito, pois a presunção da paternidade foi constituída para tornar certa a paternidade, que não deve prevalecer, mesmo quando decorrido o prazo previsto no art. 178, § 3.º, do Código Civil, quando houver prova de a paternidade não ser do marido.

Nas ações de alimento não cabe, segundo a nova lei, a discussão de validade do casamento.

No direito de obrigações e contratos não foi unificado o direito privado.

Previu a Lei n.º 17.711 a indenização dos danos morais:

“A obrigação de ressarcir o dano causado por ato ilícito compreende, além da indenização de perdas e danos, a reparação do dano moral causado à vítima” (artigo 1.078).

Faculta, também, ao juiz no caso de culpa contratual, a reparação do dano moral de “acôrdo com a índole do fato gerador da responsabilidade e circunstâncias do caso” (art. 522).

A situação patrimonial do devedor pode determinar a redução da indenização desde que o ilícito não decorra de dolo (artigo 1.069).

As conseqüências remotas, que não têm com o ilícito nexos adequados de causalidade, não são reparáveis (art. 906).

Reparável, por equidade, pode ser o dano, independente de culpa, sempre que suportar a reparação o patrimônio do autor do fato e exigi-la a situação pessoal da vítima (art. 907).

Passível de revisão judicial é a cláusula penal quando desproporcional com a gravidade da falta, desde que configure um abusivo aproveitamento da situação do devedor; ao revê-la o juiz deve levar em conta o valor das prestações (art. 656).

As faculdades inerentes à propriedade podem ser restringidas quando usadas abusivamente (arts. 2.513 e 2.514).

Fumaça, calor, odores, luminosidade, resíduos ou vibrações, provenientes de um imóvel, só caracterizam mau uso da proprie-

dade quando exceder a normal tolerância. Não basta ser normalmente intolerável, pois influem na configuração do mau uso da propriedade as condições do lugar. Conforme as circunstâncias do caso, os prejuízos que causarem podem dar lugar à reparação. O juiz, ao apreciar tais casos, deve ter em vista as “exigências da produção e o respeito devido ao uso regular da propriedade”. Decisivo nesses casos a “prioridade do uso” (art. 2.618).

É possível a revisão judicial ou a anulação dos contratos por motivo de lesão, sempre que uma das partes explore a necessidade ou a inexperiência da outra, obtendo uma vantagem patrimonial evidentemente desproporcional e sem justificação. A verificação da desproporcionalidade deve ser feita com os “valôres ao tempo do ato”, devendo a desproporção, para justificar tais ações subsistir até o momento da demanda. Presume-se, salvo prova em contrário, ocorrer exploração da necessidade ou da inexperiência de uma das partes pela outra, quando fôr “notável a desproporção das prestações”. A ação anulatória transformar-se-á em ação de reajuste equitativo sempre que fôr proposta na contestação a revisão do contrato (art. 954).

Finalmente, as alterações que o código civil argentino de 1871 sofreu com a Lei n.º 17.711, de 1968, o afastaram do individualismo e liberalismo jurídicos, que o norteavam. Aliás, o Ministro GUILHERME BORGHA, que pertenceu à comissão que elaborou o anteprojeto da citada lei, reconheceu que o velho código recebeu novo espírito, fruto da filosofia social e cristã, na forma exposta em *Populorum Progressio*.