Entrevista com Álvaro Villaça Azevedo, 287

DIÁLOGOS COM A DOUTRINA



Entrevista com Álvaro Villaça Azevedo

RTDC: Quais são suas lembranças sobre seus estudos universitários? Quais as diferenças entre as faculdades daquela época e as de hoje, e quais foram os mestres que mais o influenciaram?

AVA: Meus estudos universitários iniciei-os na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde me formei em 1960, em sua segunda turma.

Sempre fui muito estudioso e gastava muito tempo em estudos e pesquisas nas Bibliotecas, principalmente da Faculdade de Direito do Mackenzie e da Universidade de São Paulo.

Eu, no primeiro ano, calouro ainda de cabeça raspada, dava aulas de latim e de português no Cursinho Pré-Jurídico João Mendes Júnior, preparatório para os vestibulares de Direito, por mim criado. Eu dava essas aulas nas dependências da Faculdade, com autorização do então Diretor, professor Jorge Americano, que foi o primeiro da Faculdade de Direito Mackenzie, cursinho esse direcionado principalmente aos vestibulares dessa Faculdade.

No Mackenzie, os professores, à época em que a cursei, eram quase os mesmos que os das Arcadas, porque a Faculdade Mackenzie foi fundada por um grupo de professores da USP. Os professores do Mackenzie eram muito rigorosos, sendo necessária muita pesquisa para o acompanhamento do Curso.

Eu fazia parte do Departamento de Publicações do Centro Acadêmico e auxiliava na obtenção do material de aulas junto aos professores, para a publicação das apostilas. Fazia a revisão dos textos de grandes professores que acabaram editando seus cursos, como foi o caso do professor Sílvio Rodrigues, então somente professor do Mackenzie; como também do professor Edgard Magalhães Noronha, do professor Filomeno Joaquim da Costa, do professor Teófilo Cavalcanti, do professor Manoel Augusto Vieira Neto, do professor João de Deus Cardoso de Mello, do professor Miguel Reale e do professor Jorge Americano.

Nesse ambiente universitário realizei meus primeiros estudos, também frequentando como ouvinte algumas aulas no Largo de São Francisco.

À época em que realizei meus estudos acadêmicos, as três Faculdades de Direito muito boas e respeitadas eram a São Francisco, a Mackenzie e a PUC, havendo entre elas muito intercâmbio cultural, artístico e esportivo, com o desempenho de uma rivalidade sadia, às vezes uma, outras vezes outra, ocupando o primeiro lugar na avaliação.

Hoje, há outras faculdades, permanecendo intocáveis a São Francisco, a Mackenzie e a PUC.

Desponta, atualmente entre as faculdades, a da Fundação Armando Alvares Penteado — FAAP, a qual tenho a honra de dirigir desde sua criação, há dez anos, ostentando sempre qualidade de excelência.

Por outro lado, entre os professores citados, o que mais me influenciou foi Manoel Augusto Vieira Neto, o Vieirinha, que incentivou minha carreira docente, convidando-me para ser seu assistente na Cadeira de Direito Civil na Faculdade de Direito Presbiteriana Mackenzie, em que exerci o cargo de Diretor. Fui, assim, o primeiro diretor antigo aluno dessa Faculdade, pelo lustro de quatro anos, de 1989 a 1992.

Depois de formado continuei estudando e pesquisando no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD — USP), por aproximadamente cinco anos, defendendo quatro teses de especialização e a de doutorado em 1972, com o tema Bem de Família.

RTDC: A literatura, a poesia e artes em geral contribuíram para a sua formação? O que recomendaria, nesse sentido, para as novas gerações?

AVA: Eu sempre fui muito ligado à literatura, à poesia e às artes em geral, especialmente à música.

Além de me interessar pela literatura, destacando entre meus autores prediletos Machado de Assis, escrevi alguns fascículos de poesia, a partir dos dezesseis anos, escritos principalmente entre 12 de junho de 1953 e 17 de novembro de 1973, à flor da juventude rebelde, traçando nessas folhas, sob métrica parnasiana, cânticos de dores e de amores, com realidade e imaginação, que fazem o espírito do poeta vagar entre o céu e a terra, com a verdade sublimada, no equilíbrio da linha do horizonte, onde o azul celeste se confunde com o azul do mar.

Essa obra poética é marcada pela exaltação à natureza, pelos temores da vida, à sombra da morte, que me levaram à morada do amor e dos sonhos, em busca dos ideais de perfeição. A métrica e a rima fluem nos versos, naturalmente, com a música que talhou em meu espírito o sentimento dos compassos e dos ritmos, que são parte da minha vida.

Em certo momento de minha vida, sofri um pouco a influência, do modernismo, tentando soltar-me da métrica e das rimas, mas sempre preso a esses antigos pendores naturais, em que os sons melhor se amoldavam nas medidas que vestem o sentimento, que faz vibrar o estro e cantar a lira. Assim, o moderno não me fez bem, o que me fez voltar ao parnasianismo. Outros versos se fizeram, além desses dez anos de produção, e se perderam e não foram encontrados na poeira do tempo; todavia, a minha alma de poeta vibra forte e me ensinou

a viver os sonhos, pois neles encontra-se a luz do absoluto e do eterno, que resvala e ilumina a relatividade das coisas deste mundo.

Esse livro foi editado em 1996 e está sendo reeditado, atualmente, pela Editora Atlas, de São Paulo.

Quanto às artes em geral, sempre vivi, em meio delas a apreciar quadros e esculturas, no Brasil e no exterior, nas cidades e nos museus. Casei-me com Evelina, que se tornou uma artista plástica, que tem emprestado obras que figuram nas capas dos meus livros de Direito e no de Poesias.

Por outro lado, a música acompanhou-me, durante toda a vida, até o presente, sendo apreciador do jazz e do samba, tendo sempre tocado bateria em vários conjuntos musicais, desde o tempo de estudante.

Às novas gerações eu recomendo muita leitura, de boas obras, inclusive de poesia, preenchendo os momentos difíceis da existência com um pouco de sonho e de pesquisa.

RTDC: Qual deve ser o papel da universidade? Uma formação mais generalista ou mais especializante?

AVA: O papel das universidades e das entidades de ensino jurídico é importantíssimo na formação do ser humano, com uma visão humanística do mundo, sensível à experiência do passado e às novas mudanças do progresso.

O papel das entidades de ensino jurídico é o da formação de humanistas, que compreendam os problemas sociais, para tentarem resolvê-los, aplicando o Direito na solução dos casos concretos.

Assim, devem essas entidades de ensino jurídico apresentar, pelo menos durante seus três ou quatro anos iniciais, um estudo que possibilite uma formação geral, para evitar o surgimento de improvisadores, que aplicam o Direito de forma alternativa e sem comprometimento com a Ciência Jurídica, com a melhor pesquisa e com a realidade, em um clima de segurança jurídica.

Sim, porque os Códigos devem ser repositórios desses princípios que comandam o comportamento humano, de respeito à pessoa, aos animais e ao meio ambiente.

A tendência é a de que se cuide nos Códigos de matéria principiológica e nos Estatutos de matérias específicas, técnicas e com mutações que acompanhem o ritmo dos acontecimentos, com aspectos de modernidade.

Os princípios, portanto, devem ser antigos, com e segurança de que serviram a várias gerações, como é o caso do princípio, *res perit domino*, que encontra fundamento no Código de Hamurabi e que é o cerne do Direito Obrigacional.

No final do Curso de Direito devem ser ministradas matérias optativas, de especialização. Assim, entendo que sem um bom suporte teórico e prático das matérias fundamentais, não haverá condição de formar-se um bom especialista.

RTDC: Qual é a importância do ensino do Direito Romano na Faculdade de Direito? AVA: O Direito Romano privado, que objetiva as relações das pessoas, vivendo em sociedade, impôs-se aos sistemas jurídicos dos povos, principalmente por seu conteúdo ético, lógico e prático, na solução dos problemas cotidianos.

A essência lógica do sistema romano passou a integrar as normas das nações, a ponto de criar-se, em algumas delas, um sistema próprio, de feição romanística.

Podemos dizer, desse modo, que os países da América Latina podem enquadrar-se nesse sistema romanístico, que se destaca, ao lado dos sistemas orientais e do da *Common Law*. Mesmo no sistema da *Common Law*, presente na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América do Norte, em que a conduta se rege por um conjunto de normas consuetudinárias, que se vão tornando obrigatórias pelas decisões dos tribunais, não foge ele à influência romana, em face dos costumes que foram assimilados por essas civilizações anglo-americanas.

Todavia, é preciso resistir à improvisação das decisões judiciais desapegadas do sistema romano escrito, porque acarretam a indecisão e a insegurança sociais, em verdadeiro desequilíbrio dos princípios axiológicos jurídicos.

Com a tendência natural dos países latino-americanos solidificarem seus sistemas legislativos, com fundamento no Direito Romano, cresceu de vulto e de importância a necessidade de que seja esse Direito ensinado em suas Faculdades de Direito, ao lado das disciplinas fundamentais da Ciência Jurídica.

É possível falar-se, ao seu turno, em sistema jurídico latino-americano, pois ele se forma sob base segura do Direito Romano, que está presente nos projetos de codificação do Direito Civil na América Latina. O mesmo acontece nos países europeus de tradição romanística.

Sem dúvida alguma, podemos dizer que, no Brasil, sobressaem, nesse trabalho de pré-legislação os juristas Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua. Citem-se, no mesmo sentido, as contribuições de Andrés Bello, no Chile, e de Damácio Vélez Sarsfield, na Argentina.

Entretanto, o sistema jurídico latino-americano não é homogêneo, pois o Direito Romano, que a ele se incorporou, passou, antes disso, por vários países, sofrendo variadas influências. Acrescente-se que, no Brasil, nosso trabalho de codificação civil, desenvolvido, inicialmente, por Augusto Teixeira de Freitas e, depois, principalmente, por Coelho Rodrigues e por Clóvis

29

Beviláqua, está gravado do mais puro Direito Romano, que tende a manter-se como base do Direito Privado brasileiro.

Sim, porque os projetos do Código Civil brasileiro têm seguido, quase que integralmente, essa mesma orientação. Assim, aconteceu com o Projeto de 1965, fundado no Anteprojeto apresentado por Orlando Gomes, e com o Anteprojeto de 1972, que se converteu no Projeto de Lei nº 634 em 1975, nº 634-B, depois de aprovada sua redação pela Câmara dos Deputados, em 1984, ingressando no Senado da República sob nº 118, onde recebeu redação final em 1997, resultando, a final, no Código Civil de 2002.

A Comissão elaboradora e Revisora desse último Anteprojeto de 1972 foi composta por Professores com sólida formação romanística, destacando-se dois romanistas, seus integrantes, José Carlos Moreira Alves e Ebert Vianna Chamoun.

Nossos manuais de Direito Privado mencionam, a cada passo, fundamentação no Direito Romano, para melhor entendimento do Direito Atual.

Diante do panorama brasileiro, até este ponto traçado, não tenho dúvidas de que a tendência é a de permanecer o sistema romanístico em nossa legislação, sendo, entretanto, necessário fortalecer o ensino do Direito Romano.

Por todas essas razões e pelas fortes tradições de seus Países, não podem os romanistas europeus e, principalmente, os da América Latina deixar de lutar pela manutenção do Direito Romano, como disciplina obrigatória em seus currículos jurídicos. Com isso, estará assegurada a qualidade do ensino do Direito.

RTDC: Qual o seu método de trabalho? Quando e como o senhor escreve, se é disciplinado, se tem um sistema próprio? E de todas as suas obras, qual considera a mais importante?

AVA: Desenvolvo meu trabalho na Advocacia, há mais de cinqüenta anos, procurando produzir minhas petições e meus arrazoados no período noturno e em parte da madrugada; de vinte anos para cá, em meu escritório residencial, tendo em minha casa, aproximadamente, dez mil livros.

Nesse escritório tenho, no período da tarde atendido clientes, no âmbito da consultoria e da orientação em negócios e nos processos.

O grande número de meus clientes é de advogados, que buscam essa orientação ou a minha participação em casos de seus clientes elaborando peças escritas em contratos, acordos ou nos respectivos processos. Nesses casos, geralmente, figuro com meu escritório, advogando com o escritório do advogado consulente. Isso vem acontecendo, há mais ou menos vinte anos.

Esse método de elaboração da parte escrita favorece-me nesse meu trabalho, no escritório de minha casa, onde tenho minha Biblioteca, possibilitando-me o exercício da advocacia, a realização de pareceres e consultorias, também a empresas, sobrando tempo para a elaboração de meus livros e artigos, bem como para a preparação de temas e pesquisas sobre minhas palestras e conferências no Brasil e no exterior. Em certas épocas chego a realizar, em São Paulo e em outras cidades brasileiras, três palestras em média, por semana.

Há dez anos desenvolvo, também, meu trabalho acadêmico na Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado (Faculdade de Direito da FAAP), continuando minha atuação como professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito — USP), há pouco mais de dois anos, lecionando no Curso de Pós-Graduação e participando de bancas de concursos, orientando, ainda, mestrandos e doutorandos.

Quanto à disciplina no trabalho, ela é indispensável, principalmente agora em que tenho atualizado livros em suas novas edições como, recentemente, o *Dever de Coabitação* — *Inadimplemento, a Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil, a Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos e o Bem de Família* (no prelo a 6ª ed.) e o livro de poesias, Travessia. Estou empenhado, ainda, presentemente, na elaboração da Parte Geral do Código Civil, seguindo na complementação do meu *Curso de Direito Civil*.

Entre meus vinte e dois livros produzidos reputo a *Teoria Geral das Obrigações e Responsa-bilidade Civil*, o mais importante (já em 11ª ed.).

RTDC: A sua tese de doutorado teve como tema o *bem de família*, instituto que sofreu diversas transformações desde então (1972). Como o senhor recebeu o verbete nº 364 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, que estendeu o benefício do bem de família às pessoas solteiras, separadas e viúvas?

AVA: Ao defender minha tese de doutoramento, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com a monografia *Bem de Família*, em 18.10.1972, tive como objetivo a completa reestruturação desse instituto jurídico, oferecendo na oportunidade um esboço de anteprojeto de lei (conforme *Bem de Família*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2002, pp. 233 a 237 — com trinta e dois artigos).

A Lei 8.009, de 29.03.1990, dispondo sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial e de bens móveis, em algumas circunstâncias, acabou por acolher, em parte, minha proposta doutrinária de criação de um bem de família legal, por imposição do próprio Estado com normas de ordem pública, e não pelo particular como pautado no Código Civil, que cuida do bem de família voluntário.

Embora incompleta, essa Lei 8.009/1990, surgiu em boa hora, na salvaguarda da família brasileira.

Com a minha idéia global de que o bem de família móvel ou imóvel, capaz de garantir a sobrevivência da família de direito e de fato, não fica o bem de família adstrito somente ao bem imóvel residência, pois nem toda família possui bem imóvel ou móveis capazes de sua proteção, como os que guarnecem sua residência.

Eu sempre entendi que o bem de família legal móvel deve ser um somatório de bens, retirado no momento da execução patrimonial do devedor, capaz de mantê-lo e sua família.

Por outro lado, o verbete nº 364 da súmula do Superior Tribunal de Justiça foi por mim muito bem recebido, quando estendeu o benefício do bem de família às pessoas solteiras, separadas ou viúvas.

Embora tenha ocorrido decisão do Superior Tribunal de Justiça (Min. Rel. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, por maioria de votos, em 29.08.1995), não favorecendo o devedor solteiro, que reside solitariamente, entendi diferentemente desse posicionamento, pois eles não podem ser alijados da proteção da lei. Cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada família, em sentido mais estrito. Assim manifestei-me no meu livro *Bem de Família*, cit., 5ª ed., de 2002, pp. 173 e 174, citando, outros julgados do Superior Tribunal de Justiça, principalmente o que entendeu que o sentido social da norma protege a pessoa solteira, casada, viúva, desquitada (separada), ou divorciada (Min. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, v.u., em 19.08.1999), inclusive o celibatário.

RTDC: Em sua opinião, as entidades familiares previstas na Constituição brasileira constituem numerus clausus?

AVA: Ressalte-se, primeiramente, que a Constituição de 1967, emendada em 1969, por seu art. 175, consignava que a família era constituída pelo casamento, tendo direito à proteção dos Poderes Públicos.

Esse texto não podia continuar a existir, pois a proteção à família (instituição) era reconhecida ante o instituto (contrato) de casamento, como sendo o único a legitimá-la.

Ante esse absurdo, propus ao Relator da Constituinte de 1988, então Senador Bernardo Cabral, que fosse reformulado esse texto, sugerindo a inclusão no Projeto de Constituição Federal de 1988, que ele referisse, tão-somente, que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", o que ocorreu, dando-se, assim, força à instituição familiar, independentemente, do contrato que a fez nascer (casamento, concubinato puro, à época, união estável, depois, casamento religioso etc.).

Eu sempre fui contrário a essas discriminações, pois não compete ao Estado dizer como o povo deve constituir suas famílias.

Assim, nesse art. 226 mencionam-se, como constituindo família, o casamento civil, o religioso com efeito civil, que na verdade é civil, a união estável, todos já regulamentados, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como outras que se formem na sociedade.

Tenha-se presente, ainda, que a Constituição de 1988, mencionando em seu *caput* que a família é a "base da sociedade", tendo "especial proteção do Estado", nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim, porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família.

O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor. O homem é um ser gregário, que necessita viver em família, cujo modo de constituição ele escolhe, firmando-se um costume admitido em sua coletividade, que vai transpondo gerações. Esse anseio popular, embora nasça de um contrato convivencial, é algo que ultrapassa a noção de instituto jurídico, é um organismo institucional, que se fundamenta no Direito Natural. O Direito Humano deve intervir, somente, para evitar lesões, locupletamentos indevidos, fazendo reinar a responsabilidade, ainda mais fortemente, nas convivências livres.

A união estável, concubinato puro, não adulterino e não incestuoso, sempre encontrou esse apoio institucional, na figura antiga do casamento de fato.

Entretanto, não estendeu essa mesma Constituição ao casamento religioso, como entendo correto, os efeitos do casamento civil, para recuperar sua antiga dignidade ante o Estado. Limita-se ela, por seu art. 226, § 2°, a dizer, da mesma forma que a anterior, que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei". Esta (Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950), entretanto, só admite tal efeito quando pré ou pós-existe a habilitação para o casamento civil. Nesse caso, o casamento religioso adquire a forma de casamento civil, não é mais casamento religioso.

Assim, tanto o casamento civil como o religioso, com suas formalidades próprias, devem existir, em meu entender, automática e independentemente. O casamento religioso, desse modo, deve vestir-se com as formalidades dos estatutos das respectivas religiões.

A união estável precisava ser regulamentada, e foi, primeiramente, pela Lei nº 8.971, promulgada em 29 de dezembro de 1994, que concedeu direito aos companheiros, no tocante a alimentos e à sucessão; e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, baseada em projeto de minha autoria, que regulamentou a união estável (concubinato puro), para que não existam abusos entre os conviventes, que devem ser livres na convivência, mas responsáveis.

Por todas essas razões, não há como admitir-se essa discriminação do citado art. 226 como sendo *numerus clausus*, mas sim como situações meramente enunciativas.

Por outro lado, embora não possa ser admitida como união estável, nos moldes constitucionais e de direito civil, a união homossexual vem sendo reconhecida por algumas decisões de nossos Tribunais e por parte de nossa Doutrina, como família. Se tal situação consolidar-se, terá de ser admitida, mesmo com repulsa de grande parte da sociedade e de nossos legisladores.

De minha parte, não haverá oposição. Cada um vive como entende melhor, respeitada a dignidade da pessoa humana.

Todavia, melhor que esse modo de convivência seja regulamentado, principalmente quanto a seu regime patrimonial e previdenciário, para que exista liberdade, mas com responsabilidade dos parceiros, evitando-se enriquecimentos sem causa e falta de proteção, em detrimento do respeito ao ser humano.

RTDC: No trabalho *Estatuto da União Estável*, o senhor defendeu que a presunção do art. 5° da Lei 9.278/96 era *iuris tantum*, pois a união poderia ser conturbada, de tal sorte, por um dos concubinos, que restasse comprovada sua completa ausência de colaboração, como, por exemplo, a vida irresponsável, de má conduta ou de prodigalidde, por vícios de embriaguez, jogo, entre outros. Essa posição ainda pode ser sustentada diante do disposto no art. 1.725 do Código Civil, que determina a aplicação do regime da comunhão parcial de bens às relações patrimoniais decorrentes da união estável, *no que couber*?

AVA: Realmente, como disse, com apoio em Antônio Chaves, no meu livro do Concubinato ao Casamento de Fato (Ed. Cejup, Belém, 2ª ed., pp. 64 e 65), deve haver entre os conviventes uma vida de colaboração, responsável, de boa conduta e ausente de prodigilidade, de vícios, como jogo, embriaguez, entre outros. Essa mesma situação é exigida em qualquer sociedade, inclusive na matrimonial. Todavia, os conviventes ou cônjuges, às vezes, mantém esse estado de coisas, por muito tempo.

O normal é que, não se dispondo um convivente a ajudar na recuperação do outro, diante de algum problema ou adversidade de sua vida, a convivência torna-se insuportável, com essa quebra de dever convivencial, levando à separação do casal.

Desse modo, se o convivente conseguir superar a adversidade criada pelo outro, não poderá alegar inexistência de vida em comum.

Essa posição sempre pode e poderá ser sustentada, como quebra de dever convivencial ou conjugal, podendo ocorrer até ilícito mais grave com causação de dano moral compensável economicamente com a parte do culpado. Assim, também diante do art. 1.725 do Código Civil, que, em verdade, cuida, não de comunhão parcial de bens, mas de condomínio com cotas iguais ou desiguais conforme pactuado.

Sim, porque comunhão é condomínio. Só que o condomínio em matéria de casamento é de mãos juntas (comunhão), não podendo ser desfeito durante o casamento, senão com a vontade conjunta dos cônjuges, já que o regime de bens é instituído por norma de ordem pública.

É impossível, portanto, existir regime de comunhão parcial de bens (regime de casamento) em união estável (de fato). Por tal razão ele só cabe, em princípio, para admitir o condomínio dos bens adquiridos onerosamente, durante a união estável, salvo se existir contrato escrito, em sentido contrário.

Aliás, essa regra do art. 1.725 do Código Civil é oriunda do esboço do projeto de união estável, de minha autoria, feito um ano e meio antes da Constituição Federal de 1988, quando eu cogitava do instituto sob o nome de concubinato puro (não incestuoso e não adulterino), nos seguintes termos de seu art. 10: "Os bens móveis e imóveis, adquiridos por um ou por outro ou por ambos os concubinos, na constância do concubinato e a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio, e em partes iguais salvo estipulação contratual escrita, em contrário".

Essa matéria foi inserida na Constituição Federal no § 3° do art. 226, como união estável, tendo sido esse parágrafo regulamentado pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1966, especialmente no art. 5°, depois incorporada ao art. 1.725 do Código Civil. Esse art. 5° ainda falava em condomínio.

RTDC: O senhor é autor de um dos principais estudos no Brasil que abordam o tema da tipicidade contratual. Essa matéria mereceu algum tratamento na lei ou consideração jurisprudencial? Destaque um ou dois trabalhos seus que tenham sido utilizados pela lei ou Jurisprudência.

AVA: Desde meu trabalho de especialização, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em 1965, venho alertando sobre a necessidade da regulamentação dos contratos atípicos, promovendo sua classificação.

O atual Código, além de regulamentar novos tipos de contrato, antes atípicos, como a corretagem, assegura, em seu art. 425, que "É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código". Não saiu desse estágio a legislação quanto aos contratos atípicos.

Quanto à Jurisprudência, ressalto, nesse espaço, que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo meu pensamento segundo o qual o contrato ou o elemento típico, quando somado a outro contrato ou elemento típico ou, mesmo, atípico, em um contrato, ou quando somados contratos ou elementos atípicos em um contrato, a convenção desnatura-se, e esse conjunto de contratos ou de elementos mistos compõe uma nova contratação, uma e complexa, com todas as suas obrigações formando algo individual e indivisível. O mesmo acontece com a figura singular atípica, com suas obrigações, que não se enquadram, em sua unidade, nas contratações típicas. reguladas na lei.

Assim, pelo meu critério de localização dos contratos atípicos, pelas obrigações (conforme meu livro *Teoria Geral dos Contratos Tipicos e Atípicos*, Ed. Atlas, SP, 3ª ed., pp. 139 e seguintes), não é possível, por exemplo, que um contrato de locação (*do ut des*), com duas prestações de dar, abrigue obrigações de fazer ou de não fazer, como é o caso do contrato de unidade em Shopping Centers; daí porque este contrato não é de locação, mas atípico misto, valendo todas as suas obrigações como um todo monolítico. Descumprida uma delas, rescinde-se o contrato todo

Também o mesmo Superior Tribunal de Justiça, baseando-se nessa minha idéia (citando meu livro *Direito Privado* — 3: Casos e pareceres, Cejup, Belém, 1989, p. 85), admitiu: "o negócio em foco possui afinidades com diversos institutos jurídicos (doação, condomínio, fideicomisso, propriedade resolúvel e sociedade), mas com eles não se confunde em virtude de sua individualidade própria" (ver JSTJ e TRF, Lex, 62, p. 160, participando do julgamento além do Relator Min. Barros Monteiro, os Mins. Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo). Esse foi o caso da sociedade perpétua de experts do jornalismo criada por grande jornalista de São Paulo e admitida como válida.

Por outro lado, destaco que meu entendimento de que deveria existir um desquite automático pela falta de coabitação, uma espécie de *desuetudo*, defendido na minha dissertação de Livre-docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1976, vingou com a adoção do instituto do divórcio direto, automático, na Constituição Federal de 1988, no § 6º do seu art. 226, idéia também, e quanto ao divórcio, do então Senador Nelson Carneiro, idéia que acabou não se consagrando na chamada Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 1977).

Assim, atualmente, basta a comprovada separação de fato do casal, por mais de dois anos, que qualquer dos cônjuges ou ambos pode pedir o decreto do divórcio, somente provando o decurso desse prazo. Aí está reconhecido, o *divortium bona gratia* do Direito Romano, da Novela 22, Capítulos IV a VII, do Imperador Justiniano.

A ruptura da sociedade conjugal (separação automática) já tinha sido reconhecida antes, na Lei 6.515, de 1977, no seu art. 5°, § 1°.

Destaco, ainda, a posição por mim assumida, em face da prisão civil por dívida do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, regulada pelo Dec.-Lei 911/69 (cf. minha tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Prisão Civil por Dívida*, para obtenção do título de Professor Titular, em 1993, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, em 2ª ed. esgotada, 2000, pp. 122 a 125).

Evidencio que não cabe a prisão contra o depositário designado pela lei, porque ele é, em verdade, proprietário do bem fiduciado.

Cheguei, então, à conclusão, respaldada pela Jurisprudência, que nega a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel, de que a legislação citada acolhe sistema de dois pesos e duas medidas, pois ante a perda da coisa fiduciada, sem culpa do devedor fiduciante, o credor fiduciário não sofre as conseqüências desse perdimento, recebendo seu crédito, por outro meio. Todavia, sofre essa perda patrimonial o devedor fiduciante, o que jamais poderia ocorrer, dado que essa esdrúxula legislação o considera como depositário do mesmo objeto. Para executar sua garantia, portanto, o fiduciário credor é proprietário; para sofrer a perda do bem fiduciado, sem culpa do devedor fiduciante, é este quem sofre referida perda!!! Aliás, o que é verdadeiro absurdo, pois, sendo o fiduciante devedor considerado depositário, jamais poderia sofrer essa perda patrimonial, aplicando-se o princípio de que a coisa perece para o dono (res perit domino).

A conclusão, portanto, é de que não existe, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário, pois, em verdade, o alienante (fiduciante) é o proprietário, porque, desde o início negocial, sofre ele o risco da perda do objeto.

Ninguém pode ser condenado, portanto, como depositário infiel, se correr o risco da perda da coisa; isto porque, reafirme-se, o depositário deve guardar bem alheio, e não bem próprio.

RTDC: Passados já alguns anos de vigência do Código Civil, qual é sua avaliação sobre o atual diploma e sobre seu impacto na doutrina e na jurisprudência?

AVA: A presença segura do atual Código Civil já vem sendo sentida na doutrina e na jurisprudência.

Trazendo o Código princípios jurídicos de garantia secular, como normas jurídicas, preenche sua necessidade de ser um corpo principiológico, que deve pairar sobre os estatutos. Assim, principalmente como a função social da propriedade e do contrato e a boa-fé objetiva, com o corolário dos princípios da informação e da colaboração contratual.

O atual Código abandonou o sistema individualista do Código anterior, dando mais destaque aos direitos coletivos.

Alguns pontos perigosos do Código Civil existem; ressalto dois no âmbito de responsabilidade civil, que deverão ser objeto de parcimoniosa aplicação: a redução equitativa da indenização ante a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (parágrafo único do art. 944), que não abarca a indenização global do dano; e a obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida implicar risco para direitos de outrem (parágrafo único, segunda parte do art. 927). Essa abertura pode gerar, eventualmente, direito alternativo conforme interpretação mais liberal do aplicador da lei.

Venho pregando, também, a eliminação de teoria da imprevisão do art. 478 do nosso Código (inclusive no Exterior, em Roma e em Lisboa). Com essa teoria, torna-se impossível a admissão do fenômeno inflacionário, como desequilibrador das relações jurídicas, dada a sua previsibilidade.

Aliás, tudo é previsível e, com isso, estaríamos impossibilitados de contratar seguramente, vendo, muitas vezes, com o desequilíbrio econômico nas relações jurídicas, a descaracterização de contratos comutativos, para aleatórios, com sérios riscos a um ou a ambos os contratantes, com quebra do principio do enriquecimento sem causa.

Lembro que a Itália acolheu a teoria da imprevisão, não tendo isso acontecido com Portugal. Muitas outras situações no atual Código merecem nossa atenção e cuidado, até que se assente seguramente com a melhor interpretação.

Ao nosso Código, entretanto, prestei, com os italianos romanistas, e a convite destes, em Roma, em janeiro de 2003, com a realização de uma palestra, grande homenagem a esse nosso Código, tão festejado em Roma, como o primeiro do Terceiro Milênio.

RTDC: O senhor recentemente escreveu sobre arbitragem. No Brasil, qual sua avaliação sobre o papel que a arbitragem tem desempenhado na solução dos conflitos de interesses?

AVA: Escrevi sobre arbitragem, principalmente, em uma das lições do meu já citado *Curso de Direito Civil (Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos)*, em que destaquei minha preocupação, muito antiga, ante o acúmulo de processos, em nossos Tribunais, e a necessidade de um meio rápido e racional de solução de problemas. Eu sempre disse aos meus alunos que a arbitragem é a forma ideal para solução dos conflitos patrimoniais, no futuro. E o futuro chegou.

Hoje contamos com a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que ampliou e modernizou as regras insuficientes que plasmavam, nos Códigos Civil de 1916 e de Processo Civil.

A grande dificuldade atual é a de incutir no espírito do brasileiro que a arbitragem, ao lado da mediação e conciliação, é o meio mais rápido de fazer justiça, evitando anos de conflitos no Judiciário.

Posso dizer que a arbitragem no Brasil, já vem desempenhando grande papel na solução dos conflitos de interesses.

Deve restar claro, nesse passo, que a lei faculta, não impõe, às partes esse meio arbitral de composição de lides e que as regras, nesse procedimento arbitral, são idênticas para as partes, que as escolhem livremente.

O risco de ser contrária ou favorável a decisão arbitral é o mesmo originado do julgamento pelo Poder Judiciário.

Em caso de ilicitudes, vícios e irregularidades, o Poder Judiciário sempre estará presente para evitar ou reparar as lesões, ou para reprovar o inadimplemento das obrigações arbitrais.

As convenções arbitrais nascem dos acordo dos interessados, tendo seus limites na lei, para evitar, como visto, que a liberdade contratual possa, por excesso de uma parte, escravizar a outra.

O tempo, certamente, confirmará essa modalidade de realização de justiça, que estará servindo, ao lado do Poder Judiciário, como meio seguro da composição de interesses.

Esse é o caminho: ou as partes resolvem elas mesmas os seus conflitos, por acordo, ou delegam esse mister a terceiros (árbitros ou juízes).

RTDC: Quais são as heranças e as esperanças mais importantes que os estudos sobre o Direito Civil realizados durante o século XX deixaram para o século XXI?

AVA: A experiência que restou do século XX, como alerta e orientação para o século XXI, é que a grande preocupação, no futuro, deve ser na preservação da dignidade da pessoa humana, prestigiando, ainda mais, seus direitos de personalidade.

Devemos observar, portanto, que o direito vai perdendo seu caráter individualista, para inserir-se no contexto social, com a preocupação da salvaguarda dos direitos coletivos, para que os homens se integrem em uma comunidade, repeitando-se, à natureza e aos animais.

O mundo deverá ser mais solidário e vestido com comportamentos de boa-fé e de ética.

Afora a meta do Direito que deve ser buscada, o direito deve ser justo, estando a justiça presente nas relações jurídicas, sendo meio de entendimento entre os homens.

Por isso estamos nesse mundo, para depurar-nos, aperfeiçoando nossos sentimentos e nossas vicissitudes.