

O NEGÓCIO JURÍDICO INTITULADO "FICA" E SEUS PROBLEMAS

DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

*Desembargador do Tribunal de Justiça e Professor Titular
da Faculdade Federal de Direito de Mato Grosso*

I — Introdução. II — Valor e Fôrça dos Usos e Costumes no Direito. III — As Res Mancipi em Roma. IV — Primórdios da Pecuária Mato-Grossense. V — Origens do Negócio Jurídico "FICA". VI — Conceito e Evolução do "FICA". VII — Espécies de "FICA". VIII — Compra e Venda a Entregar. IX — Nota Promissória Pecuárista. X — Parceria Pecuária. XI — Interpretação do Contrato. XII — Simulação. XIII — Depósito. XIV — Ação Executiva e Reivindicatória. XV — Conclusões.

I — Para imergirmos no âmago dêste negócio, tipicamente mato-grossense, desvendar suas vetustas razões, origens e evolução, conceituação e significados, teremos que investigar as fontes materiais do Direito, os fatores, elementos ou causas que lhe serviram de berço e lhe deram um determinado conteúdo, perlustrar sua interpretação jurisprudencial e obter a conclusão que buscamos, necessário se torna remontar aos primórdios fáticos em que se erigiu o "FICA", essa figura contratual inteiramente desconhecida.

Não existe um só direito que não encontre seu nascimento em um fato, trazido pelo império da vontade à esfera jurídica.

"Mostrar que a consistência de um sistema requer determinado resultado é alguma coisa, mas não é tudo. A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, intuições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preceitos que os juizes compartilham com os seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de Matemática. Para saber o que é o Direito, temos de saber o que foi e o que tende a ser", eis a sábia introdução que, em 1881, OLIVER WANDELL HOLMES ⁽¹⁾ deu ao seu estudo do Direito.

Realmente, conceitua HENOCH D. AGUIAR ⁽²⁾, "não é possível conceber o Direito sem o fato que o gere, o modifique, o transforme e o extinga. A norma sempre se refere a êle, e, se uma situação se origina de um fato possível, não comprovado ou incomprovável, o Direito o presume, o cria, o tem por certo e o submete a suas regras para resolver a situação". Daí a voz autorizada de LUIZ RECASENS SICHES ⁽³⁾, dogmatizando que "nenhum

código, nenhuma compilação, nem lei alguma, de uma época ou de um povo qualquer, podem ser suficientemente compreendidos sem o conhecimento das condições sociais efetivas desse povo e dessa época. Somente em virtude desse conhecimento podemos explicar a existência dessas normas de Direito e compreender sua significação”.

Oportuno se torna ainda transcrever a advertência que nos faz HARTMAN (4), ao afirmar que “não nos afastemos do terreno da vida prática, tomemos por ponto de partida as suas necessidades e as suas concepções, como faziam os juristas romanos clássicos — será esse o meio preventivo mais eficaz contra toda a espécie de cegas especulações apriorísticas”, porque, lembra-nos JACQUES MARITAIN (5), “nas relações sociais há sempre um objeto — seja material, seja espiritual — em torno do qual se tecem as relações entre as pessoas humanas. Em uma comunidade, como J. T. Delos indicou com razão, o objeto é um fato que precede às determinações da inteligência humana e da vontade, objeto esse que atua independente delas, para criar uma psiquê inconsciente comum, estruturas psicológicas e sentimentos comuns, assim como costumes comuns”.

“Mas, para adotar a atitude científica necessária” — escreve GORDON CHILDE (6) — “devemos estar preparados para modificar nossos conceitos de progresso e de história. A essência da atitude científica é, na verdade, o abandono de preconceitos pessoais e a subordinação de preferências e aversões pessoais. A função da ciência é a classificação dos fatos, o reconhecimento de sua seqüência e significação relativa”.

II — O homem, animal progressista, ser histórico em sentido muito especial, para vir a ser o que é e conquistar o que realmente deseja ser, deve e “pode refletir” — diz JOSÉ VAN DEN BESSELAAR (7) — “nas suas experiências, tirando-lhes conhecimentos gerais a fim de aproveitá-los para um caso semelhante no futuro”, afirmando mais além que “o instrumento do progresso é a tradição: a transmissão dos conhecimentos, métodos, formas, valores e experiências que o passado a custo elaborou para pô-las a serviço da posteridade”.

Jamais poderemos dissociar dos fatos a história do pensamento jurídico: as idéias e os fatos atuam uns sobre os outros, numa tentativa ingente de suprir com novas vinculações as necessidades que se apresentam e reclamam a proteção legal.

Os fatos agem diretamente, pressionando os indivíduos e as comunidades; estas, por sua vez, sobre o Direito, dando-lhe aquêlê caráter de continuidade mais profundo que os seus aparentes antagonismos. O Direito é, antes de tudo, um fenômeno social: *ubi societas, ibi jus!* “A maior parte das normas jurídicas de qualquer povo antigo — preleciona PIETRO COGLIOLO (8) — foi originada pelo costume, isto é, pelas regras tácitamente admitidas pelos *mores*

1) HOLMES, Oliver Wendell — O Direito Comum — As Origens do Direito Anglo-Americano — Ed. O Cruzeiro — 1967 — pág. 29;

2) AGUIAR, Henoch D. — Hechos y Actos Jurídicos — Tip. Editora Argentina — Buenos Aires — 1950 — págs. 3-4;

3) SICHES, Luiz Recasens — Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho — 1956 — pág. 45;

4) apud Danz, Erich — A Interpretação dos Negócios Jurídicos — S. Paulo — 1941 — pág. 129;

5) MARITAIN, Jacques — O Homem e o Estado — Agir — 1952 — pág. 12;

6) CHILDE, V. Gordon — A Evolução Cultural do Homem — Zahar — 1966 — pág. 20;

7) BESSELAAR, José Van Den — Introdução aos Estudos Históricos — Herder — 1968 — pág. 36;

8) COGLIOLO, Pietro — Filosofia do Direito Privado — Lisboa — 1915 — pág. 46;

maiorum... A norma jurídica é a satisfação das necessidades comuns, aquela que por isso mesmo surgiu espontaneamente com a tácita aprovação de todos e que indica a sua bondade e oportunidade”, merecendo então a definição que lhe consagrou BOUVIER'S, “lei estabelecida pelo uso diuturno” (9).

“O costume é a força vital das instituições jurídicas”, afirmara HENRI LÉVY-BRUHL (10), fenómeno êsse que, na síntese de EUZÉBIO DE QUEIRÓS LIMA (11), “tem existência própria, distinta da de qualquer outro fenómeno. É um ritmo particular de energia universal. É a resultante de uma interação psicofísica, de um como que contacto à distância, que, por influência de condições favoráveis ainda não fixadas pela biologia, se estabeleceu no cérebro de um para o cérebro dos outros, entre os indivíduos de uma mesma espécie animal”, pois, “sob todos os fenómenos sociais subsiste a terra firme do costume, êsse leito de rocha que dá firmeza à sociedade a despeito da ausência, mudança ou interrupções da lei. O costume permite ao grupo a mesma estabilidade que a hereditariedade permite à espécie e o hábito ao indivíduo” (12).

“O conjunto de usos, de costumes, de tradições e de ritos, a educação pessoal” — sistematiza JOSÉ D'AGUANO (13) — “a opinião pública, as circunstâncias exteriores, tudo contribui para fazer variar indefinidamente o organismo de um povo e, conseqüentemente, suas leis”. Eis o que escrevera CARLOS MAXIMILIANO (14): “sempre os costumes, quando uniformes, constantes, diuturnos, tiverem força de lei, considera-os a ciência moderna uma fonte viva, e a mais rica e importante, de Direito Objetivo. Nenhum código lhes embarçaria o surto espontâneo, necessário, fatal.”

O Direito Romano — criação típica de seu gênio pragmático, considerado por WOLFRANG KUNKEL (15) “um ordenamento jurídico histórico em alto grau”, representa para MARROU (16) “o aparecimento de uma forma nova de cultura, de um tipo de espírito que o mundo grego de nenhum modo havia pressentido” — já havia prefixado os requisitos necessários para que o costume (17) fôsse erigido em fonte de lei. ABELARDO DA CUNHA LÔBO (18),

9) BOUVIER'S — Law Dictionary — 1914 — verb. “custom”;

10) LÉVY-BRUHL, Henri — Sociologia do Direito — “Saber Atual” — n.º 94 — 1964 — pág. 43;

11) QUEIRÓS LIMA, Euzébio de — Princípios de Sociologia Jurídica — 5.ª ed. — pág. 146 — n.º 58;

12) DURANT, Will — História da Civilização — Primeira Parte — 1957 — tomo I/31;

13) D'AGUANO, José — Genesis y Evolucion del Derecho — Buenos Aires — 1943 — pág. 125 — n.º 40;

14) MAXIMILIANO, Carlos — Hermenêutica e Aplicação do Direito — 1957 — pág. 237 — n.º 207;

15) KUNKEL, Wolfrang — Historia del Derecho Romano — Barcelona — 1964 — pág. 82 — § 5.º — n.º III;

16) apud GIORDANI, Mário Curtia — Antigüidade Clássica II — História de Roma — “Voices” — 1965 — pág. 259;

17) “Sobre a natureza e formação da consuetudine, são numerosas as discrepâncias doutrinárias” — DE FRANCISCI, Pietro — Síntesis Histórica del Derecho Romano — Madrid — 1954 — pág. 202; Para ARRANGIO-RUIZ, Vicente — “a isto há de acrescentar-se que na Roma primitiva, os princípios consuetudinários básicos eram considerados como impostos pelos deuses” (Historia del Derecho Romano — Madrid — 1963 — pág. 71), o que nos é atestado por MONIER (apud MEIRA, Sílvio A. B. — História e Fontes do Direito Romano — 1966 — pág. 58), sendo, na época a que nos referimos, conforme MEIRA, Sílvio A. B. — Instituições de Direito Romano — 1962 — pág. 24 — n.º 8: “os mores majorum nada mais eram de que princípios transferidos de geração a geração pelos juriconsultos” e, mesmo após a separação do Jus do Fas, afirma ARTHUR MONTENEGRO: “o direito continuou a desenvolver-se sob duas formas, correspondentes às duas fontes donde derivou: o jus legibus introductum, organizado pelos poderes públicos legislativos jus scriptum e o jus moribus constitutum, formado tacitamente pelo costume jus non scriptum, in O Antigo Direito de Roma — Coimbra — 1898 — pág. 135 — n.º 5;

18) LÔBO, Abelardo Saraiva da Cunha — Curso de Direito Romano — História — 1931 — I/53-4; Idem — Forchart, Reynaldo — Curso Elementar de Direito Romano — 1907 — I/323 — n.º 371; MACKELDEY — Manuel de Droit Romain — Bruzelles — 1837 — pág. 15 — § 29;

assim os catalogou: "1º — o costume devia ser observado durante longo tempo — *longa consuetudine* — e aceito pelo consentimento tácito do povo — *tacitus consensus populi*; 2º — carecia ser provado — *comprobatus* — não somente quanto à sua existência, como também em relação à sua prática uniforme — *uniformis* — e repetida — *frequenter*; 3º — devia ser naturalmente racional e não assentar em êrro, porque "o que se introduziu, não pela razão, mas, pelo êrro inicial, tornando-se depois costume, se não deve observar em casos semelhantes", dizia Celso. Idênticas lições nos dão FERREIRA BORGES (19), SPENCER VAMPRE (20), CARVALHO DE MENDONÇA (21), DESCARTES DRUMOND DE MAGALHÃES (22) e WALDEMAR FERREIRA (23), quanto aos usos e costumes mercantis.

Com muita propriedade sustentava EUGENE PETIT (24), "o costume, que é a primitiva fonte que aparece na ordem cronológica, subsiste sempre ao lado das outras fontes do Direito, seja para complementá-las, supri-las ou corrigi-las", isso porque, historia ROBERT VON MAYR (25), "tinha sido e continuava sendo, mais que uma verdadeira fonte independente do nôvo Direito, um impulso que movia a ditar normas jurídicas aos órgãos chamados constitucionalmente a fazê-lo: ao pretor, aos juristas "credenciados", ao Senado, ao príncipe", oportunizando-se então o texto que retiramos de ÉDOUARD CUQ (26): "todo o Direito, diz Julião, repousa sobre o consentimento do povo; êste consentimento pode ser expresso ou tácito: expresso na lei, tácito no costume." E... na linguagem pitoresca de JOSSERAND (27), "o Direito que nasce do costume, continua e lentamente, tem caracteres de aluvião" e, em referência às regiões diamantíferas mato-grossenses, podemos dizer que, parodiando, êsse Direito, selecionado na "bateia" do tempo, assemelha-se aos diamantes brutos que, somente após sua lapidação ou interpretação, adquire a perfeição e o brilho característicos.

As idéias, por seu turno, às vêzes, reagem sobre os fatos. As grandes correntes do pensamento, oriundas de cérebros privilegiados e geniais, influenciaram e modificaram, decisivamente, a evolução dos fatos e das instituições, plasmando-lhe uma estrutura completamente diversa daquela que o correr dos tempos lhe daria. Fora dessas raríssimas exceções — é uma citação de ERICH DANZ (28) — "o costume abarca tôdas as formas de conduta voluntária que

19) BORGES, Ferreira — Dicionário Jurídico-Comercial — 1856 — verb. "uso";

20) VAMPRE, Spencer — Tratado Elementar de Direito Comercial — § 10;

21) CARVALHO DE MENDONÇA, J. K. — Tratado de Direito Comercial Brasileiro — vol. I — n.º 120 e 137;

22) MAGALHÃES, Descartes Drumond de — Curso de Direito Comercial — I/203 e ss.;

23) FERREIRA, Waldemar Martins — Instituições de Direito Comercial — I — n.º 86 a 93;

24) PETIT, Eugene — Tratado Elementar de Derecho Romano — Buenos Aires — 1958 — pág. 64 — nota 39;

25) MAYR, Robert Von — Historia del Derecho Romano — Barcelona — Labor — 1926 — I/316;

26) CUQ, Edouard — Les Institutions Juridiques des Romains — Paris — 1902 — II/17;

27) JOSSERAND, Louis — Derecho Civil — 1952 — trad. Santiago Cunchillos y Manterola — tomo I — I/24;

28) DANZ, Erich — La Interpretación de los Negocios Jurídicos — Madrid — 1955 — pág. 156 — § 15 — n.º 2;

fazemos nossas; é uma regra individual de conduta; sua característica é a reiteração normal de atos uniformes. E, quando o proceder do indivíduo corresponde à conduta consuetudinária da comunidade a que pertence, este proceder acostumado se converte em hábito, em uso. O uso é o costume social". Assim, a lição de CAMPOS BATALHA (29); "os usos e costumes constituem, portanto, fonte autêntica do Direito, embora subordinados às leis."

Evidentemente, não advogamos nem estamos a insinuar que os usos e práticas populares, em qualquer ramo de nosso sistema jurídico, tenham valor idêntico ao da lei, como fonte subsidiária do Direito (30). Sua importância será sempre decrescente na evolução do Direito, onde a complexidade das relações sociais e rapidez de suas mutações exigem a intervenção predominante do Estado na elaboração da norma. "Mas, apesar dessa preponderância que a lei escrita exerce sobre a norma costumeira nos regimes jurídicos contemporâneos chamados continentais — assegura OCTAVIO TORREALBA TORUÑO (31) — não foi possível, em nenhuma parte do mundo, afastar de todo o costume como fonte riquíssima de preceitos jurídicos, que segue governando as relações humanas, em maior ou menor grau, segundo os diversos ramos do Direito em que se desenvolvem".

Nosso objetivo colimou na demonstração dessa importância na formação do Direito, porque, já adiantara DEL VECCHIO (32), "o sistema vive como organismo lógico, enquanto é sustido e alimentado pela consciência social preponderante, que de contínuo o elabora e renova". Entretanto, ao intérprete esse caráter não pode passar despercebido: "há fatos que ditam o direito; há experiências cujo desconhecimento é prejudicial", arremata HENRI BATIFFOL (33).

Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (34), "a moderna teoria das fontes do Direito aproxima o contrato da lei, pois que ambos são atos jurídicos no sentido amplo da expressão e geradores de efeitos análogos, variáveis, porém distintos pela sua extensão. Daí atrair a hermenêutica do contrato princípios pertinentes à interpretação da lei. O contrato é um negócio jurídico, e, então, o seu entendimento é comum a este", uma vez que, no julgamento de GIUSEPPE BETIOL, (35) "o Direito não é feito pelas abstratas meditações de alguns estudiosos. Ele é uma regra das ações humanas nas recíprocas relações de homem para homem".

O que logramos atingir e esclarecer é a formação primária de um ato lícito, exclusivamente regional, que, descansando em um acôrdo de vontades, se destina à constituição de um vínculo obrigatório, para que, na época de aplicação do Direito Positivo, no equacionamento das questões que a sua exe-

29) BATALHA, Wilson de Souza Campos — Lei de Introdução ao Código Civil — 1.ª ed. — I/278;

30) *apud* Batalha, ob. cit.: Francesco Filomusi Guelfi: "os usos e costumes só têm valor quando a lei expressamente se lhes refere, ou lhes permite a aplicação"; Pedralli Noy: "só podem ser aplicados quando a lei o determine"; Eduardo Garcia Neynez: "só se converte em direito vigente quando é aceito pelo Estado"; e outros;

31) TORUÑO, Octavio Torrealba — As Fontes do Direito Mercantil — in Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais — Instituição Toledo de Ensino — 1967 — 5/165;

32) DEL VECCHIO, Giorgio — A Justiça — Saraiva — 1960 — pág. 94;

33) BATIFFOL, Henri — A Filosofia do Direito — "Saber Atual n.º 118" — 1963 — pág. 46;

34) PEREIRA, Caio Mário da Silva — Instituições de Direito Civil — 1963 — III/35 — n.º 189;

35) BETIOL, Giuseppe — Os Princípios Fundamentais de Direito Penal Vigente — in Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais — Instituição Toledo de Ensino — 1967 — 5/38 — n.º 4;

cução está a suscitar, possa o juiz ir pesquisar na gênese e evolução de sua concepção simples e uso continuado o elemento capaz e seguro para interpretá-lo, com justiça, e fundamentar com exatidão o teor de sua decisão, pois "fazer cumprir a lei não significa ser dela cego instrumento", na conceituação de DEL VECCHIO (36).

III — Em Roma — onde, no dizer de F.H. LAWSON (37), "talvez a maior contribuição feita pelo Direito à civilização foi a demonstração de que é possível constituir um corpo de leis fundado numa base de bom-senso que pode ser aceita por diferentes povos em diversos estágios de desenvolvimento" —, o primitivo ordenamento encontrou a seiva de sua incrementação nos *mores*, *mores majores*, *inveterata consuetudo*, *boni mores* ou *usus*, que a *interpretatio jurisprudentium* soube dosá-la de equidade, adaptando-a às novas exigências sociais, mesmo ante a presença do *Jus Scriptum* (38).

Em seu quiritarismo jurídico e social, estabeleceram os romanos uma divisão essencial e original das coisas que, de tão restrita e tacanha, se prestava a espelhar e a retratar a organização econômico-social, em que se plasmava a vetusta comunidade — *res Mancipi et res nec Mancipi* —, cuja essência, distinção e importância vai diluir-se na época pós-clássica.

Que coisas seriam estas?... ADALÍCIO COELHO NOGUEIRA (39) avança que "os juristas romanos não as definiram. Limitaram-se a enumerar, restritivamente, as *Mancipi* e consideraram as *nec Mancipi* tôdas quantas não se enquadravam na relação oferecida". TROP LONG (40), depois de comentar que "há coisas de natureza superior a tôdas as demais: são as que foram objeto dos codicilos dos primeiros romanos e pareceram as mais preciosas à simplicidade militar e rústica dêste povo", menciona "os quadrúpedes, por último, cuja natureza rebelde domou a inteligência humana para associá-los aos seus trabalhos, a saber, o boi, que traça o sulco propício, o asno manso e a mula robusta, cujos lombos suportam a carga".

Êsses animais, por constituírem o cerne da economia rural, eram protegidos por uma alienação formal, denominada *Mancipatio*. Esta, na elucidação de JUAN IGLESIAS (41), "é uma compra e venda que se consubstancia na troca imediata da coisa e o preço. A *Mancipatio*, figura negocial típica de compra e venda real, ao contado ou de presente, assume depois fisionomia abstrata e, como tal, é susceptível de várias aplicações", efetuada, segundo a descrição de JORS e KUNKEL (42), da seguinte forma: "O adquirente cobria com a mão, ante as testemunhas e o porta-balança, o objeto e pronunciava a fórmula *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est* (ou) *hoc aore aeneaque libra*, golpeando seguidamente na balança com um pedaço de cobre, o qual entregava ao alienante, que o guardava em silêncio, dando a

36) DEL VECCHIO, Giorgio — Teoria Geral do Estado — 1957 — pág. 71 — n.º 6;

37) LAWSON, F. H. — O Mundo Romano — de J. F. D. Baladon — Zahar — 1968 — pág. 119;

38) Inst. De Jure Naturale, Gentium et Civili: I, II, § 9.º; *ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensum utentium comprobati legem imitantur* — direito não escrito é o que o uso tem comprovado; quais os costumes antigos, comprovados pelo consentimento dos que seguem, parecem-nos leis;

39) NOGUEIRA, Adalício Coelho — Introdução ao Direito Romano — 1966 — pág. 253 — n.º 187;

40) TROP LONG — La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano — Buenos Aires — 1947 — págs. 24-5;

41) IGLESIAS, Juan — Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado — Barcelona — 4.ª ed. — pág. 258 — § 61 — n.º 1;

42) JORS, Paul — KUNKEL, Wolfrang — Derecho Privado Romano — Barcelona — Labor — 1965 — pág. 132 — § 54;

entender assim que dava sua concordância à apreensão da coisa pelo comprador e assentia à afirmação de ser esta sua, com o que a propriedade ficava transferida."

Embora os pecuaristas mato-grossenses não tivessem aquele "objeto da propriedade ritual primitiva" (43), cuja transmissão estava cercada de todo o formalismo primitivo, tinham, no entanto, no gado bovino (44) o sustentáculo quase exclusivo de sua incipiente economia, o incentivo em que resplandecia o heroísmo de sua fixação à terra, estando sua alienação sujeita às peripécias do momento, à falta de estradas e meios de transporte, à distância das invernadas e dos mercados consumidores. No Direito anglo-saxão, acentua HOLMES (45), "o gado era a principal propriedade conhecida, e o roubo de gado era a principal forma de apropriação indébita", e, nesta zona, ainda hoje o roubo de gado conserva o nome latino de *abigeato* (46).

Fundados em tais princípios e considerações, acreditamos que a história deste negócio, se bem que longa e plenificada de presunções, deve integrar-se numa descrição sumária dos fatos, onde ambos se complementam e se esclarecem, mutuamente, sendo cada um indispensável à interpretação do outro.

IV — "Ao contrário das culturas canavieira e cafeeira e do ciclo da mineração, ricos em documentação, a pecuária, a não ser na sua fase inicial de nossa colonização, se apresenta deficiente, pois são poucas as obras existentes. Além de tudo, os documentos existentes revelam acentuada pobreza de dados e detalhes pouco significantes." (47)

Muito mais vasta e insondável se nos afigura a dificuldade no terreno jurídico...

Após a fundação de Cuiabá (1718), devassado todo Mato Grosso e esvaziado todo o afã de atingir a região pelo Amazonas do que pelo Tietê (48), o grande Estado do Centro-Oeste "vivía, assim, pagando o tributo da distância do litoral, de onde emergia a seiva da América Portuguesa" (49).

"A pecuária desempenhou, desde a sua introdução, papel de desenvolvimento do Brasil", e, depois de considerar os vários fatores que contribuíram para a incrementação da criação de gado no século XVIII, conclui LAMARTINE CARDOSO (50), "a expansão do gado não se limitou nesses séculos apenas à área nordestina. Após o período de fastígio da mineração, integraram-se no ciclo da criação de gado grandes trechos do território de Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso", caracterizando-se, então, "a primeira grande marcha para o Oes-

43) D'ORS, Alvaro — Elementos de Derecho Romano — Pamplona — 1960 — pág. 97 — § 77 — "a";

44) "A Roma primitiva era uma cidade de camponeses e lavradores. E a vida simples que leva nos campos o proprietário, atendendo às necessidades de seu rebanho e manejando com as próprias mãos a charrua, permaneceu como uma espécie de ideal nacional" (AYMARD, André e AUBOYER, Jeannine — História Geral das Civilizações — Tomo II — Roma e seu Império — 1958 — 1/145; Pecus = gado, pecúnia, compreende as coisas que têm um valor econômico, que podem ser apreciadas em dinheiro);

45) HOLMES, Olivier Wendell — O Direito Comum — As Origens do Direito Anglo-Americano — Ed. "O Cruzeiro" — 1967 — pág. 149;

46) SARAIVA — Dicionário Latino-Português: "abigeatus = roubo, tomada de gado; Abigo, is, egi, actum, ere = Cic. desviar, arredar, roubar gado;

47) VIELIRA, Maurício Coelho — Geografia do Brasil — Grande Região Centro-Oeste — IBGE — 1960 — II/185;

48) Cf. História da Civilização Brasileira — A Época Colonial — Administração, Economia, Sociedade — sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda — 1960 — II/36;

49) Idem, Idem — O Brasil Monárquico — 1964 — II/174;

50) CARDOSO, Lamartine — Geografia Econômica do Brasil — Obelisco — 2.ª ed. — pág. 67;

te", de que nos fala R. HADDOCK LÓBO ⁽⁵¹⁾, numa busca insaciável de ouro, "o que logo teve de ser complementado com o desenvolvimento da criação de gado, que se introduziu em função disso e iria passar a dominar o espírito da vida regional" ⁽⁵²⁾; entretanto, como lembra CÁIO PRADO JÚNIOR ⁽⁵³⁾, "a grande fase de prosperidade da pecuária mato-grossense, que se desenrola nos campos infindáveis do Sul, ainda não se iniciara e pertence inteiramente ao Século XIX".

Formaram-se no Pantanal, nos campos de Vacaria e nos campos do Planalto os principais centros onde a criação de gado iria constituir uma das atividades predominantes na estrutura econômica do imenso território centro-oeste, onde "o gado é criado à sôlta e muitas vêzes sômente é manejado na ocasião da venda" ⁽⁵⁴⁾. O grande problema era a condução e o transporte das boiadas aos grandes e distantes centros de consumo.

Logo o Pantanal passou a ser "área exclusiva de criação de gado, existindo aí zonas de maior e de menor concentração do rebanho bovino" ⁽⁵⁵⁾.

"A condução das boiadas à procura de consumo de longe, em vasta escala, só poderia ser empreendida pelos fazendeiros de maiores haveres, quando faltassem boiadeiros idôneos, que lhes adquirissem no curral os lotes e tomassem a si o risco de transportá-los em trabalhosas jornadas", narra, com conhecimento local e experiência, VIRGÍLIO CORRÊA FILHO ⁽⁵⁶⁾.

A estrutura econômica mato-grossense se firma e se consolida na atividade pecuária, constituindo-se mesmo na "mais importante atividade da região" ⁽⁵⁷⁾. Basta, para uma melhor avaliação, dizer que, possuindo o Brasil, em 1966, um rebanho de bovinos de 90.153.000 cabeças, sômente Mato Grosso enumerava um total de 11.187.000 ⁽⁵⁸⁾, no valor de NCr\$ 1.345.752.672,00.

V — Agigantando-se a antiga criação bovina, tornou-se imperiosa a demanda ao mercado consumidor, e, quando os interessados não o faziam pessoalmente, boiadeiros locais ou profissionais levavam as manadas para os consumidores paulistas.

O boiadeiro, porém, não tem o significado que hoje lhe emprestamos ⁽⁵⁹⁾.

"O boiadeiro" — comenta ELZA COELHO DE SOUZA — "aparece como uma figura típica desta região criadora. Ele nada mais é do que um comerciante

51) LÓBO, R. Haddock — Geografia Humana do Brasil — Easa — 3.ª ed. — pág. 90 — n.º 3;

52) ALMEIDA, Fernando F. M. — LIMA, Miguel Alves de — Planalto Centro Ocidental e Pantanal Mato-Grossense — C.N.G. — 1959 — pág. 104;

53) PRADO JÚNIOR, Caio — Formação do Brasil Contemporâneo — Brasiliense — 7.ª ed. — pág. 207;

54) in Panorama Regional do Brasil — IBGE — CNG — 1967 — pág. 129;

55) CAMPOS, Fausto Vieira de — Retrato de Mato Grosso — 1960 — pág. 71;

56) CORRÊA FILHO, Virgílio — Pantanaís Mato-Grossenses (devassamento e ocupação) IBGE — CNG — 1946 — pág. 117;

57) PINTO, Maria Magdalena Vieira — Paisagens do Brasil — IBGE — 1962 — pág. 164;

58) Cf. Anuário Estatístico do Brasil — 1967 — Fundação IBGE — v. 28 — pág. 111;

59) "Pessoa que toma conta dos bois, condutor de carro de bois" (Francisco da Silveira Bueno — Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa — Saraiva — 1968 — II/528), no mesmo sentido, registram CONSTANCIO (Dicionário Português — Paris — 1838 — pág. 179) e CALDAS AULETE (Dicionário da Língua Portuguesa — Lisboa — 1881) o termo "boiadeiro"; entretanto, o vocábulo "boiadeiro" (dolya'delru) — o que compra gado para revender (Antenor Nascentes — Dicionário da Língua Portuguesa — D.I.N. — 1961 — tomo I/309), "comprador de gado para revender" (Nôvo Dicionário Brasileiro Melhoramentos Ilustrado — 1964 — I/490), "comprador de gado para revenda" (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira — Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa — 1967 — pág. 181), "comprador de gado para revender" (Léo Paraguassu — Dicionário Enciclopédico Ilustrado FORMAR — 3.ª ed. — 2/480) é o primitivo sentido léxico que adotamos neste estudo;

de gado servindo de intermediário entre os fazendeiros criadores e os invernistas. Constantemente viajando, penetram eles até as zonas pastoris mais afastadas do Triângulo Mineiro, de Goiás e de Mato Grosso, da zona de Paracatu, do sul e sudoeste de Minas Gerais para comprar o gado diretamente do criador" (60) — era um empresário, um empregador, um organizador e financiador do boiadeiro, o elemento vital na circulação dessa imensa riqueza que, mais das vezes, sua atividade se circunscrevia a comprar os bois, ficando o transporte a cargo de seu pessoal experimentado.

Os boiadeiros, que percorriam o sul mato-grossense à procura de novilhas para corte, a preços mais acessíveis, pagando à vista, não só precisavam de constituir um número considerável de cabeças para a formação do boiadeiro, para efetuar um transporte mais econômico e seguro, como também para precaver-se das oscilações do mercado, sujeito aos caprichos da natureza implacável (doenças, cheias, secas, incêndio nos pastos), não apanhavam logo os animais, mas fixavam um prazo razoável para ir ou mandar buscá-los.

Dessas convenções, originou-se então o negócio jurídico do "FICA", cujo silêncio na literatura jurídica brasileira é tão absoluto como uma mulher casada interessada em que todo o mundo de sua cidadezinha esqueça seus deslizes de môça desenvolta e sadia.

Os fazendeiros locais, sem qualquer financiamento para arcar com as despesas da entressafra, encontraram um meio hábil e fácil de obtê-lo, sem juros aparentes, na certeza de que a natureza pródiga multiplicaria o rebanho (+ 40% ao ano), cujos lucros eram fatalmente certos por ocasião do rodeio. Além do mais, o pacto poderia atingir novilhas ainda por nascer.

Não obstante a sua garantia fôsse solidificada na boa-fé e na palavra de honra que tanto caracteriza e dignifica o homem do campo, essas negociações eram feitas por escrito, com redação simples, uma vez que, nem sempre, o recolhimento da manada era feito pela mesma pessoa que o havia entabulado e o instrumento exibido servia como uma simples ordem de entrega, sem necessidade de qualquer outra autorização, na data designada.

A praxe mercantil (61) dos antigos pecuaristas, originária exclusivamente do sul-mato-grossense, ao transacionarem com outros criadores, boiadeiros, invernistas ou intermediários, deu nascimento a uma convenção jurídica que, embora não possuindo nomenclatura exata nem legal, não ficou inominada e, numa verdadeira metonímia, recebeu a denominação popular da palavra que encabeçava o instrumento particular — "FICA", como resultante desse regime econômico (62).

De redação quase imutável, não obstante as diversas causas dos atos que representa, sem os formalismos que incomodam os iletrados, podendo ser preparado na hora e local do negócio, em qualquer papel, o "FICA", produto da

60) SOUZA, Elza Coelho de — Tipos e Aspectos do Brasil — IBGE — CNG — 1949 — págs. 275-7;

61) "O Direito Mercantil deve ser considerado como um Direito especial que, mediante normas delimitadoras, cria um campo de aplicação próprio dentro em as relações jurídico-privadas para submetê-lo a um sistema específico" (Octavio Torrealba Toruño — As Fontes do Direito Mercantil — in Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais — Instituição Toledo de Ensino — 1967 — 5/99);

62) LAJUGIE, Joseph: "conceituamos sistema econômico como um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, no seio das quais são postos em ação, a fim de assegurar a realização do equilíbrio econômico, certos meios técnicos organizados em função de certos móveis dominantes" (Os Sistemas Econômicos — "Saber Atual" n.º 46" — 1959 — pág. 8);

inteligência prática do homem rural, vem desafiando o tempo e documenta os mais variegados negócios de gado do imenso e afortunado sul-mato-grossense.

VI — Muito embora o uso ainda conserve a primitiva redação do documento, o negócio jurídico não mais possui o mesmo sentido e objetivo daquele período colonial.

Inicialmente, o "FICA", na realidade, constitui um contrato, um recibo firmado pelo obrigado, um instrumento comprobatório de uma convenção sinalagmática imperfeita, onerosa, aleatória, consensual, solene, de execução diferida no futuro e definitiva.

Hodiernamente, os tempos mudaram; mecanizaram-se os transportes; as doenças, que dizimavam os rebanhos, foram controladas; as inúmeras facilidades creditícias ofertadas pelo sistema bancário aos criadores, inclusive moratórias, quando das calamidades públicas, a pujança dos pastos, as rações balanceadas gentes nacionais, e as poderosas gestões da SUNAB, tudo garantirá a majoração e a certeza inderrocável de que a incontrolável inflação, que desafia os direitos preços em cada safra, e o dóbno, nas invernadas e entressafras, assegurou ao "FICA" uma radical transformação.

Quase sempre não mais consubstancia e comprova venda de gado bovino, no sentido exato da expressão. Os industriais da carne e de seus subprodutos não compram por antecipação: preferem esperar as reações e contra-reações do mercado, que eles próprios, muitas vezes, provocam, pagando a mercadoria contra-entrega para lograr preços-mínimos especialmente nas épocas de abundância. Passou a ser uma espécie de título desconhecido no Direito Cambial — uma nota promissória pecuarista —, com mecanismo próprio e reconhecimento tácito, um empréstimo, a médio ou longo prazo, para ser pago em gado, cuja valorização infalível cobre todos os riscos e juros de inadimplemento.

Suas facilidades são enormes: não exige cadastro bancário, disponibilização de numerário, preenchimento formal do título, registro, avalista, entrevista com o gerente do banco, abertura de crédito, escrituras e outras formalidades credor são os melhores possíveis; possibilita o emprêgo seguro de capital, sem qualquer incidência do Impôsto de Renda, sem despesas de criação, alimentação, pastos e empregados, além do lucro certo que obterá com a venda do gado, prestando-se ainda o "título" a circular como qualquer outro similar legal. Desta forma, o "FICA" mudou de estrutura, modernizou-se e continuou a viver no mercado paralelo, com as vantagens, simplicidade e garantias reais que seus similares desconhecem.

A palavra de honra do homem do campo, antes máscula e inflexível, sofreu também os efeitos dos vícios da civilização. Os compromissos, outrora sagrados e formais, foram esquecidos, relegados e marginalizados, e a Justiça foi chamada a dirimir as controvérsias e a interpretar as obrigações que êle representa e os efeitos jurídicos dêle emergentes.

VII — Graças às circunstanciadas anotações do ilustre causídico e pecuarista Paulo Machado e às pesquisas empreendidas pelo eminente Desembargador aposentado Heliophar de Almeida Serra e pelo Dr. Estêvão Alves Corrêa Netto, agrupando os múltiplos negócios jurídicos documentados pelo "FICA", ⁽⁶⁸⁾ para o pecuarista, geralmente avêssos a tais protocolos. Os benefícios do

63) Cf. MILITAO, Francisco do Amaral — Banco e Fisco — Campo Grande — 1964;

em nove espécies, podemos asseverar que aquêles negócios se resumem apenas em três grandes categorias, a saber:

- a) compra e venda de gado bovino;
- b) empréstimo em dinheiro para ser pago em gado;
- c) parceria pecuária.

VIII — O “FICA” consubstancia, efetivamente, uma operação de compra e venda de gado bovino a entregar, se declarar que o entregará “quando fôr exigido”:

“FICA em meu poder mil vacas de criar, mestiças de zebu, sem defeito físico, de 3 a 7 anos, com a marca “Z”, na perna esquerda, pertencentes a Zeca Andrade, obrigando-me a entregar-lhe as referidas vacas quando por êle me forem exigidas.” (64)

- a) se o boiadeiro ou comprador, após o pagamento do preço exigido, efetua a marcação das reses e, por qualquer outro motivo justificado, não pode transportá-las imediatamente da fazenda do vendedor, recebe, como comprovante da transação, o modelo acima;
- b) se o boiadeiro, invernista ou recriador, que conhece e confia na pessoa do vendedor-fazendeiro, compra tourinhos de um ou dois anos, sem examiná-los e marcá-los (podendo deixar a operação a cargo do vendedor), recebe um “FICA”, idêntico ao anterior, apenas com o texto referente à marca devidamente modificado.

Como sabemos, aduz CARVALHO DE MENDONÇA (65), “o contrato de compra e venda comercial reveste-se de vários aspectos, principalmente com o desenvolvimento das relações mercantis modernas. Daí as diversas espécies de compra e venda, cada uma das quais oferece algo de original na doutrina, nos usos comerciais e na jurisprudência”.

E, prossegue, mais abaixo: “A compra com pagamento antecipado, aliás não freqüente no comércio, assinala-se pelo fato de o comprador adiantar o pagamento, exigindo a mercadoria depois de pago o preço, ou de vencido o termo fixado. Esta forma de pagamento supõe ajuste expresso, importa condição suspensiva.” Para WALDEMAR FERREIRA (66), “efetuando-se, desde logo, o pagamento do preço, ficando estipulado prazo para a entrega da coisa, é a venda a entregar”, pois, “se a venda é a entregar, é o contrato que determina a época”, informa RIPERT (67).

Desconhecendo os pecuaristas, como ainda hoje desconhecem, que “térmo inicial (*ex die*, segundo os romanos, ou *a quo*, ou primordial, segundo Savigny, ou suspensivo) é o que fixa, no futuro, o momento a partir do qual o direito pode ser exercido, ou a obrigação deve ser cumprida” (68), e que “essa é a venda a entregar, de que é modalidade relevante a venda a término, na qual se marca o

64) Modelos transcritos de MACHADO, Paulo — Fontes do Contrato de Parcela Pecuária — A Convenção — A Lei — Usos e Costumes — O Contrato Tipo da Lei Brasileira;

65) MENDONÇA, J. X. Carvalho de — Tratado de Direito Comercial Brasileiro — Rio — 1939 — vol. VI — Parte II — pág. 118 — n.º 716;

66) FERREIRA, Waldemar Martins — Tratado de Direito Comercial — O Estatuto do Comércio e os Títulos de Crédito — 1967 — II/303 — n.º 2.498;

67) RIPERT, Georges — Tratado Elemental de Derecho Comercial — Buenos Aires — 1954 — IV/28 — n.º 2.256;

68) RAO, Vicente — Ato Jurídico — 3.ª ed. — pág. 365 — n.º 125-B;

prazo ou termo para entrega da coisa vendida, mediante pagamento do preço contemporaneamente" (69), para garantir o negócio, firmaram um instrumento, diferentemente do que conteria uma nota de venda ou nota fiscal, mas que outra coisa não representava, em sua rudimentar grafia, cujos riscos ficavam a cargo do vendedor — *genera non pereunt* —, beneficiando-se ainda o comprador com a plusvalia.

IX — Para CARNELUTTI (70), "a investigação do fato, sob o aspecto jurídico, não ficará completa sem buscar a razão da mutabilidade" e continuava — "aquilo de que necessita para representar o ato do homem, é dizer que o homem faz, é representar, juntamente, a serenidade e a obscuridade, o pranto e o sorriso. Esta é a diferença entre o fotógrafo e o pintor. Na fotografia um homem chora ou sorri; mas somente o pintor pode, se é verdadeiramente um pintor, expressar reunidos seu pranto e seu sorriso", assim seja com a interpretação deste contrato.

Entendendo que, no caso da compra e venda, a confiança era um elemento ponderável, o criador usou da mesma prática para documentar seus empréstimos e passou a emitir "FICA" ao invernista, ou aos seus credores, como se fôsse venda, limitando-se, apenas, a estabelecer o termo suspensivo da obrigação, que coincidia, exatamente, com o vencimento do empréstimo:

"FICA em meu poder, pertencentes ao Sr. Antenor da Costa Leite, 400 (quatrocentos) touros cruzados, bons, sem defeito físico, de dois e meio anos de idade, os quais lhe entregarei em minha fazenda, Boa Vista, Município de Nioaque, no dia 30 (trinta) de março de 1952. Bem entendido, nesta data entregarei o número acima de dois e meio anos de idade. Dou o valor de Cr\$ 180.000,00 (cento e sessenta mil cruzeiros), a êste fica, para efeito de sêlo. Aquidauana, 25 de outubro de 1950. a) *Decoroso Ortiz* (71)."

Este adiantamento era muito mais fácil que recorrer à nota promissória, cuja execução daria muito maior trabalho, pois, na verdade, não havia intenção de ambas as partes em receber o devido em moeda, mas em gado, servindo ainda o "FICA" para circular como qualquer título de crédito legal, com uma garantia sólida e por todos aceita, daí, os dois casos que o endossam:

- a) se o credor emprega capital, adiantando dinheiro para receber o seu correspondente em gado, ao preço da data do negócio, recebe um "FICA", como se o devedor-vendedor ficasse como detentor dos animais, comprometendo-se a entregá-los dentro do prazo do vencimento da obrigação. Às vêzes, o negócio recai sobre animais que ainda não nasceram (72);
- b) quando o criador recebe dinheiro adiantado do invernista, seu cliente tradicional, em vez de emitir uma nota promissória ou pro-

69) FERREIRA, Waldemar Martins — Instituição de Direito Comercial — Os Contratos Mercantis e os Títulos de Crédito — III/285 — n.º 920;

70) CARNELUTTI, Francisco — Arte do Direito — Salvador — 1957 — págs. 56-7;

71) In Anais Forenses do Estado de Mato Grosso — 1954 — vol. 23/182-3;

72) Caso típico do não-pagamento e da não-entrega do gado é este "FICA", encontrado na Apelação Cível n.º 8.163 — Aquidauana: "FICA — Valor de Cr\$ 4.000,00 — FICAM depositados em meu poder 100 (cem) tourinhos de um ano todos êles da melhor cruz de zebu, em bom estado, pertencente ao Sr. Carlos Assumpção, os quais me obrigo a entregar ao mesmo, senhor em data de 30 de dezembro de 1966, na sede da minha fazenda no Município de Bonito — Estado de Mato Grosso —, gado êsse vendido ao sr. Carlos Assumpção conforme pagamento em 17-2-64 (Cr\$ 1.900,00) — Banco Bras. de Descontos S/A. — Campo Grande p/Aquidauana — M.T. Campo Grande, 1.º de agosto de 1966 — ass. João Garibi";

messagem de compra e venda de gado, irrevogável e quitada, fornece um "FICA", nos termos supra, como um vale que os empregados passam aos seus patrões, quando solicitam dinheiro adiantado para ser descontado do salário mensal (78).

X — A parçaria pecuária — antigo contrato de animais a ganho dos portugueses; *bail à métairie*, *bail à colonage*, *colonat partiaire* ou *métayage*, dos franceses; *mezzadria*, *masseria* ou *colonia* dos italianos — tida por CUNHA GONÇALVES (74) como "um dos contratos mais antigos da humanidade e que também remonta às origens da nação portuguesa", articulada nas disposições das Ordenações Afonsinas — Liv. IV, tít. 75, das Ordenações Manuelinas — Liv. IV, tít. 60, vedada nas Ordenações Filipinas — Liv. IV, tít. 69 (75), soube conciliar a proibição legal com as necessidades e usos mais prementes do povo para, em reaparecendo com a Lei de 24 de outubro de 1832 e Decreto nº 2.827, de 15 de março de 1879, ressurgir no Código Civil hoje alterado pelo Estatuto da Terra, e reviver "no projeto, em termos atuais, simplificados, e mais equânimes, de molde a evitar os conflitos que habitualmente separam os parceiros, no tocante à liberdade de disposição dos bens e a partilha dos produtos." (76)

Parece-nos que os seus antepassados históricos se encontram no arrendamento de coisas — *locatio conductio rerum* —, aquêl contrato consensual, sinalagmático perfeito e oneroso, através do qual "uma das partes (locator) se obriga a proporcionar à outra (conductor) o uso e o gozo de uma coisa ou a prestar-lhe um serviço, mediante uma remuneração em dinheiro chamada *reditus*, *pensio*, *merces*, *manupretium*" (77), cujas origens não encontram uniformidade nos autores, sendo a opinião mais comum a localização de suas raízes nos negócios que o Estado efetuava com as terras públicas (78), ou provém do Direito das Gentes (79), estando sua aparição como contrato consensual situada à "época dos veteres: figura na lista das ações de boa fé de Q. Mucios Scaevola referida por Cícero no *De Officiis*" (80).

Apresenta substancial analogia com a compra e venda (81), tendo sido talvez "uma de suas variações" (82), ou tenha derivado do *precarium* (83).

73) Nesse sentido o definiu DE PLACIDO E SILVA (in Vocabulário Jurídico — 1963 — II/691): "espécie de vale ou declaração de dívida, passada pelo devedor a seu credor";

74) GONÇALVES, Luiz da Cunha — Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro — 1951 — II/790 — n.º 258;

75) FREITAS, José Augusto Teixeira de — Consolidação das Leis Civis — 1915 — 5.ª ed. — pág. 373 — nota 1: "a nossa lei, sempre propensa para a doutrina dos casuitas, profliga tais contratos, como usuras do rico contra o pobre";

76) in Projeto de Código de Obrigações — 1965 — Serviço de Reforma de Códigos — pág. XXI;

77) SERAFINI, Filippo — Istituzioni di Diritto Romano — Firenze — 1873 — II/78 — § 137;

78) Cf. FOIGNET, René — DUPONT, Emile — Le Droit Romain des Obligations — Paris — 1945 — pág. 81 — § 2.º; MAY, Gaston — Eléments de Droit Romain — Paris — 1909 — pág. 307 — nota 1;

79) JORQUERA, Francisco — Manual de Derecho Romano — Santiago — 1948 — II/327 — n.º 1.001;

80) VILLER, Robert — Droit Romain — Les Obligations — Paris — 1952 — II/162-3;

81) MAYNS, Charles — Cours de Droit Romain — Bruxelles — 1891 — II/236 — § 215; ACCARIAS — Précis de Droit Romain — Paris — 1891 — II/318 — n.º 851; BONJEAN — Explications Méthodiques des Institutes de Justinien — Paris — 1880 — II/451;

WARNKOENIG, L. A. — Instituições de Direito Romano Privado — Rio — 1882 — pág. 371 — § 888; DIDIER-PALEÉ — Cours Élémentaire de Droit Romain — Paris — 1887 — II/171 — § 1.º;

82) GIRAD, Paul Frédéric — Manuel Élémentaire de Droit Romain — Paris — 1906 — pág. 566 — § 2.º — n.º I;

83) SHERILLO — Locazione e Precario — Rindiconti dell'Instituto Lombardo di Scienze e Letters — Milano — 1929 — 62/389 e ss.;

Para POTHIER era "um contrato inominado", enquanto PACIFICI-MAZZONI⁽⁸⁴⁾, ABELLO⁽⁸⁵⁾, PIOLA⁽⁸⁶⁾ o entendem como "um contrato misto, resultado de vários elementos de diversos contratos — a locação, a sociedade e o contrato de trabalho", "predominante certamente os caracteres da sociedade"⁽⁸⁷⁾. Contudo, obtempera SERPA LOPES⁽⁸⁸⁾, "pode dizer-se que se trata de um instituto jurídico, formado de elementos vindos de certas figuras contratuais e essencialmente criados pela força das circunstâncias econômicas, que lhe tem dado a estrutura com que hoje se apresenta".

O fato é que, praticado largamente em todo o Estado de Mato Grosso e considerado como subespécie de locação, contrato de trabalho, sociedade ou contrato atípico *sui generis*, a parçaria pecuária que, no dizer de CARVALHO SANTOS⁽⁸⁹⁾, "é um contrato consensual, não exigindo forma especial e podendo-se provar verbalmente", "de feição própria, que se aproxima da sociedade, sem com ela se confundir"⁽⁹⁰⁾, "podendo ser provado por testemunhas, seja qual fôr o seu valor"⁽⁹¹⁾, nada mais é, para MALTA CAROZO, que "um contrato de participação"⁽⁹²⁾.

Para um contrato, cujo nascimento e conceituação evocam tantas divergências e discrepâncias, não é estranhável que, para o seu surgimento regional, apresentemos uma outra teoria.

"É fato sabido — historia JOSÉ SABINO DO PATROCÍNIO⁽⁹³⁾ — que os antigos fazendeiros (mato-grossenses) costumavam dar aos filhos que se iam tornando aptos para o trabalho, não só gado para criação à meia, como também a terra para plantação nas mesmas condições; com os agregados, dava-se o mesmo; era uma espécie de proteção que lhes dispensava o proprietário."

Descrevendo os episódios da economia doméstico-pastoril, peculiar às sociedades primitivas, JOSÉ LAJUGIE⁽⁹⁴⁾ nos adianta que "é a família a célula da atividade econômica. É no quadro da unidade familiar que se realiza sob a autoridade do pai de família a adaptação da produção às necessidades dos membros do grupo".

No regime econômico mato-grossense, imperava a família de autoconsumo integral, tipicamente patriarcal, com unicidade patrimonial e tôdas as *potestas* concentradas despoticamente na pessoa do fazendeiro, chefe da família.

Como em Roma, os *pater familias* costumavam conceder aos *filius familias* e escravos um pequeno patrimônio — *peculium profectitium* — que, na descrição de NINA PONSSA DE VEGA DE MIGUENS⁽⁹⁵⁾, estava "constituído por aqueles bens que o *pater familias* outorga aos *filius familias* para que os admi-

84) PACIFICI-MAZZONI — *Instituzioni* — Vol. V/41 — n.º 199 — apud SERPA LOPES — Curso de Direito Civil — 1960 — IV/588 — n.º 840;

85) ABELLO, L. — *Trattato della Locazione* — 2.ª ed. II/416 apud SERPA LOPES, op. cit.;

86) PIOLA — *In Digesto Italiano — mezzadria* — apud Serpa Lopes — ob. cit.;

87) SERPA LOPES, Miguel Maria — Curso de Direito Civil — 1960 — IV/559 — n.º 840;

88) GAMA, Afonso Dionysio — *Teoria e Prática dos Contratos por Instrumento Particular no Direito Brasileiro* — 1957 — pág. 320 — n.º 629-A;

89) SANTOS, J. M. Carvalho — *Código Civil Brasileiro Interpretado* — 1951 — XIX/169;

90) BEVILAQUA, Clóvis — *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado* — 1955 — V/135;

91) MONTEIRO, Washington de Barros — *Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações* — 1967 — 5.º vol. — II/344;

92) CARDOZO, MALTA — *Tratado de Direito Rural Brasileiro* — 1956 — 3/483 — n.º 958;

93) PATROCÍNIO, José Sabino — *Pecuária* (obra inédita) I/20;

94) LAJUGIE, Joseph — *Os Sistemas Econômicos* — "Saber Atual n.º 46" — 1959 — pág. 15;

95) MIGUENS, Nina Ponssa de la Vega de — *Derecho de Familia en el Derecho Romano* — Buenos Aires — 1964 — pág. 25;

nistre e dedique ao exercício de alguma indústria, sobre o qual o *pater* continua sendo o dono. Os *filii familias* somente têm o direito de administração e de usufruto, podendo este ser revogado pelo *pater familias*, caso o repute necessário. O *filii familias* não pode alienar o patrimônio que constitui o pecúlio e, se morre, esta massa de bens retorna ou reverte automaticamente à massa patrimonial do *pater*". Tudo o que adquirisse com esses bens seria seu, elucidamos LUIZ ANTÔNIO VIEIRA DA SILVA (96).

Aqui, a separação de bens não se denominou pecúlio, mas tinha todos os contornos da parçaria à meia. Regime esse também aplicado aos agregados e estendido aos amigos e compadres, sem uma feição contratual definida. O patrimônio familiar permanecia íntegro; a separação dos "cascos" facilitava o trabalho de administração e criação; a meação proporcionava um enriquecimento doméstico mais rápido, além de constituir um estímulo ao filho ou um meio de vida ao parceiro-pensador.

O "FICA" serve para documentar dois tipos de parçaria pecuária:

a) com contrato escrito:

Considerando a existência de contrato escrito de parçaria pecuária, nos termos do art. 1.416 do Código Civil Brasileiro, o parceiro proprietário, cuja fazenda fica muito longe das terras do parceiro criador, para evitar maiores despesas e aborrecimentos com o transporte dos produtos, prefere, em vez de recebê-los, reunir o total de dois ou mais anos, para a formação de um rebanho maior, recebendo um "FICA", referente às reses de cada ano:

"FICA em meu poder, para invernar, em minha fazenda "Aurora", neste Município, 500 bois erados, pertencentes ao Sr., mediante o pagamento de NCr\$., por cabeça. Obrigo-me a fazer a entrega dos referidos bois à hora que por êle me forem exigidos. (96);

b) sem contrato escrito:

I — se o fazendeiro entrega o gado próprio para pastorear (popular "engorda") na propriedade de outrem, mediante remuneração, o modelo adotado é o mesmo do contrato escrito;

II — se, estando com seus campos lotados, entrega animais machos, para criação, a outrem que tem sobra de pastos, é a seguinte:

"FICA em meu poder 1.250 tourinhos, de um ano, para criar, pertencentes ao Sr., criador, residente neste Município; obrigo-me a entregá-los criados, isto é, 1.250 bois ao mesmo senhor, dentro de três anos, a contar desta data, mediante a remuneração de NCr\$., por cabeça. Dá-se a êste o valor de NCr\$.;

III — se entrega determinado número de vacas (popular "arrendamento") para receber, no prazo convencionado, o mesmo número delas, recebe os "FICA" referentes à renda ajustada verbalmente — ou, depois de cinco anos, recebe simplesmente o dôbro (popular: parceria a dobrar), consignando-se no "FICA" haver recebido o dôbro do que lhe foi entregue.

96) SILVA, Luiz Antônio Vieira da — História Interna do Direito Romano Privado — Rio — 1854 — pág. 117 — § 32;

XI — “Fazer justiça, aplicar o direito, dar soluções justas onde, como e quando quer que as colisões e conflitos da vida possam reclamar a intervenção da autoridade social, argumenta com acuidade CLEMENTE DE DIEGO (97) — é a missão dos tribunais ainda contando com o silêncio, a obscuridade ou a insuficiência da lei”. Isso, numa etapa histórica em que, sintetisa PAULO CARNEIRO MAIA (98), “a construção jurídica tradicional do contrato, que era de irrecusável individualismo, foi sendo, entretanto, abalada pelas metamorfoses econômicas e sociais” e “o apótema *pacta sunt servanda* tornou-se flexível, perdeu em seu absolutismo, débil à penetração das idéias de sentido solidarista e ao intervencionismo estatal nas relações econômicas”, ainda mais difícil se torna a reunião de princípios e normas ou a indicação de um sistema para interpretá-los.

Enfrentamos, primeiramente, a observação ditada pela experiência de ROBERTO DE RUGGIERO (99): “não devemos esquecer, quando se fala de regras de interpretação, quer sejam doutrinárias, quer sejam legais, que não constituem sistema completo e infalível de normas, cuja mecânica aplicação dê lugar quase automaticamente ao descobrimento do verdadeiro sentido da lei. Seu verdadeiro caráter e função é de meros auxiliares, critérios gerais que devem servir de guia no processo lógico de investigação, porque tal investigação não se efetua com o uso exclusivo de uma série mais ou menos complexa de regras de hermenêutica, mas exige, antes de tudo, uma clara e fina intuição do fenômeno jurídico, um profundo conhecimento de todo o organismo do Direito, da história das instituições e das condições de vida em que as relações jurídicas se produzem. É uma arte que não se pode ensinar nem é possível encerrá-la nos estreitos limites de um Decálogo. Têm razão os adversários do método lógico tradicional, quando negam que a interpretação possa conter-se em alguns aforismos escolásticos. E é certo — sem que isso autorize a reconhecer no juiz uma faculdade criadora de normas — que na interpretação há sempre algo de pessoal e de arbitrário, porque todo produto da inteligência não pode confinar-se nos estreitos limites de alguns preceitos fixos e invariáveis” e afirmemos, com COVIELLO (100), aplicando-o aos contratos: “não há uma interpretação gramatical, uma interpretação lógica, uma interpretação histórica, ou sistemática; não há várias espécies de interpretação, e sim, vários meios de interpretação, que devem ser usados em conjunto, nunca isoladamente”.

Felizmente, nosso Código Civil — diferentemente da orientação do Código Civil Francês (arts. 1.156 a 1.164), onde se inspirou o legislador italiano de 1865 (arts. 1.131 a 1.139) e o de 1942, com pequenas modificações dele se serviu (art. 1.362 a 1.371) — fixou apenas duas normas básicas de caráter interpretativo das convenções (101), a saber:

“Art. 85 — Nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentimento literal da linguagem;

97) DIEGO, F. Clemente — Fuentes del Derecho Civil Español — Madrid — 1922 — pág. 14;

98) MAIA, Paulo Carneiro — Da Cláusula Sic Rebus Stantibus — 1959 — págs. 15-6 — n.º 3;

99) RUGGIERO, Roberto de — Instituzioni di Diritto Civile — trad. Ramon Serrano Suñer y Jose Santa Cruz Teijeiro — I/137;

100) COVIELLO — Doctrina General del Derecho Civil — México — 1938 — pág. 75;

101) LIMA, João Franzen de — Curso de Direito Civil Brasileiro — Dos Contratos — 1958 — II/377 — n.º 318;

“Art. 1.090 — Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente.”

Isso, no julgamento do abalisado CLÓVIS BEVILAQUA ⁽¹⁰²⁾ foi correto, pois, quaisquer regras interpretativas “são meramente doutrinárias, e não deveriam ser articuladas em lei. Por isso o nosso Código acertadamente as deixou para os livros de doutrina”. Não obstante, o Projeto do Código de Obrigações ⁽¹⁰⁸⁾ conservou as duas disposições supra, acrescentando-lhe mais três, tendo o Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas ⁽¹⁰⁴⁾ proposto que “a aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade”.

Sem a menor pretensão de sistematizar normas ou princípios de hermenêutica, selecionamos alguns pontos que reputamos mais indicados ao complemento do estudo e interpretação do contrato:

a) “vontade das partes”:

Sendo o contrato, no sentido amplo, “todo negócio jurídico que se forma pelo consenso de vontades” ⁽¹⁰⁵⁾, “característica que distingue o contrato dos outros atos jurídicos” ⁽¹⁰⁸⁾, o trabalho inicial do hermenêuta consiste em perquirir, fundado na concepção romana da época clássica, qual o elemento volutivo, reputado “requisito dominador” ⁽¹⁰⁷⁾, doutrina essa perfilhada pelo nosso Código e recomendada por POTHIER ⁽¹⁰⁸⁾, SAVIGNY ⁽¹⁰⁹⁾, CORRÊA TELLES ⁽¹¹⁰⁾, PLANIOL e RIPERT ⁽¹¹¹⁾, CLÓVIS BEVILAQUA ⁽¹¹²⁾, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ⁽¹¹³⁾, SÍLVIO RODRIGUES ⁽¹¹⁴⁾ e tantos outros, inclusive inúmeras decisões judiciais ⁽¹¹⁵⁾.

Dessa investigação, ressalta que o *nomen juris* dado pelas partes ao contrato, nenhum valor tem frente à natureza ou à finalidade do contrato que

102) BEVILAQUA, Clóvis — Ob. cit. — 1955 — IV/20 — n.º 2, in fine;

103) Projeto n.º 3.264, de 1965 — Câmara dos Deputados — art. 22 — Na declaração de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem — Art. 23: Devem as declarações de vontade ser interpretadas conforme a boa-fé e os usos dos negócios — Art. 24: Nos casos duvidosos, interpreta-se a declaração em benefício do devedor; art. 25: Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente; art. 26: O Juiz levará em consideração, na interpretação do negócio jurídico, a execução voluntária das partes, salvo prova de erro;

104) Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas — Rio — 1964 — Anteprojeto Oficial — art. 9.º;

105) GOMES, Orlando — Contratos — 1959 — pág. 10 — n.º 2; Idem AHRENS, Henri — Encyclopédie Juridique — Paris — 1880 — I/338 — § 37;

106) GARCEZ, Martinho — Nulidades dos Actos Jurídicos — Rio — 1896 — pág. 59 — § 1.º;

107) Cf. RICCOBONO — La Formazione della Teoria General del “Contractus” etc. — Studi Bonfante, I/125 ss.; BRASIELLO — Sull’Elemento Subbiettivo nei Contratti — Studi Urbinatei — 1929 — 3/103 ss.; VOICI — La Doctrina Romana del Contratto — Milano — 1946 — págs. 195 ss.;

108) POTHIER, Robert-Joseph — Obligations — Oeuvres de Pothier — Annotées et Mises en Correlation Avec le Code Civil et la Législation Actuelle par M. Bugnet — Paris — 1861 — II/48 — n.º 91;

109) SAVIGNY — Le Droit des Obligations — Paris — 1873 — II/345 — § 71;

110) CORRÊA TELLES, T. H. — Digesto Portuguez — Coimbra — 1837 — pág. 64 — n.º 382;

111) PLANIOL, Marcel — RIPPERT, Georges — Traité Élémentaire de Droit Civil — Paris — 1932 — II/444 — n.º 1.181;

112) BEVILAQUA, Clóvis — ob. cit. IV/205;

113) PEREIRA, Caio Mário da Silva — Instituições de Direito Civil — 1963 — III/36 — n.º 189;

114) RODRIGUES, Sílvio — Direito Civil — Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade — 1.ª ed. — III/62 — n.º 22;

115) “Nas declarações de vontade, manda a lei que se atenda mais à intenção das partes, que ao sentido literal da linguagem, regra que, no entender de Carlos Maximiliano, vai sendo pouco a pouco restringida pelas conveniências sociais”. “O Juiz faz respeitar a intenção declarada das partes, porém inspira-se, de preferência, na idéia do justo” (Ap. Cív. n.º 221/61 — Ponta Grossa — In Rev. Trib. números 318/312);

predomina ⁽¹¹⁶⁾, especificando o douto PONTES DE MIRANDA ⁽¹¹⁷⁾ que o *nomen* não é, por si, decisivo: pode o figurante usar de um, em vez daquele que deveria usar para exprimir o pensamento, e esse afastamento do nome errado não é descida à psiquê, é operação de consulta ao sentido que o todo do ato se impõe”.

LIMONGI FRANÇA nos apresenta “o costume sedição entre nós, da emissão de “vales”, às vèzes como sinal num contrato qualquer, não raro a título de empréstimo, quase sempre como antecipação de pagamento. Parece ser um princípio geral aceito pela opinião corrente o de que, para sua eficácia é suficiente a indicação do preço e a assinatura do responsável, independentemente de qualquer outra referência” ⁽¹¹⁸⁾. Que contrato seria — arras, nota promissória ou simples recibo de pagamento antecipado? Sòmente a vontade das partes o esclarecerá, pouco importando o nome que lhe foi atribuído.

A cautela e a segurança sociais recomendam que o intérprete não deve desprezar a manifestação da vontade ou vontade declarada ⁽¹¹⁹⁾, pois, “não é possível inutilizar uma vontade, que deflui naturalmente dos vocábulos empregados em contrato escrito, para fazer prevalecer outra em absoluto desacôrdo com o texto do documento. Isto representaria a suprema insegurança nas relações jurídicas” ⁽¹²⁰⁾, uma vez que “na interpretação dos contratos, só pode ser reconhecida como verdadeira a manifestação de vontade que se apresenta inequívoca, em face das respectivas cláusulas” ⁽¹²¹⁾.

b) “Conhecimento profundo da história das instituições e das condições de vida em que as relações se produzem” ⁽¹²²⁾:

“Eu chamo condições de vida — acentua JHERING ⁽¹²³⁾ — às condições subjetivas que a regem. São condições de vida não só aquelas de que depende a existência física, mas todos os bens, todos os gozos que, no sentir do sujeito, são os únicos que dão preços à sua existência”.

Já proclamara PICARD ⁽¹²⁴⁾ que “o homem não é feito para os princípios, e, sim, os princípios são feitos para o homem”, arrematando que “o direito não é uma escolástica, é uma face da vida social”, uma vez que afirma PAULINO JACQUES ⁽¹²⁵⁾ “não é possível conceituar o direito, sem prévia investigação de sua essência e existência, ou seja, de sua universalidade e singularidade, projetadas no tempo e no espaço sociais”.

116) DANZ, E. — La Interpretación de los Negocios Jurídicos — Madrid — 1955 — pág. 93 — § 9.º; FUBINI — Enciclopédia Jurídica — vol. V — 2.ª parte — pág. 447, verb. “errore”; COVIELLO — Manuale — 3.ª ed. — pág. 386; FERRARA — Trattati di Diritto Civile Italiano — I/121 — nota 3;

117) MIRANDA, Pontes — Tratado de Direito Privado — Parte Geral — 1954 — III/328 — § 327;

118) FRANÇA, H. Limongi — Teoria e Prática dos Princípios Gerais de Direito — 1963 — pág. 206-B;

119) Cf. DE PAGE, Henri — Traité Élémentaire de Droit Civil Belge — vol. II — parte I — n.º 562;

120) Ac. na Ap. Cív. n.º 82.965 — Jundiá — in Rev. Trib. n.º 302/131;

121) Ac. na Ap. Cív. n.º 280/80 — Ponta Grossa — in Rev. Trib. n.º 314/821;

122) RUGGIERO, Roberto de — Instituciones de Derecho Civil — Madrid — trad. da 4.ª ed. Italiana — I/137 — n.º 4;

123) JHERING, Rudolf Von — A Evolução do Direito — Salvador — 1950 — pág. 351 — n.º 181;

124) PICARD, Edmond — Les Constantes du Droit — Institutes Juridiques Modernes — 1921 — pág. 167;

125) JACQUES, Paulino — Do Conceito do Direito (Essência e Existência) — 1964 — pág. 177;

Para LUIGI FERRARA ⁽¹²⁶⁾, “nenhuma relação de fato nôvo, que a vida, nas suas mutações proteiformes cria, é elemento heterogêneo, intruso no organismo social; mas, desenvolvimento dêste. Igualmente, o seu regulamento jurídico correspondente não se destaca do sistema precedente; antes, não é senão a extensão dêste. De tal modo, que não nos parece possa qualificar-se de criação, quer a aplicação, a fatos novos, de princípios já deduzidos, na base do sistema”.

Desta forma, uma circunstanciada análise dos fatos, a percepção dos fins práticos sociais do preceito, para retratar a natureza das relações jurídicas, deve estender-se às múltiplas exigências e mutações que o progresso da vida impõe, compelindo o intérprete a considerar os diversos fatores sociais, não como representantes de puras aspirações, mas também indícios de uma nova ordem de coisas.

“Prefere-se adotar, — ensina CARLOS MAXIMILIANO ⁽¹²⁷⁾ — com base na exegese, o significado vulgar dos vocábulos ao invés do científico, a linguagem própria da localizada, de determinada época, dos profissionais de um ramo de ocupações, ou peculiar ao que ditou ou redigiu o ato.”

Nem tôdas as praças possuem seus “usos e costumes”, organizados e arquivados nos assentos das Juntas Comerciais, para efeito de prova judicial, segundo o preceito do art. 261 de nossa lei biprocessual, como acontece com os Usos e Costumes da Praça de Santos, compilados em 1956, pela Associação Comercial de Santos, facilitando o manuseio e as pesquisas do julgador ⁽¹²⁸⁾, pois, “a segurança das transações baseadas nos usos e costumes deve e precisa ser protegida em juízo, ainda que para tanto se tenha que forçar a interpretação do texto legal, acomodando-o às necessidades sociais” ⁽¹²⁹⁾.

c) “o fim econômico que se infere da declaração da vontade” ⁽¹³⁰⁾:

Se tôda e qualquer disposição de direito positivo objetiva conseguir um fim prático, dentro do interesse e da necessidade procurados, inexistirá modo mais seguro e preciso que desvendar-lhe o sentido, penetrar-lhe o conteúdo corpóreo, que inquirir o fim para o qual se destinou.

O interesse apresenta fundamental importância nas relações intersubjetivas, razão por que JHERING o erigiu como um dos alicerces de sua teoria do direito. O grande mestre de Goettingen ⁽¹³¹⁾ predicava que “os direitos não existem para realizar a idéia da vontade jurídica abstrata, servem, ao contrário, para garantir os interesses da vida, satisfazer as suas necessidades, realizar os seus fins. Tal é a sua missão, tal é o seu fim e a medida da vontade. Tal é também a medida das convenções. Tôdas as que não apresentam nenhum interesse, nesta ordem de idéias, são nulas; não fazem nascer nem uma servidão nem uma obrigação. Os direitos não produzem nada inútil; a utilidade, não a vontade, é a substância do direito”.

126) FERRARA, Luigi — *Instituzioni di Diritto Privato* — 1939 — I/111;

127) MAXIMILIANO, Carlos — *Hermenêutica e Aplicação do Direito* — 1957 — pág. 425 — n.º 420;

128) Ver SANTOS, Moacyr Amaral — *Prova Judiciária no Cível e no Comercial* — 3.ª ed. — vol. I — cap. X-XI; idem — *Primeiras Linhas de Direito Processual Cível* — 1968 — II/440 — 638;

129) Ac. na Ap. Cív. n.º 54.248 — S. José do Rio Pardo — in *Rev. Trib.* n.º 348/316;

130) DANZ, E. — ob. cit. páx. 104 — 10;

131) JHERING, Rudolf Von — *L'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement* — trad. de O. de Meuleneare — Paris — 1877 — IV/325;

132) RUPERT, Georges — *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis* — pág. 293;

Importantíssimo será, portanto, saber a finalidade econômica, o interesse que induziram as partes a concluir o contrato. Uma interpretação literal ser-lhe-á, muitas vezes, prejudicial ou fatal, porque a finalidade econômica do contrato pode variar o sentido usual das palavras empregadas por indivíduos simples, destituídos, quase sempre, de qualquer conhecimento gramatical e jurídico, empregando, mecânicamente, um uso que sempre viu praticar.

Os ideais supremos do Direito se colimam na Justiça e na utilidade. Uma pesquisa tendente a descobrir o interesse econômico das partes deve ter em mira esse grande princípio geral de orientação de que toda a organização jurídica evidencia.

d) “a boa-fé” (132):

O art. 23 do Projeto do Código de Obrigações estabelece que “devem as declarações de vontade ser interpretadas conforme a boa-fé e os usos dos negócios”.

Advogamos o ingresso da boa-fé na interpretação contratual, como “um princípio de direito que informa diferentes normas e que às vezes tem de curvar-se ante outros interesses que o legislador julga mais importante”, conforme preconisara VON THÜR (133), aceitando suas soluções *proeter legem*, apenas nos casos omissos, com o caráter que lhe atribuí a doutrina moderna (134), reconhecendo, com CLEMENTE DE DIEGO (135), que ela é a “alma que há de presidir à convivência social e todos os seus atos”, ou, na linguagem pitoresca de JEAN CRUET (136), “o óleo que amacia o funcionamento da máquina jurídica”.

A boa-fé, — noção moral e psicológica estreitamente ligada à noção de honestidade, que produz importantes consequências no direito patrimonial e obrigacional — como supridora e como saneadora dos vícios ou como convicção ou consciência de não prejudicar a outrem, — esse conceito eminentemente elástico deve na interpretação do contrato ser dosado com maior ou menor rigor, de conformidade com o meio social e com o tempo.

XII — Decidiu a Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, na Apelação Cível nº 2.602/54 — Aquidauana, que “o “FICA” constitui simulação inocente, que não invalida o negócio” (137), opinião essa que também sufragramos na Apelação Cível nº 6.038/68 — Campo Grande (138) para, após melhor estudo, retificá-la inteiramente agora.

“Diz-se que há simulação, argumenta G. MARTY (139) — quando as partes, depois de haver celebrado uma convenção aparente, simultaneamente, celebram outra destinada a permanecer em segredo, e que modifica ou suprime os efeitos da primeira”, ou, como ensina HOMERO PRATES (140), “toda a declaração

133) VON THÜR, A. — La Buena Fe en el Derecho Romano y en el Derecho Actual — trad. na Revista de Derecho Privado — Madrid — 1925 — pág. 337;

134) Cf. VOLANSKI — Essai d'une définition du droit basée sur la bonne foi — n.º 131; GORPHE, François — Le principe de la bonne foi — pág. 238; JOSEFAND — Les mobiles dans les actes juridiques — pág. 89;

135) DIEGO, Clemente de — El Silencio en el Derecho — pág. 89;

136) CRUET, Jean — A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis — pág. 182;

137) in Anais Forenses do Estado de Mato Grosso — 1954 — XXIII/182;

138) in Legislação Mato-Grossense — 1968 — XXVII/22-3;

139) MARTY, G. — Derecho Civil — Teoría General de las Obligaciones — Mexico — I/192;

140) PRATES, Homero — Atos Simulados e Atos em Fraude da Lei — 1958 — págs. 23-4;

de vontade, em divergência intencional dolosa com o querer íntimo das partes, destinada a fazer crer, com o fim de engano e normalmente de fraude, na existência de um negócio jurídico que não quis em verdade constituir ou a ocultar outro que efetivamente se teve em vista.”

Objetiva-se na simulação mostrar aquilo que não existe. RIBAS (141) procura divisá-la “no disfarce ou ocultação da verdade, dando aos atos, uma das partes ou ambas, aparências diversas da realizada”, enquanto que BUTERA (142) considera o ato simulado como “criado por mera aparência e que válidamente jamais existiu por vontade dos próprios contratantes”.

Ora, sabemos através de CUNHA GONÇALVES (143) que “a simulação tem, pois, os elementos seguintes: a) um desacôrdo intencional e consciente entre a vontade real e a declarada; e nisto se distingue a simulação do erro, no qual o desacôrdo da vontade é involuntário e imprevisto; b) o intuito de enganar a terceiros e dissimular a verdade, intuito que, na maioria dos casos, é agravado com o propósito de prejudicar outrem”.

“Nos campos e na roça, — descreve MALTA CARDOZO (144) — os usos e costumes imperam na razão direta da lealdade dos agricultores, da rudeza e severidade de seu procedimento, simplicidade ou ignorância”. Acrescentando abaixo: “Há sempre um “costume”, firmado geralmente nas contingências locais, de exploração de cada safra, seja da lavoura, seja da pecuária, e aí encontrarão sempre os interessados e a justiça, pelos meios usuais do direito, o instrumento adequado à revelação da verdade”.

Quem compra gado, pagando incontinenti o preço, entregando dinheiro adiantado ou a título de empréstimo para receber, no vencimento, seu equivalente em gado, ratifica um costume aceito, reconhecido e praticado indistintamente por todos: uma operação de compra e venda, cujos três elementos constitutivos aparecem nitidamente — consenso, coisa e preço. Onde aquela “divergência consciente entre a vontade e a declaração”, cuja opinião preponderante serve para caracterizar a simulação, conforme ressalta MESSINEO (145)?... Onde “o pleno acôrdo e conhecimento da discordância pela pessoa destinatária da declaração de vontade” a que alude BARBASSI (146)? Se todos sabem de que se trata, aceitam-no e a sua circulação é livre, como qualquer título cambiário legal?...

Nem mesmo existe simulação inocente, permitida pelo art. 103 de nosso Código Civil, aquela que, no dizer de SALVAT (147), “a ninguém prejudica, nem tem um fim ilícito”, pois, não foi disfarçado o ato em sua natureza, não há convenção em contrário e a finalidade econômica é, realmente, aquisição de gado. O negócio é lícito, possui um fim jurídico imediato, apenas os seus efeitos se subordinam às várias modalidades de compra e venda que especificam.

XIII — Enraizou-se na mente de alguns a idéia de que o “FICA” materializa um contrato de depósito, havendo muitos causídicos que a adotam com

141) RIBAS, Antônio Joaquim — Curso de Direito Civil Brasileiro — 1880 — II/370 — § 5.º;

142) BUTERA, A. — Della Simulazione nei Negozi Giuridice e degli Atti “in fraudem legis” — Torino — 1936 — pág. 10 — nota 4;

143) GONÇALVES, Luiz da Cunha — Tratado de Direito Civil — 1956 — vol. V — tomo II/842 — n.º 782;

144) CARDOZO, Malta — Tratado de Direito Rural Brasileiro — 1956 — III/488 — n.º 965;

145) MESSINEO — Doctrina General del Contrato — Buenos Aires — 1952 — II/6 — n.º 2;

146) BARBASSI, Ludovico — Instituciones de Derecho Civil — Barcelona — 1955 — I/196 — § 8.º — n.º 54;

147) SALVAT, Raymundo M. — Tratado de Derecho Civil Argentino — 1954 — I/821;

ardor, talvez pelos traços semelhantes que apresenta e por ausência de detida reflexão.

Segundo CUNHA GONÇALVES (148), "o contrato de depósito tem as características seguintes: a) é rigorosamente feito *intuitu personae*, pois é baseado na confiança, na probidade do depositário; b) é normalmente gratuito; mas pode convencionar-se que o depositário será gratificado ou remunerado; c) conforme seu valor, o contrato é consensual ou formal". A conceituação calçada no art. 1.431 do Código Civil Português é a mesma do art. 1.265 do Código Civil Brasileiro, conservando ambos o mesmo sentido jurídico que lhes legaram os Romanos: *depositum est quod custodiendum alicui datum est* (149), ou seja, depósito é o que se deu a alguém para ser guardado. Não diverge deste conceito o que encontramos em diversos romanistas (150).

A errônea interpretação germinou do sentido léxico das expressões — "fica em meu poder" — e — "à sua disposição" — contidas, invariavelmente, em todos os instrumentos estudados.

O verbo "ficar", entre os muitos significados que possui, podemos destacar, em CONSTANCIO — convencionar, prometer; em MORAIS, — permanecer, durar, restar; em AULETE, — reter em seu poder; em FRANCISCO FERNANDES, — não passar de.

"Pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro" (Cód. Civ. Bras., art. 1.122), só se efetivando o domínio sobre a coisa, pela tradição e, sem esta, inexistente o direito real, mas unicamente direito pessoal do comprador contra o vendedor para haver a coisa ou seu equivalente (151).

O "FICA" em meu poder" equivale a declarar "continua comigo", "convencionou-se", "está em minha fazenda", "não foi entregue" ou "não saiu de minha mão", ou seja, um mero recibo do preço pago antecipadamente. Daí, a posterior complementação — "à sua disposição" — afirmando a inexistência da tradição, indispensável ao perfeccionamento do negócio.

Dir-se-ia que o requisito configurativo do depósito — a entrega da coisa — se concretiza na *traditio ficta*, como afirma JOÃO FRANZEN DE LIMA (152), ou, como denominavam os romanos, no *constitutum possessorium*, — na expressão de LAFAILLE (153) "outro procedimento sub-reptício para suprir a tradição, se bem que responda às razões práticas e econômicas", — caso típico da transformação dos *animus possidendi*, por mutação da *causa possessionis*. Outros preferem encontrar aí, por recair seu objeto sobre coisas fungíveis ou con-

148) GONÇALVES, Luiz da Cunha — Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro — São Paulo — 1951 — II/924-5;

149) Ulp. — Dig. 16, 3, 1, D.º.

150) Cf. VOIGT Pasquale — *Institutioni di Diritto Romano* — Milano — 1954 — pág. 377 — § 103; BONJEAN — *Explication Méthodique des Institutes de Justinian* — Paris — 1860 — II/225 n.º 2.088; RAMOS, J. Arias — *Derecho Romano* — Madrid — 1954 — II-III/637 — § 215; FOIGNET, René — DUPONT, Emile — *Le Droit Romain des Obligations* — Paris — 1945 — pág. 61; MACKELDEY — *Manuel de Droit Romain* — Bruxelles — 1837 — pág. 241 — § 404; MACKENZIE — *Derecho Romano* — Madrid — 1876 — pág. 241;

151) Cr. CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Inácio — *Contratos* — vol. I — n.º 135; GAMA, Dionísio da — *Teoria e Prática dos Contratos* — n.º 178; VAMPRE, Spencer — *Manual de Direito Civil* — § 19;

152) LIMA, João Franzen de — *Curso de Direito Civil Brasileiro* — 1961 — vol. II — tomo 3.º — pág. 624, n.º 508;

153) LAFAILLE, Héctor — *Derecho Civil* — tomo III — *Tratado de los Derechos Reales* — Buenos Aires — 1943 — I/206 — n.º 240;

sumíveis, a característica do depósito irregular que, na classificação de OERTMANN, PLANCK e ENNECERUS, não se identifica como mútuo ou depósito, constituindo antes um “negócio especial”.

A expressão complementar é a tônica que lhe retira qualquer caráter de título de depósito. “A tradição é meramente consensual, — explica CUNHA GONÇALVES (154) — quando se realiza pela simples declaração do vendedor ao comprador de que tem a mercadoria *à sua disposição*, e este, por qualquer motivo, a deixa ficar em poder daquele, ou de um seu representante (armazenista, comissário, depositário), com a faculdade de a retirar quando lhe aprouver (Cód. Comercial, art. 206). Esta espécie de tradição é usada, especialmente, quando a entrega real não pode efetuar-se ao tempo da venda”.

O contrato de compra e venda civil ou comercial, para sua classificação, depende exclusivamente da intenção especulativa de uma das partes (Cód. Com. art. 191), pois, “nem o Cód. Civil nem o Cód. Comercial — afirma SEBASTIÃO DE SOUZA (155) — exigem forma especial para o contrato de compra e venda de coisas móveis. Assim se podem realizar esses contratos por qualquer forma, sem nenhuma exigência especial da lei, para sua validade”. Tanto assim é que, na Itália, TENDI sustenta a opinião de que a compra e venda de gado deve ser provada por testemunhas, qualquer que seja o seu valor, face à oralidade com que são realizadas.

Para se saber com certeza se houve depósito, ensina CARVALHO DE MENDONÇA (156), “é então necessário bem discernir qual o fim da entrega da coisa”, aduzindo: “o único critério seguro para nós é a intenção das partes” (157).

O “FICA” especifica um contrato, com a obrigação de transferir o domínio do gado, existente ou suscetível de existir no prazo convencionado, e do pagamento do preço em dinheiro, que pode ser imediato (a título de adiantamento ou empréstimo) ou, ainda, resultado da partilha dos produtos na parceria pecuária. Portanto, pelo seu feito, pela intenção das partes, pelos usos e costumes, não pode ser entendido como depósito ou empréstimo (158), mas como uma das diversas espécies de compra e venda.

Desta forma, acertadas foram as decisões da Justiça Matogrossense, nos Agravos de Instrumento números 956 e 1.495/68 — Dourados: “o FICA é imprestável para legitimar a ação de depósito e conseqüente prisão do devedor” (159).

154) GONÇALVES, Luiz da Cunha — Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro — São Paulo — 1950 — pág. 384 — n.º 114;

155) SOUZA, Sebastião de — Da Compra e Venda — 1956 — pág. 463 — n.º 179;

156) CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio — Contratos no Direito Civil Brasileiro — 1957 — I/150 — n.º 66;

157) Idem, Idem — ob. cit. I/152 — n.º 68;

158) SALVAT, Raymundo M. — Ob. cit. — Buenos Aires — 1954 — III/461-2 — n.º 2.382: “O depósito e o empréstimo de uso são, os dois, contratos, reais e em ambos existe a obrigação de restituir a coisa depositada ou emprestada: mas existem entre eles as seguintes diferenças: 1.º — o depositário, em princípio, não tem o uso da coisa, apenas a sua guarda, ao passo que o comodatário a recebe, precisamente, para usar dela; o depositário presta, assim, um serviço ao depositante, enquanto que o comodatário o recebe do comodante; 2.º — os dois são contratos gratuitos, mas no depósito pode haver uma pequena retribuição, no comodato a gratuidade é regra absoluta; 3.º — a responsabilidade do depositário é mais estreita que a do comodatário; 4.º — o depositário pode ser sempre obrigado à restituição antes do vencimento do prazo estabelecido, o comodatário só em caso de necessidade urgente e imprevista”;

159) in Anais Forenses do Estado de Mato Grosso — 1954 — vol. XXIII/182.

XIV — O egrégio Tribunal Mato-grossense, na Apelação Cível nº 4.083/64 — Dourados, decidiu que o FICA “não autoriza a ação executiva, como se fôsse qualquer título legal” e, na Apelação Cível nº 6.038 — Campo Grande, que “não se presta a fundamentar a ação reivindicatória”.

O FICA é um instrumento particular e, segundo o teor do art. 135 do Código Civil Brasileiro, quando êste é feito e assinado ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas se falta ao instrumento o requisito da subscrição de duas testemunhas, impossível produzir os efeitos constantes do art. 135, servindo apenas de princípio de prova por escrito.

O documento, geralmente, é assinado apenas pelo devedor, mas se estiver revestido das formalidades do art. 135 do Cód. Civil, o art. 298, nº XII, do Cód. de Proc. Civil lhe concede a ação executiva, desde que a dívida seja líquida e certa. E informa CALAMANDREI ⁽¹⁶⁰⁾, “um crédito é certo quando não é controvertida a sua existência, é líquido quando é determinada a importância da prestação, e é exigível quando o seu pagamento não depende de termo ou condição nem está sujeito a outras limitações”.

“Reivindicar — segundo CORRÊA TELLES ⁽¹⁶¹⁾ — é tirar coisa nossa de quem injustamente a possuiu”. A ação reivindicatória “compete ao senhor de qualquer coisa — conceitua PAULA BAPTISTA ⁽¹⁶²⁾ — quer seja proprietário perfeito, quer imperfeito ou limitado (como o enfiteuta, o usufrutuário, o marido a respeito dos bens dotais durante o matrimônio), contra o possuidor ou detentor: pode ser declarado senhor dela, e o réu condenado a restituir-lha, com todos os acessórios e rendimentos”.

ORLANDO GOMES ⁽¹⁶³⁾ é incisivo quando afirma: “aquêlê que está desapossado da coisa que lhe pertence quer retomá-la do poder de quem a detém injustamente. Para êsse fim, deve propor ação reivindicatória”, acrescentando BENEDICTO BARROS ⁽¹⁶⁴⁾, que “a individualização da coisa e a prova do domínio são os requisitos indispensáveis dessa ação, a par de uma demonstração eficiente de que o réu detém em seu poder a coisa reclamada”.

A ação reivindicatória é, indiscutivelmente, uma ação real e esta, no entendimento de REDENTI ⁽¹⁶⁵⁾, é “ação que nasce da violação ou transgressão do direito real”, um direito que se exerce *erga omnes*, sem relação com qualquer pessoa.

No caso do FICA, não encontramos a prova do domínio nem a individualização da coisa e, como doutrinava LAFAIETE PEREIRA ⁽¹⁶⁶⁾, “o reivindicante é obrigado a provar dois fatos seguintes: 1º — Que lhe pertence o domínio da coisa; 2º — que o réu a retém em seu poder”. Serve apenas para de-

160) CALAMANDREI — apud VILLAR, Willard de Castro — Ação Executiva — 1962 — pág. 129;

161) CORRÊA TELLES — Doutrina das Ações — pág. 58;

162) PAULA BAPTISTA — Teoria e Prática do Processo — § 11 — pág. 13;

163) GOMES, Orlando — Direitos Reais — 1958 — pág. 342, n.º 200;

164) BARROS, Benedicto — Princípios de Direito Processual Civil — Da Ação Judicial — pág. 105 — n.º 53;

165) REDENTI — Diritto Processuale Civile — pág. 105 — n.º 86

166) LAFAIETE PEREIRA — Direito das Coisas — 5.ª ed. — I/269; idem — LACERDA DE ALMEIDA — Direito das Coisas — I/303, VAMPRE, Spencer — Manual de Direito Civil — § 52; CORRÊA TELLES — Doutrina das Ações — §§ 68 e 69; FRAGA, Afonso — Das Ações de Reivindicação — cap. IX — pág. 84; FREITAS, Augusto Teixeira de — Consolidação das Leis Civis — 1915 — art. 916 — pág. 468;

monstrar obrigações convencionais entre partes. Jamais se prestará a provar um domínio inexistente, uma vez que seu vínculo é, meramente, pessoal. Sua finalidade precípua e exclusiva é o cumprimento de uma simples obrigação de dar, nascida do contrato entre o obrigado e o credor, que é o portador do documento.

Se tal direito nasce da obrigação pactuada, que não se efetivou, nunca poderá ser exigido através da ação real, mas, pessoal, cuja natureza é muito mais complexa.

Entretanto, inspirando-se no art. 199 do Código Civil Português, o art. 276 de nossa legislação processual civil reza que “a improriedade da ação não importará nulidade do processo. O juiz anulará somente os atos que não puderem ser aproveitados, mandando praticar os estritamente necessários para que a ação se processe, quanto possível, pela forma adequada”, devendo ser entendido em concordância com o art. 373: “o exercício de uma ação por outra não induz nulidade, desde que satisfeitos os requisitos de uma delas”.

Objetiva-se, assim, extirpar os perigos dos excessos formais para a consecução da vantagem, ocasionada pela economia processual. Para que isso se oportunize, mister se faz que a alteração não implique na modificação substancial do pedido, que na ação proposta, erroneamente, permaneçam os requisitos necessários à ação verdadeira.

O que caracteriza a ação é a intenção e o conteúdo da inicial, nunca o nome que lhe dão as partes. “Não é o nome ou denominação — afirma FRANCISCO MORATO ⁽¹⁶⁷⁾ — que caracteriza a ação. Não é o nome que dá a essência às coisas. Não é a denominação que caracteriza o ato ou contrato... É comezinho entre os intérpretes que as ações se caracterizam pela observância da forma que lhes preordenam as leis, não havendo necessidade de batizá-las ou de dar-lhes apelidos”. JOÃO MONTEIRO ⁽¹⁶⁸⁾ enfatizava: “é na mais segura e breve adaptação da forma à relação de direito litigioso que assenta o melhor sistema judiciário”.

Para PEDRO BATISTA MARTINS ⁽¹⁶⁹⁾, “desdobrando-se à necessidade de atender às exigências da economia processual, já a doutrina e a jurisprudência admitiam, sem reboços, que a denominação errônea da ação não induzia a sua nulidade, cumprindo, antes, ao juiz verificar se, na espécie, concorriam os requisitos de uma outra ação que não a designada”, para isso, adianta MILHOMENS ⁽¹⁷⁰⁾, “tudo há de fazer o juiz para, aproveitando os atos que não devam ser sacrificados, ajustar o processo à forma adequada,” evitando, destarte, os consideráveis prejuízos, a procrastinação e os inúmeros aborrecimentos que atingiriam às partes.

XV — Chegamos ao arremate de nosso modesto estudo, trazendo à mente aquela observação que a experiência de EICKEN ⁽¹⁷¹⁾ formulou: “a obediência cega aos textos não pode ser senão passageira”, porque argumenta DEGNI ⁽¹⁷²⁾, “a palavra não passa de um sinal do pensamento contido na lei,

167) MORATO, Francisco — *Miscelânea Jurídica* — II/718-9;

168) MONTEIRO, João — *Teoria do Processo Civil* — 6.ª ed. — pág. 38 — § 4.º;

169) MARTINS, Pedro Batista — *Comentários ao Código de Processo Civil* — III/259;

170) MILHOMENS, Jônatas — *Teoria e Prática do Despacho Saneador* — 1958 — pág. 201 — n.º 85;

171) EICKEN, Vindes — *Méthode Positive de l'Interpretation Juridique* — pág. 23;

172) DEGNI — *L'Interpretazione Della Legge* — pág. 242;

a qual, se pode encontrar a sua reprodução, mais ou menos exata, nos meios materiais e externos que a linguagem fornece, não cessa de possuir uma existência autônoma que não pode ser inteiramente compreendida numa fórmula, mas deve ser examinada em sua realidade objetiva, na própria fonte originária de que procede”.

Para dirimir as dúvidas que pairam sobre este negócio, nas suas diversas formas, tudo, como acentuava CARNELUTTI (173), “depende tanto da idoneidade do mecanismo como dos homens que o manejam”, porque o direito — sentencia COUTURE (174) — “pode criar um perfeito sistema de justiça, mas se este sistema há de ser aplicado, em última instância, por homens, o direito valerá o que esses homens valham”.

E o juiz, — empresto o pensamento de RUSSOMANO (175), “não é, na interpretação da lei, um “gramarian des códigos”, nem será na apreciação da prova, um farmacêutico a pesar venenos, com a objetividade que o perigo exige”. A interpretação exige conhecimento, amor ao trabalho, inteligência, honestidade, raciocínio e muita perspicácia.

Considerando-se a história da origem, os usos e costumes mercantis, a evolução e os princípios interpretativos de que nos servimos, podemos concluir que o negócio jurídico denominado “FICÁ”:

- a) consubstancia um contrato de compra e venda de gado a entregar, exista ou não, na ocasião do fechamento do acôrdo;
- b) documenta a parceria pecuária, nas suas diversas modalidades, inclusive o pagamento ou partilha dos produtos;
- c) representa obrigações meramente pessoais que, face ao inadimplemento, se resolverão para ambas as partes, respondendo o devedor pelo equivalente, mais as perdas e danos ocasionados;
- d) quando o instrumento fôr assinado pelo devedor e por duas testemunhas prova obrigação convencional de qualquer valor e, constando a importância líquida e certa da obrigação, pode ser exigido através de ação executiva;
- e) se fôr assinado apenas pelo obrigado (como geralmente acontece), prestar-se-á a fundamentar a ação ordinária e servirá de princípio de prova por escrito;
- f) seu domicílio, para efeito de competência, é o do local da assinatura do instrumento (Cf. Agravo de Instrumento nº 1.295/64 — Corumbá);
- g) pode constituir objeto de fiança e de cessão — (Apelação Cível nº 4.913/67 — Amambá e nº 6.038/68 — Campo Grande), sujeitando-se, na cessão, para valer contra terceiros, às exigências dos arts. 135 e 1.087 do Código Civil;
- h) por inexistir domínio e individualização é imprestável para caracterizar as exigências da ação de depósito ou a reivindicatória.

173) CARNELUTTI — Sistema de Derecho Processal Civil — 1944 — I/75;

174) COUTURE, Eduardo J. — Introducción ao Estudio del Proceso Civil — 1949 — pág. 75;

175) RUSSOMANO, Mozart Víctor — Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho — 1952 — III/262.