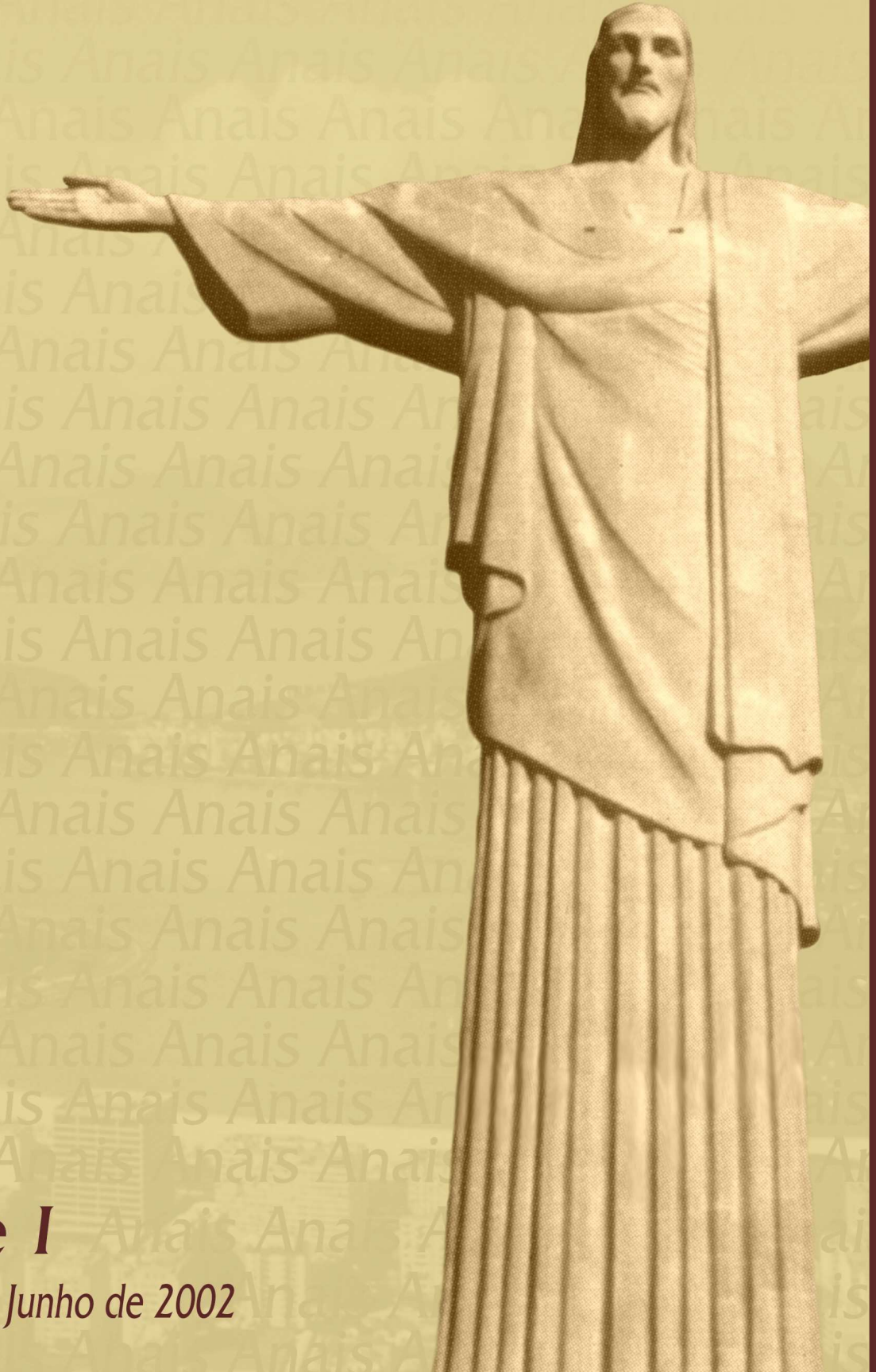


Revista da

EMERJ **Especial**

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



Parte I

Fevereiro a Junho de 2002

EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL



© 2003, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Diretor-Geral: Des. Sergio Cavaleri Filho

Conselho Consultivo: Des. Celso Guedes, Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião, Des. Wilson Marques, Des. Sylvio Capanema de Souza, Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes, Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos: Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino: Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo: Des. Décio Xavier Gama

Coordenador Geral de Ensino: Paulo Roberto Targa

Chefe de Gabinete: Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil - Parte I

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavaleri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenação da obra: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Editoração:** Wagner Alves e Valéria Monteiro de Andrade;

Capa: André Amora; Revisão ortográfica: Suely Lima e Rosa Xerfan.

Impressão: Gráfica do TJ/RJ (miolo); Reproarte (capa)

Tiragem: 2.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

V.1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br ♦ emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br

Sumário

- 7** ***Apresentação***
Luiz Roldão de Freitas Gomes. Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ. Coordenador dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil.
- 9** ***Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil***
Miguel Reale. Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Supervisionou a Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil.
- 35** ***Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975, do Presidente Ernesto Geisel, com Exposição de Motivos do Ministro da Justiça Armando Falcão***
- 38** ***Visão Geral do Novo Código Civil***
Miguel Reale. Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Supervisionou a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil.
- 45** ***Parte Geral do Novo Código Civil***
José Carlos Moreira Alves. Ministro do Supremo Tribunal Federal e membro da Comissão do Projeto do Novo Código Civil.
- 67** ***Os Direitos da personalidade***
Clayton Reis – Magistrado aposentado e Professor da Escola da Magistratura do Paraná.
- 85** ***O Negócio Jurídico***
Eduardo Andrade Ribeiro – Ministro do Superior Tribunal de Justiça.
- 95** ***Adimplemento e inadimplemento***
Judith Martins Costa - Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- 114** ***Alguns Aspectos do Direito das Obrigações no Novo Código Civil***
Ricardo César Pereira Lira – Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

- 123** ***Sobre a Transação no Novo Código Civil***
João Baptista Vilella – Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
- 129** ***Os Contratos e os Vícios de Consentimento***
Humberto Theodoro Junior – Desembargador Aposentado do TJMG.
- 148** ***A Circulação do Contrato - Transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar***
Luiz Roldão de Freitas Gomes. Desembargador do TJRJ e Professor da EMERJ. Coordenador dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil.
- 162** ***Aspectos Gerais dos Contratos no Novo Código Civil***
Sylvio Capanema de Souza – Desembargador do TJRJ e Professor da EMERJ.
- 179** ***Os Novos Contratos no Novo Código Civil***
Gustavo José Mendes Tepedino – Procurador Regional da República no Rio de Janeiro e Professor de Direito Civil.
- 194** ***Teoria Geral das Obrigações no Novo Código Civil***
José Maria Leoni Lopes Oliveira – Professor da EMERJ.
- 206** ***Os Contratos de Transporte de Pessoa e de Seguro no Novo Código Civil***
Sergio Cavalieri Filho - Desembargador do TJRJ e Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
- 219** ***Princípios Básicos do Direito Contratual no Novo Código Civil***
Adalberto de Souza Pasqualotto – Professor da Universidade do Rio Grande do Sul.
- 236** ***A Evolução do Contrato e o Novo Código Civil***
Arnoldo Wald – Professor e Procurador do Estado SP.
- 249** ***Das Cláusulas Abusivas e o Código Civil***
Cláudia Lima Marques - Professora da Universidade do Rio Grande do Sul.

Conferencistas

ADALBERTO DE SOUZA PASQUALOTTO, 219

ARNOLDO WALD, 236

CLÁUDIA LIMA MARQUES, 249

CLAYTON REIS, 67

EDUARDO ANDRADE RIBEIRO, 85

GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, 179

HUMBERTO THEODORO JUNIOR, 129

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, 45

JOSÉ MARIA LEONI LOPES DE OLIVEIRA, 194

JOÃO BAPTISTA VILLELA, 123

JUDITH MARTINS COSTA, 95

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, 148

MIGUEL REALE, 38

RICARDO CESAR PEREIRA LIRA, 114

SERGIO CAVALIERI FILHO, 206

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA, 162



EMERJ

Apresentação

DESEMBARGADOR LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Coordenador dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil

Durante a apresentação dos debates sobre as inovações do Novo Código Civil, a cada mês foram apresentados ao plenário os quadros comparativos dentre os Códigos de 1916 e 2002, que logo se esgotaram. Resolveu então a EMERJ, em atenção aos interesses manifestados pelos estudiosos do Direito, que prestigiaram seus seminários, proceder à edição dos anais de todos os debates gravados e reproduzidos das sessões.

Foram, realmente, coroadas de sucesso as diversas conferências que se sucederam, a partir de 15 de fevereiro de 2002, enriquecidas pela participação dos debatedores e do auditório, o qual contava com média de ouvintes de duas mil pessoas.

Neste primeiro volume, que corresponde aos trabalhos do primeiro semestre de 2002, houve por bem a EMERJ publicar as Exposições de Motivos, que acompanharam o então Projeto do Código Civil, quando foi enviado ao Congresso Nacional. Cuida-se de texto de imprescindível leitura para se captarem as orientações e diretrizes, que inspiraram seus autores, em homenagem que se lhes presta, e dá a dimensão da grandeza, que está na base da reformulação do ordenamento jurídico privado brasileiro, ao início do terceiro milênio, com o primeiro Código Civil promulgado no Ocidente.

Está a EMERJ consciente de sua missão de trazer à discussão este Diploma Fundamental, que rege a vida do Povo brasileiro, e, desse modo, procura contribuir para a melhor interpretação, que dele se extraia, a fim de que os Juizes brasileiros possam conferir-lhe a aplicação consoante seus fundamentos e exigências de seu tempo e lugar.

Homenageia-se, assim, a Magistratura Nacional, que, ao longo de um século, concorreu para a efetividade das normas do Código de 1916, e que, a partir do confronto sistemático com o novel Código, lhe imprimirá a exegese, que dele espera a Sociedade pátria.

Parabenizamos o culto Diretor da ESCOLA DA MAGISTRATURA DO RIO DE JANEIRO – EMERJ, Desembargador Sergio Cavalieri Filho, que, com descortino, determinação e coragem, tomou a si este magno encargo, que vem desempenhando, em conjunto com o Desembargador Felipe Augusto de Miranda Rosa, o Desembargador Décio Xavier Gama, a Desembargadora Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, o Dr. Paulo Roberto Targa (Coordenador Geral de Ensino da EMERJ), e a Sra. Maria Alice da Cruz Marinho Vieira (Chefe de Gabinete da EMERJ), bem como os seus auxiliares diretos.

Externam-se os agradecimentos aos magistrados, professores, advogados, estagiários e profissionais do Direito, cuja presença engrandeceu os seminários.



EMMERJ

Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975

Ao Excelentíssimo Senhor
Doutor ARMANDO FALCÃO
DD. Ministro de Estado da Justiça
Brasília

Senhor Ministro

Na qualidade de Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, cabe-me a honra de submeter à consideração de Vossa Excelência o Anteprojeto de Código Civil, elaborado com inestimável colaboração dos Professores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral), AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), SYLVIO MARCONDES (Atividade Negocial), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Direito de Família) e TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões).

Não obstante já conhecidas as diretrizes fundamentais do Anteprojeto, através das Exposições de Motivos redigidas pelo signatário e demais membros da Comissão, não será demais, como remate final dos trabalhos iniciados há quase seis anos, a 23 de maio de 1969, recapitular os seus pontos essenciais, com os aditamentos indispensáveis ao pleno esclarecimento da matéria.

Ao fazê-lo, Senhor Ministro, posso afirmar que, pela forma como se desenvolveram os estudos, com base em reiteradas pesquisas próprias, mas também graças às preciosas sugestões e críticas que nos chegaram de todos os quadrantes do País, a obra ora apresentada transcende a pessoa de seus autores, o que me permite apreciá-la com a indispensável objetividade.

Preferimos, os integrantes da Comissão, agir em sintonia com a comunidade brasileira, corrigindo e completando os Anteprojeto anteriores, publica-

dos no Diário Oficial da União, respectivamente, de 7 de agosto de 1972 e 18 de junho de 1974, por uma razão essencial de probidade científica, a qual se identifica com o natural propósito de bem servir ao povo.

NECESSIDADE DA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

1. Não é de hoje que vem sendo reclamada a reforma da Lei Civil em vigor, como decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.

A exigência de atualização dos preceitos legais foi notada, preliminarmente, no campo das relações de natureza negocial, como o demonstra a elaboração de um projeto autônomo de “Código de Obrigações”, há mais de trinta anos, da autoria dos eminentes jurisconsultos HAHNEMANN GUIMARÃES, PHILADELPHO AZEVEDO e OROSIMBO NONATO. Essa iniciativa não vingou, entre outros motivos, por ter-se reconhecido que se impunha a revisão global de nossa legislação civil, visto não ser menos sentida a sua inadequação no que se refere às demais partes das relações sociais por ela disciplinadas.

É a razão pela qual o problema foi retomado, em 1963, tendo sido, então, preferida a elaboração de dois Códigos, um Código Civil – destinado a reger tão-somente as relações de propriedade, família e sucessões – e um Código de Obrigações, para integrar em unidade sistemática assim as relações civis como as mercantis.

Não obstante os altos méritos dos juristas que foram incumbidos dessa ta-

refa, não logrou boa acolhida a idéia de dois códigos distintos, merecendo, todavia, aplausos o propósito de unificação do Direito das Obrigações, que, como será logo mais salientado, constitui verdadeira vocação da experiência jurídica brasileira.

Abandonada a linha da reforma que vinha sendo seguida, não foi posta de lado, mas antes passou a ser insistentemente pedida a atualização do Código Civil vigente, tais e tantos são os prejuízos causados ao País por um sistema legal não mais adequado a uma sociedade que já superou a fase de estrutura prevalentemente agrária para assumir as formas e os processos próprios do desenvolvimento científico e industrial que caracteriza o nosso tempo.

Não vai nessa afirmação qualquer desdouro para a obra gigantesca de CLÓVIS BEVILÁQUA, cuja capacidade de legislador não será nunca por demais enaltecida. Ocorre, todavia, que o Código de 1916 foi concebido e aperfeiçoado a partir de 1899, coincidindo a sua feitura com os últimos reflexos de um ciclo histórico marcado, no plano político e jurídico, por acendrado individualismo.

2. As dificuldades e os riscos inerentes ao projeto de um Código sentiu-os profundamente o preclaro CLÓVIS BEVILÁQUA, ao assumir sobre os ombros a responsabilidade de seu monumental trabalho, que ele prudentemente situou “no ponto de confluência das duas forças de cujo equilíbrio depende a solidez das construções sociais: a conservação e a inovação, as tradições nacionais e as teorias das escolas, o elemento estável que já se adaptou ao caráter e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira pela qual ele estabelece e procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina científica”. E ainda advertia o Mestre: “Mas, por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para

acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte”.

Outra não pode ser a atitude do codificador, dada a natureza essencialmente ambivalente de sua missão, que consiste em afundar raízes no passado para melhor se alçar na visão do porvir.

Não é menos verdade, porém, que o nosso tempo se mostra mais propício a vislumbrar as linhas do futuro do que o de CLÓVIS, quando ainda o planeta não fora sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos. Muito embora sejamos partícipes de uma “sociedade em mudança”, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento.

3. Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.

Por outro lado, os que têm se manifestado sobre a chamada “crise da Justiça” reconhecem que uma das causas desta advém do obsoletismo de mui-

tas normas legais vigentes, quer pela inadequação de seu conteúdo à realidade social contemporânea, quer pelo vincado sentido formalista que as inspira, multiplicando as áreas e os motivos dos conflitos de interesse.

Acresce que, tendo sido antecipada a promulgação do novo Código de Processo Civil, mais ainda se impõe a pronta reforma da lei substantiva, tal a complementariedade que liga um processo normativo ao outro.

Nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificadora, tantas e tamanhas são as forças que atuam neste mundo em contínua transformação, pois, a prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis esparsas e extravagantes. Ao contrário do que se assoalha, a codificação, como uma das expressões máximas da cultura de um povo, não constitui balanço ou arremate de batalhas vencidas, mas pode e deve ser instrumento de afirmação de valores nas épocas de crise. Mesmo porque, tal como a história no-lo comprova, há codificações, como a de Justiniano, elaboradas no crepúsculo de uma civilização, enquanto que outras, como o Código Civil de Napoleão, correspondem ao momento ascensional de um ciclo de cultura.

O que importa é ter olhos atentos ao futuro, sem o temor do futuro breve ou longo que possa ter a obra realizada. Códigos definitivos e intocáveis não os há, nem haveria vantagem em tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser do homem, que é o seu desejo perene de perfectibilidade. Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como sistema de soluções normativas e de modelos informadores de experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada.

DIRETRIZES FUNDAMENTAIS

4. Penso, Senhor Ministro, ter sido acertado o processo de estudo e pesquisa firmado em nossas reuniões iniciais, no sentido de se proceder à revisão por etapas, a primeira das quais consistiu na feitura de projetos parciais, acordados os princípios fundamentais a que deveria obedecer o futuro Código, a saber:

a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam.

c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra-indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.

d) Redistribuir a matéria do Código Civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil.

e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações se-

mânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

g) Aproveitar, na revisão do Código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código de Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisito pela douta Comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES.

h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitarão, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no País, sobre o assunto.

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.

j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado.

l) Incluir na sistemática do Código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em leis especiais promulgadas após 1916.

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflituosas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

n) Dispensar as formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documentado particular devidamente registrado.

o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses, objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

ORIENTAÇÃO METODOLÓGICA

5. Posso afirmar, com tranqüilidade, que a elaboração do Anteprojeto de Código Civil obedeceu a um processo até certo ponto inédito, marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, segundo um plano preestabelecido de sucessivos pronunciamentos por parte das pessoas e categorias sociais a que a nova lei se destina. Essa linha metodológica tornou-se mais nítida à medida que vieram sendo desenvolvidos os trabalhos, o que confirma, no campo das ciências humanas, o acerto epistemológico de que, na pesquisa científica, é o contato direto e efetivo com a realidade que gera as técnicas e os métodos mais adequados à sua compreensão.

Não é demais recordar que, após assentes as diretrizes fundamentais supra lembradas, e os necessários encontros preliminares, cada um dos membros da Comissão projetou a parte que lhe havia sido atribuída. Na qualidade de Supervisor coube-me, depois, integrar em unidade sistemática os trabalhos recebidos.

Não podia, penso eu, ser de outra forma. Já vai longe o tempo das legislações confiadas a Solon ou Licurgo solitários, tão diversos e complexos são os problemas de nosso tempo. Se se quer um Código Civil que seja expressão dos valores da comunidade, mister é o concurso de representantes dos distintos “campos de interesse”, num intercâmbio fecundo de idéias. Para tanto, todavia, requer-se espírito científico, despido de preconceitos e vaidades, pronto a reconhecer falhas e equívocos, mas sempre atento para discernir o que representa apenas pretensões conflitantes com as necessidades coletivas.

6. Foi com base nos anteprojetos parciais e nas sugestões recebidas de outras fontes que elaborei a *primeira ordenação sistemática* da matéria, de conformidade com o texto do Anteprojeto que apresentei ao então Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZAID, a 9 de novembro de 1970. No ofício, com o qual encaminhei esse trabalho, constam as modificações ou acréscimos que entendi necessários introduzir nos anteprojetos iniciais, solicitando que o resultado de meus estudos fosse objeto da apreciação dos demais membros da Comissão.

Essa unificação, inclusive no tocante à linguagem, tinha, é claro, valor provisório, tendo por escopo fornecer a primeira e indispensável visão de conjunto, o que importou a eliminação de normas porventura conflitantes, bem como a elaboração de outras destinadas a assegurar ao Código o sentido de “*socialidade*” e “*concreção*”, os dois princípios que *fundamentalmente* informam e legitimam a obra programada. Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abs-

trata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.

Saliento que, já a essa altura, além dos subsídios tradicionais oriundos de corporações jurídicas, vinha somar-se um fator relevante, representado pelas manifestações de múltiplas entidades empresárias, públicas e privadas, bem como de integrantes de todos os círculos sociais, o que passou a dar ao Projeto um sentido diverso, que, para empregarmos expressões correntes ajustadas ao caso, traduziu “verdadeiro diálogo com as forças vivas da nacionalidade”.

7. Enviado o primeiro texto global do Anteprojeto aos meus ilustres colaboradores, procederam eles à sua revisão sem ficarem adstritos às partes que inicialmente lhes haviam sido confiadas. Ponto alto desse trabalho de crítica objetiva deu-se na reunião de Campos do Jordão, em fins de dezembro de 1970, quando foram examinados, um a um, os artigos do primeiro Anteprojeto, ao qual foram oferecidas múltiplas emendas de conteúdo e de redação. A proposição foi, porém, aceita em sua estrutura sistemática, e no que se refere às principais alterações por mim sugeridas.

Após esse encontro, pode-se dizer que o trabalho se concentrou no reexame metuculoso das emendas oferecidas e das sugestões recebidas, de cuja análise resultou o texto do Anteprojeto publicado pela Imprensa Nacional em 1972. Não é demais acrescentar que esse estudo implicou alterações em um ou outro ponto do sistema, consoante será salientado a seguir.

Cabe repetir que, no trabalho inicial, valemo-nos todos não só dos Anteprojetos anteriores, como já foi lembrado, mas também do material recebido do Ministério da Justiça, contendo sugestões provenientes de entidades oficiais e particulares, de professores e advogados, sem se olvidar o pronunciamento do homem comum, interessado na elaboração de uma LEI que, acima de to-

das, lhe diz respeito. Frizo a importância dessas contribuições anônimas, que trouxeram à Comissão material do mais alto significado para juristas empenhados na mais delicada das tarefas, qual seja a de encontrar modelos adequados à multifária e surpreendente condição humana.

Ficava, desse modo, firmada esta diretriz que foi das mais fecundas: a de aliar os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência ao “direito vivido” pelas diversas categorias profissionais.

Não se cuidou, por conseguinte, de compor um Código tão-somente à vista de outros códigos, num florilégio normativo resultante de preferências pessoais, mas sim de apurar e aferir a linha legal mais conveniente e própria, em função dos fatores operantes na realidade nacional.

8. Obediente a essa diretriz metodológica essencial, a Comissão propôs ao Governo da República que se editasse o Anteprojeto, tal como se deu em agosto de 1972, isto é, três anos e meio após o início de nossos trabalhos.

Tão grande foi o interesse por essa publicação que, esgotada a edição oficial, surpreendeu-nos a cooperação espontânea de uma empresa privada, a “Saraiva Livreiros Editores”, que possibilitou fosse o texto amplamente divulgado em todo o País.

A esta altura, merece especial referência, Senhor Ministro, como sinal de atenção dispensada a nosso trabalho, a admirável iniciativa do *Senado Federal*, através de sua Subsecretaria de Edições Técnicas, publicando o texto do Anteprojeto de 1972, em precioso cotejo com as disposições correspondentes do Código Civil em vigor e dos Anteprojetos anteriores, com oportunas remissões a Códigos alienígenas. Essa publicação, na qual figuram as Exposições de Motivos iniciais dos membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, além de outros seus estudos complementares, constituirá inestimável subsídio para nossos parlamentares quando lhes couber o exame da matéria.

Era natural que o Anteprojeto de 1972 suscitasse inúmeras sugestões e críticas, as quais abrangeram todos os seus livros, sem que houvesse, todavia, objeção de maior monta quanto à estruturação dada à matéria, merecedora que foi, ao contrário, de gerais aplausos.

9. Não cabe, nos limites desta exposição, referir, uma a uma, as numerosas emendas recebidas, objeto da mais cuidadosa análise, nem falar nas modificações e acréscimos que constituíram, por assim dizer, o resultado de “autocrítica” por parte da própria Comissão, representando talvez cerca de metade das modificações introduzidas no texto.

Por outro lado, inclusive por motivos de ordem sistemática, mais perceptíveis por quem se acha empenhado na reelaboração global do ordenamento, as emendas, mesmo quando válidas quanto ao conteúdo, tiveram que passar pelo crivo da natural adaptação. Outras vezes, a crítica ao texto era procedente, mas inaceitável a proposta substitutiva, o que levou a Comissão a oferecer outras soluções, superando ou corrigindo sua posição inicial.

Sobretudo no que se refere à redação, adotou-se o critério de rever o texto toda vez que das manifestações recebidas se pudesse inferir a existência de lacuna ou obscuridade.

Lembro tais fatos para demonstrar com que isenção procuramos proceder, dando ao primeiro Anteprojeto o “valor de uma hipótese de trabalho”, para seguirmos a sábia lição metodológica traçada por CLAUDE BERNARD.

Para confirmar ainda mais o caráter “experencial” da obra legislativa em curso, foi o texto, devidamente revisado, republicado em junho de 1974, para nova manifestação dos círculos culturais do País, o que promoveu o aparecimento de livros, artigos em revistas especializadas e jornais, bem como a realização, em todo País, de ciclos de conferências e seminários, dos quais participaram, com entusiasmo, os membros da Comissão. Nem faltaram

lisonjeiros pronunciamentos no exterior, não só quanto à estrutura do Projeto como no concernente a várias de suas inovações.

Novas sugestões e emendas; novo trabalho de paciente reexame, elaboradas que foram cerca de 300 emendas, de fundo ou de forma, com as quais a Comissão dá por concluída sua tarefa, com a apresentação a Vossa Excelência do Anteprojeto de Código Civil anexo, o qual, repito, transcende a pessoa de seus autores, tão significativa foi a colaboração dos meios sociais, científicos e econômicos, que nos honraram com as suas ponderações e críticas construtivas.

Se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial.

ESTRUTURA E ESPÍRITO DO ANTEPROJETO

10. As considerações expendidas já elucidam, de certo modo, quais as linhas dominantes da codificação proposta, mas a matéria, por sua relevância, reclama esclarecimentos complementares.

Em primeiro lugar, cabe observar que, ao contrário do que poderia parecer, não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de “Código Civil”, um “Código de Direito Privado”, o qual, se possível fora, seria de discutível utilidade ou conveniência.

Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito das Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecte na Ciência Jurídica pátria, desde TEIXEIRA DE FREITAS e INGLEZ DE SOUSA até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964.

Essa unificação seria imperfeita ou claudicante se não a integrassem preceitos que disciplinam, de maneira ge-

ral, os títulos de crédito e as atividades negociais.

Note-se que me refiro aos títulos de crédito em geral, pois no Anteprojeto não figuram senão as regras básicas comuns a todas as categorias de títulos de crédito, como tipos formais que são do Direito obrigacional. Os títulos cambiais constituem espécie desse gênero, e, quer por suas implicações de caráter internacional, como o atesta a Lei comum de Genebra, quer pela especificidade e variabilidade de seus dispositivos, melhor é que sejam disciplinados por lei aditiva. Lembro tal fato como exemplo de orientação por nós seguida, acorde com uma das diretrizes fundamentais supra discriminadas.

Pela mesma razão, embora de início prevalecesse opinião diversa, foi transferido para a legislação especial o problema das sociedades anônimas, assim como já quedara fora do Código toda matéria de natureza falimentar.

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial. Como foi dito com relação ao Código Civil italiano de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas. No caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda mais se preserva, pela adoção da “técnica da legislação aditiva”, onde e quando julgada conveniente.

Não é demais advertir, consoante acentua SYLVIO MARCONDES, na Exposição de Motivos que acompanha o Anteprojeto de 1974, a unidade do Direito obrigacional já é uma realidade no Brasil, no plano prático, pois o Código Comercial de 1850 preceitua, em seu art. 121, que, salvo as restrições esta-

belecidas, “as regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos mercantis”. Com o advento do Código Civil de 1916, dava-se prosseguimento à mesma linha unificadora, pela aplicação de seus preceitos às atividades negociais, sempre que não houvesse normas de natureza específica.

11. Restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, mas que, consoante ensinamento inesquecível de TEIXEIRA DE FREITAS, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um “Código de Direito Privado”.

12. Pois bem, se o Anteprojeto coincide, em parte, com os modelos suíço e italiano no que tange à unificação das obrigações, a sua ordenação da matéria obedece à orientação própria inconfundível, vinculada às mais gloriosas tradições de nosso Direito.

Deve-se, com efeito, recordar que, mais de quatro décadas antes do Código Civil alemão de 1900, o mais genial de nossos jurisconsultos, TEIXEIRA DE FREITAS, já firmara a tese de uma Parte Geral como elemento básico da sistemática do Direito privado. Obedece a esse critério a *Consolidação das Leis Cíveis*, de autoria daquele ínclito jurista, consoante texto aprovado pelo Governo Imperial de 1858. Não abandonam essa orientação as edições seguintes da Consolidação, as de 1865 e 1875, figurando, com roupagens científico-doutrinárias do mais alto alcance, no malogrado *Esboço* de Código Civil, ponto culminante na Dogmática Jurídica nacional.

Se lembrarmos que os Anteprojetos de Código Civil dos eminentes juristas FELICIO DOS SANTOS, de 1881, e

COELHO RODRIGUES, de 1893, conservam a Parte Geral no plano ordenador da matéria; e se, sobretudo, tivermos presente que a Parte Geral compõe e governa o sistema do Código Civil vigente, graças à lúcida colocação dos problemas feita por CLÓVIS BEVILÁQUA, facilmente se compreende por qual motivo a idéia de abandonar tão conspícuo valor de nossa tradição jurídica não favorecia a reforma programada em 1963/64.

Ora, basta a existência de uma Parte Geral para desfazer a increpação de que teríamos seguido o modelo italiano de 1942, o qual a não possui. Além do mais, no Código Civil peninsular figura toda a disciplina do Direito do Trabalho, que não integra o nosso Anteprojeto, por tratar-se prevalentemente de matéria de Direito público, equacionável segundo outros ditames e parâmetros.

Podemos dizer-se, por conseguinte, que a estrutura do Anteprojeto corresponde a um plano original, como desdobramento de uma diretriz que caracteriza e enobrece a experiência jurídica pátria, tanto no que se refere à Parte Geral, seguida de cinco livros especiais, como no concernente ao tratamento unitário dos institutos mais consolidados do Direito das Obrigações.

13. Não procede a alegação de que uma Parte Geral, como a do Código Civil alemão, ou do nosso, de 1916, não representa mais que uma experiência acadêmica de distínguos conceituais, como fruto tardio da pandectística do século passado. Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de *socialidade* e *concreção*, tal como se dá no presente Anteprojeto.

Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada *socialização do Direito* consiste na perda dos valores particu-

lares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da *concretude jurídica* reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o *individual ou o concreto* se balance e se dinamize com o *serial ou o coletivo*, numa unidade superior de sentido ético.

Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. Daí o cuidado em salvaguardar, nas distintas partes do Código, o sentido plástico e operacional das normas, conforme inicialmente assente como pressuposto metodológico comum, fazendo-se, para tal fim, as modificações e acréscimos que o confronto dos textos revela.

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais “in fieri”.

A estrutura do Código – e já se percebeu que quando emprego o termo estrutura não me refiro ao arcabouço extrínseco de suas normas, mas às normas mesmas na sua íntima e comple-

mentar unidade, ou à sua forma substancial e global – essa estrutura é, por conseguinte, baseada no propósito que anima a Ciência do Direito, tal como se configura em nossos dias, isto é, como ciência de experiência social concreta.

O PROBLEMA DA LINGUAGEM

14. O problema da linguagem do Anteprojeto preocupou, desde o início, os membros da Comissão, lembrados de que, quando da elaboração do Código de 1916, tais questões prevaleceram, como com sutil ironia foi sublinhado por CLÓVIS, numa preferência pela forma, “ em detrimento da matéria jurídica”.

Embora seja belo ideal a ser atingido – o da composição dos valores formais com os da técnica jurídica –, nem sempre será possível atendê-lo, não se podendo deixar de dar preferência, vez por outra, à linguagem do jurista, sempre vinculada a exigências inamovíveis de certeza e segurança.

Essa dificuldade cresce de ponto se se lembrar que o Anteprojeto conserva, imutáveis, centenas de dispositivos do Código Civil de 1916, onde o gênio de RUI BARBOSA esculpiu as configurações normativas segundo impecável estrutura idiomática. Coube-nos a tarefa ingrata de não destoar desse contexto, mas sem certos preciosismos inadmissíveis em nosso tempo.

O problema da linguagem é inseparável do conteúdo essencial daquilo que se quer comunicar, quando não se visa apenas a informar, mas também a fornecer modelos e diretivas de ação. A linguagem de um Código não se dirige a meros espectadores, mas se destina antes aos protagonistas prováveis da conduta regulada. Como o comportamento deles implicará sanções premiais ou punitivas, mister é que a beleza formal dos preceitos não comprometa a clareza e precisão daquilo que se enuncia e se exige.

Com essa compreensão da linguagem jurídica – e, consoante a atual Epistemologia, toda ciência é, no fun-

do, a sua própria e irrenunciável linguagem –, ver-se-á que, apesar de nosso propósito de elaborar uma legislação dotada de efetivo valor operacional, não descuidamos da forma. Procuramos, em última análise, preservar a beleza formal do Código de 1916, modelo insuperável da vernaculidade, reconhecendo que uma lei bela já é meio caminho andado para a comunicação da Justiça.

15. Intimamente ligado ao problema da linguagem é o da manutenção, no Anteprojeto, como já foi salientado, de centenas de artigos do Código Civil vigente.

Ao contrário do que poderia parecer, a um juízo superficial, o Código de 1916, não obstante ter mais de meio século de vigência, conserva intactas, no fundo e na forma, soluções dotadas de vitalidade atual, que seria erro substituir, só para atender ao desejo de uma redação “modernizada”.

A modernidade de um preceito não depende tão-somente da linguagem empregada, a não ser quando ocorrerem mutações semânticas, alterando a acepção original. Em casos que tais impunha-se a atualização do texto, e ela foi feita com critério e prudência. Fazer alteração numa regra jurídica, por longo tempo trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência, só se justifica quando postos em evidência os seus equívocos e deficiências, inclusive de ordem verbal, ou então, quando não mais compatíveis com as necessidades sociais presentes. De outra forma, a alteração gratuita das palavras poderia induzir, erroneamente, o intérprete a buscar um sentido novo que não estava nos propósitos do legislador.

Quanto às remissões de uns artigos a outros do Anteprojeto, preferiu-se fazê-lo tão-somente quando a compreensão do dispositivo o impunha, e não apenas em virtude da correlação da matéria. O problema das remissões é mais denso de conseqüências do que à primeira vista parece, inclusive quando se tem por fim determinar o sentido pleno dos dispositivos, correlacionando-os

logicamente com os de conotação complementar. Se o significado de um dispositivo legal depende da totalidade do ordenamento, essa exigência hermenêutica cresce de ponto, particularizando-se, quando o próprio legislador se refere a outros preceitos para a integração normativa. É a razão pela qual o legislador deve vincular, com a devida parcimônia, um artigo a outro, deixando essa tarefa à dinâmica criadora da doutrina, à luz dos fatos e valores emergentes.

Cumpre, por fim, ressaltar que, não obstante seus méritos expressivos, justamente louvados por sua correção e beleza de linguagem, não é menos certo, todavia, que o Código atual carece, às vezes, de rigor técnico-conceitual, sobretudo se examinado à luz das mais recentes conquistas da Teoria Geral do Direito.

Forçoso foi, por conseguinte, introduzir na sistemática do Código algumas distinções básicas, como, por exemplo, entre validade e eficácia dos atos jurídicos; resolução e rescisão dos contratos; ou entre ratificação e confirmação, e outros mais, que não são de mero alcance doutrinário, e muito menos acadêmico, por envolverem antes conseqüências práticas, sobretudo para mais segura interpretação e aplicação dos preceitos.

Ao terminar estas referências ao problema da linguagem, quero deixar assinalada a valiosa colaboração do Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, ao realizarmos a revisão final dos textos, visando à unidade expressional compatível com a diversidade das questões abrangidas pelo Código.

PARTE GERAL

16. Sendo esta Exposição de Motivos de caráter complementar, à vista das que constam dos Anteprojeto de 1972 e 1974, às quais peço vênias para me reportar, vou limitar-me a fixar os pontos capitais que distinguem a Parte Geral do Anteprojeto, em confronto com a legislação vigente.

Mais do que em qualquer outra parte do Código, vale, nesta, a verdade de que, em matéria de Direito Civil, as reformas mais aparatosas nem sempre são as de mais ricas conseqüências. É lícito dizer-se, parafraseando antiga parêmia, que uma pequena alteração normativa “maximas inducit consequentias juris”. Basta, com efeito, a dispensa de uma simples formalidade para favorecer o curso dos negócios e contribuir ao desafogo do foro; a simples conversão de um ato jurídico nulo em anulável é suficiente para alterar-se todo o sentido do ordenamento.

Por outro lado, atendendo aos já apontados imperativos técnicos da linguagem do Direito, é sobretudo na Parte Geral que, além de serem fixados os ângulos e parâmetros do sistema, se elegem os termos adequados às distintas configurações jurídicas, o que implicou rigorosa atualização do Código atual, onde não raro se empregam, indiscriminadamente, palavras que devem ter sentido técnico unívoco.

Tal orientação importou, desde logo, uma tomada de posição que se reflete no corpo todo do Projeto, quanto à delicada, mas não despicienda, necessidade de distinguir-se entre *validade* e *eficácia* dos atos jurídicos em geral, e dos negócios jurídicos em particular. Na terminologia do Anteprojecto, por validade se entende o complexo de requisitos ou valores formais que determina a vigência de um ato, por representar o seu elemento constitutivo, dada a sua conformação com uma norma jurídica em vigor, seja ela imperativa ou dispositiva. Já a *eficácia* dos atos se refere à produção dos efeitos, que podem existir ou não, sem prejuízo da validade, sendo certo que a incapacidade de produzir efeitos pode ser coeva da ocorrência do ato ou da estipulação do negócio, ou sobrevir em virtude de fatos e valores emergentes.

Quem analisar com cuidado a Parte Geral poderá notar o zelo e rigor com que se procurou determinar a matéria relativa à validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos, assim como a pertinente aos valores da pessoa e dos bens.

17. Relembradas essas diretrizes de ordem geral, será bastante focalizar alguns pontos mais relevantes da reforma, abstração feita de aperfeiçoamentos outros de ordem técnica ou dogmática, já apreciados por MOREIRA ALVES em exposições anteriores.

a) Substancial foi a alteração operada no concernente ao tormentoso *problema da capacidade* da pessoa física ou natural, tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios distintivos válidos entre incapacidade absoluta e relativa. Após sucessivas revisões chegou-se, afinal, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se entre “enfermidade ou retardamento mental” e “fraqueza da mente”, determinando aquela a incapacidade absoluta, e esta a relativa.

b) Ainda no concernente ao mesmo tema, reconhece-se a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade, ao mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes, não apenas os surdos mudos, mas todos “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”.

c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos *Direitos da personalidade*, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.

d) Como continuidade lógica das questões atinentes à pessoa, cuidou-se de regrar, na Parte Geral, a *ausência*, adotando-se critérios mais condizentes com as facilidades de comunicação e informação próprias de nosso tempo.

e) Tratamento novo foi dado ao tema *pessoas jurídicas*, um dos pontos em que o Código Civil atual se revela lacunoso e vacilante. Fundamental, por sua repercus-

são em todo sistema, é uma precisa distinção entre as pessoas jurídicas de fins não econômicos (associações e fundações) e as de escopo econômico (sociedade simples e sociedade empresária), aplicando-se a estas, no que couber, as disposições concernentes às associações. Revisto também foi todo capítulo relativo às fundações, restringindo-se sua destinação a fins religiosos, morais, culturais, ou de assistência.

f) Daí as regras disciplinadoras da vida associativa em geral, com disposições especiais sobre as causas e a forma de *exclusão de associados*, bem como quanto à *repressão do uso indevido da personalidade jurídica*, quando esta for desviada de seus objetivos socioeconômicos para a prática de atos ilícitos, ou abusivos.

g) Foram reformulados os dispositivos concernentes às *pessoas jurídicas de Direito Público* interno, inclusive para atender à situação dos Territórios, aos quais se não pode recusar aquela qualidade, quando a possuem os municípios que os integram. Os Territórios não são unidades político-administrativas dotadas de autonomia, mas devem ser considerados pessoas jurídicas de Direito Público, dada a extensão que tal conceito adquiriu no mundo contemporâneo, com o aparecimento de entidades outras como as autarquias, fundações de Direito Público etc.

h) Mais precisa discriminação dos *bens públicos*, cuja imprescriptibilidade foi mantida, inclusive quanto aos dominicais, mas com significativa ressalva do disposto em leis especiais, destinadas a salvaguardar os interesses da Fazenda, mas sem prejuízo de determinadas situações privadas merecedoras de amparo.

i) Atualização das normas referentes aos fatos jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos *negócios jurídicos*, com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade, fixadas, desse modo, as bases sobre que se assenta toda a parte relativa ao Direito das Obrigações. Nesse, como em outros pontos, procu-

ra-se obedecer a uma clara distinção entre validade e eficácia dos atos jurídicos, evitando-se os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu à feitura do Código de 1916.

j) As disposições relativas à *lesão enorme*, para considerar-se anulável o negócio jurídico pelo qual uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

l) Correlação mais harmônica entre a disciplina dos atos ilícitos e a parte do Direito das Obrigações pertinente à “responsabilidade civil”.

m) Maior distinção, sem perda do sentido de sua complementariedade, entre as normas pertinentes à *representação* e ao *mandato*, as deste transferidas para o Livro do Direito da Obrigações.

n) Foi atualizada, de maneira geral, a terminologia do Código vigente, a começar pelo superamento da obsoleta sinonímia entre “juridicidade” e “licitude”, por ser pacífico, na atual Teoria Geral do Direito, sobretudo a partir de HANS Kelsen, a tese de que não podem deixar de ser considerados “jurídicos” os atos que, embora ilícitos, produzem efeitos jurídicos. (Cfr. as considerações expendidas, sobre esse e outros problemas técnico-dogmáticos nas Exposições de Motivos de MOREIRA ALVES e do signatário, publicadas com o Anteprojeto de 1974).

o) Relevante alteração se fez no tocante ao *instituto da simulação*, que passa a acarretar a nulidade do negócio jurídico simulado, subsistindo o dissimulado, se válido for na substância e na forma.

p) Atendendo a justas ponderações, foi suprida relevante lacuna quanto à falta de determinação normativa da “*escritura pública*”, até agora regida por usos e costumes, que remontam às Ordenações do Reino, completados por disposições regulamentares. No Projeto foram compendiados os requisitos essenciais desse instrumento, a que os Códigos

gos e as leis se referem, sem que houvessem sido claramente fixadas as suas exigências formais, como meio fundamental de prova.

18. Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da *prescrição e decadência*, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.

Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela Política legislativa.

Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. *Prazos de prescrição*, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de *decadência* todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

19. Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltar. Trata-se de saber se prescreve a *ação* ou a *pretensão*. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos.

É claro que nas questões terminológicas pode haver certa margem de escolha opcional, mas o indispensável, num sistema de leis, é que, eleita uma via, se mantenha fidelidade ao sentido técnico e unívoco atribuído às palavras, o que se procurou satisfazer nas demais secções do Anteprojeto.

20. Finalmente, não posso deixar sem reparo a manutenção no Código Civil dos dispositivos referentes às pessoas e bens públicos.

Não há razão para considerar incabível a disciplina dessa matéria no

âmbito da Lei Civil. Não se trata de apego a uma concepção privatista do Direito Administrativo, que está bem longe das conhecidas posições do autor desta Exposição, mas reflete, antes de mais nada, a compreensão da Filosofia e Teoria Geral do Direito contemporâneo, as quais mantêm a distinção entre direito Público e Privado como duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica, considerando-os distintos, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis, e não duas categorias absolutas e estanques. Abstração feita, porém, desse pressuposto de ordem teórica, há que considerar outras razões não menos relevantes, que me limito a sumariar. A permanência dessa matéria no Código Civil, além de obedecer à linha tradicional de nosso Direito, explica-se:

1) Por ser grande número dos princípios e normas fixados na Parte Geral de larga aplicação nos domínios do Direito Público, em geral, e Administrativo, em particular, como o reconhece, entre tantos outros, o mestre GUIDO ZANOBINI, um dos mais ardorosos defensores da autonomia dogmática de sua disciplina (Cfr. "Novissimo Digesto Italiano", vol. V, pag. 788).

2) Por melhor se determinarem os conceitos de personalidade e bens públicos e privados, quando postos em confronto uns com os outros, dada a sua natural polaridade.

3) Por inexistir um Código de Direito Administrativo, ainda de incerta elaboração, sendo o Código Civil, sabidamente, a lei comum, que fixa os lineamentos lógico-normativos da experiência jurídica.

4) Por resultarem da disciplina feita várias conseqüências relevantes na sistemática do Código, a começar pela atribuição ao Território, erigido à dignidade de pessoa jurídica, de uma série de direitos antes conferidos à União.

5) Por serem aplicáveis as normas do Código Civil às entidades constituídas pelo Poder Público em função ou para os fins de seus serviços, sempre que a lei

que as instituir não lhes der ordenação especial, o que se harmoniza com o que determina o art. 170, § 2º da Constituição de 1969, segundo o qual “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas”.

PARTE ESPECIAL
LIVRO I
DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

21. Mantida, em linhas gerais, a sistematização da matéria proposta pelo ilustre Professor AGOSTINHO ALVIM, e por ele tão minuciosa e objetivamente fundamentada, apresenta a redação final do Projeto algumas modificações, resultantes da orientação seguida nas demais partes do sistema, bem como para acentuar a atendimento às já apontadas exigências de socialidade e concreção, em consonância com o imperativo da função social do contrato, “ad instar” do que se dá com o direito de propriedade.

Outras alterações resultaram do estudo de sugestões recebidas de órgãos representativos de diversos “campos de interesse”, como se dá, por exemplo, quanto ao contrato de empreitada. As reivindicações dos construtores foram atendidas, sem se deixar de salvaguardar, concomitantemente, os direitos dos proprietários. Este é, dentre muitos, um exemplo de como se procurou sempre compor os imperativos do bem individual com os do bem comum.

Observo, outrossim, que, em mais de um passo, o Projeto final integra em seu contexto algumas proposições normativas constantes dos Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e 1965, às vezes sem lhes alterar a redação, assim como adota outras soluções inspiradas nas mais recentes codificações ou reformas legislativas estrangeiras aplicáveis às nossas circunstâncias.

Não me posso alongar nas razões determinantes das modificações ou acréscimos propostos à legislação vigente, neste como nos demais Livros do An-

teprojeto, mas elas se explicam graças ao simples cotejo dos textos. Limito-me, pois, a lembrar os pontos fundamentais, sem ser necessário fazer referências minuciosas às *novas figuras contratuais* que vieram enriquecer o Direito das Obrigações, como os contratos de comissão, de agência e distribuição, corretagem, incorporação edilícia, transporte etc., aos quais foram dadas soluções inspiradas na experiência doutrinária e jurisprudencial brasileira, indo-se além dos conhecidos modelos das mais recentes codificações. Demonstração cabal de nosso cuidado em dotar o País de institutos reclamados pelo estado atual de nosso desenvolvimento está no fato de, ainda agora, já em terceira revisão do texto, acrescentarmos um conjunto de normas disciplinando “o contrato sobre documentos” de grande relevância sobretudo no comércio marítimo.

Por outro lado, firme consciência ética da realidade socioeconômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução eqüitativa, bem como as regras sobre resolução dos negócios jurídicos em virtude de *onerosidade excessiva*, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da “socialidade” do Direito.

Além disso, entendeu-se conveniente dar diversa configuração aos contratos aleatórios, nos quais não se prevê apenas a entrega de coisas futuras, mas toda e qualquer prestação que, por sua natureza ou convenção, possa importar risco, explicável em função da estrutura do negócio jurídico. O mesmo se diga quanto aos contratos preliminares ou os estipulados com pessoa a declarar.

22. Nesse contexto, bastará, por conseguinte, lembrar alguns outros pontos fundamentais, a saber:

a) Conservar a *sistemática atual*, pela disciplina das obrigações, a partir da discriminação de suas modalidades, uma das mais elegantes contribuições do di-

reito pátrio, não obstante indispensáveis complementos e retificações, desprezando-se a referência inicial ao sempre controvertido problema das fontes, e também em razão do já disciplinado na Parte Geral.

b) Harmonizar a matéria relativa ao *inadimplemento das obrigações* (Título IV do Livro I) com os demais artigos do Projeto que firmam novas diretrizes ético-sociais em matéria de responsabilidade civil.

c) Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

d) Atualizar e reordenar as disposições gerais concernentes à *compra e venda*, mantendo, sempre que possível, neste como em outros pontos do Projeto, uma rigorosa distinção entre *validade* e *eficácia* dos negócios jurídicos. No tocante à questão do preço, foi dada, por exemplo, maior flexibilidade aos preceitos, prevendo-se, tal como ocorre no plano do Direito Administrativo, a sua fixação mediante parâmetros. Não é indispensável que o preço seja sempre predeterminado, bastando que seja garantidamente determinável, de conformidade com crescentes exigências da vida contemporânea. Tal modo de ver se impõe, aliás, pela unidade da disciplina das atividades privadas, assente como base na codificação.

e) Prever, além da venda à vista de amostras, a que se realiza em função de *protótipos e modelos*.

f) Conferir ao *juiz poder moderador*, no que se refere às penalidades resultantes do inadimplemento dos contratos, como, por exemplo, nos de locação, sem-

pre que julgar excessiva a exigência do locador.

g) Incluir normas sobre *contratos de adesão*, visando a garantir o aderente perante o ofertante, dotado este de vantagens que sua posição superior lhe propicia.

h) Disciplinar a *locação de serviços* de maneira autônoma, em confronto com as regras pertinentes ao Direito do Trabalho, prevendo-se, entre outros, os casos em que se deverá considerar exigível a retribuição devida a quem prestar os serviços, embora sem título de habilitação, com benefício real para a outra parte.

i) No capítulo relativo à *empreitada*, estabelecer disposições mais adequadas às exigências tecnológicas hodiernas, de modo a atender às finalidades sociais do contrato e às relações de equilíbrio que devem existir entre o dono da obra, o projetista e o construtor, tais como revelado pela experiência dos últimos anos.

Por outro lado, os contratos de construção põem problemas novos, como os concernentes aos direitos e deveres do *projetista*, distintos dos do construtor, superando-se, desse modo, sentida lacuna do Código atual. Também neste capítulo, como nos demais, foi dada especial atenção aos casos de excessiva onerosidade, prevendo-se regras capazes de restabelecer o equilíbrio dos interesses em conflito, segundo critérios práticos para a sua solução. Embora se pudesse considerar tal matéria implícita nos preceitos relativos à “resolução dos contratos por onerosidade excessiva”, atendeu-se a algumas particularidades da matéria no âmbito do negócio de empreitada.

j) Dar novo tratamento ao *contrato de seguros* claramente distinto em “*seguro de pessoa*” e “*seguro de dano*”, tendo sido aproveitadas, nesse ponto, as sugestões oferecidas pelo Prof. FABIO KONDER COMPARATO, conforme estudo anexado ao citado ofício de 9 de novembro de 1970. Nesse, como nos demais casos, procura o projeto preservar a situação do segurado, sem prejuízo da certeza e segurança indispensáveis a tal tipo de negócio.

l) Disciplinar o *contrato de transporte* que tem existido entre nós como simples contrato inominado, com base em normas esparsas. A solução normativa oferecida resulta dessa experiência, à luz dos modelos vigentes em outros países, com precisa distinção entre transporte de pessoas e transporte de coisas.

m) Disciplinar, com a devida amplitude e precisão, a matéria relativa ao contrato de incorporação de edifícios em condomínio, que se preferiu denominar contrato de “incorporação edilícia”, discriminando as responsabilidades do incorporador, do construtor e de quantos participam do referido negócio.

n) Adotar as disposições sobre contratos bancários, salvo modificação de redação e alguns elementos complementares, constantes do Projeto de Código de Obrigações de 1965.

o) Dar à disciplina geral dos títulos de crédito um tratamento mais amplo, conforme sugestões oferecidas pelo Professor MAURO BRANDÃO LOPES, cujo anteprojeto e respectiva Exposição de Motivos foram anexados ao ofício supra-referido.

p) Novo enfoque dado à matéria de responsabilidade civil, não só pela amplitude dispensada ao conceito de dano, para abranger o dano moral, mas também por se procurar situar, com o devido equilíbrio, o problema da responsabilidade objetiva.

q) Disciplina da venda com reserva de domínio, cuja regulamentação no Código de Processo Civil mistura textos de direito substantivo com os de direito adjetivo.

r) Alteração substancial no Título pertinente aos atos unilaterais, por entender-se, consoante sistematização proposta por AGOSTINHO ALVIM, que entre as obrigações originárias da declaração unilateral da vontade devem figurar a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa.

s) Aceitação da revalorização da moeda nas dívidas de valor, mas proibição de cláusulas de correção mone-

tária nos demais casos, com expressa ressalva, porém, da validade da estipulação que prevê aumentos progressivos no caso de serem sucessivas as prestações.

t) Reformulação do contrato com pessoa a nomear, para dar-lhe maior aplicação e amplitude, enquanto que, no Anteprojeto anterior, ficara preso, segundo o modelo do Código Civil italiano de 1942, ao fato de já existir a pessoa no ato de conclusão do contrato.

u) Limitação do poder de denúncia unilateral dos contratos por tempo indeterminado, quando exigidos da outra parte investimentos de vulto, pressupondo ela poder dispor de prazo razoável, compatível com as despesas feitas. Esta sugestão, por mim feita e acolhida pela Comissão, é um dos tantos exemplos da preocupação que tivemos no sentido de coarctar os abusos do poder econômico.

v) Inclusão, entre os casos de preempção ou preferência, de norma aplicável quando o Poder Público não der à coisa expropriada o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos.

x) Reformulação do contrato de agência e distribuição para atender à LEI especial que disciplina a matéria sob o título impróprio de “representação comercial”. As ponderações feitas pelos interessados foram levadas na devida conta, o que vem, mais uma vez, confirmar a diretriz seguida no sentido de se procurar sempre a solução normativa mais adequada aos distintos campos de atividade, conciliando-se os interesses das categorias profissionais com as exigências da coletividade.

y) A idênticos propósitos obedeceu a revisão do contrato de transporte, que também não pode dispensar a existência de LEI especial, em virtude de problemas conexos de Direito Administrativo ou Tributário. Isto não obstante, a Comissão acolheu várias sugestões recebidas, visando a dar maior certeza a esse tipo de contrato, de modo a amparar os interesses dos transportadores e os dos usuários.

z) E, finalmente, para dar mais um exemplo do cunho de “socialidade” ou “justiça social” que presidiu a elaboração do Projeto, em todas as suas fases, destaco a nova redação do preceito que fixa a medida das indenizações: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

23. O método de submeter os Anteprojetos à aferição pública, ouvidas as categorias profissionais, possibilitou a revisão dos textos “in concreto”, assim como revelou imperfeições e lacunas no que se refere a determinados problemas postos pela unificação do Direito das Obrigações.

Verificada a inexistência de disposições capazes de atender a certos aspectos da atividade negocial, houve sugestões no sentido de se acrescentarem regras especiais sobre mandato ou depósito mercantis, como tipos autônomos de contrato, a fim de satisfazer a exigências da vida comercial ou empresária. Examinando detidamente a matéria, cheguei à conclusão, compartilhada pelos demais companheiros de trabalho, de que o que se impunha era antes a revisão daqueles e outros institutos, enriquecendo-se o Anteprojeto com normas capazes de resolver questões que não podem, efetivamente, deixar de ser contempladas, uma vez fixada a diretriz unificadora do Direito das Obrigações. A essa luz, o *mandato* ou *depósito* passaram a ser disciplinados sob o duplo aspecto de sua gratuidade ou onerosidade, segundo sejam exercidos ou não em virtude de atividade profissional e para fins de lucro. Nessa obra integradora ainda se revelaram, por sinal, de plena atualidade as disposições do nosso Código de Comércio de 1850.

O mesmo se diga quanto aos preceitos que, no Projeto definitivo, vieram disciplinar a questão do *lugar da tradição da coisa vendida*. Desse modo, em função dos ditames da experiência, completou-se a obra de integração das relações obrigacionais, sem perda de seu sentido unitário e de suas naturais distinções.

LIVRO II DA ATIVIDADE NEGOCIAL

24. Como já foi ponderado, do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela *empresa*, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas habituais de *atividade negocial*, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos:

1) do *pequeno empresário*, caracterizado pela natureza artesanal da atividade, ou a predominância do trabalho próprio, ou de familiares, em relação ao capital.

2) dos que exercem *profissão intelectual* de natureza científica, literária, ou artística, ainda que se organizem para tal fim.

3) do *empresário rural*, ao qual, porém, se faculta a inscrição no Registro das Empresas, para se subordinar às normas que regem a atividade empresária como tal.

4) da *sociedade simples*, cujo escopo é a realização de operações econômicas de natureza não empresarial. Como tal, não se vincula ao Registro das Empresas, mas sim ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Note-se, outrossim, que uma atividade de fins econômicos, mas não empresária, não se subordina às normas relativas ao “empresário”, ainda que se constitua segundo uma das formas previstas para a “sociedade empresária”, salvo se por ações.

Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de servi-

ços; o escopo de lucro ou o resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, *empresa* e *estabelecimento* são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são “os titulares da empresa”.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, “a unidade econômica de produção”, ou “a atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais “estabelecimentos”, os quais são complexos de bens ou “bens coletivos” que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de per si, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Destarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de “ato de comércio”, é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de “fundo de comércio” cede lugar à de “estabelecimento”. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de “fundo de comércio” é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, “que é o corpo de um organismo vivo”, “todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção.” (“La Théorie des Obligations”, Paris, 1967, pag. 124).

Disciplina especial recebem, no Projeto, os “titulares da empresa”, que podem ser tanto uma pessoa física (*o empresário*) como uma pessoa jurídica (*a sociedade empresária*).

Fixados esses pressupostos para a disciplina de todos os tipos de sociedade, fica superada de vez a categoria imprópria, ora vigente, de “sociedade civil de fins econômicos”, pois, no âmbito do Código Civil unificado, são *civis* tanto as associações como as sociedades, qual-

quer que seja a forma destas. Distinguem-se apenas as sociedades em *simples* ou *empresárias*, de conformidade com o objetivo econômico que tenham em vista e o modo de seu exercício.

25. Reportando-me à ampla exposição feita pelo ilustre Professor SYLVIO MARCONDES, bastará, penso eu, para ter-se uma idéia geral do Anteprojeto – objetivo que me move neste trabalho –, salientar mais os seguintes tópicos:

a) Revisão dos *tipos tradicionais de sociedade*, para configurá-los com melhor técnica, em função das características que a atividade negocial, em geral, e a empresária, em particular, assume no mundo contemporâneo.

b) Fixação dos *princípios* que governam todas as formas de vida societária, em complementariedade ao já estabelecido, na Parte Geral, quanto às associações.

c) Com a instituição da *sociedade simples*, cria-se um modelo jurídico capaz de dar abrigo ao amplo espectro das atividades de fins econômicos não empresariais, com disposições de valor supletivo para todos os tipos de sociedade.

d) Minucioso tratamento dispensado à *sociedade limitada*, destinada a desempenhar função cada vez mais relevante no setor empresarial, sobretudo em virtude das transformações por que vêm passando as sociedades anônimas, a ponto de requererem estas a edição de lei especial, por sua direta vinculação com a política financeira do País.

Nessa linha de idéia, foi revista a matéria, prevendo-se a constituição de entidades de maior porte do que as atualmente existentes, facultando-se-lhes a constituição de órgãos complementares de administração, como o Conselho Fiscal, com responsabilidades expressas, sendo fixados com mais amplitude os poderes da assembléia dos sócios.

e) Fixação, em termos gerais, das normas caracterizadoras das *sociedades anônimas e das cooperativas*, para ressalva de sua integração no sistema do Código Civil, embora disciplinadas em lei especial.

f) Capítulo próprio destinado ao delicado e momentoso problema das *sociiedades ligadas*, distintas em controladas, filiadas e de simples participação, correspondendo a cada uma dessas categorias estatuições e exigências diversas, sobretudo no que se refere à obrigação ou não de publicação de balanços consolidados, patrimonial e de resultado econômico.

g) Normas atualizadas sobre o processo de *liquidação das sociedades*, para pôr termo às delongas e erosões que caracterizam, hoje em dia, essa fase sempre crítica, quando não tormentosa, da vida societária.

h) Idem quanto aos processos de *transformação, incorporação e fusão* das sociedades.

i) Disciplina das sociedades dependentes de *autorização*, quer nacionais, quer estrangeiras, com o que se preenche grave lacuna na legislação vigente.

j) Determinação das notas distintivas do *“estabelecimento”*, que, como já foi frisado, representa o instrumento ou meio de ação da empresa.

l) Disposições especiais estabelecendo, com a devida prudência, as exigências mínimas a que estão obrigados todos os empresários e sociedades empresárias em sua escrituração.

m) Atualização, nesse sentido, do *sistema de contabilidade*, com a permissão de processos mecanizados ou eletrônicos, o que foi alvo de referências economiásticas por autores estrangeiros que trataram do assunto.

n) Elaboração de outros institutos complementares sobre *Registro, Nome e Preposição*, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento de nossa vida empresarial.

LIVRO III DO DIREITO DAS COISAS

26. Demonstração cabal da objetividade crítica, com que sempre procurou se conduzir na feitura do Anteprojeto, deu-a a Comissão ao restabelecer o art. 485 do

Código Civil atual em matéria de posse, não só para atender às objeções suscitadas pelo novo texto proposto, mas também para salvaguardar o cabedal da valiosa construção doutrinária e jurisprudencial resultante de mais de meio século de aplicação.

Nos demais pontos foi mantida, porém, a orientação do Anteprojeto, o qual efetivamente dá contornos mais precisos e práticos a várias disposições sobre posse, inspirando-se na experiência das últimas décadas.

A atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas sim imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna.

Por essa razão, o Anteprojeto, tanto sob o ponto de vista técnico, quanto pelo conteúdo de seus preceitos, inspira-se na compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, que, longe de se conflitarem, devem se completar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da Ciência Jurídica contemporânea.

Bastará, nesse sentido, atentar para o que o Anteprojeto dispõe sobre o exercício do direito de propriedade; o usucapião; os direitos de vizinhança, ou os limites traçados aos direitos dos credores hipotecários ou pignoratícios, para verificar-se como é possível satisfazer aos superiores interesses coletivos com salvaguarda dos direitos individuais.

27. Em complemento às considerações expendidas pelo ilustre professor EBERT VIANNA CHAMOUN, nas publicações anteriores, vou focalizar apenas alguns aspectos mais salientes da reforma:

a) Em primeiro lugar, a substancial alteração feita na enumeração taxativa dos direitos reais, entre eles se incluindo a superfície e o direito do promitente comprador do imóvel.

b) O reconhecimento do direito de propriedade, que deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de tal modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

c) O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Nesse caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para transcrição do imóvel em nome dos possuidores. Trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também *novo conceito de posse*, que se poderia qualificar como sendo de *posse-trabalho*, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu “Conselho Administrativo”.

Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevân-

cia dos interesse sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição.

Vale notar que, nessa hipótese, abre-se, nos domínios do Direito, uma via nova de desapropriação que se não deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que se contém na espécie analisada.

d) As mesmas razões determinantes do dispositivo supra mencionado levaram a Comissão a reduzir para quinze anos o *usucapião extraordinário* se, durante esse tempo, o possuidor, houver pago os impostos relativos ao prédio, construindo no mesmo a sua morada ou realizando obras ou serviços de caráter produtivo. Pareceu mais conforme aos ditames sociais situar o problema em termos de “*posse trabalho*”, que se manifesta através de obras e serviços realizados pelo possuidor. O mero pagamento de tributos, máxime num país com áreas tão raramente povoadas, poderia propiciar direitos a quem se não encontre em situação efetivamente merecedora do amparo legal.

e) O mesmo se diga no concernente ao dispositivo que reduz a cinco anos o *usucapião fundado em justo título* e boa-fé, quando o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro de imóveis.

f) Por ter-se reconhecido o Território como pessoa jurídica de Direito Público interno, passam os *imóveis urbanos abandonados* a caber aos respectivos Municípios, tal como se dá quando estes integram os Estados. Exceção a essa regra geral é relativa a *imóvel rústico abandonado*, pois, nesse caso, é natural que seja destinado à União para fins de política agrária.

g) A fim de dirimir dúvidas que têm causado graves danos, outorga-se ao proprietário do solo o direito de *explorar recursos minerais* de reduzido valor, independente de autorização “in casu”, salvo o disposto em lei especial.

h) Tendo sido firmado o princípio da enumeração taxativa dos direitos reais foi mister atender à chamada “*concessão de uso*”, tal como já se acha em vigor, “*ex vi*” do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre loteamento urbano. Trata-se de inovação recente de legislação pátria, mas com larga e benéfica aplicação. Como a lei estende a “concessão de uso” às relações entre particulares, não pode o Projeto deixar de contemplar a espécie. Consoante justa ponderação de JOSÉ CARLOS DE MOREIRA ALVES, a “migração” desse modelo jurídico, que passou da esfera do Direito Administrativo para a do Direito Privado, veio restabelecer, sob novo enfoque, o antigo instituto da *superfície*.

i) Na mesma linha de idéias, foram reexaminadas algumas questões pertinentes ao *direito de vizinhança*, encontrando-se nova solução para o delicado problema das construções erguidas em terreno limítrofe, caso em que é mister conciliar o direito do proprietário, que sofreu a invasão, com o valor intrínseco do que se edificou. Pelas normas adotadas, o acréscimo, resultante da utilização da área ocupada, passa, em determinadas hipóteses, a ser computado no cálculo da indenização devida, distinguindo-se, outrossim, entre invasão de boa ou de má-fé. Pode dizer-se que, desse modo, se faz um “balanço de bens”, compondo-se o direito individual de propriedade com o valor econômico do que se construiu.

j) Fundamentais foram também as alterações introduzidas no instituto que no Projeto recebeu o nome de “*condomínio edilício*”. Este termo mereceu reparos, apodado que foi de “barbarismo inútil”, quando, na realidade, vem de puríssima fonte latina, e é o que melhor corresponde à natureza do instituto, mal caracterizado pelas expressões “condomínio horizontal”, “condomínio especial”, ou “condomínio em edifício”. Na realidade, é um condomínio que se constitui, objetivamente, *como resultado do ato de edificação*, sendo, por tais motivos, de-

nominado “edilício”. Esta palavra vem de “*aedilici (um)*”, que não se refere apenas ao edil, consoante foi alegado, mas, como ensina o Mestre F. R. SANTOS SA-RAIVA, também às suas atribuições, dentre as quais sobrelevava a de fiscalizar as construções públicas e particulares.

A doutrina tem salientado que a disciplina dessa espécie de condomínio surgiu, de início, vinculada à pessoa dos condôminos (*concepção subjetiva*) dando-se ênfase ao que há de comum no edifício, para, depois, evoluir no sentido de uma *concepção objetiva*, na qual prevalece o valor da *unidade autônoma*, em virtude da qual o condomínio se instaura, numa relação de meio a fim. Donde ser necessário distinguir, de maneira objetiva, entre os atos de *instituição* e os de *constituição* do condomínio, tal como se configura no Projeto. Para expressar essa nova realidade institucional é que se emprega o termo “condomínio edilício”, designação que se tornou de uso corrente na linguagem jurídica italiana, que, consoante lição de RUI BARBOSA, é a que mais guarda relação com a nossa. Esta, como outras questões de linguagem, devem ser resolvidas em função das necessidades técnicas da Ciência Jurídica, e não apenas à luz de critérios puramente gramaticais.

Ainda no concernente a essa matéria, apesar de expressa remissão à lei especial, entendeu-se de bom alvitre incluir no Código alguns dispositivos regrando os direitos e deveres dos condôminos, bem como a competência das assembléias e dos síndicos.

l) De grande alcance prático é o instituto da *propriedade fiduciária*, disciplinado consoante proposta feita pelo Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, que acolheu sugestões recebidas do Banco Central do Brasil e analisou cuidadosamente ponderações feitas por entidades de classe. Passou a ser considerada constituída a propriedade fiduciária com o arquivamento, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, do contrato celebrado por instrumento público ou

particular, que lhe serve de título. Note-se que, em se tratando de veículos, além desse registro, exige-se o arquivamento do contrato na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de propriedade.

Os demais artigos, embora de maneira sucinta, compõem o essencial para a caracterização da propriedade fiduciária, de modo a permitir sua aplicação diversificada e garantida no mundo dos negócios.

m) A igual exigência de certeza jurídica obedece a disposição segundo a qual o *penhor de veículos* se constitui mediante instrumento público ou particular, também inscrito no Registro de Títulos e Documentos, com a devida anotação no certificado de propriedade.

n) Relativamente à proposta feita no sentido de se incluir no Código a normação das *letras hipotecárias*, entendeu a Comissão preferível deixar o assunto para a *lei aditiva*, tal como está previsto no Projeto. O mesmo deverá ocorrer, aliás, com as cédulas rurais pignoratícias, ou as de penhor industrial ou mercantil.

o) Foi mantida entre os direitos reais de garantia a *antecrese*, mas devidamente atualizada e suscetível de servir como modelo jurídico de aplicação prática.

p) Atualizado foi o *instituto da hipoteca*, acolhendo-se valiosas propostas feitas pelo Prof. CLOVIS DO COUTO E SILVA, consoante por mim lembrado na Exposição que acompanha o Anteprojeto de 1972.

q) Finalmente, não se manteve o instituto da *enfiteuse* no que se refere aos bens particulares.

LIVRO IV DO DIREITO DE FAMÍLIA

28. A Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, como já se terá notado, não obstante o seu constante empenho em adequar a lei civil às exigências de nosso tempo, sempre preferiu preservar a estrutura da ora em

vigor, enriquecendo os seus títulos com novos institutos e figuras.

No caso, porém, do Direito de Família, deu-se razão ao Professor COUTO E SILVA no sentido de se destinar um Título para reger o *direito pessoal*, e outro para disciplina do *direito patrimonial* de família. Na realidade é esse o Livro do Código atual que mais se ressentiu de falta de harmonia sistemática, nem sempre se sucedendo os capítulos segundo rigoroso desdobramento lógico. Todavia, os dispositivos referentes à tutela e à curatela compõem um Título à parte, tal a correlação que, nesses institutos, existe entre os aspectos pessoais e patrimoniais.

29. No que se refere ao conteúdo dos dispositivos, como era de se esperar, a parte relativa ao Direito de Família foi a que mais suscitou divergências e críticas, resultantes, quase sempre, de falha interpretação dos textos, inclusive pelo vício de se analisar um artigo sem situá-lo na totalidade do sistema.

Observe-se, desde logo, que algumas disposições foram alvo de críticas antagônicas, uns entendendo que a Comissão assumira uma posição retrógrada, mesmo em confronto com a legislação vigente, enquanto que outros a condenavam por desmedidos excessos...

Tais contradições da crítica ocorreram especialmente no que se refere à posição dos cônjuges, parecendo aos tradicionalistas um grave erro o abandono da natural preeminência que deveria ser assegurada ao marido, a cobro de qualquer contraste; em franco contraste, pois, com os defensores da absoluta igualdade entre os esposos, a ponto de condenarem quaisquer disposições tendentes a proteger a mulher no seio da família.

Entre esses dois extremos situa-se o Anteprojeto, que põe termo ao “poder marital”, pois não se pode dizer que este subsista só pelo fato de caber ao marido a direção da sociedade conjugal, visto como ele só poderá exercer com a colaboração da mulher, no interesse do casal e do filho.

Além do mais, essa direção sofre limitações expressas, conforme resulta da análise conjunta das seguintes diretivas:

1) As questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. A mulher, em suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira –consoante posição que lhe atribui a lei vigente – para passar a ter “*poder de decisão*”, conjuntamente com o esposo.

2) Prevalecem as decisões tomadas pelo marido, em havendo divergência, mas fica ressalvada à mulher a faculdade de recorrer ao juiz, desde que não se trate de matéria personalíssima.

3) O domicílio do casal é escolhido por ambos os cônjuges, e não apenas pelo marido, como dispõe o Código atual, que se limita a conferir à mulher a faculdade de recorrer ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique, de conformidade com a redação dada ao seu art. 233 pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

4) Pode a mulher, assim como o marido, ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

5) O exercício do pátrio poder compete a ambos os cônjuges, com a mesma configuração jurídica consagrada pela lei atual.

6) Cabe à mulher, como norma geral, a administração dos bens próprios.

Posta essa questão nos seus devidos termos, outras alterações introduzidas no Livro IV merecem referência, a começar pelas duas omissões que efetivamente não se justificavam, uma no tocante à proibição de casamento do adúltero com o seu cônjuge por tal condenado; a outra relativa à possibilidade de dispensa de prazo para que possa a viúva contrair novas núpcias, em se verificando ocorrência de gravidez.

30. Abstração feita dessas duas lacunas,

que resultaram de lapso na transposição de artigos, parece-me bastante salientar mais alguns pontos, pois não caberia repetir o que se acha minuciosamente exposto na Exposição de Motivos Complementar do Prof. CLOVIS DO COUTO E SILVA, ao Anteprojeto de 1974:

a) As normas sobre o registro civil do *casamento religioso*, de conformidade com o que dispõe a Constituição, com os corolários indispensáveis para se por termo aos abusos que ora se praticam.

b) Nova disciplina dada à matéria de *invalidade do casamento*. Segundo a nova sistemática, que corresponde melhor à natureza das coisas, além de ser *nulo de pleno direito* o casamento realizado com infringência de qualquer impedimento, tal como já o declara o Código atual (arts. 183, I a VII e 207), também o será quando convida civil. Todas as demais hipóteses passam a constituir *motivo de anulação*, como se dá no caso de falta de idade mínima para casar; se o casamento for do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; ou se incompetente a autoridade celebrante.

c) Considerar *erro essencial*, quanto à pessoa do outro cônjuge, a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave, incurável e que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, caso em que o casamento pode ser anulado.

d) Elevação para quatro anos do prazo de decadência para anulação do casamento em virtude de *coação*.

e) Revisão dos preceitos pertinentes à contestação, pelo marido, da *legitimidade do filho* nascido de sua mulher, ajustando-os à jurisprudência dominante.

f) Direito reconhecido à mulher de retomar seu *nome de solteira*, se condenado o marido na ação de desquite.

g) Previsão da hipótese de *separação ininterrupta do casal*, por mais de cinco anos, para equipará-la ao desquite, tão-somente para fim de reconhecimento dos filhos adúlterinos.

h) Se não houver acordo entre os pais no tocante à autorização para o *casamento de filho menor de vinte e um anos*, prevalecerá a opinião do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução de divergência em questões essenciais, *ad instar* do que já dispõe o Projeto sobre a direção da sociedade conjugal, ou o exercício do pátrio poder.

i) Exigência de ação direta para *decretação da nulidade do casamento*.

j) A obrigação de ambos os cônjuges, quando casados no regime de separação, de *contribuir para as despesas do casal* na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

l) Nova disciplina do *instituto da adoção*, distinta em “adoção plena” e “adoção restrita”, de sorte a permitir atendimento de situações distintas, prevenindo-se, no primeiro caso, a plena integração do adotado na família do adotante.

m) Homologação pelo juiz da escritura que institui a *adoção restrita*, reconhecendo-se que a dispensa de homologação poderia dar lugar a abusos.

n) Estabelecer, como regime legal, o da *comunhão parcial com comunhão de aqüestos*, de conformidade com o que vinha sendo insistentemente reclamado pela doutrina. Facilita-se, todavia, a adoção do regime da comunhão universal mediante simples declaração dos nubentes, no ato de casar, desde que devidamente tomada por termo.

o) Sob a denominação de “*regime de participação final nos aqüestos*”, para distingui-lo do regime de comunhão parcial, que implica aquela participação desde a celebração do casamento, prevê-se um novo regime de bens que poderá atender a situações especiais, tal como se verifica nas Nações que vão atingindo maior grau de desenvolvimento, sendo freqüente o caso de ambos os cônjuges exercerem atividades empresariais distintas.

p) Disciplina da *prestação de alimentos* segundo novo espírito, abandonando

o rígido critério da mera garantia de meios de subsistência.

q) Manter a instituição do *bem de família*, mas de modo a torná-lo suscetível de realizar efetivamente a alta função social que o inspira, inclusive de uma forma que, a meu ver, substitui, com vantagem, as soluções até agora oferecidas no Brasil ou no estrangeiro, prevenindo-se a formação de um patrimônio separado cuja renda se destine a efetiva salvaguarda da família.

r) Revisão das normas relativas à *tutela*, a fim de melhor disciplinar a competência do tutor, tornando-a mais condizente com a realidade.

s) Nova discriminação dos casos de *curatela*, em consonância com a disposição da Parte Geral sobre incapacidade relativa, acrescentando-se a hipótese de curatela do enfermo ou portador de deficiência física.

t) Transferência para lei especial da disciplina das *relações patrimoniais entre concubinos*, a fim de que possam ser considerados outros aspectos da questão, inclusive em termos de sociedade de fato, consoante vem sendo elaborado pela jurisprudência.

31. Antes de concluir estas notas sobre Direito de Família, cabe lembrar que se estranhou houvesse sido previsto um “regime de participação final dos aqüestos”, não correspondente a nenhum modelo alienígena. Trata-se, efetivamente, de contribuição original, que tem alguns pontos de contato com o estabelecido pela Lei que entrou em vigor em Quebec, em julho de 1970. Na Exposição de Motivos ministerial que precede este documento legal, é dito que esse novo regime “quer expressar uma realidade profunda: dois seres, que se unem pelo casamento, contribuem, através dos dias, cada um a seu modo, em forma diferente, à acumulação, salvaguarda e acréscimo do patrimônio familiar. Parece, portanto, justo e eqüitativo que, ao terminar a associação conjugal, os cônjuges possam, na ausência de convenções expressas em contrário, dividir em dois o que houverem adquirido juntos”. Não

obstante a diferença entre os dois modelos, tais palavras servem de fundamento ao que se disciplina no Anteprojeto.

Essa e outras contribuições, sem se olvidar as de natureza sistemática, como a rigorosa distinção do Direito de Família em *pessoal e patrimonial*, demonstram que o Livro IV do Anteprojeto foi elaborado não só com ciência, mas também com plena consciência do valor social e espiritual da instituição da família, que constitui a base inamovível dos valores mais altos da comunidade.

LIVRO V DO DIREITO DAS SUCESSÕES

32. As modificações operadas no Direito de Família implicaram correspondentes alterações no Direito das Sucessões, cujos dispositivos foram também revisados para atender a lacuna e deficiência do Código Civil atual, apontadas pela doutrina e a jurisprudência.

Com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aqüestos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o *cônjuge* a ser considerado *herdeiro necessário*, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto.

Por outro lado, havia necessidade de superar-se o individualismo que norteia a legislação vigente em matéria de *direito de testar*, excluindo-se a possibilidade de ser livremente imposta a cláusula de inalienabilidade à legítima. É, todavia, permitida essa cláusula se houver *justa causa* devidamente expressa no

testamento. Aliás, a exigência de justa causa, em tais casos, era da tradição do Direito pátrio, antes do sistema do Código vigente.

33. Relembrados esses pontos capitais, reporto-me à Exposição de Motivos do ilustre Professor TORQUATO CASTRO, limitando-me a salientar mais os seguintes aspectos não menos relevantes da reforma:

a) Mais precisa determinação do valor da *aceitação* e da *renúncia* da herança.

b) Legitimação para suceder, no tocante ao *nasciturus conceptus* e *nondum conceptus*, estabelecendo-se prazo razoável para a consolidação da herança.

c) *Disciplina da herança*, enquanto indivisível, extremado-se as normas materiais das de natureza processual.

d) Maior amparo aos *filhos ilegítimos*, aos quais tocarão dois terços da herança cabível a cada um dos legítimos.

e) Novas normas no que se refere à *situação do filho adotivo* e do adotado, conforme se trate de adoção plena ou restrita, quer em relação aos seus ascendentes naturais, quer no tocante à pessoa do adotante.

f) Reexame das disposições relativas ao *problema da colação* e redução das liberalidades feitas em vida pelo autor da herança, em virtude do princípio da intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários.

g) Simplificação, em geral, dos *atos de testar*, sem perda, todavia, dos valores de certeza e segurança.

h) Melhor sistematização dos preceitos concernentes ao *direito de crescer* entre herdeiros e legatários.

i) A declaração de que o *testamento* é ato personalíssimo, suscetível de ser revogado a qualquer tempo, numa fórmula concisa que evita a tão discutida definição contida no Código Civil vigente.

j) Revisão das disposições relativas ao *testamento cerrado*, para admitir possa ser feito por outra pessoa, a rogo do testador.

l) Manter os preceitos do Código atual relativos aos requisitos essenciais do *testamento particular*, mas declarando que,

para a sua confirmação, serão suficientes duas testemunhas contestes.

m) Revisão do instituto do *fideicomisso*, inclusive prevendo-se o caso de sua conversão em *usufruto*.

n) O novo tratamento dado à *arrecadação de herança jacente*, bem como à declaração de sua vacância, para atender ao disposto no novo Código de Processo Civil.

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

34. Breve referência desejo fazer a esta parte final do Projeto na qual, de maneira concisa, evitando-se enumeração casuística, se estabelecem as normas que devem presidir a passagem da antiga para a nova lei.

Nesse sentido, foi considerado de bom alvitre ressaltar a vigência das leis especiais relativas à locação de prédios urbanos, bem como a das disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis, cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados ao novo Código.

Por outro lado, declarou-se proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, regendo-se as ainda existentes pelas disposições do antigo Código, até que por outra forma se discipline a matéria.

35. São essas, Senhor Ministro, as considerações complementares com que submeto à alta apreciação de Vossa Excelência o texto revisto do Anteprojeto, esperando que o Governo da República haja

por bem submetê-lo à alta apreciação do Congresso Nacional.

Ao fazer a entrega deste trabalho de equipe, ao qual foram incorporadas valiosas contribuições oriundas das mais variadas fontes do sentir e do saber da comunidade brasileira, conforta-me, bem como aos demais companheiros, a consciência de termos agido com serena objetividade, procurando harmonizar, de maneira concreta e dinâmica, as idéias universais do Direito com as que distinguem e dignificam a cultura nacional; os princípios teóricos com as exigências de ordem prática; a salvaguarda dos valores do indivíduo e da pessoa com os imperativos da solidariedade social; os progressos da ciência e da técnica com os bens que se preservam ao calor da tradição.

Quero, por fim, consignar os agradecimentos dos membros da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil ao ilustre Presidente ERNESTO GEISEL e a Vossa Excelência, por nos terem confirmado na incumbência anteriormente recebida, de elaborar a lei básica das relações privadas, numa demonstração de confiança que constitui a melhor paga de quase seis anos de tão grandes preocupações quanto de aturados estudos e pesquisas.

Muito cordialmente

São Paulo, 16 de Janeiro de 1975

MIGUEL REALE

Supervisor da Comissão Revisora e
Elaboradora e do Código Civil.

**Mensagem Nº 160, de 10 de Junho de 1975,
encaminhada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente
da República Ernesto Geisel
(Segue anexa Exposição de Motivos do Senhor Ministro de
Estado da Justiça Doutor Armando Falcão).**

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES
MEMBROS DO CONGRESSO
NACIONAL:

Nos termos do artigo 56 da Constituição, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposições de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça e do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o anexo projeto de lei que institui o Código Civil.

Brasília, em 10 de junho de 1975 –
ERNESTO GEISEL

**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO
SENHOR MINISTRO DE ESTADO
DA JUSTIÇA**

Brasília, em 06 de junho de 1975
Excelentíssimo Senhor Presidente
da República

Tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência o Projeto do Código Civil, cujo anteprojeto é de autoria dos Professores MIGUEL REALE, na qualidade de Supervisor, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM, SYLVIO MARCONDES, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO CASTRO, que elaboraram, respectivamente, a matéria relativa a Parte Geral, Direito das Obrigações, Atividade Negocial, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões, tendo o professor MOREIRA ALVES acumulado, durante certo tempo, as funções de Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos.

Como resulta da minuciosa Exposição de Motivos, com a qual o Professor

MIGUEL REALE fundamenta e justifica a obra realizada, obedeceu esta a plano previamente aprovado por este Ministério, de conformidade com as seguintes diretrizes:

a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exigam.

c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.

d) Redistribuir a matéria do Código Civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil.

e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não

justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

g) Aproveitar, na revisão do Código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta Comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES.

h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitaram, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das idéias dominantes no País, sobre o assunto.

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.

j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o sig-

nificado.

l) Incluir na sistemática do Código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em Leis especiais promulgadas após 1916.

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.

n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado.

o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.

p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.”

Observe, ainda, que o Projeto muito embora discipline as sociedades empresárias no livro referente à Atividade Negocial, não abrange as *sociedades anônimas*, pois estas, de conformidade com a determinação de Vossa excelência, serão objeto de lei especial.

Constituída em maio de 1969, a “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, após vários meses de pesquisas e sucessivas reuniões, entregou ao então Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZUID, o primeiro texto do Anteprojeto, solicitando que fosse publicado a fim

de serem recebidas sugestões e emendas de todos os interessados.

Sobre esse primeiro anteprojeto, publicado em 7 de agosto de 1972, manifestaram-se não somente as principais corporações jurídicas do país, tribunais, instituições e universidades, mas também entidades representativas das diversas categorias profissionais, com a publicação de livros e artigos em jornais e revistas especializadas. Conferências e simpósios foram, outrossim, realizados, em vários Estados, sobre a reforma programada, sendo as respectivas conclusões objeto da mais cuidadosa análise por parte da Comissão.

Valendo-se de todo esse precioso material, a Comissão voltou a reunir-se por diversas vezes, fiel ao seu propósito de elaborar um Anteprojeto correspondente às reais aspirações da sociedade brasileira, graças à manifestação dos diferentes círculos jurídicos, e de quantos se interessaram pelo aperfeiçoamento de nossa legislação civil.

De tais estudos resultou novo Anteprojeto, publicado em 18 de junho de 1974, abrangendo grande número de emendas e alterações que a Comissão houve por bem acolher, assim como outras de sua iniciativa, decorrentes de investigação própria.

Em virtude dessa segunda publicação, novas sugestões e emendas foram analisadas pela Comissão, daí resultando o texto final, que, no dizer de seus autores, transcende as pessoas dos que o elaboraram, tão fundamental e fecunda foi a troca de idéias e experiências com os mais distintos setores da comunidade brasileira.

A exposição feita evidencia, Senhor Presidente, que o projeto ora submetido à alta apreciação de Vossa excelência é fruto de longos e dedicados estudos, refletindo a opinião dominante nos meios jurídicos nacionais, além de se basear

na experiência das categorias sociais a que os preceitos se destinam. Trata-se, em suma, de diploma legal marcado pela compreensão direta de nossos problemas socioeconômicos, e não de sistematização de dispositivos ditada por meras preferências teóricas.

É de longa data, Senhor Presidente, que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhava para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões.

O Projeto, além de conter novos institutos e modelos jurídicos, exigidos pelo atual desenvolvimento do País, caracteriza-se pelo equilíbrio de suas opções, visto ter-se tido sempre em mira a conciliação dos valores da tradição com os imperativos do progresso, os interesses dos particulares com as exigências do bem comum.

De outro lado, promulgado que foi o novo Código de Processo Civil, torna-se ainda mais imperiosa a atualização da lei substantiva, cuja inadequação aos problemas atuais vem sendo apontada como uma das causas mais relevantes da crise da Justiça.

Com o Projeto do Código Civil, a Política legislativa, traçada pelo Governo de Vossa Excelência, atinge o seu ponto culminante, por tratar-se, efetivamente, do diploma legal básico, cuja reforma condiciona todas as demais.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de profundo respeito.

ARMANDO FALCÃO
Ministro da Justiça

Abertura

Visão Geral do Novo Código Civil

MIGUEL REALE

Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP

Supervisionou a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil

Considerações Iniciais

Sou grato à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ por ter-me convidado para me manifestar sobre o Novo Código Civil, instituído pela Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002, para entrar em vigor um ano após sua sanção.

Compreendo o interesse em conhecer a nova Lei Civil, pois, como costume dizer, ela é a “constituição do homem comum”, estabelecendo as regras de conduta de todos os seres humanos, mesmo antes de nascer, dada a atenção dispensada aos direitos do nascituro, até depois de sua morte, ao fixar o destino a ser dado aos bens deixados pelo falecido, sendo assim, a lei por excelência da sociedade civil.

Como se sabe, o novo Código Civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, pois foi no longínquo ano de 1975 que o Presidente Costa e Silva submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, da qual tive a honra de ser o Coordenador Geral. Coube-me a missão inicial de estabelecer a estrutura básica do Projeto, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, convidando para cada uma delas o jurista que me pareceu mais adequado, tendo todos em comum as mesmas idéias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas. A experiência longamente vivida veio confirmar o acerto da escolha dos nomes de José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Silvio Marcondes,

Erberl Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, respectivamente relatores da Parte Geral, do Direito das Obrigações, do Direito de Empresa, do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

Todos eles uniam ao valor do saber e da experiência pessoais a predisposição a examinar objetiva e serenamente as críticas feitas ao próprio trabalho, quer por outros juristas, quer por instituições especializadas, o que explica as quatro redações que teve o Projeto, todas publicadas no Diário Oficial da União, em 1972, 1973, 1974 e, por fim, 1975, para conhecimento de todos os interessados.

Como se vê, não estamos perante uma obra redigida por um legislador solitário, por um Sólon ou Licurgo, como se deu para Atenas e Esparta, mas sim perante uma “obra transpessoal”, submetida que foi a sucessivas revisões.

Se considerarmos que, depois, houve a apreciação de mais de mil emendas na Câmara dos Deputados, e de mais de quatrocentas no Senado Federal, com novo retorno à Câmara dos Deputados, para novos estudos e discussões, pode-se proclamar o caráter coletivo que veio assumindo o Projeto, não se perdendo, ao longo de mais de três décadas, oportunidade alguma para atualizá-lo, em razão de fatos e valores supervenientes, como se deu, por exemplo, com as profundas alterações que a Constituição de 1988 introduziu em matéria de Direito de Família.

É difícil, em poucos minutos, enumerar as mudanças operadas pela nova codificação em todos os setores da vida civil, sendo mais aconselhável mostrar quais foram os princípios que presidiram

Palestra proferida no Dia 11/06/2002, no Seminário “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no CPC”

a sua elaboração, pois, como bem observou Tomás Kuhn, as mais relevantes conquistas científicas dependem sempre dos novos paradigmas que as condicionaram. Somente assim é que tomamos ciência do progresso representado pelas alterações realizadas na legislação do País.

Antes, porém, de fazer essa exposição, seja-me permitido esclarecer qual foi minha participação pessoal na feitura do Projeto, a começar pela tarefa de reunir, em unidade sistemática, as partes atribuídas a cada um dos demais membros da Comissão. Tratava-se, em suma, de coordenar entre si os Projetos parciais, de modo a não haver divergências ou conflitos de idéias. É claro que, nessa delicada tarefa, não podia deixar de formular propostas substitutivas ou de oferecer emendas aditivas para preencher possíveis lacunas. Com a morte de Agostinho Alvim, Silvio Marcondes, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, pareceu-me preferível substituí-los perante o Congresso Nacional, continuando José Carlos Moreira Alves a colaborar ativa e proficientemente no tocante à Parte Geral. O volume publicado pelo Ministério da Justiça, em 1984, sobre as Emendas da Câmara, e o t. II editado pelo Senado Federal, em 1988, sobre o Projeto, são essenciais para se ter idéia da imensa colaboração prestada ao Congresso pelos membros da Comissão por mim presidida.

Diretrizes seguidas na elaboração do Anteprojeto

Foi criada, em 1969, uma “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, na esperança de ser aproveitada a maior parte do Código Civil de 1916. Todavia, verificou-se logo a inviabilidade desse desiderato, não podendo deixar de prevalecer a reelaboração, uma vez que a experiência, ou seja, a análise progressiva da matéria veio revelando que novos princípios ou diretrizes deveriam nortear a codificação. Por outro lado, em se tratando de um trabalho sistemático, a alteração feita em um artigo ou capí-

tulo repercute necessariamente em outros pontos do Projeto.

Dai Ficarem Assentes Estas Diretrizes:

A) Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.

B) Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do Código de Beviláqua, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito;

C) Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como tecida, de sócia/idade e de operai/idade;

D) Aproveitamento dos trabalhos de reforma da lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres juriconsultos, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do “Código das Obrigações”; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

E) Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regulamento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam os do Código Civil;

F) Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral - conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas - mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações;

G) Não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações - de resto já uma realidade operacional no País - em

virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 - com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou “Atividades Negociais”, e, posteriormente, “Direito de Empresa”.

Essa estrutura não sofreu alteração nas duas Casas do Congresso Nacional, não obstante as inúmeras emendas oferecidas ao Projeto original n° 634, enviado pelo Governo em 1975, após estudo pela Comissão Revisora das mudanças ou propostas aditivas feitas por juristas de todo o País, bem como por entidades de classe e até mesmo por leigos em Direito. A todas as sugestões foi dada a devida atenção, de tal modo que, em virtude sobretudo das modificações havidas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o Projeto n° 118/84, aprovado finalmente na Câmara, se acha plenamente atualizado, inclusive quanto às inovações introduzidas pela Constituição de 1988 no concernente ao Direito de Família, como oportunamente se exporá.

Os Três Princípios Fundamentais

A Eticidade - Procurou-se superar o apego do Código atual ao formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida a cavaleiro dos séculos 19 e 20, do Direito tradicional português e da Escola germânica dos pandectistas, aquele decorrente do trabalho empírico dos glosadores; esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano.

Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

¹ A numeração indicada é a do Projeto de Código Civil aprovado, por unanimidade, pela Comissão Especial do Código Civil da Câmara dos Deputados, e publicado no Diário Oficial, em 2000.

Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.

Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o Art.113 na Parte Geral, segundo o qual

“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”¹

E mais este:

“Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Lembro como outro exemplo o Artigo n° 422 que dispõe quase como um prolegômeno à toda a teoria dos contratos, a saber:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Freqüente é no Projeto a referência à probidade e à boa-fé, assim como à correção (*correttezza*) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídicas.

A Socialidade - É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de

80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.

Alguns dos exemplos dados já consagram, além da exigência ética, o imperativo da socialidade, como quando se declara a função social do contrato na seguinte forma:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Por essa razão, em se tratando de contrato de adesão, estatui o Art. 422 o seguinte:

“Art. 422. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

No caso de posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má fé, o Código leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil.

Assim é que, conforme o Art. 1.238, é fixado o prazo de 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de título e boa-fé, sendo esse prazo reduzido a dez anos “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Por outro lado, pelo Art. 1.239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto basta que não tenha havido oposição.

O mesmo sentido social caracteriza o Art. 1.240, segundo o qual, se al-

guém “possuir, como sua, área urbana até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel.”

Um magnífico exemplo da preponderância do princípio de socialidade é dado pelo Art. 1.242, segundo o qual

“adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Esse prazo é, porém, reduzido a cinco anos

“se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico.”

Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos parágrafos 4º e 5º do An. 1.228, determinando o seguinte:

“§ 4ª - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”

“§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcri-

ção do imóvel em nome dos possuidores.”

Como se vê, é conferido ao juiz poder expropriatório, o que não é consagrado em nenhuma legislação.

A Operabilidade - Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito.

Nessa ordem de idéias, o primeiro cuidado foi eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do Código anterior.

Exemplo disso é o relativo à distinção entre prescrição e decadência, tendo sido baldados os esforços no sentido de verificar-se quais eram os casos de uma ou de outra, com graves consequências de ordem prática.

Para evitar esse inconveniente, resolveu-se enumerar, na Parte Geral, os casos de prescrição, em *numerus clausus*, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece. Assim é, por exemplo, após o artigo declarar qual a responsabilidade do construtor de edifícios pela higidez da obra, é estabelecido o prazo de decadência para ser ela exigida.

Por outro lado, pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo distinção entre associação e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos.

Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige proibição, boa-fé ou correção (*correttezza*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, po-

dendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo, ou *verbis*:

“Art. 575, parágrafo único - Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”.

São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de “indeterminação do preceito”, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes, tal como se dá por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o Art. 720 e seu parágrafo único.

Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do *Direito concreto*, e não puramente abstrato, encontra apoio de juriconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz. Esse e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.

Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.

Nessa ordem de idéias, merece menção o 1º do Art. 1.240, o qual estatui que, no caso de usucapião de terreno urbano:

“O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil”.

Atende-se, assim, à existência da união estável, considerada nova entidade familiar.

Observo, finalmente, que a Comissão optou por uma linguagem, precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos superados, mas fiel aos valores de correção e de beleza que distinguem o Código Civil vigente.

Outras Diretrizes

Não creio ser necessário desenvolver argumentos justificadores da manutenção da Parte Geral, que é da tradição do Direito pátrio, desde Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, independentemente da influência depois consagrada da tese pelo Código Alemão de 1900. Bastará lembrar a resistência oposta pela grande maioria de nossos juristas quando se quis elaborar um Código Civil, por sinal que restrito, sem a Parte Geral, destinada a fixar os parâmetros do ordenamento jurídico civil. É ela que estabelece as normas sobre as pessoas e os “direitos da personalidade”, que estão na base das soluções normativas depois objeto da Parte Especial. Merece encômios essa providência de incluir disposições sobre os direitos da personalidade, uma vez que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores jurídicos.

Outra iniciativa louvável foi a disciplina específica dos negócios jurídicos que são os atos jurídicos de mais frequente ocorrência, expressão por excelência da fonte negocial, ao lado das três outras fontes do direito, as leis, os usos e costumes e a jurisprudência.

Quanto à Parte Especial, preferiu-se seguir uma seqüência mais lógica, situando-se o Direito das Obrigações como conseqüência imediata do antes estabelecido para os atos e negócios jurídicos, não sendo demais acentuar que há disciplina conjunta das obrigações civis e mercantis, o que, repito, já constitui orientação dominante em nossa experiência jurídica, em virtude do suprimimento do vetusto Código Comercial de 1850, com efeito, já o Direito Comercial se baseia no Código Civil.

Do Direito das Obrigações se passa ao Livro que trata do Direito de Em-

presa, o qual, a bem ver, se refere a toda a vida societária, com remissão à legislação especial sobre sociedades anônimas e sobre cooperativas, por abrangerem questões que extrapolam da Lei Civil.

Quanto ao termo Direito de Empresa, cabe assinalar que, graças a uma figura de metonímia, ou, por melhor dizer, de sinédoque: está aí a palavra empresa significando uma parte pelo todo que é o Direito da Sociedade. Fomos levados a essa opção, por se cuidar mais, no citado Livro, da sociedade empresária, estabelecendo apenas os requisitos gerais da sociedade simples, objeto da diversificada legislação relativa aos múltiplos tipos das sociedades não empresariais.

Passa-se, a seguir, a tratar da disciplina do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

No que se refere ao Direito de Família, merece realce a distinção feita, por iniciativa de Clóvis Couto e Silva, entre o Direito Pessoal e o Patrimonial de Família, o que veio trazer mais limpidez ao texto. O regulamento da união estável ficou para o final, para ser apreciada sob os dois mencionados aspectos, obedecido rigorosamente o disposto na Constituição.

Inovações no Direito de Família

Cabe lembrar que, aprovado o Projeto na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado, foram neste apresentadas cerca de 400 emendas, a maior parte pertinentes ao Direito de Família, de autoria do saudoso senador Nelson Carneiro.

Com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, entendeu o Senado de suspender a tramitação do Projeto do Código Civil, para aguardar possíveis alterações nessa matéria. Na realidade, porém, ocorreram mudanças substanciais tão somente no Direito de Família, instaurando a igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, com a supressão do pátrio poder, que, por suges-

tão minha, passou a denominar-se “poder familiar”,

É claro que essas alterações importaram na emenda de vários dispositivos, substituindo-se, por exemplo, pelo termo “ser humano” a palavra genérica “homem” anteriormente empregada. Mais importante, porém, foram as novas regras que vieram estabelecer efetiva igualdade entre os cônjuges e os filhos, inclusive no pertinente ao Direito das Sucessões.

Nesse sentido, o cônjuge passou a ser também herdeiro, em virtude da adoção de novo regime geral de bens no casamento, o da comunhão parcial, corrigindo-se omissão existente no Direito das Sucessões.

Por outro lado, o Projeto vem disciplinar melhor a união estável como nova entidade familiar, que, de conformidade com o parágrafo 3º do Art. 226 da Constituição, só pode ser entre o homem e a mulher. Com a redação dada à ma-

téria, não há confusão possível com o concubinato, visto como, nos termos da citada disposição constitucional, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

Não é demais ponderar, que, no tocante à igualdade dos cônjuges e dos filhos, o disposto na nova Carta Magna representou adoção das emendas oferecidas pelo senador Nelson Carneiro, o que facilitou o pronunciamento da Câmara Alta, ao depois completado pela Câmara dos Deputados, graças a oportuna alteração do Regimento do Congresso Nacional.

Eis aí, em largos traços, qual é o espírito do novo Código Civil, com alguns exemplos de suas principais inovações.

Após tantos anos de trabalho e dedicação - sem se perceber qualquer remuneração do Estado - o nosso sentimento maior é o do dever cumprido. ☐

Parte Geral do Novo Código Civil

MOREIRA ALVES

Ministro do Supremo Tribunal Federal e membro da Comissão do Projeto do Novo Código Civil

Senhoras e Senhores, é com muita satisfação que venho, nesta manhã, fazer uma explanação geral a respeito da Parte Geral do novo Código Civil.

Depois de mais de 25 anos, o projeto do Novo Código Civil, que foi para o Congresso em 1975, teve afinal sua sanção, transformando-se no Novo Código Civil, que, de acordo com disposição nele contida, deverá ter o prazo *vacatio legis* de um ano.

É preciso desde logo salientar que esta circunstância de o projeto ter tramitado pelo Congresso Nacional por pouco mais de 25 anos, não é de espantar ninguém. Basta atentarem os senhores para que, por exemplo, o Código Civil Português de 1967 demorou 22 anos entre a sua elaboração inicial e a sanção final. O próprio Código Civil Alemão - BGB, o primeiro projeto de 1874, somente foi aprovado em 1896, para entrar em vigor em 1900. É certo que os códigos que são feitos e entram em vigor rapidamente são aqueles dos períodos de ditadura. Assim, por exemplo, o Código Francês de 1804, se não fora a pessoa de Napoleão, que chegou inclusive a presidir inúmeras sessões com a comissão que elaborara o anteprojeto, esse não haveria saído. O Código Italiano de 1942 também saiu, graças à decisão política do então dirigente da Itália, Mussolini.

Por isso, quando se fala que este nosso, novo Código já nasceu obsoleto, isso é, evidentemente, muito relativo, tendo em vista a circunstância de que o projeto teve uma tramitação longa pela Câmara dos Deputados, depois passou

muito tempo parado no Senado, mas em seguida houve um trabalho realmente insano por parte do relator-geral da comissão, que o examinou - o Senador Josaphat Marinho e, finalmente com o projeto de volta à Câmara, também graças ao esforço do Deputado Ricardo Fiúza, foi possível concluir essa elaboração legislativa para termos o novo Código Civil, que muitas vezes é considerado obsoleto por não ter tratado de questões, que ainda são altamente polêmicas, a respeito das quais, obviamente, há necessidade, primeiro, de uma legislação extravagante de experimentação. Chegou-se até a falar que ele deveria considerar assuntos como a clonagem, a fertilidade *in vitro*, a engenharia genética, e coisas dessa natureza, quando é certo que tudo isso demanda uma série de reflexões e de esforços. Mesmo nos países em que já legislaram sobre esses temas, as legislações estão em verdadeira fase experimental, tendo em vista as circunstâncias de que a própria ciência tem sérias dúvidas a respeito desses problemas.

O Código Civil não foi feito para servir de lei de experimentação. O Código Civil não é, evidentemente, uma lei perene, mas uma lei que deve ter uma permanência bem maior, tendo em vista que se trata de um sistema. Falo hoje isso sem qualquer *parti pri*, porque apesar da apresentação do meu dileto amigo Desembargador Manes, eu há muitos anos pouco estudo direito civil, tendo em vista a circunstância de que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte eminentemente de direito público, e com “aque-la” sobrecarga de trabalho. No ano passado foram distribuídos quase 100.000 processos para 10 ministros, o que, ob-

Palestra proferida no Seminário realizado em 15.02.2002.

viamente, nos torna muito difícil um estudo aprofundado de direito civil. Quando digo que o Código Civil é sem dúvida alguma “O Código”, é porque, na realidade, ele é uma legislação altamente complexa, e mais: é uma verdadeira constituição do homem comum, tendo em vista que disciplina as nossas relações jurídicas antes do nosso nascimento – com relação ao nascituro – e até depois da nossa morte. Conseqüentemente, diz de perto com toda a vida do ser humano.

Quando a comissão elaboradora do anteprojeto, supervisionada pelo Professor Miguel Reale, se reuniu pela primeira vez em 1969, partiu do princípio de que era orientação do governo de então (e a meu ver absolutamente correta), que se redigisse não uma reforma parcial do Código Civil, mas se fizesse uma revisão apenas com as modificações que se afigurassem necessárias. Daí a razão pela qual os senhores verificam que foi conservado tudo aquilo que merecia ser, tendo em vista a circunstância de que mesmo a evolução do mundo moderno não havia se alterado com relação à sua disciplina.

Na Parte Geral, os senhores verificam que há vários dispositivos que são cópia *ipsis litteris* do Código Civil, até por uma circunstância: é sabido que uma das grandes tragédias de qualquer legislação nova é justamente o fato de que, se alterar uma vírgula, jorram dezenas, centenas, milhares de páginas de intérpretes para se saber qual foi a intenção oculta daquela modificação, quando muitas vezes trata-se de um erro de dactilografia.

De certo que, por isso buscou-se conservar tudo aquilo que merecesse ser conservado, apenas modificar aquilo que devesse ser modificado. Enfim, inovar não apenas por inovar, mas apenas quando necessário fosse. O novo Código Civil mantém em suas linhas estruturais o sistema do Código que ainda continua em vigor, a ser revogado. Farei alusão a ele como o Código de 1916. O sistema é o germânico,

embora na Parte Especial, sabem os senhores, Clóvis Beviláqua não seguiu a ordem do BGB (Código Civil Alemão) que começa com as obrigações, em seguida passa para as coisas, família e sucessões.

Clóvis Beviláqua, filosoficamente, começou pela família, porque entendeu que as relações do homem com a família deveriam ser colocadas em primeiro plano. Em seguida, passou ao direito das coisas, ou seja, da relação material entre pessoa e coisa (ou bem) e em terceiro lugar, colocou no Código de 1916 a disciplina do direito das obrigações, as relações jurídicas entre pessoas, e, finalmente, o direito das sucessões como parte final da Parte Especial, precedida ela de uma Parte Geral em que se tratou, em três Livros, das Pessoas, das Coisas e dos Fatos Jurídicos.

Em linhas gerais, o que sucede com o novo Código é isso: manteve-se essa sistemática e apenas com relação à Parte Especial se afastou dela para seguir o BGB. Obrigações - com o direito das empresas, depois Coisas, depois Família e finalmente Sucessões.

Na Parte Geral, a que nos interessa hoje, verifica-se que, em vez de se constituir um Livro só, manteve-se o sistema do Código Civil, o de três Livros. O primeiro deles, o das Pessoas; o segundo, o dos Bens (não se fala mais em coisas ou bens, se fala apenas em bens) e, finalmente, o terceiro Livro, sobre os Fatos Jurídicos onde se trata primordialmente da figura do negócio jurídico.

Com relação às inovações que se apresentam na Parte Geral, e quero salientar, uma vez mais, que continuou a existir, não pelo fato de haver elaborado o anteprojeto da Parte Geral do Código Civil.

Estou convencido de que fui escolhido pelo Professor Miguel Reale para integrar a Comissão, em virtude de uma Aula Magna em que examinei o Código Civil Português, principalmente no tocante à sua Parte Geral - eu era, na época, o mais jovem catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo. Sali-

entei justamente que considerava que embora a maioria dos Códigos não tenha a Parte Geral (até por influência do Código Civil francês), no entanto, esta parte geral é absolutamente indispensável para um sistema que siga aquela fórmula realmente artística e científica dada por Lafayette, no sentido de que o sistema deve partir justamente de princípios que vão esclarecer os princípios que se seguem, numa ordem de sucessão da facilidade para a dificuldade.

Com relação à Parte Geral, o que se observa é que nela se trata dos princípios gerais, que depois são aplicados na Parte Especial. Tanto assim, que os senhores verificam, por exemplo, que em negócio jurídico - ao contrário do que ocorre com a maioria dos códigos que examinam os princípios relativos a ele na teoria do contrato - depois é preciso aplicar essa teoria por analogia aos demais negócios jurídicos que não se encontrem no direito das Obrigações, e portanto naquele fragmento da Parte Especial. Mas vamos fazer uma análise, evidentemente perfunctória, sobre as principais inovações contidas nessa Parte Geral do novo Código Civil.

O Livro I continua a tratar das pessoas como sujeitos de direito. Aí notamos que há algumas observações que merecem destaque. Quero dizer de início que a substituição do termo “ser humano” por “pessoa” não foi de minha lavra, até porque quanto ao artigo 2º quando diz “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...”, eu pergunto: e a da pessoa jurídica? Será que ela também nasce com vida? O problema aqui foi que o vocábulo “homem” não podia ser utilizado, porque seria machismo; “ser humano” também não podia, porque de alguma forma se vinculava a “homem” e “humano” vindo de **homo**, e, conseqüentemente, não podia ser nem homem, nem ser humano, e também quanto a dizer “homem e mulher” acharam que não ficaria bem. Assim, decidiram usar o vocábulo “pessoa”.

Nesse Livro concernente às Pessoas, vamos destacar alguns aspectos. Em

primeiro lugar, o problema da incapacidade de fato.

O artigo 3º salienta que:

“São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos”.

Mais adiante veremos que a modificação que se fez foi em relação à maioridade e não ao problema do absolutamente incapaz, menor de 16 anos.

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Afastou-se, no inciso II, a expressão “loucos de todo o gênero”, assim como se afastou a figura única do surdo-mudo sem poder exprimir a sua vontade e se foi além: admitiu-se inclusive em casos de paralisia (que na maioria das vezes é permanente, mas pode ser transitória), e por isso se determinou no inciso III - “mesmo por causa transitória”. Essa expressão é para abarcar aqueles casos em que a pessoa durante um certo lapso de tempo não pode exprimir, de forma alguma, a sua vontade.

Lembro-me de um caso dramático de um colega de faculdade, Professor Oscar Barreto, que sofreu uma paralisia total e apenas se comunicava pelo abaixar e levantar das pálpebras, maneira pela qual dava sinais de estar lúcido, porém impossibilitado de exprimir a sua vontade. Sua esposa combinou com ele que uma piscada significaria sim, e duas, não. Em casos dessa natureza, portanto, temos uma hipótese de absolutamente incapaz, evidentemente, enquanto permanecer a causa transitória.

Por outro lado, com relação ao artigo 4º - e aí vem a disciplina dos relativa-

mente incapazes - temos os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos. Eu sempre fui voto vencido com relação ao problema da idade. Considero que, quanto mais se complicam as relações jurídicas no mundo, mais se tende a baixar a idade para efeito de capacidade. Partindo-se do falso pressuposto de que manter-se uma idade, como era o caso da idade de vinte e um anos, significaria uma **capitis diminutio**. Então surgem aqueles exemplos clássicos: se é possível ir para a guerra, morrer na guerra, dirigir automóvel aos dezoito anos, por que não pode ter capacidade de fato para regular toda sua vida civil? Eu sempre fui defensor de que fossem mantidos os vinte e um anos, o que na comissão prevaleceu, mas o relator Josaphat Marinho, nas inúmeras vezes em que nos encontramos em meu gabinete, convenceu-me de que não havia possibilidade de que fossem mantidos os vinte e um anos, porque a tendência mundial era no sentido de se baixar essa idade para os dezoito anos.

Lembro-me até de um fato curioso, quando, fazendo uma explanação na Câmara dos Deputados, a Deputada Rita Camata perguntou-me: - “o que o senhor me diz dos dezoito anos?” Eu lhe respondi que fui contra, e ela disse: - “Graças a Deus encontrei alguém que pensasse como eu”. Eu lhe respondi: - “E veja que a senhora não é como eu, que sou conservador, a senhora é uma liberal!”

Continuando com os incisos:

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

IV – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

Manteve-se a figura dos pródigos e se retirou, na parte das incapacidades absolutas, a indicação dos ausentes, tendo em vista a circunstância de que o ausente não é propriamente incapaz, tanto que, no lugar onde ele estiver presente, ele continua capaz. Assim, tecni-

camente, não tinha sentido mantê-lo como absolutamente incapaz.

Por outro lado, o parágrafo único determina que a capacidade dos silvícolas - também se achou que essa expressão de certa forma era discriminatória com relação aos índios - será regulada por legislação especial.

No artigo 7º, disciplinou-se (o que não ocorre no Código Civil de 1916) a morte presumida sem ser o caso de ausência. Ou seja: quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida e se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Mais adiante há todo um capítulo sobre os direitos da personalidade, a respeito dos quais o nosso Código Civil de 1916 nada abordou. Aliás, isso não foi por culpa de Clóvis Beviláqua. Saibam os senhores que essa categoria dos direitos da personalidade, até o final do século passado, era uma categoria bastante contestada por vários autores, considerando que não era possível que, ao mesmo tempo, alguém fosse sujeito e objeto de direito. Só mais adiante é que se firmou a distinção entre a personalidade global e aspectos da personalidade, e, conseqüentemente, esses direitos de personalidade têm como objeto não a personalidade globalmente considerada, mas apenas aspectos da personalidade.

E procurou-se dar uma disciplina que segue de perto a do projeto revisto de 1965, do Professor Orlando Gomes. Vejam os senhores que também não houve nenhuma vaidade no sentido de se dizer: “Não! Aquilo que também nos projetos anteriores se apresentava (ou pelo menos na época foi redigido como merecedor de acolhimento), foi acolhido.” É certo que há um artigo, o de número 21, que não vem do projeto do Professor Orlando Gomes, nos outros, há pequenas modificações relativas ao problema da inviolabilidade da vida privada da pessoa natural.

Em seguida, com relação à ausência, segue-se, em linhas gerais, o que

está no Código Civil. Destaco a mais importante referência, por ser inovadora, e parece-me que atende a um critério de justiça - a do parágrafo único do artigo 33 “se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos.”

Segue-se o tratamento das pessoas jurídicas.

Com relação a estas, manteve-se no Código Civil a disciplina genérica das pessoas jurídicas de direito público. Isso em decorrência da circunstância de que, embora não fosse evidentemente uma matéria de direito civil, entendeu-se que seria conveniente esta manutenção, dado à circunstância de não termos um código relativo ao direito público, no qual essa matéria fosse inserida. O que, aliás, também ocorre com relação aos bens públicos, que também foram mantidos à semelhança do que ocorre no Código de 1916.

Mas os senhores verificam que há algumas modificações. Assim, por exemplo, no artigo 41, inciso IV, alude-se às autarquias, e no inciso V: “as demais entidades de direito público criadas por lei.” Este é um princípio que se encontra no Código mexicano e que tem a vantagem de, se por ventura, a atividade criadora dos publicistas fizer surgir um novo tipo, já se enquadra, genericamente, nesse inciso.

Por outro lado no artigo 44, os senhores observam que não se alude mais àquela literal sinonímia entre **sociedade** e **associação**. O Código Civil fala em associações ou sociedades quando, na verdade, são pessoas jurídicas distintas, tanto é que se colocam as associações, as sociedades e as fundações.

No parágrafo único do referido artigo, há um dispositivo que decorre justamente do tratamento que se deu às associações (o que não se encontra no Código Civil), estabelecendo que ao invés de os princípios das sociedades se aplicarem por analogia às associações, fez-

se o contrário: os princípios das associações é que, subsidiariamente, se aplicam às sociedades, que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código que diz respeito ao Direito das Empresas, que era a antiga atividade negocial do projeto encaminhado ao Congresso.

Em um capítulo inteiro, Capítulo II, os senhores encontram um tratamento pormenorizado das associações, inclusive com a admissão (admissão essa de longa data na doutrina e na jurisprudência) da despersonalização da pessoa jurídica para o efeito de que o associado não se ocultasse atrás da pessoa jurídica.

Com relação às fundações, há um preceito de importância no parágrafo único do artigo 62: “a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.” Não se admitem mais as fundações com finalidade de natureza puramente econômica. Na disciplina das fundações, há algumas modificações que o tempo, evidentemente, não me permite fazer uma análise maior, daí a razão pela qual aludo a essa regra, que é, sem dúvida, a mais importante das inovações.

Segue-se o título concernente a domicílios, onde há duas modificações importantes. A primeira delas: deixou de haver aquela duplicidade de conceitos de domicílio, ou seja, residência com intenção de permanência e centro habitual de atividades. Não há mais que se falar nessa duplicidade de domicílio para os mesmos efeitos, tanto que se considera que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo. No entanto, mais adiante, manteve-se, no artigo 72, como uma parcela daquele centro de atividades habituais e se estabelece um verdadeiro domicílio profissional para as relações jurídicas decorrentes da profissão da pessoa. Dizendo o artigo 72: “É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.” Aqui é quase que um “pandam” com relação às pessoas jurídicas no que diz respeito

às agências ou filiais, com relação, evidentemente mais restrita, apenas às relações profissionais. No mais, conservaram-se os princípios do Código de 1916.

No livro II - Dos Bens, partiu-se para a adoção apenas da expressão **bens**, sendo certo que esse conceito de bens não se identifica com o de **coisas**. Então, preferiu-se ficar apenas no conceito de bens. Por outro lado, nesse Livro concernente aos bens, os senhores observam que, em virtude da admissão expressa à figura da pertença, retiraram-se da enumeração dos bens imóveis os bens imóveis por destinação.

É preciso salientar o seguinte: vejam os senhores que o Código Civil não é código para se inovar por inovar, nem para se fazer doutrina. É justamente para retratar aquilo que já está estratificado na jurisprudência e na doutrina, salvo, evidentemente, se houver algum motivo de grande relevância para se apresentar uma inovação. Com relação a conceitos técnicos, evidentemente, isso aqui não é livro de doutrina para se defenderem teses. Daí a razão pela qual certas inovações são no sentido de ingressar termos agora em lei expressa, o que, obviamente, facilita o trabalho não só dos advogados, do Ministério Público, como também dos próprios juizes, porque não há mais necessidade de se invocar doutrina nem jurisprudência, basta invocar o texto legal.

Com relação aos bens divisíveis, o Código de 1916 tinha uma imperfeição por falta, por omissão. Ele dizia: “Coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito.” É aquela hipótese de um indivíduo que deixa, após a sua morte, um brilhante de, por exemplo, 500 quilates, único no mundo, com 10 herdeiros e um “espírito de porco” entre eles que diz: “bem, isso aí é divisível, porque é fracionável e cada fração conserva a sua parte, então vamos dividir.” E com isso, obviamente, 10 diamantes de 50 quilates cada um valem muitíssimo menos que um único de 500 quilates. Por outro lado, tam-

bém, o prejuízo do uso a que se destinam; é o caso de um terreno que seria dividido em várias partes, e ficaria, por exemplo, com uma frente de 2 metros por 50 metros de fundos, obviamente viraria um corredor.

Com isso, ingressa agora no texto legal aquilo que sempre se seguiu em doutrina e jurisprudência.

Há que salientar que, em relação aos bens singulares e coletivos, observa-se que no artigo 90 conceitua-se a figura da universalidade de fato; e no artigo 91, a universalidade de direito, o que não se encontra no Código de 1916.

Em relação aos bens reciprocamente considerados, há uma inovação importante: a do artigo 93 no que diz respeito às pertenças. O que é amplamente utilizado. Sabem os senhores, por exemplo, que quando se vende um automóvel, aquilo que a doutrina germânica chama de pertenças (tapetes, ferramentas, certas coisas que são acessórias) deveriam seguir a condição do principal, no entanto não seguem, salvo se houver declaração expressa nesse sentido. Essas coisas acessórias que não seguem o principal são as pertenças, daí dizer o artigo 93:

“São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aforoseamento de outro.”

Por isso mesmo é que não se fala mais em imóvel por destinação, tendo em vista a adoção da figura da pertença.

Segue-se agora um dos pontos mais complexos da Parte Geral: os relativos aos fatos jurídicos com relação ao negócio jurídico. Manteve-se a denominação do livro III como **Dos Fatos Jurídicos**, porque, embora a grande maioria dos princípios diga respeito a uma das espécies de ato jurídico, que é o negócio jurídico, é certo que continua nesse Livro o tratamento de Fatos Jurídicos. Assim é com relação ao problema da prescrição e da decadência e com relação ao problema

da prova, tendo em vista a circunstância de que a prova não é apenas de negócio jurídico, mas de qualquer fato jurídico.

Neste Livro III, a parte mais complexa é, sem dúvida, a relativa ao negócio jurídico. Adotou-se essa nomenclatura, afastando-se a de ato jurídico do Código Civil, porque o Código de 1916, quando foi elaborado, embora Clóvis Beviláqua fosse muito apegado aos autores alemães, nesse particular seguiu a orientação francesa. Não adotou a figura do negócio jurídico, talvez por considerar que era uma figura muito técnica, no sentido de muito abstrata. Adotou então a técnica, que vem do Código de Napoleão, de falar em ato jurídico, como se todos os atos que produzissem efeitos jurídicos fossem atos jurídicos.

Lembro-me de que, quando estudante de Direito, escrevi um artigo para um livro, uma coletânea de trabalho, que é a vergonha de minha vida. Eu dizia ali que não podia entender quando se falava nos requisitos e na validade e se exigia: a capacidade das partes, objeto lícito, possível, determinado e forma prescrita ou não defesa em lei. “Não dá para entender, será que na ocupação, por exemplo, quando Joãozinho vai pescar um peixe é possível exigir-se capacidade das partes para efeito de anular essa pescaria que ele fez? Ou no caso de Mariazinha que vai ao bar da esquina para comprar um picolé com trocados dados por sua mãe? Isso sendo um contrato, obviamente, daria margem à aplicação: incapaz absolutamente de fato – nulidade, daria margem para que se perguntasse: será que caberia representação pelo pai ou pela mãe? E se não os tivesse, caberia ao tutor?” Por isso mesmo, ainda estudante, escrevi esse artigo, quando ainda não se falava nisso.

Na doutrina brasileira, não conheço nenhum trabalho daquela época em que se tratasse dessa matéria. Problema aliás, que mesmo na doutrina germânica, os senhores só vão encontrar a partir de Savigny, e portanto, a partir do corifeu da Escola Estóica, os

primeiros acenos a esse respeito. Sendo que mesmo nos pandectistas do final do século, os senhores não encontram nenhuma teoria sobre as diferentes espécies dos atos jurídicos, que não aquele disciplinado pelo Código de 1916, em que na técnica germânica usou-se o termo correspondente de negócio jurídico.

Vamos encontrar estudos mais aprofundados a esse respeito somente depois da promulgação de nosso Código Civil, graças a um grande civilista alemão que foi Manick, que escreveu vários trabalhos a esse respeito, e a um então jovem civilista austríaco, Peter Klein, que também escreveu um livro sobre as atuações humanas que não eram negócios jurídicos, mas sim atos jurídicos diversos do negócio jurídico.

Essa distinção é importante, e por isso mesmo, a disciplina do negócio jurídico, exigiu que se fizesse aquilo que o Código Civil Português de 1967 fez, ou seja: abrir um título para os atos jurídicos lícitos que não sejam negócios jurídicos. Este título deu margem a enorme discussão no Brasil, inclusive por grandes civilistas brasileiros que sustentavam que era um absurdo falar em ato jurídico lícito como se houvesse um ato jurídico ilícito, e tendo em vista a circunstância de que todo ato jurídico seria lícito e todo ato ilícito não seria jurídico. Isso evidentemente é absolutamente falho por uma circunstância: o crime por ventura não é um instituto jurídico? E por que isso? Porque obviamente são atos jurídicos todos os atos que produzem algum efeito jurídico, conseqüentemente, como diria Pontes de Miranda, são os atos que entram no mundo do direito. Daí a razão pela qual os atos jurídicos podem ser lícitos como ilícitos, por isso colocar-se nesse título: Dos Atos Jurídicos Lícitos.

Dirão alguns: “mas por que não se falou então em atos jurídicos ilícitos?” Para manter a nomenclatura do Código, tendo em vista a circunstância de que esta expressão “atos ilícitos” é uma expressão elíptica, ocorre que também aqui estamos diante de

atos jurídicos, porém diante de atos jurídicos praticados em desconformidade com a lei ou com os bons costumes. Essa alusão aos outros atos jurídicos foi feita com certo caráter didático. Sabem os senhores que Código não é livro de escola, mas tem também um caráter didático em matéria dessa relevância, porque, graças aos estudos que começaram principalmente com Manick e com Klein, verificou-se que não era mais possível adotar-se, tecnicamente, aquela generalidade da expressão ato jurídico, como se fosse tudo a mesma coisa, tendo em vista o fato de que distinguimos nitidamente espécies de atos jurídicos que apresentam uma disciplina diversa. E mais: alguns atos aparentemente são jurídicos, mas na realidade são fatos jurídicos no sentido estrito. Para sintetizar, é uma matéria que demandaria uma explanação muito maior, pois os senhores encontram hoje, em geral, a doutrina aludindo a três tipos de ato jurídico. Sendo que o terceiro nem sequer é propriamente ato jurídico. Aquilo que os alemães chamam de atos-fato jurídico, que foi a nomenclatura adotada por Pontes de Miranda no Brasil. Na Itália, Cariota Ferrara, por exemplo fala em meros atos jurídicos. Os chamados atos jurídicos em sentido estrito, apresentam uma particularidade: alguns são bastante semelhantes ao negócio jurídico, outros são bem diversos. Finalmente o negócio jurídico. A diferença entre eles se faz ou pela análise da vontade, ou pela análise da disciplina que se lhe dá.

Com relação aos negócios jurídicos, são atos jurídicos que exigem, necessariamente, uma vontade qualificada que, pelo princípio da autonomia da vontade, permite que as partes dêem conteúdo a esse ato jurídico desde que, evidentemente, não seja ele contrário às leis e aos bons costumes. Mas essa vontade, chamada negocial, tem que ser qualificada justamente por isto: porque graças a ela é possível dar-se conteúdo. Por isso mesmo, na chamada teoria objetiva do

conceito de negócio jurídico, diz-se que o negócio jurídico é a auto-regulamentação das relações entre as partes, conseqüentemente é normativo, no sentido de se criarem normas para disciplinar as relações entre as partes, relações que decorrem desse negócio jurídico. Daí a razão pela qual verificamos que toda aquela disciplina que vem nos capítulos concernentes aos atos jurídicos do Código de 1916, na realidade, aplica-se ao negócio jurídico. Ou seja: àqueles atos jurídicos que necessitam de uma vontade qualificada e mais – que, pelo princípio da autonomia da vontade, podem dar, até certo ponto, conteúdo a esse ato jurídico praticado.

Temos os atos jurídicos em sentido estrito e aí há uma subdivisão: alguns demandam apenas consciência, não exigem sequer vontade (assim, por exemplo, é o caso da ocupação), adquire-se a propriedade quando alguém se apodera de coisa sem dono. Ora, o apoderar-se significa ato de assenhoreamento e para isso é preciso que haja consciência. Então o recém-nascido, por exemplo, se segurar uma varinha de pesca e, durante aquele período de tempo em que está agarrado àquela vara, se for fígado um peixe, este não será dele. Mas um garoto de 5 ou 6 anos, que já tenha consciência, embora não sabendo o que é o direito de propriedade, ele sabe que está pescando aquele peixinho para levar para sua mãe fritar. Conseqüentemente, nesse último caso, já temos que ele se torna proprietário bastando apenas a simples consciência. Não se aplicam, é claro, a esses atos, aqueles princípios que dizem respeito ao negócio jurídico, como a representação, problema de capacidade, de autonomia da vontade, enfim, todos aqueles dispositivos que, como se verifica pelo próprio exame dos atos jurídicos, aplicam-se apenas àqueles que necessitam de uma vontade qualificada, com a possibilidade de ela dar conteúdo negocial a este ato jurídico.

Mas ao lado desses atos jurídicos em sentido estrito, para os quais basta

a consciência, há outros em que há necessidade não apenas da consciência, mas até da vontade qualificada. Embora isso seja bastante controvertido, a meu ver, é a categoria em que se pode encaixar a figura do ato jurídico do casamento, em virtude do qual nasce a relação jurídica do casamento. Esse ato jurídico exige vontade qualificada, não há dúvida alguma. Mas pergunta-se: é possível aos nubentes darem conteúdo a esse ato ou o conteúdo desse ato é dado estritamente pela lei? Há autonomia da vontade? Há a possibilidade de as partes modificarem os efeitos legais que são atribuídos ao casamento, como, por exemplo, casar-se sob a condição de se dissolver o casamento, se um dos cônjuges deixar de gostar do outro após certo tempo, ou casar-se a termo?

Vejam os senhores que todos aqueles princípios que dizem respeito à autonomia da vontade, não se aplicam. Não há a chamada vontade negocial, de modo que fica difícil sustentar que o casamento seja um contrato. Além disso, essa figura do contrato não atenderia ao casamento, tendo em vista a circunstância da necessidade daquilo que a doutrina geralmente chama de testemunha qualificada, que é a presença de um sacerdote (no caso do casamento religioso depois convertido em casamento civil) e a presença de uma autoridade civil com poder para celebrar o casamento. O ato complexo, criado na Alemanha, diz que o casamento não é um contrato, porque se exige naquele essa vontade qualificada; seria sim um ato dos três, “ato complexo”, em que dois participavam ativamente e o outro era uma testemunha, embora uma testemunha tão qualificada que tinha que declarar os nubentes “casados”, pois sem essa declaração não haveria casamento. Vejam que esse ato jurídico é diferente daquele que se chama negócio jurídico, em que a principal espécie é justamente a do contrato. Nesses atos jurídicos em sentido estrito, quando se exige apenas consciência, não há maior problema porque aqui não há vontade negocial, não há possibilidade

de conteúdo negocial, e os efeitos desse atos são estritamente os efeitos legais. Quanto ao casamento, há uma série de princípios que se aplicam ao negócio jurídico com relação à vontade qualificada, e aí há uma observação digna de ser feita: os senhores reparem que os Códigos têm uma teoria sobre o casamento, uma teoria que se aparta, de certa forma, da teoria geral do negócio jurídico. Assim, por exemplo, não se admite dolo em matéria de casamento para efeito de anulação, isso devido àquele princípio francês: “*Qui a fait de mariage, trompe qui peut*”, ou seja, em se tratando de casamento, engana quem pode, e alguns mais satíricos diriam: enganado quem quer. Por outro lado, há casos de coação, que são típicos de casamento e não dos negócios jurídicos em geral. Nos Códigos há, portanto, um tratamento diferenciado do casamento com relação à Parte Geral concernente ao negócio jurídico, justamente por isto: certos princípios do negócio jurídico são aplicáveis, mas outros não o são, tendo em vista a circunstância de que, com relação aos efeitos, não havendo a autonomia da vontade no sentido de poder dar conteúdo ao ato, não temos que o casamento possa ser qualificado como negócio jurídico, pelo menos no meu entendimento, embora haja muitos que continuem a sustentar isso, mas com essa dificuldade: onde está a vontade negocial, que é absolutamente necessária ao negócio jurídico e ao contrato, que é a principal figura do negócio jurídico?

Finalmente, aquilo que na doutrina alemã é chamado, ao mais das vezes, de atos-fato, que outros chamam de atos de atuação. Mas esses atos-fato jurídico são, naturalisticamente, atos de vontade, mas juridicamente, não. Ou seja: a lei não leva em consideração, de forma alguma, a vontade de quem praticou o ato. O exemplo clássico é o da especificação: a do escultor louco, que pelo simples fato de ser louco não deixa de poder ser um gênio, e um dia verifica que no terreno do vizinho tem uma bela pedra de mármore informe, e ele,

que não é tão louco para pular o muro enquanto o vizinho estiver lá, espera que este saia em férias, e então pula o muro e esculpe uma belíssima estátua. Com isso, sucede que se torna proprietário, tendo em vista o modo de aquisição da especificação. Apesar de juridicamente não ter vontade e juridicamente não ter sequer consciência, daí a razão pela qual não se pode identificar esta ação humana com aquelas outras do garoto que pesca o peixe ou a do casamento, ou ainda outras em que haja efeitos estritamente legais, tendo em vista a circunstância de que lá há a necessidade de uma consciência ou a necessidade de uma vontade qualificada, embora os efeitos não sejam negociais. Aqui, não. A doutrina alemã chama de ato-fato, principalmente por isso: são ações humanas naturalisticamente, mas que juridicamente são consideradas como fato jurídico em sentido estrito, assemelhados, por exemplo, à queda de um raio em uma árvore que extingue o direito de propriedade. Por isso mesmo é que a esses atos-fato não se aplica nenhum dos princípios do negócio jurídico, ao contrário do que pode ocorrer em relação aos fatos jurídicos em sentido estrito.

Isso é importante inclusive sob um aspecto: aquele caso da compra do picolé pela criança, não há dúvida alguma de que é uma compra e venda, que a doutrina chama de compra e venda manual. Pergunta-se: por que essa compra e venda manual não é um contrato? Não é um contrato justamente por ser um ato jurídico em sentido estrito; aqui, basta a simples consciência e os efeitos são rigorosamente legais. Não é possível estabelecerem-se efeitos que não os que estejam na lei. Portanto, não há necessidade da vontade qualificada, basicamente por não haver sequer a autonomia da vontade e a lei, por isso mesmo, estabelecer que os efeitos são, puramente, os legais.

Esse exame, a meu ver, é importante, já que até hoje não se conseguiu fazer uma doutrina geral a respeito dos atos jurídicos em sentido estrito, como não se conseguiu também fazer uma te-

oria geral sobre os fatos jurídicos em sentido estrito. Tendo em vista, principalmente com relação aos atos jurídicos em sentido estrito, o fato de eles serem inumeráveis. Qualquer ato que produza efeitos legais, e portanto sejam atos jurídicos em que não haja vontade negocial, se enquadra nessa categoria. Ou necessitando de uma simples consciência, ou de uma vontade qualificada, embora essa vontade qualificada não dê margem à possibilidade de se estabelecer um conteúdo negocial. Daí a razão pela qual não há uma teoria geral a esse respeito. Por isso mesmo é que, naquele título relativo aos atos jurídicos lícitos, se diz que se aplicam aos atos jurídicos, que não são negócios jurídicos, tudo aquilo que for cabível. Compete, evidentemente ao juiz, tendo em vista a circunstância de que não seria possível fazer no Código algo que nem mesmo a doutrina consegue fazer. Faremos uma análise sobre o negócio jurídico, análise, evidentemente, sumária, destacando os pontos importantes.

Em primeiro lugar, é de se salientar que se mantém no Código atual a concepção subjetiva do negócio jurídico. Sabem os senhores, que ao lado da concepção subjetiva há uma concepção defendida por alguns grandes juristas, como Betti, na Itália, que adota uma teoria normativa, que é uma teoria objetiva do negócio jurídico. Em que se considera (também chamada concepção preceptiva) que do negócio jurídico não nascem propriamente relações jurídicas, e sim normas que autodisciplinam as relações que se estabelecem entre as partes em virtude do negócio jurídico. Essa doutrina, geralmente, não tem sido seguida pelos Códigos, que adotam, em geral, a concepção subjetiva. Não uma concepção subjetiva radical, em que se considera absolutamente predominante a chamada vontade interna, ou vontade interior, tendo em vista a circunstância de que, se assim fosse, seria muitas vezes quase impossível de se aferir exatamente, a não ser por meio de presunções. Muito mais que isso: afas-

tar-se-ia inclusive a possibilidade de a parte contrária saber qual seria esta vontade interna.

Jamais vingou uma teoria da concepção do negócio jurídico como sendo uma declaração de vontade, em que aquilo a que se devesse dar relevância seria apenas a declaração, tendo em vista também a circunstância de que essa teoria fosse absolutamente objetiva, de modo que muitas vezes a declaração não corresponderia àquilo que realmente as partes desejaram ou àquilo que se presumia que elas tinham desejado. Por isso mesmo é que a concepção subjetiva seguida aqui, e de certa forma era seguida no Código Civil (Eduardo Espíndola, por exemplo, sempre defendeu isso), era uma concepção subjetiva mitigada pela circunstância de que o declarante se auto-responsabiliza por uma declaração mal feita. E o declaratário tem a seu favor a confiança que emana para ele daquilo que foi declarado. Isso significa dizer que se continua a considerar que o elemento preponderante é a vontade (ao contrário do que ocorre com a concepção preceptista) mas não aquela vontade interna absoluta, não é aquilo que a doutrina chama de dogma da vontade, como vem desde Savigny no Século XIX. É uma concepção subjetiva mitigada, justamente porque se leva em consideração a declaração se ela foi mal feita e, conseqüentemente, por falha do declarante, ele se auto-responsabiliza por aquele defeito.

E com relação ao declaratário, ele tem a sua posição preservada desde o momento em que aquela declaração pôde gerar nele a confiança de que era uma declaração que devesse acolher. Isto decorre, inclusive, de alguns princípios que se adotam no projeto. Assim, por exemplo, o problema de uma modificação que se fez no artigo 85 do Código Civil de 1916, que era o único preceito relativo à interpretação com referência ao ato jurídico. O artigo 85 dizia o seguinte: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

Desde o manual de Paulo Lacerda, naqueles quatro volumes, que Eduardo Espíndola apresentou como comentários relativos aos atos jurídicos, ele já sustentava que embora se fale “se atenderá mais a sua intenção”, dizia ele: “Não é bem assim, isso não significa que seja o dogma da vontade interior. Deve ser interpretado esse dispositivo como se ele dissesse que se atende mais a intenção nas declarações de vontade consubstanciadas.” Essa crítica, a meu ver, é perfeitamente acolhível e, conseqüentemente, por isso é que se fez alteração que, aparentemente, muitos poderão dizer a mesma coisa, mas que não é. Isso justamente para mostrar que aqui não há teoria da vontade interna pura, dogma de vontade, tanto que se disse que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas.” Quer dizer: leva-se em consideração a intenção, pois da simples declaração não se pode interpretar também contra a manifesta vontade das partes. Mas considera-se mais a intenção nelas consubstanciadas do que o sentido literal da linguagem e, conseqüentemente, não há nem o dogma da declaração, pois a declaração prevaleceria sobre tudo, nem o dogma da vontade, em que a vontade interna é que teria prevalência absoluta.

Nas disposições gerais, os senhores observem que a estrutura do tratamento do negócio jurídico foi diferente da estrutura dada pelo Código Civil. Aqui a estrutura inicia com disposições gerais, em que se começa com alusão aos requisitos de validade. Em seguida, trata-se de problemas que se relacionam à manifestação de vontade e à interpretação dessa manifestação de vontade; a seguir vem, um capítulo relativo à representação, que no anteprojeto original, tratava tanto da legal quanto da convencional, mas que, por maioria, a comissão revisora daquela época entendeu que devia tratar apenas da representação legal, e não da convencional, remetendo esta, como é da nossa tradição, ao contrato de mandato. A repre-

sentação é insita ao contrato de mandato, ao contrário de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o sistema jurídico romano em que não havia essa vinculação entre a representação e o contrato de mandato.

A seguir, vem o tratamento da condição, do termo e do encargo, porque são autolimitações à vontade. E tanto são autolimitações da vontade que, tradicionalmente, denominam-se elementos acidentais. Contudo, a qualidade de acidentalidade eles só têm enquanto são abstratos, pois no momento em que o negócio é celebrado sob condição a termo ou é praticado com encargo, esses chamados tradicionalmente elementos acidentais se tornam essenciais, porque são autolimitações da vontade. Portanto, vem uma seqüência lógica, depois de se tratar dos requisitos de validade, sumariamente; da manifestação de vontade; da interpretação da vontade; da representação (que diz respeito também à vontade), vem a disciplina dessas cláusulas que autolimitam a vontade. Em seguida vem o tratamento dos defeitos do negócio jurídico para, posteriormente, vir um capítulo concernente à invalidade do negócio jurídico. E, finalmente, já não mais no título negócio jurídico, vem o título II - Dos Atos Jurídicos Lícitos - justamente para caracterizar a diferença entre os outros atos jurídicos que não são negócios jurídicos.

Com relação à disciplina do Negócio Jurídico, temos, nas disposições gerais, que atentar para as seguintes inovações: em primeiro lugar, a reserva mental, do artigo 110: “A manifestação de vontade subsiste, ainda que o autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o que o destinatário tinha conhecimento.” Há uma circunstância que é importante observar: aqui, em rigor, se considera esse negócio jurídico como inexistente. Por isso mesmo não se acatou uma das críticas que fizeram no sentido de que deve ser nulo. Tanto que não se disse que essa manifestação de vontade, quando o destinatário tiver conhecimen-

to da reserva mental, acarretaria a nulidade. Mas sim: subsiste, se não tiver conhecimento e não subsiste, ou seja, não se forma, se tiver esse conhecimento. Ao contrário do que vai ocorrer com a simulação, onde também há falta de vontade.

Então, a reserva mental é um caso de falta de vontade, como a simulação. Contudo, na reserva mental não há o acordo de vontade entre os simulantes, sendo portanto uma circunstância unilateral, enquanto que na simulação há sempre o acordo entre os simulantes. Lá há uma aparência que se cria. Daí a razão pela qual se considerou que deveria ser tratada como nulidade propriamente. É certo que, a não ser nesse dispositivo, eu, pelo menos não encontro nenhum outro em que se trate de inexistência, não naquele sentido que é realmente difícil de se determinar o que seja, em matéria de negócio jurídico em geral, um negócio jurídico inexistente, tendo em vista o fato que geralmente se diz: “são aqueles negócios em que falta um elemento material.” Aqui é muito diferente do que ocorre com o casamento, que é um ato entre um homem e uma mulher. Assim, o fato de duas pessoas do mesmo sexo se casarem é considerado um casamento inexistente, assim como o casamento celebrado por delegado de polícia, por exemplo. Mas essa teoria da inexistência, em matéria de casamento sempre teve relevo, até pela diferença da inexistência com relação à nulidade. Nessa se exige, inclusive, uma ação declaratória de nulidade; enquanto que lá, a nulidade se confunde com a inexistência com referência aos seus efeitos, porém nesse tratamento aqui se falou em subsistência e insubsistência porque o ato não chega sequer a formar-se, tendo em vista que, quando uma parte declarou com reservas e a outra sabia dessa reserva, isso era como uma declaração jocosa de vontade, uma brincadeira ou uma representação teatral, em que ambas as partes sabem que aqui não há ato nenhum e, portanto, o negócio jurídico é absolutamente inexistente.

Por outro lado, tratou-se do silêncio, considerando que ele importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa. Daí seguem-se três regras de interpretação, sendo que uma foi retirada dos contratos. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente; isso, no Código Civil, estava nos contratos. E no artigo 113 (artigo mais importante com relação à interpretação), adotou-se a boa-fé objetiva, ou seja, aquela boa-fé preceptiva, que no nosso direito já vinha do artigo 131 do Código Comercial. Esse artigo também falava que os contratos comerciais também deviam ser interpretados conforme a boa-fé. Contudo a nossa doutrina em geral considerava que aquela era a boa-fé subjetiva, o que é um erro, pois a boa-fé subjetiva é ínsita ao sujeito.

Quando se fala que o negócio deve ser interpretado de acordo com a boa-fé, isso se traduz naquela boa-fé, chamada pela doutrina como boa-fé normativa, ou seja, aquela boa-fé que implica a regra de que os negócios jurídicos devem ser celebrados com lealdade, com transparência e, mais, que implica inclusive a possibilidade de o juiz considerar que, na declaração de vontade, ainda que ela seja lacunosa com relação a certos deveres, chamados deveres secundários ou instrumentais - como, por exemplo, o dever de custódia da coisa, embora no contrato não se aluda a isto como uma obrigação da parte; o dever de sigilo pelos segredos que se sabe em decorrência do negócio; o dever de permitir que se execute perfeitamente o contrato, por uma das partes - são deveres que, muitas vezes, não estão expressos no contrato, mas que decorrem justamente dessa boa-fé normativa, objetiva.

Conseqüentemente, coloca-se aqui que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração, dando ao juiz uma certa margem. Digo isso, mas não

para que cada juiz julgue de acordo com a sua cabeça e o seu conceito de justiça, até porque a coisa mais injusta do mundo é não saber, de antemão, qual o juiz que irá nos julgar e qual o conceito de justiça que ele tem.

O problema aqui, evidentemente, é de se aplicarem aqueles princípios, pois, obviamente, não é possível estabelecerem-se todos os deveres secundários que são os instrumentais, mas que se admitem como ínsitos a uma regra de lealdade entre as partes e de observância daquilo que lealmente se deve observar, em decorrência da celebração de um negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral.

Em seguida vem o tratamento da representação. É um capítulo novo, o Código Civil também não tem esse capítulo, onde se estabelecem princípios apenas com referência à representação legal. Como disse aos senhores, no anteprojeto também se aludia à representação convencional. Contudo a Comissão também não aderiu a isso e se manteve apenas uma disciplina sobre a representação legal, sendo que no artigo 120 se diz que na representação voluntária os requisitos e efeitos vêm na Parte Especial, que é justamente na disciplina do contrato de mandato. Nesse capítulo da representação, há a disciplina do contrato consigo mesmo. Há a disciplina do conflito entre representante e representado, sendo que com relação ao contrato consigo mesmo, os senhores encontram no artigo 117: “salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”. Parágrafo Único: “Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele a quem os poderes houverem sido substabelecidos.” De modo que é para pegar também o substabelecido atuando em lugar do representante.

Depois vêm as autolimitações da vontade. E aqui temos a condição, o termo ou encargo. Não se fala mais em modalidade de negócio jurídico. Isso na realidade não

são modalidades de negócios, mas autolimitações da vontade. Não há propriamente uma modalidade de negócio sob condição. É um negócio cuja vontade é autolimitada pela condição. Com referência a esse tratamento, destaco que o artigo 121 diz: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.” Aqui, portanto, estamos em uma concepção subjetiva, condição como cláusula, e não o conteúdo dessa cláusula, mas em seguida, vem o aspecto objetivo, subordinado ao efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. E declarou-se expressamente que só há condição quando ela deriva exclusivamente da vontade das partes. As chamadas **condiciones iuris**, as condições de direito, não são condições, mas requisitos de eficácia do negócio jurídico, mas não condições no sentido técnico, por isso tirou-se do novo Código Civil a condição tácita, a qual é requisito, não é condição. Por outro lado, disciplina-se a invalidade das condições incompreensíveis ou contraditórias, o Código Civil não trata disso.

Com relação ao encargo ou modo, nesse capítulo, disciplina-se o problema de encargo ilícito ou impossível em que se considera não anulável o negócio, mas como não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir um motivo determinante da liberalidade. Vejam os senhores: aqui não se usa a expressão causa, pois o Código novo continua a ser anticausalista, por isso mesmo é que no artigo 90, do Código Civil de 1916, onde antes se falava em causa determinante, modificou-se também para motivo determinante.

Em seguida vêm os defeitos do negócio jurídico, onde se incluem duas figuras novas com relação ao Código de 1916, que são o estado de perigo e a lesão. Aqui, no tratamento do erro, há algumas modificações sendo que se disciplina especificamente o chamado erro de direito, que não se confunde com aquela que alguns dizem presunção, dizem outros ficção, de que a ninguém é

dado ignorar a lei, porque o erro aqui é considerado como elemento capaz de invalidar o negócio jurídico para que se respeite a lei, e não para que se viole a lei. É aquele caso de um negócio jurídico em que se compra um terreno para se erguer uma fábrica. Ambas as partes sabem disso, mas ignoram que há uma postura municipal que proíbe que naquele local se edifiquem fábricas, portanto nesse caso se admite (é a teoria clássica do erro de direito) a invalidade do negócio pelo erro de direito. Por outro lado, o erro de cálculo apenas autoriza a retificação da autorização de vontade.

Em seguida vem o dolo, vem o tratamento do dolo em que se continua a observar aquela diferença entre o dolo acidental e o causal.

Depois vem o tratamento da coação, em que se admite a coação que diz respeito à pessoa não pertencente à família. Os senhores vão observar que o novo Código concede ao juiz grandes poderes, inclusive várias cláusulas gerais, até a boa-fé objetiva, justamente por isso não é possível o tratamento pormenorizado normativo de uma série de condutas, de uma série de atitudes, de uma série de atos.

Pois bem, então se admite que haja coação quando a ameaça diga respeito a terceiro que não seja pertencente à família do paciente, cabendo ao juiz verificar se, no caso, realmente, ocorre essa ameaça. Aqui continua a coação como vício, compulsiva, e não, portanto, como coação física, que é falta de vontade.

Por outro lado, há um dispositivo que é bastante importante, o artigo 155 que diz: “Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto”.

O Código Civil, neste caso, anula o negócio jurídico. No novo Código preserva-se o negócio, estabelecendo-se perdas e danos para aquele que foi o causador. E se preserva o ato justamente porque a parte que aproveitou dessa co-

ação não tinha, ou não devia ter, esse conhecimento, portanto se preserva a sua boa-fé subjetiva e se preserva com isso o negócio.

O estado de perigo e a lesão são dois institutos novos que apresentam uma diferença: em um caso, há o estado de perigo em que não há possibilidade (como ocorre na lesão) de não se decretar a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. Por outro lado, na lesão, há a ocorrência da premente necessidade ou da inexperiência, ao passo que no estado de perigo é apenas a premente necessidade de salvar-se. E também, tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá se ocorre ou não essa figura do estado de perigo como defeito do negócio jurídico.

Na fraude contra credores, as modificações são pequenas. Ampliou-se o número de legitimados, admitindo que igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornaria insuficiente. Isso de maneira expressa se admitiu. Há pequenas modificações a esse respeito.

No capítulo concernente à invalidade do negócio jurídico, colocou-se a simulação, que deixa de ser defeito do negócio jurídico e, portanto, um chamado vício social do negócio jurídico, à semelhança, aliás, da fraude contra credores, que não é propriamente um denominado vício da vontade. Mas deixa de ser, porque aqui não ocorre propriamente vício, o que há é falta de vontade. E, conseqüentemente, acaba com simulação inocente, simulação não inocente, não importa o que seja.

Se a simulação é absoluta, o negócio jurídico se diz nulo, justamente porque há uma aparência da existência de negócio jurídico. E se a simulação é relativa, é nulo o negócio simulado e o negócio dissimulado poderá ser válido se se admitir a sua validade conforme a figura que ele represente. Portanto, neste caso, continua-se a admitir simulação inocente. É o caso, por exemplo, de alguém fazer uma doação a um amigo

que era muito rico e ficou pobre e que não quer com isso parecer que está dando esmola. Então ele faz essa doação simulando uma compra e venda - o que o Código Civil chamava de simulação inocente - mas que, obviamente, continua a ser admitida, pois é nula essa simulação que é relativa porque na realidade o que vai valer é o contrato de doação, o negócio jurídico dissimulado.

Por outro lado, também acaba com aquela regra de que um simulante não pode opor-se a outro simulado, o que cria problemas. Por exemplo, com relação a negócio usurário, lembro-me de que tive um recurso extraordinário em que a saída foi a Súmula 400. Hoje essa é a súmula mais odiada, contudo, naquela época, foi a súmula mais genial que o Supremo fez em toda a sua história, quando falava em negativa de vigência e não, em contrariedade. Ele dizia que se a interpretação for razoável, não for absolutamente desarrazoada, não é negativa de vigência. Então, como não falava em contrariedade que diz respeito à interpretação - hoje o STJ fala em contrariedade ou negativa de vigência, de modo em que aí se afasta a Súmula 400 por causa da contrariedade - contudo naquele tempo era diferente - a saída que se teve em um caso de simulação para dissimular um negócio usurário foi justamente a de que parte da doutrina, pelo menos, e me lembro de que até foi citado o meu professor de algumas aulas, que foi um dos Desembargadores que mais honraram esse Tribunal, o Desembargador Serpa Lopes. Ele sustentava que embora o Código falasse que um simulante não podia se valer da simulação para subtrair-se aos efeitos do negócio simulado, nesse caso, tendo em vista a gravidade do vício, da nulidade decorrente de um negócio dissimulado usurário, era de admitir-se que houvesse a possibilidade dessa invocação de simulação por um simulante; porém isso tudo acabou. Hoje é considerado nulo, e não inexistente. Em rigor deveria ser inexistente, contudo é considerado nulo porque há essa aparência decorrente de um acordo de

vontades e, conseqüentemente, por isso é que se fala em nulidade.

Por outro lado, ainda com relação a esses defeitos, há o artigo concernente à conversão do negócio jurídico. O artigo 170 admite que o negócio jurídico nulo possa ser convertido, se tiver os requisitos de outro negócio que seja válido. Acaba com a imprecisão técnica do Código Civil que fala em ratificação em matéria de anulação, quando na realidade, ratifica-se, dando poderes que não foram dados em matéria de representação, e se adota a técnica mais moderna, que é a da confirmação ou não do ato.

Com relação à nulidade, acaba o problema da prescrição de nulidade. Não há prescrição de nulidade e nem de anulabilidade. Isso sempre foi dito com relação ao casamento. Porém, com relação ao negócio jurídico, há até uma súmula do Supremo dizendo que prescrevem negócios nulos em vinte anos. Contudo, isso é uma errônia porque nesse caso não existe violação de direitos subjetivos e, conseqüentemente, não há nenhuma pretensão decorrente dessa violação. Logo, não há prescrição nenhuma tendo em vista a circunstância de que aqui não se viola direito de outro. Apenas o que há é um fato que vicia e, portanto, invalida um negócio celebrado entre as partes. Por isso, em matéria de anulação, o prazo passa a ser de decadência. Tanto que diz o artigo 178: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: (...)” Enfim, aqui se mantêm aquelas regras que, pelo Código de 1916, se aplicam com relação à prescrição. Mas é prazo de decadência. E os senhores irão observar uma circunstância: na Parte Geral tudo aquilo que for prazo de decadência vem expresso como prazo de decadência. O que não estiver expresso, mas estiver nos artigos concernentes à prescrição, tratar-se-á de prescrição.

E, mais ainda, para facilitar, no Código Civil todos os prazos da Parte Especial que não forem expressamente ditos prazos de prescrição, são de deca-

dência. Os prazos de prescrição são apenas aqueles mencionados na Parte Geral como: “são prazos de prescrição de tantos anos”.

Isso facilita obviamente o que no Código Civil sempre foi um problema sério. E mais, gerava-se, em matéria de casamento, nulidade e anulação - prazo de decadência; em matéria de negócio jurídico - prescrição.

Por outro lado, com relação ao negócio nulo, este não é sanável por decurso de tempo; o que pode ocorrer é a prescrição em decorrência, por exemplo, da restituição de alguma coisa paga em virtude de contrato nulo. Contudo, aí o problema é de prescrição, porque se trata do direito de obter restituição, e não problema decorrente da declaração de nulidade do negócio jurídico. Por isso é que se diz que o negócio jurídico não se sana pelo decurso de tempo.

A seguir vem o Título II - Dos Negócios Jurídicos Lícitos, a que já aludi, e o Título III - Dos Atos Ilícitos, em que há algumas alterações importantes: com relação aos atos ilícitos se retira do artigo 159 do Código atual, que fala: “violar direitos **ou** causar dano”.

No artigo 186 do novo Código Civil se coloca: “violar direitos **e** causar dano”, porque se trata de ato ilícito absoluto e este decorre justamente não de atos ilícitos relativos (como por exemplo o contrato), mas decorre daqueles atos que são absolutamente ilícitos, ou seja: são violações de direito subjetivos que se opõem contra todos e por isso são chamados direitos absolutos. Então é por isso que se coloca “violar direito e causar dano”. Com a admissão da possibilidade de haver uma violação que não cause dano de natureza material.

Dispõe o artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Confesso aos senhores que quanto a esse problema do dano moral, sempre

fui um defensor dele antes de ser juiz. Depois, quando verificamos as dificuldades que há, e em matéria de dano moral, confesso-lhes que talvez seja herético, mas considero sempre que o efeito do dano moral nada mais é do que propiciar uma pena privada em favor da vítima. Só com uma diferença: é uma pena privada que é mais agravada ainda do que as penas privadas tradicionais que se limitam à pessoa do ofensor. Aqui essa pena privada se transmite aos herdeiros. Contudo, vejo como uma verdadeira hipocrisia se falar em reparação de dor ou em satisfação de dor. Pergunto o seguinte: um Rockefeller, por exemplo, poderia receber alguns milhões de dólares como dano moral em virtude da dor que ele sofreu por um neto seu ter sido atropelado? Isso para ele causa alguma alguma satisfação? Não. A única satisfação que teria, é ver punido aquele que o ofendeu. E isso, em última análise, traduz-se em, sem quaisquer tipos de hipocrisias que sejam, sentimento de uma certa vingança. Não a vingança do olho por olho, dente por dente, mas, pelo menos, a de ver punido aquele que causou o dano.

A grande dificuldade é quanto à fixação do valor do dano. Nos Estados Unidos, o indivíduo passa a vida inteira rezando para que alguém o ofenda para que ele enriqueça. Isso tem que ficar a critério do juiz e se espera que os juízes sejam suficientemente esclarecidos no sentido de não transformar isso em indústria.

Por outro lado, aqui se determina como ato ilícito a figura do **abuso de direito**. O artigo 187 diz: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A boa-fé aqui é a boa-fé objetiva.

Vêm agora a prescrição e a decadência. O novo Código tem um capítulo sobre a prescrição e outro sobre a decadência, baseado naquilo que já está se tornando clássico na doutrina em que

há decadência quando não há o cumprimento de um direito potestativo. Há prescrição quando há a violação de um direito subjetivo. E mais, por isso mesmo esses direitos potestativos são chamados de direitos sem pretensão porque não dão margem a uma pretensão. Ao passo que os direitos subjetivos são direitos com pretensão porque dão margem a uma pretensão. Então, por isso é que a nulidade e a anulação são prazos de decadência, enquanto que a violação de um direito de crédito, por exemplo, dá margem a um prazo de prescrição.

Por outro lado, adotou-se a figura da pretensão para fugir do problema de prescrever a ação ou o direito. Isso porque do direito decaiu-se, mas sabem os senhores que o direito subjetivo não desaparece integralmente quando ocorre prazo de prescrição, tanto assim que surge aquela figura tradicionalmente conhecida como a da obrigação natural. Isso, a meu ver, nada mais é do que a obrigação decorrente de um direito subjetivo enfraquecido que perdeu a sua virtualidade de ataque. E direito subjetivo enfraquecido que, em última análise, se vira um título justificativo da não-repetição no caso de prescrição se houver, por exemplo, um pagamento voluntário, se a parte quiser pagar, obviamente por isso não é um mero dever moral, daí a figura da obrigação natural, que se a parte quiser solver a sua dívida cuja pretensão esteja prescrita. Aqui não há direito de repetição, por quê? Porque continua a existir aquele direito subjetivo enfraquecido que atua como um verdadeiro título que legitima a não-repetição. E portanto legitima a transferência da propriedade, com relação ao objeto do pagamento, por não se tratar de dever meramente moral, mas de um dever jurídico decorrente dessa chamada obrigação natural. A meu ver, é um título justificativo da não-admissão da repetição no caso de o pagamento ter sido voluntário. E é por isso mesmo que se fala em pretensão.

O que é pretensão? Essa é uma das figuras mais difíceis de se conceituar.

Então diz-se que nasce a pretensão quando há a violação do direito subjetivo. Darei um exemplo que me parece bastante claro: há um contrato entre alguém e um pintor para que pinte o seu retrato. O pintor, então, começa a pintar, perde a inspiração e, como não quer jogar fora o seu nome, diz que não irá cumprir essa obrigação de pintar o retrato porque perdeu a inspiração e não pode fazê-lo. Então, como ninguém pode ser coagido a praticar um ato, conseqüentemente aquela prestação que era de fazer, por aquele pintor, no momento em que ele viola o direito subjetivo do que seria retratado, na realidade se transforma em uma prestação diversa, ou seja, em uma indenização se houver algum prejuízo ou, então, que o que seria retratado contrate a pintura do seu retrato por um outro pintor, pague a esse pintor e cobre do pintor primitivo aquilo que pagou ao que executou o seu retrato.

Isso, em última análise, é o que o autor Pontes de Miranda disse que a pretensão seria, uma ação civil. Por quê? Porque é aquela pretensão que levada a juízo deixa de ser ação civil, passando a ser ação de direito público, que é justamente a ação decorrente do direito que se tem de se exigir do Estado que este preste a jurisdição. (Essa prestação é jurisdicional no momento em que ingressa em juízo.) Contudo, enquanto isso não acontece, ela continua no terreno do direito privado, tanto assim que há necessidade de que a pretensão seja resistida, para que a proteção seja levada a juízo.

Conseqüentemente, a pretensão seria aquela modalidade de prestação diversa da anterior, em que ainda não havia a violação do direito subjetivo e que vai ocorrer quando houver essa violação. O que sucede inclusive nas dívidas em dinheiro com o problema do aumento em decorrência dos juros, dos juros de mora, enfim daquelas quantias que por ventura sejam punitivas em virtude da demora. Foi isso que se pretendeu quando se disse no artigo 189 que,

“violado o direito, (...)” - que é o subjetivo, pois só este pode ser violado. Quanto ao direito potestativo, como sujeita a outra parte, não há que se falar em violação - “(...) nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, (...)” - o que se extingue é a pretensão, não é nem o direito subjetivo e nem a ação. Tanto que o autor Pontes de Miranda teve que interpretar a ação como ação civil, o que os alemães chamam de pretensão. E, conseqüentemente, quando se fala em ação, todos pensam em ação judicial. Contudo, está errado, pois a ação judicial sempre existe. Em última análise, pela teoria abstrata da ação, ela nada mais é do que o direito de pedir ao Estado, que venha prestar jurisdição, tenha ou não razão.

Por outro lado, há um capítulo sobre disposições gerais em que conserva muitas vezes o que há no Código de 1916: as causas que impedem ou suspendem e as que interrompem a prescrição. Em seguida, vêm os prazos de prescrição com aquela observação: só é prescrição aquilo cujo prazo estiver nos artigos 205 e 206. Tudo mais será decadência, salvo se expressamente se falar que é prescrição.

Por isso mesmo, falou-se em prazo de decadência na Parte Geral com relação à anulação do negócio jurídico. E fez-se a distinção entre decadência legal e a convencional. A decadência legal é aquela que pode ser invocada *ex officio* pelo juiz, enquanto que a convencional, não. Na decadência convencional, isso decorre da vontade das partes. É o caso, por exemplo, da retrovenda em que é possível se estabelecer um prazo de decadência inferior a três anos e portanto as partes podem renunciar a esse prazo, podem abrir mão dele e aí então se aplicará o prazo legal de três anos, que pode ser declarado pelo juiz de ofício tendo em vista que se trata de decadência legal.

Por outro lado, na decadência, salvo disposição em contrário, não se aplicam as normas que impedem, suspendem ou interrompem. Por isso mesmo,

diz-se que se aplica a decadência ao disposto nos artigos 195 e 198, inciso I, que diz respeito, por exemplo, a absolutamente incapaz, em que não deveria ocorrer a decadência.

E, finalmente, vem um título inteiro sobre prova. Considerou-se que, embora judicialmente o que deve regular a prova são seus meios de produção em juízo, a prova é ainda matéria de direito privado, tendo em vista que não se aplica apenas para as questões que estão em juízo, mas se aplica a todo e qualquer fato jurídico. Conseqüentemente, manteve-se isso e se estabeleceram alguns princípios novos. Vou aludir ao artigo 231 que diz: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.” E artigo 232: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.” Isso é tão importante que já houve no STF uma questão realmente interessante. Foi um *habeas corpus*, porque um juiz determinou que fosse conduzido sob vara um indivíduo para que se retirasse dele sangue para efeito de um exame qualquer do qual havia necessidade. E ele impetrou, então, um *habeas corpus*.

Sendo assim, deu-se um fato curiosíssimo: os liberais do STF admittiram e os conservadores por seis votos a cinco não admittiram, dizendo que ninguém podia obrigar a um indivíduo que diz que tem terror, pânico, de se ver espetado por uma agulha de injeção, a ser obrigado a fazê-lo. Nesse caso chega-se à conclusão de que se um indivíduo se recusa, isso funciona como uma verdadeira presunção contra ele e, portanto, com o ônus da prova transferido para ele, dificultando portanto a sua defesa.

Meus senhores, quando sou obrigado, portanto, a fazer uma análise genérica dessa natureza, faço sempre uma brincadeira dizendo que felizmente fiz uma façanha que é atravessar o Oceano Pacífico a nado. É claro que com todas

as deficiências dessa travessia. Muito obrigado.

DEBATES

Desembargador Humberto Manes

A primeira pergunta é sobre a capacidade e a incapacidade. Vamos usar a linguagem do Código de 1916, não é a sentença de interdição que cria incapacidade. Então, se o indivíduo estava louco, na terminologia do Código revogado e pratica um negócio jurídico, este será nulo. Se houver a sentença de interdição, claro está que o outro contraente nem poderá alegar que desconhecia essa situação de incapacidade. Contudo, vamos imaginar que alguém abra um jornal e leia um anúncio de uma venda de um apartamento e que, através de um corretor, vá até o imóvel e conheça o vendedor, naquele mesmo dia tire todas as certidões e mais tarde venha a saber que, embora não interditado, o vendedor é louco. Sendo assim, surgem dois problemas: de um lado, a tutela do interesse do incapaz, pois ele é louco. E, em segundo lugar, no outro prado da balança, a proteção a quem agiu de boa-fé dentro daquela situação de aparência. E para que lado penderá a balança dentro do Código Civil novo? Como resolveríamos esse problema hoje?

Ministro Moreira Alves

O problema se resolve como resolvemos hoje, ou seja: esse problema não foi tratado no novo Código Civil. Essa sempre foi uma questão realmente delicada, porque sem a interdição, sucede que há muito louco, doente mental e até retardado, que aparentemente não exterioriza isso.

O problema que surge é esse: perguntam se será nulo ou anulável? Até porque tem que se demonstrar que ele é louco. Será nulo mesmo ou isso é um ato que deverá ser anulado, e portanto há a necessidade de uma decisão que desconstitua esse ato?

É o problema que ocorre hoje. E perguntam por que o Código Civil não

tratou desse tema. Já imaginaram se o Código tratasse de todos os assuntos? Eu comentava aqui com meu colega: agora vem a hora da complicação! É a hora dos problemas que nos causam certas perplexidades. Confesso aos senhores que continuo com grandes dificuldades em uma série de institutos, pois não é possível dar disciplina a tudo. Até porque essa disciplina, para integrar um Código, precisa estar dentro daquelas que já se encontram devidamente estratificadas. Até hoje esse é um problema delicado, com relação ao qual não há estratificação alguma. De modo que, infelizmente, a resposta que posso dar é essa: continua o problema com relação ao novo Código Civil, porque se ele fosse resolver tudo, viraria aquele livrinho do imposto de renda com perguntas e respostas.

Lembro-me daquela anedota que contam do tempo de D. Pedro II. Diziam que ele foi ao antigo hospício na Praia Vermelha e que, lá chegando, encontrou um sujeito e começou a conversar com ele sobre literatura grega, literatura latina etc.. No final da conversa, o sujeito lhe disse que era um homem absolutamente normal, absolutamente são, e que os parentes dele o colocaram ali para dizer que ele era louco. Sendo assim, D. Pedro foi ao Juliano Moreira, que era o diretor, e disse que o homem era absolutamente lúcido e que havia conversado com ele quase uma hora, demonstrando uma cultura absolutamente invulgar. O diretor disse para D. Pedro que ele ainda não tinha visto quando aquele homem subia em uma árvore e cantava de galo.

Desembargador Humberto Manes

O Superior Tribunal de Justiça tem dado indenização por dano moral à pessoa jurídica. O que acha Vossa Excelência?

Ministro Moreira Alves

Confesso que quando deixar de ser Ministro do Supremo - para que não digam que há uma rivalidade entre os

antigos Ministros do Supremo que também julgavam a respeito de todas as matérias, confesso aos senhores que era o Supremo dos meus sonhos, porque não ficávamos apenas com a aplicação do artigo tal da Constituição, parágrafo tal - e ficamos praticamente apenas no terreno publicístico, que me perdoem os publicistas, mas reservo-me o direito de que, quando me aposentar no ano que vem, dar a resposta a respeito do que penso sobre esse problema.

No novo Código Civil se diz expressamente que há direito de personalidade. Dispõe o artigo 52: “Aplica às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.” De modo que este é um dispositivo que trata de um aspecto que é, de certa forma, polêmico, por isso mesmo é que diz “no que couber”.

Desembargador Humberto Manes

Lembro-me de que o autor José de Alencar, no livro “**A hipoteca**”, reclamava da solução então vigente de uma pessoa construir, em um pântano, um castelo, mas pelo ordenamento vigente a construção seria um acessório em relação ao solo, que seria o principal. Daí surgiram várias conseqüências e o Código de 1916 consagrou essa regra. O autor San Tiago Dantas reclamou disso e propôs uma outra solução: quando se demonstrasse que a construção seria de um valor maior do que o do solo, este passaria a ser o acessório. Isso aconteceu em uma rua nobre do Leblon em que um cantor comprou um terreno, foi para a Alemanha, onde ficou mais de um ano e contratou uma empresa que, por engano, construiu o palacete no terreno do vizinho. Quando ele retornou, o conflito já estava armado. Como podemos resolver isso hoje? Será que poderíamos aplicar esse esquema?

Ministro Moreira Alves

O Código Civil trata realmente desse aspecto, contudo, esqueceu um outro muito mais comum, porque esses aspec-

tos são quase que anedóticos, são aspectos raríssimos, obviamente. O aspecto sério é aquele em que há uma invasão. Por exemplo, um prédio de cinquenta andares que invade dez centímetros do terreno do vizinho. Pelo Código Civil, ele passaria a ser o principal e o terreno, o acessório. O novo Código acabou com o problema de acessório e principal nesse caso, da inversão, e se estabeleceu no Direito das Coisas - de que foi incumbido o Desembargador Ebert Vianna Chamoun - o princípio de que, quando isto ocorresse, se houvesse boa-fé por parte do construtor, então haveria um tipo de indenização e, conseqüentemente, passaria a ser proprietário daquela faixa que foi construída. Se houvesse má-fé, então haveria também uma indenização decuplicada e com uma série de agravantes decorrentes justamente do princípio da má-fé. Mas se estabeleceu portanto que, nesses casos, haveria não propriamente que transformar o principal e o solo passaria a ser acessório, mas se entendeu de resolver o problema com base na indenização para o efeito de preservação da coisa de maior valor.

Porém não se tratou dessa conversão, justamente pela circunstância de que se considerou que essa hipótese é daquelas que dariam margem a uma indenização conforme houvesse boa-fé ou má-fé, até por aplicação analógica desse outro princípio. E, conseqüentemente, seria uma forma de punir, embora mantendo sem que se declarasse aquela modificação de considerar que o valor do prédio poderia ser maior do que o valor do terreno, o que às vezes também é um problema, porque em curto prazo de tempo, às vezes, pode ocorrer o contrário. E quando suceder o problema de os dois terem o valor parecido, como se resolve? Será que a regra da inversão deveria ser aplicada?

Por isso é que se afastou esse princípio, considerando, inclusive, que casos dessa natureza são absolutamente raros. São casos, não digo anedóticos, mas são aqueles de academia, não são casos que ocorram na vida prática, em-

bora, vez por outra, possam ocorrer como, por exemplo, o casamento de um homem com homem ou de uma mulher com outra, enquanto o casamento for ainda um instituto em que a união ocorre somente entre um homem com uma mulher.

Desembargador Humberto Manes

Outra pergunta: Entre os requisitos do negócio jurídico, lembro-me de que Vossa Excelência estudou também o problema da legitimação ou legitimidade, mas, como não se prende a uma sistematização, não foi colocado na Parte Geral. Então entendo que na Parte Especial, em cada texto de legitimação, o novo Código enfrenta a questão realmente. E no tocante da venda a descendente, sempre houve uma grande discussão sobre a conseqüência da não autorização de um dos descendentes para a prática do ato. Recordo-me de que há um acórdão antigo do STF, do Ministro Aliomar Baleeiro, mostrando que o ato era nulo, o que impediria a confirmação do negócio, porque ele declarou que era nulo. Há os que sustentam que é ineficaz; outros, que simplesmente é anulável e que permitiria a confirmação. Foi por isso que o Código preferiu adotar como causa de anulação. No Código antigo era o art. 1.132.

Ministro Moreira Alves

O que está se sucedendo é que, na Parte Geral, não se tratou do problema da ineficácia, mas se observa que há vários artigos que dizem: “essa situação é de ineficácia” ou “essa situação é de anulação”. Por outro lado, esse problema do pai com relação aos filhos, ascendentes com relação a descendentes, é tão sério que no Supremo houve uma grande discussão, se eu não me engano eu pertencia à Segunda Turma e fui, afinal, voto vencedor da seguinte hipótese: um pai obteve a anuência de dez ou onze filhos, que o casal tinha, no sentido de vender o bem a um deles. Acontece que, posteriormente, a esposa do vendedor e, portanto, a integrante do casal (que não sabia

que já havia, no momento em que foi efetuada aquela venda, concebido uma criança), dá à luz uma criança e, vinte e um anos depois, essa criança se torna maior e entra com uma ação de ineficácia daquela venda, dizendo que já era concebida e, portanto, tinham que ter nomeado um curador do ventre para que ele manifestasse a anuência por ela. E por três a dois, fui voto vencedor, mas houve pedidos de vista no sentido de considerar que não havia nenhum cômodo do nascituro para esse efeito. Então, considerou-se que é anulável, foi para, possivelmente, permitir o problema da confirmação, que é bem mais lógico do que a ineficácia, tendo em vista que posteriormente aqueles que não anuíram, porque não lhes foi perguntado, venham a fazê-lo.

Para concluir, quero salientar que não se seguiu estritamente, com esse problema de anulação, por exemplo na fraude contra credores, o problema de se saber se havia inoponibilidade ou se havia anulação. Seguiu-se a anulação justamente por questões de conveniência prática, tendo em vista a disciplina do Instituto. Embora, teoricamente, possa ser discutível. E isso, obviamente ocorre, pois um Código também não é simplesmente um repositório de doutrina rigorosamente pura, é necessário atender a aspectos de conveniência, por isso mesmo é um ato político.

Desembargador Humberto Manes

É como na Lei de Falência em que se diz que é inoponível em relação à massa...

Ainda dentro dessa distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito, só conheço no Brasil um civilista contrário a isso, o Prof. Paulo Cavalcante, salvo engano. Pode ser difícil a distinção, mas que ela existe, existe. E aí vem a indagação que me formularam: A empresta a B determi-

nada quantia e estabelece que a dívida é de natureza quesível. Na data marcada, A não procura B para receber a quantia devida. Indaga-se: quando nascerá a pretensão?

Ministro Moreira Alves

No momento em que foi violado o direito subjetivo do credor. E quando é que ocorre? O problema vem da inexecução relativa e da inexecução absoluta. Conseqüentemente, se a dívida ainda tiver algum interesse para o credor, haverá apenas mora. Caso contrário, haverá o inadimplemento absoluto e aí não há dúvida alguma de que há a violação do direito subjetivo e, portanto, corre prescrição.


Desembargador Humberto Manes

Há cerca de quarenta anos, li uma petição inicial de uma ação rescisória referente ao direito das sucessões. Distribuído o feito, caiu com o Desembargador Alcino Pinto Falcão como relator, que proferiu o seguinte despacho: "Cite-se, todavia, dado o brilhantismo em que foi redigida a petição inicial, dificilmente a contestação poderá ter êxito". Então indago ao Ministro Moreira Alves: Quem redigiu essa petição inicial?

Ministro Moreira Alves

A resposta cabe àquele que expôs esse fato e, conseqüentemente, uma das duas: ou não sabe quem foi e, portanto, eu também não saberia, ou sabe quem foi e, conseqüentemente, deve decliná-lo.

Desembargador Humberto Manes

Foi o então jovem advogado Moreira Alves. Li essa petição no Departamento Jurídico do Banco do Brasil em 1962. O Des. Pinto Falcão proferiu esse despacho, e a ação acabou logo ali. 

Os Direitos da Personalidade

PROFESSOR CLAYTON REIS

Magistrado aposentado. Professor da Escola da Magistratura do Paraná

Excelentíssimo Senhor Desembargador Sergio Cavalieri, demais autoridades que compõem a mesa diretora, em particular o Excelentíssimo Senhor Desembargador e Professor Luiz Roldão de Freitas que será o debatedor após nossa exposição. Preliminarmente, agradeço a Vossa Excelência, de forma penhorada, o convite formulado pela Direção da EMERJ para participar desse importantíssimo Seminário destinado ao debate sobre o Código Civil de 2002, bem como, manifestar minha imensa satisfação em participar, nesta oportunidade, em Encontro de expressiva magnitude, ora promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Nós que estivemos à frente da Escola da Magistratura do Paraná durante quatro anos, podemos avaliar a importância de encontros dessa natureza, especialmente no momento em que o Brasil começa a discutir o seu estatuto mais importante - o Código Civil de 2002 que, como já foi afirmado hoje pela manhã, pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Moreira Alves, é a Constituição do cidadão privado. Antes de iniciar minha exposição, Senhor Desembargador Sergio Cavalieri, peço permissão a Vossa Excelência para prestar uma homenagem a um ilustre representante da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com o qual tive a imensa satisfação de conviver, por ocasião em que dirigíamos a Escola da Magistratura do Paraná, nos inúmeros Encontros promovidos pela Escola Nacional da Magistratura, na oportunidade coordenada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo. As-

sim, peço vênia para prestar homenagem a um homem culto, inteligente, afável e jurista de escol, na pessoa do ex-Diretor da EMERJ - o Desembargador Cláudio Vianna de Lima.

Faço-a a uma pessoa realmente especial, e que certamente ocupou um espaço importante na história do Poder Judiciário do Rio de Janeiro. Confesso que estou um pouco apreensivo, não obstante minha longa experiência no magistério superior e, minha participação em inúmeros eventos em diversos locais, talvez exatamente pela grande responsabilidade em dirigir-me a um público seleto após a exposição do Ministro Moreira Alves, que é o professor dos professores, o mestre dos mestres. Disse a ele, durante o almoço, que me sentia como uma das inúmeras letras que compõem o Código genoma e, vou tentar tecer algumas considerações sobre um dos temas mais importantes presentes no Código Civil.

Senhores Magistrados, advogados, alunos da Escola da Magistratura, Senhoras e Senhores presentes. No que tange ao tema relativo à personalidade, o novo Código Civil abriu espaço extraordinário na defesa do ser humano, mas não simplesmente, como iremos observar, apenas da pessoa física ou natural, particularmente, de todos os elementos valorativos integrantes da pessoa. Primeiramente, na época conturbada em que vivemos, onde se processam mudanças substanciais, inovações e surpresas que a vida sócio-político-econômica nos reserva, observamos que a pessoa natural ocupa o centro de um sistema.

O ser humano, indiscutivelmente, tem que ser encarado sob dois pontos de vista: o ponto de vista ontológico - o

Palestra proferida no Seminário realizado em 15.02.2002.

que é; e o ponto de vista axiológico - o que vale. Poderíamos afirmar que esta imagem representa o modelo adotado pela nossa Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 1º, inciso III, elegeu como ponto fundamental da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. O mesmo poderemos dizer dos Direitos e Garantias Fundamentais da pessoa, constantes nos diversos incisos do artigo 5º de nossa Carta Magna. Nesse sentido, o artigo 5º, em seu parágrafo 2º, estende esses valores aos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Outrossim, sob uma ótica de projeção, será lícito afirmar que o ser humano é, atualmente, o centro gravitacional de todo o direito, porque o homem é a razão essencial do sistema social e, em função dele é que a sociedade existe. A vida de relações, na ótica de Pontes de Miranda, não existe sem a presença humana, sem a presença da pessoa, que é o titular e, o agente responsável por essas relações humanas. É a partir da pessoa que surge todo um universo sistemático, conforme observaremos na seqüência de nossa exposição.

Nessa linha de pensamento é importante destacarmos que, segundo preleciona o professor e juiz José Renato Nalini, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “o direito, a reserva da intimidade, da vida privada, sofre turbulência em uma era de feérica explosão de informações. Uma sociedade, tangida pelo factóide e pelo espetacular, se caracteriza por despudorada exibição de suas entranhas, com exorbitante divulgação da intimidade. Há, inclusive, um confronto entre os direitos público e o privado”. Por seu turno, o professor italiano Pietro Perlingieri proclama, “a perda da patrimonialização ou a patrimonialização do direito”, ou seja, o sentido perda da função material do direito, que se deslocou em direção aos valores do ser humano, fato relevante e com grandes reflexos na ordem social. Na realidade, constatamos a existência de uma profunda e freqüente tendência em nosso direito, no sentido da

sua despatrimonialização. Nesse particular, relegamos para o passado o Código Civil de 1916, eminentemente individualista e patrimonialista, para um novo ordenamento jurídico de natureza axiológica. O novo Estatuto do cidadão, sancionado em 10 de janeiro de 2002, segundo a definição do Professor Miguel Reale, prima por três pontos fundamentais: *a eticidade, a socialidade e a operabilidade*. Trata-se de um Código, em que o seu destaque fundante se encontra alicerçado na eticidade. São os valores consagrados pelas questões éticas, na boa-fé e, através do efetivo exercício do direito de cidadania, que tornam, de fato e de direito, a pessoa como o centro gravitacional da realidade social e econômica.

Segundo nossa concepção, o homem da atualidade vem conquistando o exterior, perdendo-se, todavia, no plano interior; avançando na horizontal do progresso técnico, em detrimento da vertical ética. Trata-se de uma defesa intransigente dos valores, em face do tema alusivo ao DANO MORAL, ao ponto de poder afirmar que vivemos na realidade presente no meio de uma verdadeira crise de perda de valores.

Parece-nos que o novo Código Civil retoma esses valores e, desse fato decorre a defesa intransigente dos danos morais provocados ao ser humano, não com a finalidade punitiva. Nesse ponto especial, posicionamo-nos adotando a postura de que a verba indenizatória dos danos morais não é punição mas, sim uma compensação, em face dos danos subjetivos vivenciados pela vítima.

Quanto à questão dos valores da pessoa, observamos ainda que o Professor Pietro Perlingieri assinala com destaque a importância fundamental do ser humano. É com justificada razão que a Constituição Italiana, em seu artigo 1º, coloca o homem como o centro do universo, à semelhança de todas as demais constituições dos países civilizados. Essa postura se harmoniza com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dessa maneira, será possível con-

cluír que toda ordem jurídica existe em razão do ser humano. Todavia, nesse ponto reside um conflito de normas fundamentais – de um lado a prevalência do interesse social e, no outro, o interesse individual da pessoa, relativos aos direitos da personalidade.

Na verdade, constatamos que nessa colisão de interesses: de um lado o interesse privado e, do outro, o interesse público, não teremos dúvida em afirmar que a pessoa se sobreleva. Ela é a razão da existência das próprias instituições, que foram criadas e sobrevivem em razão do ser humano. Daí porque, o novo Código Civil, identificado com a legislação mundial pertinente, destaca uma nova ordem jurídica que se concentra na pessoa humana, como o fundamento de uma nova ordem social. O Professor Eduardo de Oliveira Leite, do Estado do Paraná, uma das figuras exponenciais do Direito de Família do Brasil e no exterior, afirma que “o terceiro milênio é o do espírito, é o milênio da pessoa”.

Nessa perspectiva, o novo Código Civil fez realmente uma inserção de grande magnitude. O que estamos vivenciando na atualidade é uma repersonalização da pessoa. O Código Civil de 1916 omitiu qualquer referência aos direitos da personalidade, ao passo que o Código de 2002 inseriu em seu texto, nos artigos 11º ao 21º, os referidos direitos. Não há dúvida de que a dignidade do homem é inviolável. Aliás, são essas as primeiras palavras contidas no artigo 1º da Constituição da República Alemã. Por outro lado, Justiniano já dizia que, **hominum causa imne jus constitum sit**, ou seja: “todo o direito é constituído em razão do homem”. A pessoa representa, assim, a razão maior do direito. Sob esse prisma, estamos vivendo uma época centrada na defesa dos direitos fundamentais da pessoa que, sem qualquer margem de dúvidas, se sobrepõem ao interesse público, quando se trata de questionar a dignidade da pessoa.

Por seu turno, no curso da história, em face do preceito romano alusivo

à responsabilidade, consistente na parêmia **neminem laedere** - a ninguém ofender, a ninguém causar prejuízo, há, uma regra esculpida nessa frase de respeito às pessoas. Todavia, o preceito somente será factível ou operável se atentarmos, através do nosso **modus vivendi**, para as regras de comportamento social. Isto porque, todo ato ilícito, segundo a lúcida explanação do Ministro Moreira Alves, decorre exatamente da inobservância do ordenamento jurídico. Nesse aspecto, agimos ilicitamente quando, de acordo com Hans Kelsen, distanciamos-nos do dever-ser, fato que decorre da inobservância do padrão de conduta definida pelos romanos e, consistente no comportamento representado pelo **bonus pater familiae**, ou seja, um bom chefe de família. Nessa ótica, é necessário que a pessoa seja detentora de um estado de consciência, ou seja, de ser capaz de, voluntariamente, assumir as alternativas que a atividade social impõe ao ser humano. Para alcançar esse desiderato, as regras sociais estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos assinalam caminhos direcionados no sentido da criação de uma ordem social coadjuvada por pessoas responsáveis e conscientes de seus direitos e obrigações – situação determinante para o processo de evolução da sociedade.

O homem do futuro será, certamente, uma pessoa que saberá medir as suas ações e refrear os seus impulsos anti-sociais, procurando, dessa forma, amoldar-se ao princípio consistente no **neminem laedere**. Para alcançar o atual nível de comportamento social, o Cristianismo exerceu um papel determinante, a partir do momento em que a doutrina cristã, encarnada na figura do filósofo Cristo assinalou: “não fazer aos outros o que não quereis que os outros vos façam”. Trata-se de uma regra de reciprocidade ou de consciência, a respeito do comportamento da pessoa em relação ao próximo. Na verdade, o preceito consubstancia um conceito de extraordinário significado, se atentarmos profundamente para o sentido filosófico

inserido na expressão contida em São Mateus.

Diante dessa inserção de valorização da personalidade, poderíamos indagar qual será o verdadeiro sentido almejado pelo ***mens legislatori***? Esta situação decorre da atual conjuntura turbulenta, atualmente vivenciada pela humanidade. Torna-se necessária uma repersonalização da pessoa, é indispensável que a pessoa reflita sobre os seus valores, realize uma retomada dos valores presentes nas origens da filosofia Grega. Conhecer-se a si próprio, segundo a filosofia de Sócrates, para dimensionar a realidade social através da inclusão de novos valores.

Pontes de Miranda já dizia que a personalidade é o mesmo que ter capacidade de direito, poder ser sujeito de direito. Então, há uma inter-relação que decorre exatamente da capacidade do titular desse direito, sem o qual não se estabelece um mundo de relações. Observamos que nem todos os Códigos Civis abordaram com significância e propriedade a questão relacionada com os direitos da personalidade. Nesse particular, notamos que os Códigos Civis Francês, Espanhol, Argentino, Uruguaio e Chileno fizeram breve e genérica referência aos direitos da personalidade. Não se aprofundaram nessa questão, mas sim consignaram referências gerais aos direitos da personalidade – diverso do brasileiro, que abarcou todas as questões relativas aos direitos da personalidade, seja no plano da tutela física ou psíquica da pessoa. Todavia, não obstante essas breves considerações, os direitos da personalidade assumem papel importante na ordem jurídica desses Estados, em particular no Código Civil Alemão, que constitui modelo de legislação civil. E, ainda, merece especial destaque o Código Civil Italiano que, em seus artigos 5º a 7º tece uma série de considerações em torno da defesa dos direitos da personalidade. Por sua vez, o Código Civil Português, em seus artigos 70 ao 81 aludem aos direitos da personalidade.

As duas codificações citadas – a italiana e a portuguesa – chamam-nos especial atenção. O Código Civil Português, a título de ilustração, prescreve em seu artigo 75, o seguinte: “O destinatário de carta emissiva, de natureza confidencial, deve guardar reserva sobre o seu conteúdo, não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento”. Resguarda, inclusive, o dever de informação, o dever de evitar que fatos eminentemente sigilosos, confidenciais, de natureza privada sejam divulgados, àquele que recebe uma missiva. Nos demais textos dos citados artigos o Código Civil português assinala, com destaque, o retrato ou a imagem da pessoa, tanto quanto, os direitos à reserva da vida privada.

Os Códigos Civis, na sua generalidade, apontam com destaque a defesa da imagem das pessoas, explorada através dos meios de comunicação de forma ofensiva aos direitos do seu titular. Todavia, a partir de 11 de janeiro de 2003, ou seja, por ocasião da vigência do novo Código Civil, a tutela da imagem possuirá um comando normativo, inserido no texto do Código Civil brasileiro de 2002. A proteção da imagem assume destaque especial nos tempos atuais. Ainda, recentemente, em curso de pós-graduação ministrado em instituição oficial, destaquei fato importante para expressar o sentido da proteção da imagem. Nesse aspecto, citamos decisão então proclamada pela Corte de Apelação Francesa, de fato ocorrido com o Presidente da República daquele país quando, o então Chefe de Estado da França, Giscard d’Estaing, ao visitar determinada ilha de possessão francesa, no Pacífico, em um destróier, foi fotografado na lancha que o conduzia até a ilha. O fotógrafo flagrou o Presidente quando este se encontrava próximo a um dos motores ***enverud*** da lancha – marca de motor de popa de embarcações náuticas mundialmente conhecida. Algumas semanas após este fato, na França, ***outdoors*** estamparam a figura do Presidente Francês conten-

do o motor **enverud** ao fundo, com os seguintes dizeres: se o Presidente da França não confiasse na segurança dos motores **enverud**, não estaria certamente na lancha naquele momento. O Presidente Francês promoveu ação de indenização por danos morais. A Corte Francesa, em face da prova notória do ato lesivo, oriundo da exploração de imagem para fins comerciais, sem a autorização do seu titular, concedeu ao autor indenização a esse título. O fato constitui reprodução indevida da imagem ou retrato da pessoa, com finalidades eminentemente comerciais. Isto não ocorreu somente porque se referia ao Presidente da França, mas porque o ato lesivo feriu os direitos da personalidade. Como se observa do exemplo ilustrado, a tutela da personalidade deve ser ampla e efetiva, circunstâncias que se consolidam com a inserção dos direitos da personalidade no novo Código Civil.

As ações decorrentes de fatos lesivos dessa natureza são alicerçadas na disposição do artigo 159 (atual artigo 186 do CCB-2002), consistente em ação de indenização por danos morais. De qualquer forma, o legislador pátrio inspirou-se nos Códigos alienígenas, particularmente, no Código Civil Italiano que, não obstante a generalidade contida em seus artigos sobre direitos da personalidade, sugeriu tutelas importantes na defesa da pessoa. O sentido conferido pelo **mens legis** assinala, como se observou, ampla proteção da pessoa se considerarmos que o ser humano é uma entidade multifacetária. Ademais, quando nos referimos ao direito da personalidade, estamos diante de uma norma legal que se apresenta com múltiplas facetas. Nesse sentido, o artigo 5º. inciso X da CF/88 assegura o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas, traduzindo a defesa ampla e irrestrita do ser humano.

A esse respeito, o artigo 11 do novo Código Civil prescreve, “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exer-

cício sofrer limitação voluntária”. Preliminarmente, observamos que os direitos da personalidade, em seu contexto genérico, se referem a danos extrapatrimoniais. Ora, o que é imaterial é intransmissível por decorrência da subjetividade desses direitos. Por seu turno, além de inalienáveis os referidos bens de valor, são igualmente irrenunciáveis em virtude de estarem integrados, de forma indissociável, à estrutura da personalidade do seu titular.

Destarte, estamos diante de um bem amplamente tutelado pela ordem jurídica, como afirmamos, de caráter exclusivo do seu titular e, portanto, de natureza personalíssima. O legislador foi preciso ao estabelecer que os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransferíveis, a exemplo de determinados direitos existentes em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo o reconhecimento da paternidade e o pátrio poder.

O que identifica e evidencia a verdadeira natureza dos bens da personalidade, é a representação da individualidade ou da pessoalidade. Por decorrência dessa realidade, segundo nossa ótica, a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade resultam da aderência de elementos estruturados aos direitos da personalidade do agente, elegendo o referido direito na categoria de bens de valor.

É notório que o Estado não pode permitir que o exercício de direitos dessa natureza seja limitado, isto porque, são os direitos fundamentais em razão da sua intangibilidade e da garantia Constitucional.

O artigo 12 do Código Civil de 2002 prescreve que, “Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções previstas em lei”. Por sua vez, o parágrafo único dispõe, “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer as medidas previstas neste artigo, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, colateral até o quarto grau”.

Através desse comando normativo, o legislador pretendeu assegurar a pres-

tação jurisdicional, de forma ampla, no caso de lesão a direitos da personalidade. Não somente uma tutela antecipada, mas também o direito à indenização por perdas e danos, lucros cessantes, danos emergentes, cumulados com danos morais. Percebemos que a Súmula 37 do STJ admite cumulação dos danos patrimoniais com os danos extrapatrimoniais. É importante assinalar, conforme exposição realizada pelo Ministro Moreira Alves, no período da manhã, que este tipo de tutela não sofreu qualquer limitação estabelecida pelo Código Civil, bem como, o legislador não se referiu a qual tipo de pessoa será assegurada a apontada tutela. Portanto, será admissível que ela seja extensiva, em face do princípio da isonomia, à pessoa natural ou jurídica posto que, o legislador nada precisou nesse aspecto. Ademais, segundo consagrado pela Súmula 227 do STJ, é admissível o direito aos danos morais à pessoa jurídica. Essa questão foi objeto de inúmeras controvérsias e, encontra-se atualmente consolidada na doutrina e na jurisprudência de nossos Pretórios. Há muitos anos afirmei que a pessoa jurídica não era titular de direitos aos danos morais, porque não tinha sensibilidade ou honra subjetiva, a exemplo dos seres humanos. Portanto, somente as pessoas eram capazes de sentir e, por consequência, apenas a essas pessoas seria admissível a fixação do **prestium Dolores**. Todavia, antes mesmo da edição da Súmula do STJ, observei a incorreção da afirmativa para adotar a postura consagrada na decisão sumulada.

Da análise do contido no citado texto legislativo, observa-se que não somente o titular é parte legítima para postular a tutela dos direitos da personalidade, em face da referida pretensão indenizatória mas, também, os seus sucessores, ou seja, aqueles que sentiram de forma indireta os efeitos dos danos. Dessa maneira, podemos observar que o legislador estabeleceu caminhos precisos para a tutela antecipada, na medida em que assegura o direito à propositura de ações

indenizatórias, oriundas das múltiplas ofensas perpetradas contra a pessoa.

Na seqüência, em seu artigo 13, o Código Civil de 2002, assinala um comando legislativo da maior importância, ao prescrever, “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes”. E, no Parágrafo único estabeleceu, “O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”. Através da presente norma, o legislador pretende salvaguardar não só a integridade psíquica, mas também a integridade física de paciente submetido a tratamento médico. Nossos Tribunais de Justiça se encontram com um enorme acúmulo de ações indenizatórias por dano estético, tanto quanto, de danos estéticos cumulados com danos morais.

Por ocasião do IX Encontro de Tribunais de Alçada em 1997, na Capital de São Paulo, os Magistrados concluíram ser inadmissível o acúmulo de dano estético com o dano moral. No dano estético se subsume o dano moral. O dano estético deve ser considerado sob a perspectiva material, consistente nas intervenções cirúrgicas restauradoras, decorrentes de acidentes que agridem a estrutura estética da pessoa, portanto, a parte física da pessoa. Por outro lado, o dano moral decorrerá dos sofrimentos íntimos e angústias vivenciadas pelo agente, oriundas da agressão e do tratamento a que foi submetido durante a sua convalescença.

Sobre as questões relativas ao dano estético, nossos Tribunais de Justiça já consagraram, através de inúmeras Jurisprudências, a sua admissibilidade nos casos assinalados, não obstante a ausência de um comando legal específico nesse particular. Por sua vez, o Código Civil de 2002, ao consignar disposição nessa direção, proíbe toda e qualquer agressão ao corpo físico, isto porque, o corpo físico é o retrato da pessoa, daí o destaque outorgado pelo legislador na

sua tutela, não admitindo o comércio de órgãos do corpo humano. Não obstante a pessoa seja depositária do seu próprio corpo, não o é, todavia, de forma ampla e irrestrita no que tange à sua disponibilidade. O legislador admite a disposição de órgãos, apenas e tão-somente para fins de transplante na conformidade da lei especial. Eram freqüentes notas constantes nos órgãos de imprensa, subscritas por pessoas em estado de miserabilidade, comercializando partes integrantes do seu corpo. O legislador não mais permite essa disposição, posto que, se trata de procedimento que fere os valores que compõem a pessoa em sua integridade físico-psíquica. Na realidade, trata-se de instituto legal de grande significado, já que, ao institucionalizar essa questão, o legislador tornou bastante clara a sua pretensão no sentido da defesa integral da pessoa em seu complexo físico-psíquico. Não podemos entender uma personalidade psíquica separada da personalidade física. O corpo humano, em conjunto com a nossa parte subjetiva, constituem elementos integrantes de um todo, constituindo uma unicidade de bens de valor.

Na ordem das disposições legais constantes nos Direitos da Personalidade, o artigo 14 do Código Civil de 2002 dispõe, “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. E, o seu Parágrafo único prescreve, “O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. Ora, a Lei número 9.344, de 04.02.1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, já fazia expressa referência sobre a retirada de partes do corpo humano, bem como, sobre o uso do próprio corpo **post mortem**. De forma que, sendo a pessoa titular desse complexo físico-psíquico, poderá dispor dos seus órgãos, ou de parte dele, após a sua morte, se assim o entender. É um instituto que se consagrou em nosso sistema normativo e que, certamente, será objeto de dispo-

sições testamentárias e outras **post mortem**, permitindo que familiares, ou a quem se tenha outorgado o exercício desse direito, possam fazer uso de parte do corpo de pessoa morta. Trata-se de ato voluntário em vida, para ser exercido após a cessação da atividade cerebral. Todavia, o legislador estabeleceu uma condição impostergável, ao dispor que a doação, “seja para fins altruísticos e para fins científicos”. Caso contrário, deverá esbarrar com a objeção dos familiares e, em particular do Poder Judiciário, que impedirão o exercício de um direito contrário ao sentido eminentemente científico ou altruístico preconizado pelo legislador.

Na ordem seqüencial, o artigo 15 prescreve uma ordem legislativa que considero igualmente relevantíssima, ao determinar que, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco da vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Essa é uma questão fundamental. Estamos diante da teoria do consentimento informado. A intervenção médica, em face de qualquer risco, só pode ser realizada mediante expressa autorização do paciente ou dos familiares do enfermo, salvo naqueles casos de reconhecido estado de perigo, em que o quadro grave do paciente impõe ao profissional médico a obrigação de decidir. Nesse sentido, considera-se em estado de perigo a circunstância grave que subtrai do paciente a emissão de sua declaração de vontade e, a impossibilidade de obtê-la de seus familiares por decorrência da imediata e necessária intervenção do profissional, sob pena de notório risco de vida do enfermo. Nesse caso, a intervenção médica deverá ser realizada, como preceituado pelo Código de Ética Médica, do juramento de Hipócrates e mais ainda: das disposições legais pertinentes. Caso contrário, o médico responderá pelo crime de omissão de socorro. De qualquer forma, o comando constante no artigo 15 determina que o paciente tem que ser previamente cientificado sobre a realidade do seu estado de enfermidade, ainda que o Có-

digo de Ética Médica estabeleça que, em determinadas situações, o médico tem o direito de ocultar o verdadeiro estado do paciente, desde que tal fato possa comprometer a recuperação do enfermo. De qualquer forma, a informação ao paciente sobre os riscos que advirão ao tratamento, tanto quanto, o consentimento ao referido tratamento, são fatores que poderão determinar a responsabilidade do profissional, caso não sejam observados e realizados com a diligência necessária.

Na atualidade, a teoria do risco assume importância determinante na ordem jurídica e social. No caso em exame, o risco terá que ser calculado, porque o profissional competente dispõe da capacidade de estabelecer os seus limites. Nesse particular aspecto, não deverá submeter o paciente a qualquer intervenção, se verificar que os riscos são de tal magnitude, que possam comprometer a integridade física ou psíquica do paciente. A esse respeito, há casos, quando se tratam de cirurgias graves e de grande risco, que os médicos não recomendam; havendo situações de intervenções que, mesmo sendo necessárias, não são igualmente recomendadas. O paciente sempre deverá ser informado dessas situações. Dessas circunstâncias, é que decorre a clareza do texto legislativo, quando dispõe, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

A teoria do consentimento informado assume, dessa forma, valioso papel no atual contexto em face da crescente ofensa aos direitos da personalidade. A responsabilidade civil da atividade médica vem sendo objeto de contínuos questionamentos perante os Tribunais, em virtude de procedimentos culposos geradores de danos de diversas magnitudes. Nessa realidade, o profissional médico tem a obrigação de obter do paciente declaração voluntária e consensualizada no sentido de consignar de que foi devida e corretamente informado sobre os riscos do seu tratamen-

to, tanto quanto, se encontra absolutamente consciente das conseqüências que advirão do referido tratamento, caso contrário o médico poderá responder civil ou criminalmente por omissão ao dever de informar e obter consentimento quanto aos procedimentos.

De acordo com o artigo 16, “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Pontes de Miranda já afirmara que toda pessoa tem direito a ter um nome, e que este significa a representação da pessoa. Todo ser humano se encontra inserido em um contexto social, havendo uma maneira como ele se apresenta na comunidade e compreende não só o nome como o prenome ou o apelido. Anteriormente, a Lei não admitia a mudança do prenome – Lei 6.015/73. Todavia, na atualidade, a Lei 9.708/98 admite, em casos excepcionais, até mesmo a inserção do apelido no nome, desde que isso constitua um fato notório e conhecido. Assim, a pessoa tem o direito de proteger o seu nome, não só a pessoa física mas também a jurídica, porque neste último caso, o seu nome constitui a razão da sua existência comercial. Já a pessoa física, é detentora da fama, ou seja, o destaque social que se verifica em decorrência de seu nome. Merecendo a proteção da ordem jurídica, o nome não pode ser objeto de uma exposição indevida ou não consentida pelo seu titular, porque acarretaria indenização por dano moral. Não há em nossa legislação pátria qualquer disposição com o alcance tão extraordinário como a presente. O legislador abarcou a tutela do nome da pessoa em seu mais amplo sentido. Nesse particular, os americanos, de um modo geral, possuem verdadeiro temor da exposição do seu nome, especialmente quando se trata de exposição que possa comprometer a sua fama perante a sociedade. Por esse motivo que, nos países anglo-saxões, da **common law**, os danos morais assumem proporções monetárias de grande magnitude, mesmo porque, em tais Estados prevalece a indenização dos danos morais com funda-

mento no princípio dos **punitives-damages**. Todos somos detentores desse direito intangível, que é o nome e que deve ser preservado em seu amplo aspecto. O instituto consagra, o que a doutrina, desde longo tempo, vinha praticando no Brasil, a exemplo de outros Estados, onde a tutela da personalidade sempre mereceu um lugar de destaque.

Segundo prescreve o artigo 17 do Código Civil, “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicação ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”. O elemento causador do dano não é o exercício regular de um direito, senão o seu uso de forma irregular e abusiva. Nossos Tribunais de Justiça vêm decidindo, com certa frequência, que o simples arquivamento de queixas crimes contra pessoas, que foram indiciadas por decorrência de presumidos atos delituosos, não é causa a ensejar a propositura de danos morais. Todavia, estando configurado o abuso ou o **animus injuriandi**, resta inquestionável o uso irregular de um direito pela pessoa, ensejando danos extrapatrimoniais.

Na Capital do Estado do Paraná, tornou-se conhecida decisão prolatada pelo seu Tribunal de Alçada em que, determinada síndica de um condomínio, constrangida com os reiterados e contínuos atrasos de um dos condôminos, resolveu colocar o nome do devedor em todos os murais da unidade condominial, afirmando que se tratava de pessoa contumaz no cumprimento de suas obrigações condominiais. Não satisfeita com a presente situação, cortou de forma abrupta o fornecimento de água da unidade, para constrangê-lo ao pagamento do condomínio. O condômino, em sua defesa, postulou em juízo ação por danos morais. Em face de ser vencedor na citada ação indenizatória, com o valor apurado liquidou suas obrigações para com o condomínio. Todavia, caso a síndica propusesse ação de cobrança, segundo faculta a lei condominial, notificando o condômino a pagar sob pena

de não o fazendo promover as medidas de direito, a síndica estaria exercitando um direito regular que a lei faculta.

Assim, é fácil concluir que o nome da pessoa não pode ser veiculado em publicações que tenham conotações, ainda que de forma sub-reptícia, que possa causar qualquer tipo de constrangimento ou, que esteja configurado o **animus injuriandi**. Portanto, qualquer fato que tenha como objetivo desnaturar, desconstituir, ofender, macular a imagem da pessoa, constituirá em ofensa ao direito ao nome.

Segundo prescreve o artigo 18, “Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”. Nesse particular, o Egrégio Tribunal de Justiça do Acre decidiu questão relacionada com médico, então exercendo o cargo de Secretário de Saúde do Estado, que teve o seu nome veiculado em propaganda de determinado medicamento, através de **outdoors**, na Capital, em Rio Branco. Propôs ação de indenização por danos morais. Nesse sentido, postulou indenização de aproximadamente mil e duzentos salários mínimos a título de indenização, por danos imateriais. O nome da pessoa não poderá ser exibido em propaganda comercial, sem o expresso consentimento do seu titular. Afinal, todos têm o direito à privacidade e à intimidade. A veiculação do nome da pessoa em atividade comercial não autorizada, constitui ofensa que macula de forma profunda os direitos à intimidade, sendo considerada como invasão ao direito de recato e recolhimento de que as pessoas são detentoras.

O artigo 19 prescreve que “O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome”. Este artigo atribui pseudônimo, adotado no exercício de atividades lícitas, as garantias dadas pela lei ao nome. Podemos observar no texto do artigo que o legislador outorgou idêntica proteção ao pseudônimo, da mesma forma que o fez em relação ao nome. Todavia, diverso do nome, ao pseudônimo é permitida a mutabilidade não havendo imposição do

vínculo como ocorre com o nome. A proteção do pseudônimo decorre da ofensa por decorrência de atividades ilícitas. Por sua vez, toda e qualquer atividade lícita é representada pelo exercício regular de um direito. Nessas hipóteses, não se configura a indenização. Não obstante haja uma justificada preocupação entre os membros do Poder Judiciário no que tange à apontada industrialização por danos morais no Brasil, não podemos excluir aquelas indenizações que representam inequívoca defesa dos danos causados aos direitos do nome ou do pseudônimo. O Professor Ives Gandra Martins assume particular e moderada posição contra a indenização por danos morais sob o fundamento do seu uso indiscriminado e abusivo, não obstante a sua consagração constitucional, como já salientada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo.

Segundo prescreve o artigo 20, “Salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais”. Por seu turno o seu parágrafo único assinala, “E em se tratando de morto, ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”. Segundo observamos, trata-se de norma cogente em que se sobressai o interesse social. Desse fato decorrem as ações assecuratórias na defesa da integridade da personalidade. Conforme assinalamos anteriormente, a pessoa é o centro gravitacional do universo jurídico. O Estado possui o dever de assegurar a manutenção da ordem pública, bem como, propiciar medidas assecuratórias da correta e boa administração da justiça. Ora, o texto legal, nesse particular, assinala situações ou fatos que possam afetar a estabilidade ao equilíbrio social, colocando em risco

os direitos e garantias fundamentais do ser humano – portanto, o texto sinaliza a defesa incondicional da personalidade.

Nesse sentido e, para cumprir essa função constitucional de defesa dos valores fundamentais da pessoa, o legislador outorga ao magistrado o poder de, através de medidas *ex officio*, ordenar as providências cautelares consideradas indispensáveis. Por essa razão, são plenamente justificadas as providências acauteladoras adotadas pelo Juiz Darlan, do Rio de Janeiro, no episódio ocorrido no ano passado, em que a Rede de Televisão Globo utiliza cenas em que eram expostos menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente, prescreve em seu artigo 4º que é “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade...” Portanto, as medidas determinadas pela autoridade judiciária não ferem o direito Constitucional fundamental consistente na liberdade de informação, porque se contrapõe a outro igualmente Constitucional Fundamental superior retratado *na dignidade da pessoa*. Dessa forma, trata-se da boa administração da justiça e da ordem pública, que se sobrepõe a determinados interesses. Parece-nos que se trata de um instituto de expressiva magnitude, na medida em que legitima a intervenção *ex officio* do Poder Judiciário, como guardião da ordem Constitucional. A esse respeito, conforme já enfatizamos, o Ministro Moreira Alves, em vários momentos, relatou que o novo Código Civil ampliou de forma considerável os poderes do juiz. Nesse particular, os novos ordenamentos jurídicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, prescrevem a inversão do ônus da prova, naquelas situações que objetive a defesa dos direitos fundamentais da pessoa.

A ampliação dos poderes outorgados aos magistrados pelo novo Código

Civil sofreu críticas, sob o ponto de vista de que estar-se-ia conferindo um poder exacerbado à magistratura. Todavia, entendendo que a crítica não possui embasamento que a justifique. Afinal, o Poder Judiciário, na história desse país, tem sido o fiel da balança, o ponto de equilíbrio no confronto das forças sociais, econômicas e políticas, e assim haverá de ser, daqui para frente como tem sido no curso da história.

Finalmente, o artigo 21 dispõe “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. O presente comando legal, contido no artigo 21, possui conexão com a previsão contida no artigo 11, quando este prescreve uma regra genérica. Todavia, não obstante este fato, de forma responsável, consciente da gravidade da ofensa à pessoa, estabeleceu o legislador que a privacidade e o direito ao recato é um princípio constitucional, constante no artigo 5º, inciso X da nossa Carta Magna de 1988. Na realidade, o instituto do direito à intimidade da vida pessoal ou familiar vem sendo reiteradamente violado na época atual, em face das contínuas invasões desses direitos levados a efeitos pelos meios de comunicação, ávidos de manchetes na mídia.

Nesse sentido, o Estado e a iniciativa privada vêm se utilizando de meios de gravação através de câmeras indiscretas, com o objetivo de flagrar atos ilícito praticados na atividade cotidiana no comércio ou instituições públicas. Restaria indagar se as referidas filmagens ferem o direito constitucional à privacidade. Na realidade, afetam substancialmente o referido direito, uma vez que se trata de uma invasão da privacidade, porque a pessoa está sendo filmada sem o seu consentimento. Todavia, não há ofensa aos direitos fundamentais se a filmagem é utilizada apenas e tão-somente para efeito de segurança e se o vídeo em questão não é exposto ao público ou utilizado de forma indevida. Nesse

particular aspecto, após a concessão de liminar em mandado de segurança impetrado na Comarca de Maringá por proprietários de imóveis, que se insurgiram contra os aumentos levados a efeitos pela Municipalidade nos impostos sobre propriedade territorial, o gabinete do magistrado foi invadido, algumas horas após, pelos canais de televisão local. Ato contínuo assinalei aos repórteres que não queria ser filmado e não poderia dar entrevista à televisão porque a matéria se encontrava **sub judice**. No que responderam os repórteres, “Mas é um direito que a imprensa possui de filmá-lo”. Ao que redargui: “Mas é um direito que eu tenho de não ser filmado”.

Assim, o artigo 21 do novo Código Civil assinala com precisão, a tutela do direito constitucional de reserva da vida pessoal e familiar das pessoas. A imagem decorrente desse sagrado direito do ser humano, não pode ser manipulada pelo Estado ou mesmo pela iniciativa (pessoa) privada, sem o expresso e formal consentimento do seu titular. O mau uso ou o uso indevido da imagem configura o direito à indenização pelos danos morais decorrentes dessa situação.

É do consenso popular que a então Princesa Diana era continuamente assediada por repórteres ávidos para a publicação de manchetes em seus veículos de informações. Nesse sentido, por ocasião em que se encontrava em local restrito ao público, em ilha no Mediterrâneo, foi flagrada pela lente de uma câmera munida de teleobjetiva em topless. A foto foi publicada em conhecida revista alemã na Europa. A princesa revoltada com a invasão da sua privacidade promoveu uma ação por danos morais. A Corte Alemã concedeu a indenização pleiteada, condenando a revista pela divulgação da foto indiscreta. O Código Civil Alemão, em seu parágrafo 843, consagra a ofensa a direito individual, como ocorreu no caso apontado, em face da invasão da privacidade da pessoa e o uso indevido da imagem. São questões que ocorrem com determinada frequência na atualidade. Competirá ao Poder

Judiciário equacioná-las, aplicando a norma consolidada em nosso ordenamento civil.

Finalmente, no que tange ao processo indenizatório decorrente dessas normas, não há dúvida de que se tratam de ações de indenização de perdas e danos, cumulada com danos morais. Os comandos normativos nominados se referem às perdas e danos, ou seja, lucros cessantes e danos emergentes, quando se tratar de lesões de natureza eminentemente materiais, não excluindo todavia, a ação somente por danos morais ou acumulados nos casos em se configurar essa situação. De qualquer forma, a indenização deverá abranger todo e qualquer prejuízo vivenciado pela vítima, atento ao princípio consistente na **restitutio in integro**, ou seja, de restituição integral do bem perdido. Quando se tratar de danos morais, haverá de prevalecer o **arbitrium boni viri**, em que o magistrado levará em consideração critérios de razoabilidade e proporcionalidade, na fixação do **quantum debeat**. Não sendo admissível, em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre na França, o tabelamento dos danos imateriais, em face da disposição contida no artigo 5º., inciso V da Constituição Federal de 1988 que adotou o princípio correspondente a parâmetros abertos.

Nesse particular, em decorrência do citado dispositivo constitucional em que a indenização é proporcional ao agravo, não é admissível que lei ordinária, no caso especial da Lei de Imprensa, que adotou parâmetros fechados nessas indenizações tenha aplicações e sirva de parâmetros para a fixação do quantum indenizatório. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já argüiu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, posto que estabelece o limite de danos morais que oscila de 5 a 200 salários mínimos. Por outro lado, o artigo 944 do novo Código Civil prescreve que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, ou seja, quanto maior o dano, maior a indenização. Portanto, deverá

haver uma correlação imediata entre o dano e a indenização, sempre atendendo ao princípio consagrado em nosso ordenamento jurídico consistente na **restitutio in integro**.

Afora esse aspecto, há uma questão da avaliação dos danos morais. Essa é uma questão realmente complexa, porque tudo isso que observamos até agora, do artigo 11 ao 21, deverá inexoravelmente desaguçar em danos morais. Mas como indenizar os danos morais?

Trata-se de questão relegada ao subjetivismo do magistrado. Isso não é novidade para ninguém. E há parâmetros? Sim, a própria Lei de Imprensa em seu artigo 53 e, o Código Brasileiro de Telecomunicações no artigo 84, estabelecem parâmetros para aferir a citada indenização. Como previsto nos apontados ordenamentos legais, o juiz ao proceder a quantificação, deverá considerar a situação econômica das partes, a extensão do dano, o sofrimento vivenciado pela pessoa, o grau de culpa do agente ofensor. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu recentemente uma questão inusitada, referente a uma senhora de 83 anos de idade, que fora vítima do crime de estupro. A notícia do fato foi narrado através de programa de televisão policial no Estado – portanto, amplamente divulgada. A vítima promoveu ação por danos morais contra a empresa de Televisão, que foi condenada em primeiro e segundo graus a pagar uma indenização de 1.000 salários mínimos.

Em casos dessa natureza, a subjetividade do magistrado na avaliação dessas questões é preponderante na formação do seu juízo de valor, isto porque, se trata de situação de extrema comoção para a vítima e para a sociedade – fatores que devem ser considerados como forma de cumprir a função binomial consistente na punição e compensação do lesionador, presentes nos processos indenizatórios por danos morais.

Segundo a lúcida e experiente opinião do Ministro Sálvio de Figueiredo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o

bom senso, a experiência, a vivência do magistrado no curso da sua vida são determinantes na aferição do **pretium doloris** nessas indenizações. Portanto, são questões de natureza subjetiva que dependerão sempre da análise acurada e sensível dos julgadores, atentos à realidade da vida social. Nesse plano, não há como estabelecer valores reais, capazes de satisfazer em sua plenitude a pretensão da vítima à indenização efetiva dos danos perpetrados pelos agentes ofensores. Cada ser humano vivencia esse tipo de lesão, através dos canais da sua sensibilidade e em conformidade com a sua escala de valores pessoais, que diferem substancialmente entre as pessoas, sendo impossível, nessa área do direito, estabelecer avaliações milimetricamente precisas. Cada pessoa sente a dor a seu modo, de acordo com as suas convicções pessoais, espirituais, morais, culturais, intelectuais e históricas. Como afirmamos, cada ser humano é representado através de princípios sedimentados na unicidade.

Reporto-me ainda, à decisão prolatada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo referente a determinada senhora que em companhia de seus três filhos, sendo que uma criança se encontrava em seu colo e as duas outras ao seu lado, ao descer do coletivo na Capital paulista deparou com enchente em seu bairro. Ao trafegar pela calçada, em uma esquina, havia uma abertura coletora de águas pluviais na via pública, que se encontrava sem a grade protetora. Oportunidade em que as duas crianças foram sugadas pela violência das águas, morrendo em consequência desse fato. Diante da situação, promoveu ação por perdas e danos, cumulada com danos morais, contra o Município de São Paulo. O juiz, em sua decisão narra com destaque que, na fase instrutória da ação, foi compelido a suspender em vários momentos a audiência, em face da comoção manifestada pela vítima. Ao final, condenou o Município ao pagamento da pretensão indenizatória manifestada pela autora.

O Egrégio Tribunal de Justiça, através de sua Câmara Cível, o relator adotou integralmente a decisão do magistrado em primeiro grau.

A realidade e a contundência desse fato, é suficiente para retratar o nível de sofrimento das pessoas, que deve ser aferido pelo julgador, isto não significa que a decisão deve ser pautada pela emocionalidade. Mas, o nível de percepção dos fatos vivenciados pelo ofendido deve ser considerado, para o efeito de assegurar uma ampla e irrestrita indenização – diversa daquela simbólica que se afasta do princípio constitucional da equivalência entre a indenização e o dano.

Portanto, o magistrado deve estar atento à referida realidade. Como afirmamos, não se trata de uma apologia ao sentimentalismo. A **contrario sensu**, faço a apologia da realidade humana. O magistrado é um ser humano, capaz e habilitado a captar os anseios das pessoas vítimas das diversas lesões, que ferem profundamente os valores que conferem razão e sentido à vida. Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não adotaram a teoria do valor do desestímulo, ou a teoria punitiva. Determinado comentarista da Rede de Televisão Globo, conhecido no meio internacional, foi acometido de infarto do miocárdio ao tomar conhecimento que a Diretoria da Petrobras havia proposto ação por danos morais nos Estados Unidos, contra o referido repórter, em razão das contundentes críticas que vinha fazendo aos citados diretores. O referido comentarista tivera conhecimento de que, caso fosse condenado ao pagamento de danos morais no território americano, teria que dispendar importâncias vultosas em dólares, aquém de sua capacidade econômica – em face do princípio punitivo consagrado pela jurisprudência americana.

É claro que a nossa realidade nacional difere substancialmente da americana. No caso de fixação da indenização por danos morais, o magistrado terá que se utilizar de determinadas medidas para avaliar a extensão dos danos

morais, procurando avaliar a extensão do prejuízo vivenciado pela vítima, quando se tratar do uso indevido da imagem, a divulgação de fatos que possa causar todo e qualquer tipo de repercussão depreciativa na estrutura da personalidade do ser humano.

Assim, conclusivamente, estamos diante da aplicação do princípio consistente na despatrimonialização do direito - defendido pelo Professor Gustavo Tepedino, que coloca o homem como o centro de um sistema jurídico. Não é sem justificada razão que o novo Código Civil, particularmente através da defesa dos direitos da personalidade, consagra essa posição da pessoa no contexto social e jurídico. As questões relativas à eticidade assumem, na perspectiva do nosso ordenamento civil, o valor fundamental da pessoa, que foi verticalizado em nossa Constituição Federal de 1988. Na realidade, trata-se igualmente da consagração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, da sua inserção em nossa realidade, direcionada na construção do homem do futuro, mais humano e atento aos direitos do seu semelhante estatuído na ordem consistente no preceito romano do *neminem laedere*.

Finalizando, agradeço o distinto convite feito pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sergio Cavalieri. Esteja certo Vossa Excelência de que o seu convite honrou-me sobremaneira, para proferir na Cidade Maravilhosa, o centro cultural do país, uma palestra destinada a uma plateia tão seleta. Assim, reiterando meus agradecimentos ao convite formulado por Vossa Excelência, na esperança de haver contribuído, de forma singela, para a elucidação de tão importante e significativo tema. Muito obrigado.

DEBATES

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Excelentíssimo Desembargador Sergio Cavalieri Filho, a quem agradeço a honra de participar desta Mesa na condição de debatedor e como aprendiz de

tanto ouvir as brilhantes exposições, como a do Professor Clayton Reis, rica de informações perpassadas realmente de um sentimento humano muito profundo; demais integrantes da Mesa, Professor Clayton Reis, magistrados, senhoras e senhores. A missão é muito facilitada diante da exuberância da exposição do Professor Clayton Reis que abordou a matéria em seus delineamentos fundamentais e também pinçando cada artigo do novo Código, fazendo uma verdadeira correlação entre os artigos e as espécies às quais ele se dirige. De modo que pouco haveria para indagar. Mas apenas com o fito de ensejar que o professor nos traga mais erudição dos seus conhecimentos e, sobretudo, o aspecto prático de seu pensamento, filosofia e interpretação, é que me permito, apenas nesse sentido, imbuído desse propósito, fazer singelas e breves indagações ao Professor Clayton Reis.

Primeiro, o eminente professor salientou que alguns códigos civis estrangeiros - citou o do Chile, Argentina, Uruguai - não faziam alusão específica aos direitos da personalidade, mas continham apenas uma fórmula genérica. Quanto ao Código Civil Português - que contém uma regra inicial chamada *tutela genérica da personalidade*, argüi-se que o atual Código Civil, bem como o futuro código, teriam sido omissos por não conterem uma regra nesse sentido, sobretudo porque este não contém em si todos possíveis direitos da personalidade, inclusive alguns que estão previstos na Constituição, como o direito à honra, às obras intelectuais, à voz humana e assim por diante.

De modo que indago ao eminente professor se seria possível extrair do novo Código a feição de uma regra desse jaez, em suma, uma síntese que pudesse constituir a chamada *tutela geral da personalidade* a ser exatamente preenchida pelo juiz.

Professor Clayton Reis

Veja bem, Excelência, que o Código Civil Português faz uma alusão em

seu artigo 70, por exemplo, dispondo que a lei protegerá os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Depois, estabelece, na seqüência, uma série de situações específicas no que tange as diferentes nuances que temos na personalidade. Diria que, no contexto que o novo Código Civil nos apresenta, hoje, somos levados à conclusão de que temos uma ampla tutela da defesa da personalidade. Não obstante e, a título de ilustração, o nosso Código não tenha feito referência às cartas missivas, mas aí há uma lei especial, a de Direitos Autorais, que faz esta abordagem específica, e dispõe que são titulares aqueles que as escreveu. Todavia, o artigo 11 traz uma tutela genérica, como afirmamos em nossa exposição. Inclusive o artigo 21, confere margem de interpretação de que ocorre uma certa colisão entre os dois comandos, porque o artigo 11 dá uma abordagem ampla e genérica, quando prescreve que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade (...) não podem sofrer limitação voluntária”. Isso significa, então, que todo e qualquer exercício de limitação é **contra legem**, fere os direitos da personalidade e, por consequência, capaz de ensejar danos. Ora, havendo dano haverá o inevitável direito à indenização.

Então, isto nos leva a concluir que os artigos 11 ao 21 realmente abrem perspectiva para uma tutela genérica da personalidade.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Formulei essa indagação com dois propósitos: o primeiro é porque na verdade os juízes, a partir de janeiro do ano que vem, defrontar-se-ão com esse texto e terão que, a todo momento, aplicá-lo no sentido de identificar se há ofensa ao direito da personalidade ou não; e determinar, na quantificação das indenizações. São questões com as quais, a partir de janeiro, todo juiz terá que se defrontar, independentemente da corrente que abraça, que adote.

O segundo desdobramento dessa indagação seria: o juiz poderia identificar novas formas de ofensa ao direito da personalidade, que não apenas aquelas que estão previstas no Código, mas que a tecnologia, a ciência vão, a todo momento, mostrando que devem ser reprimidas ou ele estaria apenas contido e restrito a essas hipóteses do Código?

Professor Clayton Reis

Entendo que sim, pois observe Vossa Excelência o caso de uso da Internet em que certas pessoas a utilizam mediante a colocação de câmeras em sua residência, especialmente em locais privados, constituindo o fato em absoluta invasão da sua privacidade. Muito embora seja uma disposição voluntária da pessoa, mas se isso contrariar os bons costumes, a ordem pública, o juiz, de ofício, poderá (em face da disposição prevista no artigo 20), a bem da administração da justiça, a bem do interesse público, promover uma tutela de defesa, do interesse coletivo. Poderemos ainda mencionar o fato de a Internet ser explorada com imagens pornográficas; devem existir meios, evidentemente, através dos quais o juiz possa operacionalizar esse instituto, para salvaguardar e manter a integridade física e psíquica das pessoas, em decorrência dessa exposição indevida.

Então, acho que o juiz possui esse mecanismo e o artigo 20 do novo Código Civil é muito claro nesse particular quando menciona “à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagens” que possam prejudicar realmente a personalidade em seu aspecto global. Então, é um instituto que se colocará realmente à disposição dos magistrados, e eles terão que, efetivamente, exercitar essa disposição, que não se trata de um direito e, sim, de um dever.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Outra indagação, eminente Professor, se prende ao seguinte: a partir

de janeiro, evidentemente, teremos uma série de ações de indenização que versarão simultaneamente sobre dano patrimonial, eventualmente sobre o dano moral e, provavelmente quase certo, sobre a violação do direito à personalidade. Então fica a indagação: uma vez que a violação do direito da personalidade, a ofensa a este bem gera tanto uma reparação de dano moral como de dano material, por exemplo, o direito à imagem que está disposto na Constituição; a partir do novo Código Civil, toda a ofensa ao direito da personalidade se reconduziria apenas a este Capítulo II do Código Civil ou poderia haver ainda cumulação de pleitos ressarcitórios, como, por exemplo, dano moral, material e simultaneamente o direito da personalidade? Indago isso apenas com vistas a que os juízes comecem a clarear o caminho para que, de início, não venha aquela catarata de ações de reparações de danos morais, como ocorreu após a Constituição.

Professor Clayton Reis

Acho que a cumulação dos danos patrimoniais com os danos extrapatrimoniais está, como afirmamos, consagrada pela Súmula 37. De maneira que, se restar configurado um dano patrimonial, seja lucros cessantes ou danos emergentes, porque pode ter ocorrido um dano extrapatrimonial e não ter ocorrido um dano patrimonial. Todavia, se houve a ocorrência simultânea, em face da concomitância de um dano e outro, a cumulação parece-nos absolutamente legítima, como aliás tem ocorrido reiteradamente nas ações, por exemplo, de revisões contratuais com perdas e danos, cumulados com danos morais; a rescisão de um contrato, cumulado com danos morais. Então nos parece que isso é um instituto que se consagrou realmente, especialmente por decorrência da Súmula 37.

De forma que, se entendi a questão profundamente formulada por Vossa Excelência, é preciso que o juiz pos-

sa distinguir, realmente, a ocorrência de danos na esfera patrimonial e na esfera extrapatrimonial, ou se for o caso, nas duas esferas, e permitir conceder a tutela pretendida pela parte autora.

Desembargador Sergio Cavalieri

Creio que todos nós estamos interessados também em conhecer a opinião do eminente Professor Desembargador e examinador de concurso, o Desembargador Luiz Roldão. Ele está aí em uma posição cômoda, fazendo indagações e bombardeando o Professor Clayton. Gostaríamos de saber a sua opinião a respeito, Excelência.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

No tocante à primeira indagação, estou de acordo com o Professor Clayton Reis. Penso que com os direitos da personalidade - parece que consta na nota explicativa do Projeto - o que se quis foi conferir ao magistrado um poder sobre esses critérios, de identificar novas fórmulas, também no futuro, de violação a esses bens, a partir da Constituição, sobretudo. Agora, no tocante à questão da responsabilidade civil, fico ainda a meditar, porque na medida em que a violação do direito da personalidade em si e por si, independentemente até de um dano visível, gere um direito: em primeiro, a cessação da ofensa, da ameaça; em segundo lugar, a reparação que será o que mais vai ocorrer sobretudo no campo do direito à imagem porque é muito rápida. A divulgação da imagem se faz instantaneamente e não há como se restabelecer o *status quo ante*. De modo que a indenização será, na verdade, o escoadouro normal de toda a infração aos direitos.

Tenho a impressão de que talvez se pudesse refletir aí o seguinte: na medida em que eles estão previstos em separado, no Código Civil, em um capítulo próprio, qualquer ofensa a esses bens se resolveria a partir deste capítulo, para evitar que haja uma excessiva cumulação de pleitos: por violação de direitos à personalidade, por dano mate-

rial, por dano moral. Teríamos aqui uma propagação geométrica do que ocorreu com as ações de dano moral após a Constituição. De modo que meu pensamento em princípio, Desembargador Cavalieri, é que talvez devêssemos estudar, tentando reconduzir a este capítulo todas as infrações que na verdade se cometeram contra os direitos da personalidade, mas não dispersá-las entre as reparações de dano moral e extrapatrimonial nos capítulos próprios do Código Civil.

Professor Clayton Reis

Concordo plenamente com Vossa Excelência, caso contrário poderia haver até um *bis in idem* quando se promovessem ações distintas como, por exemplo: por danos à imagem, uma outra por danos à privacidade, reprodução do retrato sem autorização do titular. Penso que as ações deverão ser concentradas, sem dúvida alguma, será em torno da indenização. Uma indenização ampla e irrestrita. É claro que o ônus da prova cabe a quem alega, como Vossa Excelência afirmou quanto à reprodução da imagem - é preciso que se prove efetivamente que essa reprodução, na forma como foi feita, foi indevida ou foi inconseqüente, haverá inevitável irresponsabilidade de quem consentiu na divulgação.

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Uma outra indagação, professor, se prende também à questão do próprio exercício desses direitos, porque os direitos da personalidade mostram (como em outros capítulos do Código Civil, como nos direitos da vizinhança) que dois fatores fundamentais hão de estar presentes em qualquer julgamento, sobretudo no tocante ao exercício dos direitos. Vale dizer da coexistência dos direitos, o que significa que tenho o meu direito, mas o direito encontra um limite não só em outros direitos, mas também no bem comum, no fator que interessa a todos.

Então, em tema de direitos da personalidade, no tocante ao direito à imagem etc. tem-se, também, de outro lado, o dever de informar da imprensa. Aí, te-

remos, em torno dessa matéria, mais questões judiciais. De modo que a indagação que formulo é a seguinte: na medida em que o novo Código fala que o direito da personalidade é irrenunciável, se isso não implicaria em não se afastar uma idéia do chamado, no mínimo, do consentimento tácito do titular do direito. Isso significa dizer que quem se coloca em determinada situação está, tacitamente, admitindo que possa ocorrer determinada invasão, digamos assim, da sua intimidade: ou que seja fotografado, tenha sua imagem divulgada, tenha ditos publicados e assim por diante. Isso não significa dizer que ele renuncie aos direitos, mas tacitamente ele está abdicando do exercício de qualquer direito com respeito a uma alegada infração. É o pensamento que tenho e gostaria de ouvir a opinião de Vossa Excelência.

Professor Clayton Reis

A questão foi formulada com muita pertinência e penso o seguinte: a exemplo do que ocorre *mutatis mutandis*, com relação à teoria do consentimento informado no que se refere à intervenção do médico no paciente. Primeiro, isso vai depender da informação do médico, do profissional, sobre o tratamento ou processo cirúrgico e, em segundo plano, o consentimento, em face das informações precisas, do paciente que se submeterá àquela determinada intervenção. No caso de uma exposição, é claro que os órgãos de divulgação do país, a partir da vigência do novo Código, deverão ter muita cautela na reprodução da imagem das pessoas. Não obstante, como Vossa Excelência bem o afirmou, está claro na lei que é irrenunciável, mas o titular do direito, sabendo desse fato poderá autorizar a exposição da sua imagem e o fazendo, não renunciar ao direito, mas saber de que há um consentimento, há uma autorização. Ele está ciente efetivamente de que a sua imagem vai ser divulgada.

Objetivamente, peço vênias para citar recente caso concreto ocorrido em Curitiba: uma determinada pessoa sub-

meteu-se a tratamento dentário, quando implantou um dente na parte frontal. A cirurgiã-dentista pediu autorização para fotografá-lo com o objetivo apresentar o caso em um congresso, posto que se tratava de técnica inovadora. O paciente consentiu na reprodução de sua fotografia para fins científicos. Todavia, a profissional publicou a sua imagem na Revista Veja, de forma comercial. O cidadão foi apelidado em Curitiba de “risadinha”. Isto lhe causou depressão e transtornos psicológicos, oportunidade em que ingressou com ação por danos morais em face da cirurgiã-dentista. Nesse caso, observa-se que a vítima consentiu na divulgação do seu retrato, ou seja, de que sua foto fosse levada a um congresso odontológico, como consagração de uma técnica aprendida no exterior. Todavia, o paciente não renunciou ao direito de impedir a divulgação indevida de sua imagem.

Penso que não houve uma renúncia ao direito da imagem, não obstante o consentimento havido para determinado fim. Se a dentista utilizasse as fotos para a finalidade autorizada, não

poderia o paciente promover qualquer ação indenizatória. Assim, parece-nos em que pese a irrenunciabilidade ao direito de imagem, a renúncia no caso em tela foi restrita. Na realidade, a pessoa abdicou de um determinado direito. A presente situação se aplicaria no caso, ***mutatis mutandis***, como ocorre na prestação alimentícia. O cônjuge poderá abdicar do direito de receber a prestação em determinadas circunstâncias. Todavia, jamais poderá renunciar ao referido direito, em face do princípio da irrenunciabilidade da pretensão à prestação alimentícia. Por essa razão, a renúncia ao direito será temporária, sendo assegurado, no entanto, o direito em promover ação de alimentos quando dele necessitar. Isto significa que os profissionais liberais deverão ser cautelosos ao estabelecer procedimentos referentes à renúncia de direitos. À pessoa, em determinadas situações, não será assegurada a prestação da tutela jurisdicional, quando ocorrer uso lícito e regular do direito. Na hipótese, o paciente havia consentido e autorizado a exposição da sua imagem naqueles termos em que foi proclamada. ☐

O Negócio Jurídico

EDUARDO ANDRADE RIBEIRO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Excelentíssimo senhor Des. Fonseca Passos, que preside os nossos trabalhos, Excelentíssimo senhor Des. Sergio Cavalieri, Diretor da EMERJ, ilustres componentes da Mesa, meus companheiros e colegas.

O Ministro Moreira Alves, ao terminar sua exposição, observou que tratar da Parte Geral do Código Civil, incumbência que lhe foi atribuída, importava atravessar o oceano a nado. Isso me ficou marcado de maneira especial porque, se para S. Exa. a tarefa já assumia tal proporção, o que representaria para mim que devo falar após a platéia o ter ouvido?

E se já estava preocupado, essa preocupação aumenta ainda mais com o fato de o Des. Sergio Cavalieri, com a gentileza e a generosidade que o caracterizam, dirigir-me elogios evidentemente tão exagerados. Agradeço muitíssimo sua bondade e gostaria de corresponder ao que disse, em uma pequena parte que fosse.

Passemos à exposição, procurando, na medida do possível, não incidir em repetições, tendo em vista a brilhante palestra que antecedeu à nossa.

1. O Código em vigor, como sabido, não se utilizou, em nenhum de seus dispositivos, da expressão “negócio jurídico”, embora, em realidade, disso haja tratado, como não poderia deixar de ser, ao regular os atos jurídicos em sentido lato. No livro dedicado aos fatos jurídicos, refere-se aos atos jurídicos, atos ilícitos e contém um título específico sobre a prescrição. Os fatos jurídicos *stricto sensu* não foram objeto de normas genéricas no Código atual, como também no novo, embora hajam sido considerados, evidentemente, em vários dispositivos. Bastaria mencionar o nascimento e

a morte, fatos jurídicos relevantíssimos. Várias outras normas podem, ainda, ser citadas, pertinentes a sua regulamentação, como, por exemplo, o aluvião, que é tipicamente um fato jurídico *stricto sensu*, ou seja, aquele que independe por completo da vontade humana.

O novo Código acrescentou àquela classificação os negócios jurídicos. Contemplou-os, em seu texto, como a grande categoria entre aquelas que integram os fatos jurídicos, a que mais importaria para a codificação e, por conseguinte, para o Direito Civil.

A elaboração doutrinária do conceito de negócio jurídico começou a assumir relevo na Alemanha, com os pandectistas, e, no final do século XIX, já penetrava no estudo da Ciência do Direito. Foi no século passado, entretanto, que encontrou maior desenvolvimento. Compreensível, pois, como já observou o Ministro Moreira Alves, em trabalho publicado na revista **Arquivos do Ministério da Justiça**, que Clóvis, ao redigir o texto que serviu de base ao Código de 1916, não tenha cogitado de acolhê-lo em suas disposições.

Costuma-se explicar haja o conceito de negócio jurídico alcançado essa relevância, em determinado momento histórico, a uma conjunção de fatores, socioeconômicos e políticos. O liberalismo teria atingido o apogeu, o pináculo de seu prestígio, o que significava o auge da importância outorgada à autonomia da vontade, que se acha no núcleo do conceito de negócio jurídico. Essa categoria jurídica estaria vinculada, pois, a uma posição política, que muitos chegaram a imaginar ultrapassada. Orlando Gomes, escrevendo sobre a matéria, em trabalho publicado na coletânea “Novos

Palestra proferida no seminário realizado em 15.02.2002

Temas do Direito Civil”, investe agressivamente contra a pretensão de incluí-la no Código. Sustenta que tal intento se vinculava a uma fase superada, a uma concepção econômica morta e que a tentativa de introduzir esse conceito estaria em descompasso com o momento histórico. Não está sozinho na crítica, cumpre reconhecer.

Em verdade, acentua-se a tendência, ao menos no campo contratual, de um certo dirigismo estatal, visando à tutela de interesses que se consideram merecedores de proteção, mediante normas cogentes que restringem a autonomia da vontade, notadamente em vista da massificação de certas relações jurídicas.

A categoria jurídica em exame, entretanto, encontra amparo na realidade, ainda que tenha alcançado um realce especial, em função de um determinado momento histórico. A autonomia da vontade continua a existir e a refletir-se no fenômeno jurídico. O ordenamento persevera no reconhecimento de que a vontade é apta a produzir efeitos jurídicos, eleitos pelo interessado, e aí está o que releva fundamentalmente para a existência do negócio jurídico. Ao que nos parece, possível conviver o conceito, ainda que o enfoque e a ênfase em certos aspectos possa modificar-se.

O Código Civil em vigor, ao tratar do ato jurídico, procurou defini-lo no artigo 81. A definição, entretanto, é criticada, pois teria levado em conta não aquilo que constituiria a sua substância, mas as conseqüências de sua prática. O novo Código - creio que em uma decisão mais sábia - absteve-se, de um modo geral, de definições.

Os senhores sabem que há uma grande divergência quanto à orientação que seria a melhor. Alguns códigos e projetos de códigos, em diversos ramos do Direito, evitam enunciar o entendimento que se haja de ter a propósito dos institutos jurídicos, enquanto outros multiplicam as definições. Tivemos proposta para um novo Código de Processo Penal que primava por consagrá-las em seu texto. Não frutificou, como se sabe. Pa-

rece realmente melhor deixar a tarefa para a doutrina.

O que seja o negócio jurídico já se mostrou na palestra que antecedeu a essa. Sua característica consiste no fato de os efeitos jurídicos serem produzidos pela manifestação da vontade, efeitos estes eleitos por quem a enuncia. O ato jurídico não-negocial, ato jurídico em sentido estrito, tem seus efeitos predeterminados pela lei. Certamente que também se vincula à vontade humana, dependendo do querer do homem praticá-lo ou não e, ao fazê-lo, visa a alcançar certas conseqüências jurídicas. Estas, entretanto, serão as já estabelecidas no ordenamento, ao contrário do ato negocial, em que há possibilidade de determiná-las.

Além disso, existem os chamados atos materiais, em que de todo irrelevante o escopo de obter-se um efeito jurídico. Quem os pratica pode desejar o ato em si, mas nenhuma importância tem que vise a uma conseqüência jurídica que, isso não obstante, se verifica, como sucede na especificação.

Em relação aos atos jurídicos não-negociais, há uma certa imprecisão doutrinária, quando se trata concretamente de classificá-los; alguns autores agrupando determinados atos na categoria dos negócios, outros na dos atos jurídicos em sentido estrito. Assim é que a melhor classificação para o casamento parece ser a de um ato jurídico *stricto sensu*, pois existe um estatuto legal insusceptível de alteração. Não falta, entretanto, quem o considere um negócio jurídico.

Observe-se, ainda, que a palavra negócio sugere, ao menos para o leigo, um conceito que não corresponde ao que efetivamente o termo traduz na linguagem dos juristas. Ao se falar em negócio, pode-se transmitir a impressão de bilateralidade, quando não é necessariamente assim. A configuração do negócio jurídico não tem como requisito seja o ato bilateral. O testamento, por exemplo, é um ato unilateral e consiste em negócio jurídico, uma vez que seu conteúdo é determinado pela vontade do testador.

Bons exemplos, entre muitíssimos outros, de ato jurídico em sentido estrito são o reconhecimento de paternidade e a adoção. A pessoa que adota ou que reconhece um filho limita-se a manifestar sua vontade, com obediência às formalidades legais exigidas. Nada estabelece quanto às conseqüências que disso irão derivar, pois já se acham predeterminadas pela lei, escapando inteiramente à sua disposição.

Ao tratar dos atos jurídicos não negociais, o Código determinou que se lhes aplicassem, no que coubessem, as normas pertinentes ao negócio jurídico. A fórmula, ao meu ver, é melhor que a de outras codificações, como a portuguesa, que prevê sejam aplicáveis com fundamento na analogia. Analogia é um processo de integração para suprir lacunas, ainda que se considere, como determinada corrente, que o ordenamento não ostenta lacunas que não sejam valorativas. Não é disso que se cuida.

2. À semelhança do Código em vigor, também o novo regula duplamente os requisitos de validade do negócio jurídico. O atual os enumera no art. 82: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. E nos artigos 145 e 147 trata da nulidade e da anulabilidade.

No novo Código, o artigo 104 repete os mesmos requisitos de validade constantes do artigo 82 da lei vigente, e acrescenta que o objeto haverá, também, de ser possível, determinado ou determinável. Mais adiante, no capítulo relativo à invalidade do negócio jurídico, arrola outras causas que podem a isso conduzir.

Feitas essas brevíssimas observações, passarei a examinar, no texto do Código, aquelas modificações que me pareceram relevantes, evitando insistir nas que foram objetos de consideração na exposição hoje já feita.

Com relação à incapacidade, o Código fez correção que se impunha ao texto equivocado do artigo 83, ora em vigor. Ali se estabelece que, salvo quando indivisível o objeto do direito ou da obriga-

ção comum, a incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio. Evidentemente, omitiu-se, no texto, um adjetivo, necessário para restringir sua abrangência. É que só pode incidir tratando-se de incapacidade relativa. Se absoluta, a qualquer um é dado invocá-la, mesmo porque pode ser declarada de ofício, ou argüida pelo Ministério Público, uma vez que o ato é nulo. Cumpre reconhecer, entretanto, que a correção, em verdade, foi somente de uma imprecisão técnica. Também no texto vigente, sendo a incapacidade absoluta causa de nulidade, ter-se-ia de concluir que possível fosse alegada pela parte a quem não aproveitasse a declaração. Nulo o ato, o sistema leva a considerar-se irrelevante haja provocação para que isso se declare. Suscitada por não importa quem, haverá de ser pronunciada pelo juiz, uma vez que poderia fazê-lo de ofício.

3. No que diz respeito à expressão da vontade, a sua declaração, o Código introduziu modificações, todas, a meu ver, adequadas. É verdade que algumas delas poderiam ser qualificadas simplesmente como “regras de bom aviso” e, mesmo à míngua de disposição expressa, já eram aplicadas pela jurisprudência e acolhidas pela doutrina porque corresponderiam, pode-se dizer, à natureza das coisas.

O Ministro Moreira Alves referiu-se, hoje, às distintas orientações da doutrina, quando se cogita da vontade e sua declaração, mais especificamente, ao conflito que possa entre elas configurar-se. Claro que a vontade não declarada não tem, juridicamente, relevo algum. A declaração é sempre indispensável, ainda que possa fazer-se mesmo tacitamente, ou resultar até do silêncio. O problema é o eventual descompasso entre o efetivo querer e o que se expressou.

Como freqüentemente ocorre, em situações análogas, duas correntes se formaram, a sustentar teses antagônicas. Uma de índole subjetivista, emprestando prevalência marcante ao elemento volitivo, destacando-se Savigny en-

tre os que lhe deram sustentáculo. Outra, objetivista, para a qual importa o que foi declarado. Aquilo que se formou na psique da pessoa, o que ela quis, mas não manifestou, carece de qualquer relevo.

Como o negócio jurídico supõe manifestação da vontade, não é difícil acolher-se a primeira corrente. Bons argumentos, entretanto, também amparam a teoria da declaração. Mencione-se, por exemplo, a reserva mental, que se verifica quando alguém expressa alguma coisa, mas com a reserva, não declarada, de querer outra. Importará o que se expressou.

Hipótese interessante, em que a declaração vale mais do que a vontade, encontra-se na formação de contrato entre ausentes, quando a retratação não chegue, oportunamente, ao conhecimento da outra parte. Alguém faz a proposta e depois se arrepende e intenta retirá-la, mas quando consegue dar à outra parte conhecimento disso, o contrato já estava concluído e a retratação é inoperante. A mudança no querer pode ter ocorrido antes da aceitação e, não obstante, forma-se o vínculo. Evidencia-se a importância da declaração que, no caso, terá primazia sobre a vontade.

Como freqüentemente ocorre em Direito, entre duas correntes extremadas surge uma mista, eclética, moderada. Isso o que se verificou também nessa matéria. Visando a estabelecer um justo equilíbrio quanto ao o que há de ser considerado, se a vontade, ou a declaração, formou-se a chamada teoria da confiança que veio a merecer acolhida no Código Italiano.

Esta teoria preconiza que a declaração importa e há de prevalecer, na medida em que seja apta a gerar, em seu destinatário, a convicção fundada de que corresponde efetivamente à vontade do declarante. Criada essa convicção, e por isso o nome “teoria da confiança”, prepondera o declarado, ainda que não se afine com o real querer do declarante. Uma ressalva, entretanto, se impõe. Exige-se que aquele, a quem feita a declaração, cerque-se dos cuidados normalmente exigíveis. Se a for-

mação de seu convencimento deveu-se a não ter agido com a atenção recomendável, assumindo comportamento que se possa reputar culposos, não lhe será dado alegar que se convenceu de alguma coisa que não guardava correspondência com o efetivamente desejado pelo declarante.

Toda essa discussão gira em torno da necessidade de harmonizar dois valores. De um lado, resguardar-se a vontade, como elemento fundamental do negócio jurídico. De outro, garantir-se a segurança do comércio jurídico, prestigiando-se a boa-fé daquele que recebe a declaração. Como sucede em tantos outros casos, faz-se necessária uma formulação que afaste os exageros, não conduzindo a que naufrague um ou outro daqueles valores.

Certas situações, evidentemente, reclamam soluções próprias e, por isso mesmo, os códigos abrem capítulos a respeito dos vícios da vontade, ao cuidar dos defeitos dos atos jurídicos.

Passemos ao exame, ainda que necessariamente superficial, de algumas questões pertinentes à vontade e à sua declaração.

4. Como já mencionado, o novo Código, ao contrário do vigente, cuidou expressamente da reserva mental, estabelecendo, em seu artigo 110, que “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”. A norma, em verdade, traduz algo que se pode reputar assente e, ainda não existisse, a falta seria incapaz de gerar perplexidade. Mesmo as correntes subjetivistas mais extremadas, que colocavam o elemento vontade como absolutamente fundamental e dominante, admitiam que a reserva mental, levando a que não houvesse manifestação de vontade, em relação a um determinado ponto, não poderia ter conseqüências jurídicas. O Código, à semelhança de outros, como o alemão, explicitou o que já era comumente aceito, mesmo à mínima de regra escrita.

A ressalva feita pela lei também já se impunha como evidente. A reserva mental será eficaz, caso dela tivesse conhecimento o destinatário. Se a declaração é dirigida a alguém que conhece a verdadeira intenção do declarante é porque essa, de algum modo, foi explicitada. A rigor, não terá havido reserva mental.

5. Prosseguindo no trato do tema, dizendo com a vontade e sua declaração, dispôs o Código, no artigo 111, a respeito do silêncio como manifestação da vontade.

Parece-me que a redação desse dispositivo poderia ter sido um pouco mais clara, embora uma leitura atenta permita, desde logo, descobrir o seu verdadeiro sentido. Estatui o artigo citado: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. O leitor desavisado poderia supor que se estaria cogitando da hipótese de as circunstâncias ou os usos autorizarem o silêncio. O que se há de entender, entretanto, é que a conclusão - importar anuência - seja autorizada pelos usos ou pelas circunstâncias.

O silêncio como forma de declaração de vontade, a cujo respeito existe valiosa obra de Serpa Lopes, não foi considerado pelo Código de 1916. Poder-se-ia imaginar o contrário, em virtude de nele encontrar-se menção ao consentimento tácito. O silêncio, entretanto, não se confunde com a manifestação tácita da vontade, ou com o consentimento implícito.

A manifestação tácita se verifica quando alguém, sem declarar explicitamente sua vontade, adota um comportamento que permite concluir o que pretende por ser ele inconciliável com entendimento diverso. Esse modo de expressar um propósito é objeto de consideração em outros ramos do direito, como o processual, quando se refere a renúncia ao recurso. No Código, consulte-se o artigo 659, a respeito da aceitação do mandato. Observe-se, entretanto, que

essa terminologia, recomendada pela doutrina, nem sempre é observada pelo legislador, como se verifica do próprio Código.

O silêncio também se distingue claramente da declaração implícita. Esta ocorre quando, por força de compreensão, deva reputar-se contida nos termos da declaração efetivamente feita.

Ainda neste caso, note-se, embora a disposição seja nova, não importou modificação daquilo que já se tinha, de um modo geral, como aceito.

6. No que diz respeito, especificamente, ao cotejo entre a vontade e a declaração, quando entre elas ocorra um conflito, ainda que aparente, dispõe o artigo 85 do Código em vigor que se haverá de atender mais à intenção, que ao sentido literal da linguagem. A lei nova introduziu um outro elemento, explicitando que se deverá considerar a intenção consubstanciada na declaração de vontade. A alteração se recomendava, por emprestar maior segurança aos negócios jurídicos, evitando seja dada à vontade preponderância exagerada e indesejável, capaz de fazer prevalecer o que o declarante pretendia, em seu íntimo, em discrepância com o efetivamente declarado.

Se nos é dado apresentar um juízo de valor, parece fora de dúvida que nesse capítulo, em que contempladas as disposições gerais, o legislador andou bem, trazendo inovações úteis, ainda que algumas dessas sejam apenas para explicitar o que já se tinha como aceito.

7. Introduziu o Código, na Parte Geral, um capítulo sobre a representação, abrangendo tanto a legal quanto a convencional.

Esse alcance para o capítulo resulta, desde logo, do artigo 115, quando estabelece que os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado. Não decorrem, pois, apenas da lei. Adiante, no art. 120, se diz que “os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código”. Sucede, apenas, que, em relação a

essa última, existe regulamentação ampla na Parte Especial, o que não prejudica a incidência, no que couber, das disposições gerais. Aliás, também a representação legal é contemplada em diversos dispositivos da Parte Especial, como já adiantado pelo artigo 120 citado.

Ainda sobre o alcance das normas contidas no capítulo em exame, creio cabível uma observação, tendo em vista o que hoje se entende por representação. Como se sabe, o órgão da pessoa jurídica não é considerado, doutrinariamente, seu representante. No dizer de Pontes de Miranda, o órgão representa a pessoa jurídica, não a representa. A atuação do órgão significa atuação da própria pessoa jurídica e não de representante seu. O Código, entretanto, em seu artigo 46, ao tratar do registro da pessoa jurídica, menciona que deverá ele declarar “o modo por que se administra e representa”.

A importância prática da questão, porém, se é que tem alguma, só poderá surgir quanto às associações. É que, ao tratar dos administradores da sociedade, o Código previu se aplicasse a regulamentação pertinente ao mandato, no que coubesse. Ao convocar as regras do mandato, não se limitou, evidentemente, às que se encontram no capítulo que regula tal contrato, mas abrangeu, também, as normas gerais que lhe dizem respeito. Desse modo, considere-se, ou não, como representante, o órgão da sociedade, de qualquer modo a regulamentação será a que resulta dos dispositivos do capítulo que trata da representação.

Merece destaque, no capítulo em exame, o que se contém no artigo 117, que cuida do chamado contrato consigo mesmo, a cujo respeito se pode apontar, em nossa literatura jurídica, a obra de José Paulo Cavalcanti. Nesse contrato, alguém age, de um lado, como representante, de outro, em seu próprio nome. Encontra-se nos dois pólos do negócio, ainda que em posições diferentes. Trata-se de situação em que, havendo interesses a compor, dificilmente deixará de

ser muitíssimo suspeita. O artigo citado, inovando em relação ao direito anterior, que é omissivo quanto ao tema, ao menos com o caráter de generalidade, estabeleceu que anulável o negócio jurídico realizado desse modo. A norma não se limita, entretanto, a essa hipótese. Alcança, também, a dupla representação, ou seja, o caso de uma mesma pessoa representar duas outras e nessa qualidade atuar, colocando-se, como representante, nas duas posições.

O Código de 1916 cogita de uma hipótese de contrato com tal característica. Refiro-me ao artigo 1.133, II, dizendo com a compra e venda. Aí se dispõe que defeso ao mandatário comprar, mesmo em hasta pública, bens de cuja alienação esteja encarregado. A lei nova explicita que a anulabilidade será em relação aos negócios jurídicos em geral, como a locação, a constituição de um direito real ou qualquer outro. E como as normas da Parte Geral, dizendo com a representação, referem-se também à convencional, desde que não colidam com as regras específicas da Parte Especial, tornou-se desnecessário, ao regular a compra e venda, mencionar a proibição da aquisição, pelo mandatário, dos bens de cuja venda esteja encarregado. É o que se verifica do artigo 497 que, no novo Código, cuida de tais vedações.

Note-se, ainda, que a anulabilidade do contrato consigo mesmo foi prevista de modo amplo, excepcionadas apenas as hipóteses de permiti-lo a lei ou o interessado. Talvez fosse recomendável adotar-se um temperamento, à semelhança do direito português, onde existe regra análoga a essa, mas com a ressalva de que o ato não se tem por viciado quando todas as condições já se encontrarem predeterminadas. Efetivamente, se ao mandatário não assiste a possibilidade de decidir sobre o conteúdo do negócio, se nele nada pode inserir de sua escolha, fica afastada a razão de ser da proibição. Parece-me certo que a jurisprudência irá, prudentemente, contemplar exceções.

Observe-se, por fim, no que diz com essa questão, que a lei atual, assim como a nova, prevê a possibilidade de o juiz nomear curador especial para a prática de ato, em lugar do representante legal do incapaz, quando entre representante e representado houver conflito de interesses.

8. Passemos ao capítulo, no direito atual chamado de “modalidades dos atos jurídicos”, denominação essa em boa hora suprimida no novo texto, uma vez que certamente nisso não consistem a condição, o termo e o encargo. Examinam-se alguns tópicos em que tenha havido alteração de relevo.

Primeiro ponto a salientar é o de que o Código atendeu a um reclamo da doutrina e da jurisprudência que criticam a deficiência da norma vigente, quando estabelece serem lícitas todas as condições não vedadas expressamente em lei. Mesmo à falta de vedação expressa, hão de ter-se como defesas as condições que entrem em choque com os princípios informadores da ordem pública e com os bons costumes. O texto peremptório do Código de 1916, exigindo proibição expressa em lei, causava dificuldade a seus aplicadores. Com o acréscimo constante do artigo 122, desaparece o problema.

No que diz com as condições defesas, merecem referência as potestativas. A modificação ocorrida, no que importa, malgrado consistindo apenas na inserção de um adjetivo, parece-me significativa.

Como se sabe, a condição potestativa ilícita é a que o seja puramente, isto é, quando dela decorra ficar a eficácia do ato sujeita, por inteiro, ao arbítrio da parte, o que importa retirar-lhe a seriedade. A pessoa, em realidade, está simultaneamente dizendo que se obriga, mas que a obrigação só existirá se quiser. Tal pode suceder, seja por exprimir-se desse modo, seja por colocar-se, a título de condição, um ato de extrema simplicidade, como fazer uma pequena caminhada. Coisa diversa seria condicionar-se, por exemplo, a que o declarante fizesse uma viagem à Europa. Em tal caso, embora o

implemento da condição esteja a depender de sua vontade, essa encontra-se vinculada a diversos fatores, não se podendo dizer que prive o ato de seriedade.

O novo Código procurou deixar claro que apenas a condição puramente potestativa seria de reputar-se ilícita. Para isso, em vez de limitar-se a mencionar a sujeição ao arbítrio de uma das partes, esclareceu que condicionante haveria de ser o “puro arbítrio” de uma delas.

Considere-se a condição potestativa ilícita ou juridicamente impossível, a consequência será a mesma estabelecida pelo Código de 1916: a invalidade do negócio jurídico que lhe seja subordinado. Interessante assinalar o ponto, uma vez que freqüente a invocação do artigo 115 com o objetivo de declarar nula a condição, a pretexto de que potestativa. A invalidade, entretanto, não é dela, mas do negócio jurídico.

Matéria que enseja controvérsia é a que se prende à retroatividade, ou não, das condições. Foi objeto de regulamentação quanto às resolutivas. A norma, contida no artigo 128, parece bastante adequada, ao ressaltar os atos já praticados, em relação aos negócios de execução continuada ou periódica, não havendo disposição em contrário e “desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames da boa-fé”. Realizada a condição resolutiva, obviamente resolve-se o negócio jurídico, pois para isso mesmo é que ela existe. Não seria razoável, entretanto, que, mesmo observadas as exigências acima, fosse alguém obrigado, por exemplo, a repor o que houvesse recebido.

De boa inspiração, indubitavelmente, a supressão da norma hoje constante do parágrafo único do artigo 119, que passou a figurar no capítulo relativo à extinção dos contratos. Naquele parágrafo se dispõe que pode ser expressa ou tácita a condição resolutiva da obrigação, operando de pleno direito no primeiro caso e por interpelação judicial no segundo. Ora, a questão diz mesmo com a extinção dos contratos e a cha-

mada condição; em verdade, condição não é, no sentido que lhe dá a lei neste capítulo. O artigo 474 refere-se, de modo mais apropriado, à cláusula resolutiva expressa.

Passando ao largo de outras questões, já que o tempo urge, vale referir que, em relação ao encargo, a modificação diz com a hipótese de ser ele ilícito ou impossível. Na aplicação do direito vigente, tem-se admitido que incide o disposto no artigo 116, relativo às condições. Sendo o encargo fisicamente impossível, tem-se por inexistente; se juridicamente impossível, invalida-se o ato. Nunca se reputou a mais adequada essa solução, adotada à falta de outra. A nova lei tratou diretamente do assunto, dando-lhe regulamentação bem melhor. Ter-se-á como não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir motivo determinante da liberalidade. Isso se verificando, a invalidade será do negócio jurídico.

9. No capítulo concernente aos feitos dos negócios jurídicos, cabe assinalar, de início, alteração de certo relevo, explicitando que a anulabilidade só ocorrerá se o erro se apresenta como perceptível pelo destinatário da declaração. Assim se há de entender o disposto no artigo 138 que, à semelhança do Código de 16, não faz referência à escusabilidade do erro por parte do autor da declaração. Note-se, entretanto, que, mesmo no silêncio da lei, boa parte da doutrina sustentava que esse requisito era necessário.

A grande modificação em relação ao erro, entretanto, consiste na admissão do erro de direito como causa de vício do negócio jurídico, inovação que está a merecer aplausos.

Constitui equívoco manifesto supor que haveria, aí, desatendimento à regra de que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. A ignorância da lei não servirá de pretexto para que alguém se abstenha de cumpri-la. Isso o que não há de ser aceito, pena de fazer ineficaz o ordenamento jurídico. Coisa diversa é praticar-se um

ato, na suposição de que estaria regulado por determinada regra jurídica, quando tal não ocorre. Não se pretende descumpri-la; apenas se ignora que incide no caso. Fosse isso sabido, houvesse consciência da determinação legal, o ato não seria praticado, ou não teria o negócio o mesmo conteúdo.

Do que ficou dito resulta, ainda, que o erro de direito, como diz o artigo 139, III, há de ser o motivo único, ou principal do negócio e que não se pretenda recusar a aplicação da lei.

10. No que diz respeito ao dolo, modificou-se sensivelmente, e certamente para melhor, o tratamento dado ao que se origine de terceiro. O atual artigo 95 refere-se à anulação, em virtude de dolo de terceiro, “se uma das partes o soube”. Ora, a toda evidência, a anulação não pode depender do conhecimento por qualquer das partes, mas apenas por aquela a que o dolo aproveita. Se a pessoa de quem se procura obter a declaração, por meio de manobras capciosas, delas tem conhecimento, não estará sendo iludido. O conhecimento, como requisito para anular o negócio, se o dolo é de terceiro, haverá de ser pelo que disso se beneficie. Se pela outra parte, esvaziou-se o dolo, enquanto manobra capaz de enganar.

11. Ao erro e ao dolo segue-se a coação, em que várias modificações melhoraram a regulamentação do instituto.

Em primeiro lugar, afastou-se a necessidade de que, para configurar-se o defeito, o dano houvesse de ser igual ou maior ao receável do ato extorquido. Isso está no código atual e foi sempre objeto de crítica. Em pesquisa que me foi possível fazer, só encontrei um autor a elogiar essa norma. Refiro-me a Hermenegildo de Barros, aliás ilustre civilista, que dizia ganhar o nosso código, nesse ponto, de todos os outros, por ser o único no mundo a inserir esse requisito, ao regular a coação. Não tem símile no direito comparado. Certamente não tinha razão, entretanto, inexistindo justificativa aceitável para tal exigência. Quem sofre a coação teve, evidentemente, a

sua vontade viciada e não há como aceitar que seja melhor sofrer o dano do que levar a efeito o ato. O que se há de avaliar é se a coação era realmente apta a conduzi-la à prática do ato indesejado. Isso ocorrendo, é o quanto basta para tê-lo como anulável.

Outro ponto diz respeito à coação em relação a pessoa não integrante da família daquele que sofreu a violência. Note-se, de logo, haver uma certa dificuldade em saber o que se há de entender por família para esse fim. Dever-se-á considerar que composta dos parentes, como tal contemplados pelo código? Consigne-se, de passagem, que a nova lei reduziu os graus de parentesco, tratando-se de colaterais. Enquanto no direito atual considera-se existente essa relação até o sexto grau, o novo código a limita ao quarto. A dúvida, já existente no direito atual, subsiste, mas, em verdade, talvez seja melhor assim, pois permite uma certa flexibilidade na apreciação dos casos concretos. Acresce que significativa alteração, introduzida pela nova lei, veio a facilitar a solução. Refiro-me ao tratamento legal da coação, quando a ameaça dirija-se a pessoa estranha à família daquele de quem se pretende obter a declaração.

Orosimbo Nonato, em sua notável obra sobre a coação como defeito do ato jurídico, já apontava a impropriedade do direito vigente, ao estabelecer que a coação haveria de dizer com o temor de dano à pessoa do coacto, sua família ou seus bens. Salientou a necessidade de construção jurisprudencial, ampliativa da abrangência do dispositivo, de tal sorte que, dependendo do contexto, compreendesse, como capaz de configurar o vício em exame, também a ameaça dirigida a terceiro. A que se faça a um estranho, conforme as circunstâncias, será capaz de forçar à prática de um ato não desejado, tanto quanto a que é dirigida a um familiar. Esse terceiro pode não ter vínculo algum com aquele que se pretende coagir e, não obstante, o fato de acenar-se com a possibilidade de atingi-lo, com grave malefício, será eventualmente bastante para influir

decisivamente no ânimo daquele que se intenta intimidar. E não se exclui que isso se verifique até mesmo se direcionada a ameaça a um desconhecido. O direito não há de prestigiar o entendimento de que alguém deva ficar indiferente, por exemplo, à ameaça de morte de outra pessoa, apenas porque não é seu parente, ou mesmo por não figurar em seu círculo de amizades. Não é de nenhum modo razoável admitir-se que não viciado, e válido, por conseguinte, o negócio jurídico resultante de declaração feita para evitar um homicídio.

O novo Código, atendendo a esse reclamo, estabeleceu, no parágrafo único do artigo 151, que o juiz, tendo em vista as circunstâncias, decidirá se houve coação, quando a ameaça disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente.

A propósito, vale chamar a atenção para uma particularidade. O Código, ao tratar do casamento, cuidou novamente da coação. Não o fizesse, aplicar-se-iam as normas gerais pertinentes aos vícios do negócio jurídico, seja por como tal se considerar o casamento, seja por entender-se que se trata de ato jurídico não negocial, uma vez que as regras daquele a esse se aplicam. Ocorre que, ao fazê-lo, absteve-se de prever a possibilidade de a ameaça referir-se a terceiro. Daí a dificuldade. Enquanto nada se dispunha a esse respeito, poder-se-ia cogitar da construção jurisprudencial preconizada por Orosimbo. Mais difícil ela se torna, entretanto, se existe regulamentação específica, quanto a determinado instituto, diversa da regra geral.

12. Para terminar, já que o tempo mais não permite, creio que merece ser salientado o tratamento que foi dado à simulação.

No Código atual, é muitíssimo criticável a regulamentação desse defeito do ato jurídico, notadamente nos artigos 103 e 104, que têm trazido graves dificuldades, quando se cuida de sua aplicação aos casos concretos. Criam empeco à anulação de atos que, pode-se dizer, clamam por serem desconstituídos.

Principiemos pela chamada simulação inocente, objeto do artigo 103. De seus termos resulta que não existirá o defeito, se ausente o propósito de prejudicar terceiro, ou de violar disposição de lei. Carvalho Santos ministra, a propósito, exemplo expressivo. Um fazendeiro pretende afastar-se de sua propriedade, por um longo tempo, e deseja que seu capataz assumira inteiramente a administração dos negócios, relativos à fazenda. Para facilitar que assim se faça e temeroso de que, constituindo-o simplesmente seu mandatário, eventualmente se omita a outorga de poder que, posteriormente, venha a apresentar-se como necessário, delibera, de acordo com o outro interessado, simular uma venda. O administrador, passando a ter o domínio do bem, poderia praticar todos os atos. Quando o primitivo proprietário retornasse, a alienação seria desfeita. Ocorre que, na sua volta, o administrador nega-se a aquiescer com o desfazimento do negócio. Ora, a simulação, no caso, é de considerar-se inocente, pois não visou a prejudicar terceiros, nem a fraudar a lei, mas apenas a facilitar a administração, na ausência do proprietário. Segundo o artigo 103, embora se demonstrasse tratar-se de negócio simulado, não existiria o defeito em exame. Como tal solução é inaceitável, ao menos parte da jurisprudência e doutrina tem trabalhado o texto para chegar a conclusões muito próximas, em verdade, da que foi dada pelo novo Código e que, em seguida, mencionaremos.

O artigo 104, dizendo com a denominada simulação fraudulenta, é ainda pior e a jurisprudência, em vista da iniquidade a que, em certas circunstâncias, sua aplicação conduz, tem introduzido temperamentos cada vez maiores, de tal sorte que, no Superior Tribunal de Justiça, chegou-se perto de negar-lhe aplicação.

Na palestra antecedente, fez-se referência às simulações tendentes a esconder um negócio usurário. Como ambos os contratantes participaram do ne-

gócio e havia intenção de fraudar a lei proibitiva da usura, não poderia ele, a rigor, ser anulado.

No novo Código, o negócio jurídico simulado é nulo, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé. Estabeleceu-se, mais, que subsistirá o negócio que se dissimulou, desde que válido na substância e na forma. A mudança, sem dúvida, só merece louvores. E note-se, ainda, que, de qualquer modo, o objetivo de fraudar lei imperativa consiste causa de nulidade, prevista no artigo 166.

DEBATES

Des. Sergio Cavalieri Filho

Costumo, Ministro, fazer distinção entre enriquecimento ilícito e enriquecimento sem causa. O enriquecimento ilícito se dá quando pratico um ato ilícito e dali me resulta um proveito. Mas se o banco, evidentemente, por equívoco, lançar na minha conta uma quantia enorme que não me pertence, tenho que devolver. Tenho que devolver porque será um enriquecimento sem causa. Não pratiquei ato ilícito nenhum, mas não posso me aproveitar.

Então, esse terceiro que foi beneficiado pela coação, realmente não tem culpa de nada. Ele não participou, não sabia, mas vai receber um benefício sem causa. Ele se enriquecerá à custa do outro. Não estou conseguindo compreender isso. E o outro será prejudicado seriamente sem culpa nenhuma!

– Roldão, o que acha?


Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

É um caso típico de enriquecimento sem causa, auferir vantagem às custas alheias.....

Des. Sergio Cavalieri Filho

Só que agora consagrado na lei.

Ministro Eduardo Ribeiro

É de esperar-se que a jurisprudência trabalhe o texto, introduzindo-lhe temperamentos. 

Adimplemento e Inadimplemento

JUDITH MARTINS COSTA

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal - RS

Meritíssimo Desembargador Sergio Cavalieri, em cuja pessoa homenageio todos os membros da Mesa; Senhores Desembargadores, Juízes, Advogados; Professores e estudantes aqui presentes: que as minhas primeiras palavras traduzam o imenso agradecimento por este convite, por esses elogios que ouvi, muito constrangida (mas, confesso, muito satisfeita também, pois é bom começar o dia sendo de certa forma “enganada” por palavras tão bonitas).

Queria iniciar essa palestra dizendo da minha alegria de estar na Escola da Magistratura, de estar falando, para juízes, sobre o adimplemento e o inadimplemento no novo Código Civil, numa Casa de Juízes. Explico o porquê dessa afirmação: tenho insistentemente dito que o novo Código Civil é um *Código destinado basicamente aos juízes*. E essa não é uma afirmação retórica, gratuita: pelo contrário, ela resulta de uma constatação científica decorrente da análise dos pressupostos filosóficos e culturais do Código e da conseqüente metodologia que ele incorpora. É exatamente daí que decorre a importância de os juízes compreenderem o novo Código e a sua metodologia, o que vai conduzir às potencialidades da sua aplicação para o futuro, vai permitir aquilo que o Professor Miguel Reale tem chamado de *vocação prospectiva* da normatividade jurídica.

Portanto, uma primeira observação que já sublinho: muito mais importante do que ficar fazendo uma análise pontual, de regra após regra do Código, é compreender o seu espírito, a sua estrutura,

a sua metodologia, pois aí está sinalizada a renovação que vem provocar. Penso que não é colocando uma ou outra regra sobre clonagem ou qualquer outro assunto da moda que se alcança a renovação do Direito Privado. Esta se dá por meio da *renovação metodológica*, porque assim se permite a ordenação progressiva dos novos casos pela jurisprudência, segundo certos valores que estão firmemente assentados no Código e segundocertas técnicas que decorrem da sua estrutura. Portanto, me parece que muito mais do que um exame da literalidade do Código devemos ter presente a sua metodologia, porque ela vai nos explicar a razão pela qual muitas regras, embora tenham um valor facial ou literal idêntico ao do Código de 1916, têm um valor contextual, jurídico ou normativo, bastante diverso.

Assim, proponho que o nosso diálogo, hoje, seja ancorado nesse viés de exame, concentrando-o na metodologia que se traduz na estrutura, no método, nos princípios e nas regras do adimplemento e inadimplemento: vamos examinar primeiramente qual é a metodologia empregada para tratar o adimplemento na estrutura no novo Código (1), depois, o significado dessa metodologia (2) após as suas conseqüências dogmáticas (3). Num segundo momento, vamos pontuar, com alguns exemplos, como o significado estrutural e metodológico pode ser apreendido (4), finalizando com algumas referências ao tratamento do inadimplemento das obrigações (5).

1. A metodologia empregada na regulação do adimplemento das obrigações

Palestra proferida no Seminário realizado em 08.03.2002.

Em uma obra que tenho como verdadeiramente clássica (porque como todas as grandes obras precisou de décadas para ser entendida), meu grande mestre, Professor Clóvis do Couto e Silva escreveu nos anos 60: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação, é o seu fim”. Já nas primeiras linhas da obra - que se chama justamente **Obrigação como processo** - é introduzida entre nós a *noção dinâmica da relação obrigacional*, uma relação que é considerada basicamente uma *estrutura de processos* e uma *totalidade concreta*, polarizada pelo adimplemento. Pois bem: o extremado relevo do adimplemento para a noção de relação obrigacional só agora vem reconhecido. E vem reconhecido justamente em função da nova arquitetura das relações obrigacionais, da nova estrutura sistêmica posta no Código Civil.

No Código de 1916 as regras acerca do adimplemento estavam elencadas no Título II, do Livro III - Livro do Direito das Obrigações, sob a genérica denominação Dos Efeitos das Obrigações, de maneira misturada com as regras relativas ao inadimplemento que estavam no seu capítulo XIII. Isto vinha logo subsequente à parte na qual eram classificadas as modalidades das obrigações e antecedentemente ao Título no qual se tratava do fenômeno da transmissão das obrigações, reduzida ao caso da cessão. Vejam os senhores como essa estrutura era confusa!

Agora, de maneira diversa, o Código separa, nitidamente, entre as fases: a) da criação do vínculo obrigacional; b) a fase do desenvolvimento do vínculo; e, c) do seu desaparecimento, dividindo esse em modo normal - pela qual o vínculo é extinto por “morte morrida, não por morte matada”, como diria um caipira, - e o modo patológico, que é o inadimplemento.

Proponho reter bem essa estrutura, porque ela é importante, ela tem significados para a dogmática das Obrigações. No Livro do Direito das Obrigações, Título I, estão as *modalidades* das obri-

gações, que marcam justamente a fase de sua origem, do seu nascimento: o dar, o fazer e o não-fazer. Depois, no Título II, vamos encontrar a sua *mobilidade*, o modo de transmissão de obrigações, pela cessão de crédito e assunção de dívidas. Vemos localizadas, no Título III, as formas pelas quais o vínculo é *extinto pelo adimplemento*, que é o seu fim, cuidando o Código, finalmente, no Título IV, da patologia da relação, isto é: as formas e efeitos do *inadimplemento*.

No Título III (extinção pelo adimplemento), em vez de englobar, de forma assistemática, todas as formas pelas quais a relação obrigacional pode ser extinta, o Código cuida, especificamente, do cumprimento, do adimplemento ou do pagamento (as expressões são usadas como sinônimas), seja através do cumprimento voluntário, direto e *adequado*, ou *satisfatório*, pelo devedor (que tem subjacente o conceito estrito ou técnico de adimplemento), e o chamado pagamento indireto, tudo nomeando, com muito rigor técnico, “Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações”.

Eu tive o privilégio de receber de presente do Professor Miguel Reale o material relativo às reuniões da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, no qual pude ver, nas anotações de próprio punho do Professor, tudo o que modificou no Anteprojeto. Essa denominação e a consequente separação estrutural entre Adimplemento e Inadimplemento é uma contribuição pessoal do Professor Reale, não constava do texto apresentado por Agostinho Alvim, assim como muitas regras às quais vou referir em breve.

Pois bem: essa mesma orientação, no sentido da autonomização do adimplemento, haviam tido já os Códigos Civis italiano e português, na intenção de dar um papel de absoluto destaque ao adimplemento na trama do tecido obrigacional.

Os senhores poderiam perguntar: o que isto significa, qual a importância prática que isto tem?

A importância está em que podemos perceber, na concepção do novo Código, a atenção dada pela estrutura e pelo sistema do método classificatório ao fenômeno da *análise interna* da relação obrigacional e não à análise meramente externa ao fenômeno obrigacional.

2. O significado da metodologia: possibilitar a análise interna da relação obrigacional

A classificação tradicional que se faz no Direito das Obrigações é aquela que vê a relação obrigacional do ponto de vista externo, examinando os seus “elementos” - os sujeitos, o objeto, as garantias etc. O Código propõe um outro viés, um outro olhar. Isso nos leva a um leque de questões.

a) em primeiro lugar, o que *significa a análise interna* da relação obrigacional; b) em segundo lugar, qual a sua *importância teórica*; c) depois, qual a *relevância prática* que isso tem para o enfrentamento das questões da sociedade que o Direito é chamado a resolver; e, d), por fim qual a *importância dogmática*, isto é, a relevância na configuração ou na possibilidade de criação de novos institutos dogmáticos, como decorrências dessa estrutura.

Vou tentar sinalizar as respostas a estas quatro questões.

a) a análise interna é a que leva em conta o efetivo conteúdo do vínculo em seu dinâmico processar, isto é, ao invés de descrever os elementos, percebe o feixe de deveres, poderes, ônus, expectativas legítimas, estados de sujeição etc. que conformam as respectivas situações jurídicas subjetivas *concretamente* consideradas.

b) O problema da análise interna tem, primeiramente, uma importância teórica: se efetuarmos a transposição da análise interna em termos de Teoria Geral do Direito, veremos que examinar a relação obrigacional no seu processar dinâmico em busca do seu adimplemento tem, como subjacente do ponto de vista filosófico, a idéia do *direito como experiência* (aí está a presença do filósofo

Miguel Reale), isto é, do “Direito em ato”, do Direito como *concreção*, como realidade histórico-social concreta e presente, e não como um mero objeto de contemplação, de descrição externa, não como pura seqüência de esquemas lógicos. Aí vem sinalizada o que também Miguel Reale chamou de *diretriz da concreção* como uma das diretrizes fundamentais do novo Código.

c) Qual é a importância dessa diretriz da concreção na análise interna para o enfrentamento das questões que nós temos que resolver na nossa sociedade plural, complexa, complicada e esfacelada?

Os senhores sabem tão bem quanto eu que um dos temas mais discutidos pelos estudiosos do Direito, na atualidade, diz respeito aos *diferentes papéis dos sujeitos* no exercício das suas liberdades civis e econômicas e, particularmente, a relevância da *pessoa concretamente considerada* no que concerne à mensuração de certos efeitos jurídicos.

Mas é também objeto da análise cuidadosa dos estudiosos, a nova racionalidade que preside a chamada “sociedade pós-industrial”, isto que Ulrich Beck chamou de “sociedade do risco” e Alain Touraine chamou de “sociedade programada”. Acho interessante analisar junção desses dois aspectos: ao mesmo tempo em que ela é programada, ela é a sociedade do risco. Uma sociedade na qual “tudo o que é sólido desmancha no ar”, na qual tudo se desmaterializa, na qual até a palavra “produto” resta desmaterializada, às vezes em um toque da Internet, na qual muitos contratos não servem mais para fazer circular os bens, e sim *fazê-los*: fazer “produtos financeiros”.

Como podemos enfrentar isso pela análise interna? Vamos voltar ao terreno do concreto, da “concreção”.

É que a conjugação entre a necessária concretude da noção de sujeito - o sujeito da relação obrigacional - e a nova racionalidade da sociedade pós-industrial, leva a perceber a necessidade de o Código possuir técnicas que permitam

normatizar as relações dessa sociedade tão complexa da maneira mais coerente possível com as *peculiaridades concretas das pessoas*, com a realidade concreta da relação obrigacional, com as vicissitudes e transformações que pode sofrer no curso do seu desenvolvimento (por exemplo, a quebra da base negocial em virtude de uma medida econômica governamental), segundo os valores expressos pelo ordenamento e as efetivas necessidades econômicas que as relações obrigacionais são chamadas a instrumentalizar.

Percebemos, assim, a absoluta fratura existente entre as novas necessidades e o método tradicional, que é o método da classificação meramente externa da relação obrigacional, que tem como elemento central a noção de sujeito como algo abstrato, sempre igual em todas as relações; portanto o sujeito visto externamente, que tem sempre o mesmo papel em todas as relações obrigacionais, que também são vistas externamente e que seriam sempre iguais, conforme o “tipo” contratual abstratamente considerado. Mas basta pensar: nem todas as compras e vendas são sempre iguais, fática e axiologicamente consideradas! Portanto uma análise que apenas descreva os “elementos” da relação obrigacional de compra e venda não é suficiente.

Evidentemente, esse método tradicional ou externo não é mais compatível com a pluralização da subjetividade jurídica, que é o fenômeno que marca a nossa época. É preciso que, tecnicamente, possamos discernir as *diferenças internas e valorativas* concretamente existentes entre uma obrigação contraída por um consumidor por via da Internet, outra ajustada entre grandes empresas, outra entre sujeitos considerados em patamar de relativa igualdade econômica, ou informativa, outra consistente num ato cotidiano, como comprar um refrigerante no bar da esquina, outra, por fim, enucleada numa complexa teia contratual etc.

Como o Código enfrenta isso? Em primeiro lugar, pelo apelo freqüente a noções vagas que chamam o juiz à concretização das peculiares circunstâncias. Quando pensamos no Código, temos que pensar sempre na ligação sistemática entre a Parte Geral e o Direito das Obrigações. Vejamos, por exemplo, o que resulta da ligação entre os artigos 307, 309, 311, 320, 316, 330 (relativos ao adimplemento) e os artigos 113, 128, 156, 157, 158 (da Parte Geral) que trazem os seguintes termos: “usos do lugar”, “circunstâncias do caso”, “natureza da situação”, “equidade”, “desproporção manifesta”, “premente necessidade”, “boa-fé”, “utilidade da prestação”, “fins econômico-sociais do direito subjetivo” etc. São estes conceitos jurídicos que permitem ao aplicador do direito, basicamente o juiz, descer do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto.

Portanto, na metodologia subjacente ao novo Código, já encontramos esse direcionamento do juiz a examinar, em termos de relação obrigacional, o *concreto*: os usos do lugar, as circunstâncias do caso etc. E o juiz tem de conectar esse “concreto” com a categoria abstrata do adimplemento. Assim procedendo, é possível examinar ou ter presente no exame de cada caso a diversidade material e valorativa que está na base da relação obrigacional concretamente examinada.

Agora é preciso saber quais são as conseqüências disso, o que leva à responder à quarta questão, relativa à importância dogmática da metodologia utilizada pelo Código para alargar a noção de “adimplemento” e permitir a progressiva construção de novos institutos.

3. Conseqüências da metodologia adotada

A principal conseqüência é o alargamento da noção de adimplemento e, conseqüentemente, o alargamento da noção de inadimplemento.

Vou propor um conceito de adimplemento: *o adimplemento é a realização, pelo devedor, e satisfatoriamente, da*

prestação concretamente devida e enquanto devida, tendo ambas as partes observado os deveres derivados da boa-fé, que se fizeram instrumentalmente necessários para o entendimento do escopo da relação, em atenção ou em acordo ao seu fim econômico-social e as suas circunstâncias.

O que está no substrato desse conceito? Um conceito é simplesmente uma súpula de idéias. Quais são as idéias que estão atrás desse conceito?

Em primeiro lugar, está a idéia de uma relação obrigacional complexa, isto é, aquela que envolve, finalisticamente, os chamados deveres de prestação e os deveres de proteção, ou também deveres anexos, instrumentais, secundários etc. E que envolve, também, um complexo de situações jurídicas subjetivas, de ônus e de deveres unidos finalisticamente em direção ao adimplemento (isto é, a prestação satisfativa), que é o seu fim.

Esse complexo une-se e desenvolve-se como um processo no sentido hegeliano, quer dizer, como uma série de atos encadeados na direção de uma finalidade. Processo que se desenvolve mediante deveres que são basicamente deveres de *colaboração intersubjetiva* entre os sujeitos da relação.

Insisto: o adimplemento - que é realizado por meio da prestação devida, *enquanto devida* (pois podem surgir acontecimentos, como o caso fortuito, em razão dos quais ela *não será mais devida*) de maneira *satisfatória* (tendo sido cumpridos a prestação principal e os deveres anexos ou instrumentais) e em acordo com o escopo prático e econômico da relação - tem, no seu cerne, uma *relação de cooperação*.

Isto está assentado numa obra fundamental, que é a **Teoria Geral do Negócio Jurídico**, do Emílio Betti. A distinção que Betti faz entre a *relação da atribuição* e a *relação de cooperação* é eminentemente técnica: quando se fala em relação de cooperação não se está falando de uma coisa romântica, fora da realidade, mas de um conceito que é técnico. A única maneira de uma rela-

ção obrigacional se desenvolver satisfatoriamente (possibilitando, portanto, o adimplemento) é justamente por meio da persecução de deveres de colaboração, porque é uma relação que põe em contato duas partes que têm, uma em relação à outra, deveres de prestação e de proteção. Portanto, não há como não ser uma relação de colaboração intersubjetiva. Menezes Cordeiro diz bem: a colaboração é uma *constante intrínseca* do fenômeno obrigacional.

Como é que esta relação de colaboração vem traduzida em termos normativos? Justamente pelo princípio da Boa-Fé que, entre outras virtualidades, mostra o “porquê” e o “como” da possibilidade de alargamento da noção de adimplemento. Cito como exemplo a noção de *adimplemento substancial*.

O adimplemento substancial é aquele que é muito próximo do resultado final que tem como efeito excluir o direito potestativo, ou poder formativo, de resolver o contrato. Pensemos no caso de alguém que comprou um apartamento pagando o preço em 34 prestações, no contrato tendo sido pactuada cláusula resolutiva. O comprador pagou 33 prestações, mas, no momento de pagar a 34^a, ficou sem meios, levando o vendedor a argüir a cláusula resolutiva. Este caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o então Desembargador Rui Rosado de Aguiar Junior, que decidiu que o contrato tinha sido *substancialmente cumprido*, portanto não cabia exercer o direito resolutivo: o exercício do direito potestativo a resolver o contrato, embora expressamente pactuado, ficava inibido, limitado, de modo a caber apenas o pagamento de perdas e danos em razão da mora no último pagamento.

Ora, pela introdução da idéia do dever de colaboração intersubjetiva, que é orientado pelo princípio da boa-fé, ampliou-se a noção de adimplemento. Hoje já há uma vasta jurisprudência, inclusive no STJ, com casos relativos ao adimplemento substancial.

Creio que nestes casos que vêm sendo julgados com base na teoria do adimplemento substancial a idéia da relação obrigacional como relação de colaboração tem sido bem compreendida, porque o adimplemento é aquele que se faz de acordo não só com o dever principal de prestação (que, para o comprador era pagar a integralidade do preço), mas de acordo também com os deveres instrumentais decorrentes da boa-fé. E a boa-fé impede que o vendedor, por uma falta que é pequena *à vista da totalidade do contrato e da importância concreta do bem para o comprador*, argua uma solução tão drástica como o é a resolução.

Como tudo isto é traduzido pelo novo Código? Em primeiro lugar, o fato de o adimplemento ter sido colocado autonomamente sinaliza que não deve mais ser confundido com o mero modo de extinção das obrigações; em segundo lugar, o Código sinaliza a importância da boa-fé, considerada em sua feição objetiva, como uma das emanções da confiança.

O novo Código Civil está assentado no Princípio da Confiança. O Professor Miguel Reale atribui esta base na qual o Código está fundamentado ao que chama de diretrizes da socialidade e da eticidade. A confiança, como princípio geral, tem uma face voltada à eticidade, outra à socialidade. E, no Direito das Obrigações essas diretrizes se traduzem através da boa-fé na sua dupla feição: a feição subjetiva e a feição objetiva. Na subjetiva, a boa-fé é entendida como *crença* de alguém: crença numa aparência, crença de estar agindo corretamente, de não estar lesando direito alheio (como é o caso, por exemplo, do artigo 309, que diz respeito ao pagamento feito de boa-fé ao credor putativo). Mas a boa-fé objetiva, considerada como norma de conduta, como norma impositiva de deveres e de limites, vem posta estrategicamente em vários “pontos” do Código que se relacionam ao fenômeno obrigacional.

Apenas pontuemos essas regras: o artigo 113 impõe o *standard* da boa-fé como

norma de interpretação de negócios jurídicos, na Parte Geral. O artigo 128 elide a eficácia de condição resolutiva sobre atos já praticados, em negócios de execução continuada ou, negócios periódicos, chamados de obrigações duradouras, de conformidade à boa-fé objetiva. Sobre o artigo 187, o Ministro Ruy Rosado, certa vez disse uma frase que repito sempre: “É uma norma quase perfeita, que servirá para iluminar o Direito das Obrigações como um todo”. É que o artigo 187 introduz uma cláusula geral de ilicitude objetiva, isto é, a ilicitude decorre da afronta à boa-fé e da afronta aos fins econômico-sociais visados pelo negócio. E vamos encontrar, no artigo 422, a boa-fé como norma relativa às relações obrigacionais derivadas de contrato.

O que sinaliza basicamente a boa-fé? Que na relação obrigacional vista como um complexo, devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico não apenas os interesses do credor mas os interesses de ambos os partícipes da relação obrigacional. Portanto, uma relação a ser concretamente observada e ponderada pelo juiz, em atenção aos cânones da eticidade e da socialidade e, diria, da solidariedade social, que é um valor constitucional a ser instrumentalizado também nas relações obrigacionais.

Para não ficar apenas na abstração teórica, vou pontuar em três ou quatro regras no Código, como isto transparece, isto é: como a metodologia empregada pelo Código ao conectar Parte Geral e Direito das Obrigações, ao autonomizar o adimplemento e ao dar relevo à concreção, possibilita a renovação do Direito Privado e mesmo a superação de certos limites que o próprio Código pontualmente contém.

4. Exemplos de apreensão do significado estrutural e metodológico da regulação do adimplemento

O primeiro exemplo está em “como” tornar efetivas, no adimplemento, as regras que determinam a consideração às circunstâncias, consideração à situação e aos interesses de ambos os par-

participantes da relação obrigacional, superando limites do próprio Código.

O artigo 317 (curioso pela história da sua tramitação legislativa) dispõe o seguinte: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Essa redação resulta da subemenda nº 03 à Emenda nº 38 do Senado Federal e constitui um verdadeiro retrocesso em relação àquilo que havia sido proposto pela Câmara dos Deputados no Projeto de 1984; é também um retrocesso em relação ao estado atual da jurisprudência mais avançada. Porém, nessa altura não devemos ficar apenas na crítica da denúncia: temos que superar esse estágio e – compreendendo o Código a partir dos seus próprios pressupostos metodológicos – dar efetividade às suas regras. Portanto, a pergunta a fazer, diante do art. 317 é: como podemos superar em alguma medida os seus limites? Ora, creio que é compreendendo a história da tramitação legislativa e utilizando, em conexão com o art. 317, outros princípios e regras do próprio Código.

No Projeto apresentado em 1975, pela Comissão Revisora, o texto que então era o artigo 311, facultava ao juiz, a pedido da parte, atualizar o valor da moeda “quando houver desproporção manifesta”. Em outras palavras: apenas o fato da desproporção manifesta entre prestação e contraprestação é que deveria ser levado em conta. Portanto, no suporte fático de incidência da regra estava apenas a manifesta desproporção entre o valor da prestação e da contraprestação, embora se atribuísse ao juiz a faculdade e não o dever de promover a correção. Porém, na tramitação na Câmara dos Deputados, a redação foi aperfeiçoada e passou a ser um *poder-dever do juiz* e não mais uma faculdade. Em vez de “o juiz poderá” ficou estabelecido: “o juiz deverá” revisar o contrato.

Ao chegar ao Senado, um dos Senadores conseguiu detectar vários avanços socialmente significativos do Código e propor a supressão da maior parte: onde havia algo com conteúdo social, com densidade social, esse Senador apresentou emenda supressiva. No entanto, felizmente o Senado voltou a ouvir o Professor Reale e os membros da Comissão, como o Professor Moreira Alves. O Professor Reale ponderou da conveniência de se manter aquela regra e inclusive propôs uma nova redação: “Quando, pela desvalorização da moeda ocorrer a desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento da execução, deverá o juiz corrigi-lo....etc”.

No entanto, essa proposição não vingou inteiramente, e aí surge uma questão que atribuo a um equívoco e que é um dado a ser levado em conta em matéria de interpretação histórica: o Senador Josaphat Marinho, relator da Comissão Especial, destinada a examinar o projeto no Senado, afirmou ter inteira procedência a idéia do Professor Reale, mas propôs fosse modificada em parte a redação. Cito literalmente a proposição: “sobretudo porque não se deve considerar a desvalorização da moeda como único fator para admitir a revisão de valores convencionais”. Disse o Senador Josaphat: “outros fatores e imprevisíveis poderão ocorrer gerando desequilíbrio das prestações e justificando o reajustamento delas.”

Infelizmente vingou essa idéia. E eu digo, infelizmente, porque ao pretender *ampliar* o instituto, acabou-se por *restringi-lo* pela introdução do termo “imprevisíveis”.

Portanto, imprevisibilidade foi posta como elemento do suporte fático da regra e se passou da teoria da base objetiva do negócio jurídico, de matriz alemã, para a teoria da excessiva onerosidade, de matriz italiana, na hipótese de revisão da própria prestação que se tornou – entre dois momentos distintos, o da conclusão do contrato e o do pagamento – excessivamente onerosa.

A excessiva onerosidade é aquela que comporta uma notável alteração da relação originária entre as prestações, (ou da própria prestação, considerada em dois momentos distintos) determinando uma situação de desequilíbrio, porém essa desproporção manifesta é relativa à prestação considerada objetivamente e não subjetivamente. Contudo, a regra do art. 317 exige, incontroversamente, que essa excessiva onerosidade seja atribuível a circunstâncias imprevisíveis.

Se fizermos uma interpretação sistemática e histórica, e ligarmos a regra do art. 317 com as dos artigos 113, 187, 422 etc., podemos conseguir a superação dos seus limites, considerando, além do mais, que aí não vem expresso (como consta no Código Civil italiano) o requisito da *extraordinariedade* do fenômeno. Por isto, não devemos confundir o que se deduz do art. 317 com a Teoria da Imprevisão: esta, de matriz francesa, requer a *extraordinariedade* para ensejar a revisão. Mas, entre nós, no art. 317, só há o requisito da imprevisibilidade, que naturalmente há de ser interpretado pela jurisprudência, como algo que não possa ser previsível por uma pessoa razoável no momento da contratação, ou como algo que viole, manifestamente, a sua *legítima expectativa*, a ser averiguada **in concreto**.

Outra regra que gostaria de ressaltar (e esta também foi contribuição pessoal do Professor Reale, fundado na diretriz da eticidade) é a do artigo 330. Aí encontramos a consagração legislativa de uma das mais importantes decorrências da boa-fé, o instituto da *supressio*.

Da boa-fé decorrem não apenas deveres de comportamento, mas também limitações ao exercício de direitos subjetivos e de direitos potestativos. Portanto, encontramos na atuação da boa-fé uma feição limitadora do exercício de direitos subjetivos e de situações jurídicas. O artigo 330 consagra expressamente um caso de limitação.

O que significa a *supressio*? A idéia de *supressio* (expressão cunhada por

Menezes Cordeiro) indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e baseado em um mesmo valor jurídico. O fato é o passar do tempo que pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas, ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso de tempo pelo seu titular, desde que esse não-exercício pelo titular tenha causado à contraparte um benefício em decorrência da confiança que lhe foi despertada de que aquele direito não mais seria exercitado.

Portanto, no substrato da *supressio* está o valor confiança cuja principal manifestação no âmbito do Direito Obrigacional, como já vimos, é traduzida pelo princípio da boa-fé. A *supressio* visa, basicamente, assegurar o interesse do devedor que confiou no fato de o credor não mais exercer, por um razoável lapso de tempo, determinado direito ou posição, e corresponde ao exame ao lado passivo do fenômeno, ou seja, corresponde à perspectiva do sujeito que não exerceu o direito. Essa é exatamente a hipótese legal do artigo 330.

Façamos uma brevíssima análise dos elementos de seu suporte fático. Diz o artigo 330: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Estão aí assinalados três elementos: a determinação ou determinabilidade do local, em virtude de contrato; a sua alteração, por período de tempo reiterado e a presunção da renúncia do credor.

A primeira condição é a relativa ao local, e é lógico que isso só pode ocorrer naquele tipo de prestação que possa ser, faticamente, feita em local diverso do ajustado, também abrangendo aqueles pagamentos que devem ser feitos a credor que não podem legalmente renunciar, como o Fisco, por exemplo.

O segundo elemento é a reiteração no tempo: o Código fez muito bem em usar a expressão “razoável decurso de tempo”. Analisando a jurisprudência alemã, Menezes Cordeiro registra a va-

riedade dos lapsos temporais levados em conta pela jurisprudência, o quer dizer que é preciso sempre ter em conta o lapso temporal em relação à situação concreta, não há um lapso uniforme, abstrato para todas as situações. O lapso temporal não é determinado *a priori*, resulta de um juízo de fato. Portanto, o Código, no meu entender, fez bem usando a expressão “pagamento reiteradamente feito em outro local” e não pré-determinando esse tempo.

Mas, já não andou bem o Código, no meu entender, ao se referir à ficção da renúncia, o que é absolutamente inútil e traz uma série de problemas evitáveis. Nos outros ordenamentos que também têm, em virtude de regra legal e jurisprudencial, acolhido a *supressio*, não se carece de prova da vontade: o razoável decurso de tempo já é indicativo justamente do valor confiança que deve ser tutelado. Portanto essa presunção é inútil, no meu entender, mas não só inútil, como traz problemas desnecessários. Como comprovar a falta de vontade de renúncia? É uma presunção *iuris tantum*? *Iuris et de iure*? o credor pode provar?

Então, proponho, à vista de toda a estrutura do adimplemento, se considere como uma presunção absoluta derivada de um comportamento concludente, afastando o problema da vontade, posto fundar-se na *confiança*.

Outra regra importante e denotativa das possibilidades meto-dológicas do Código é a do parágrafo único do artigo 395. Esta regra não teve o seu valor facial alterado (as duas outras, antes referidas, são regras inovadoras em termos legislativos) mas pode ter o seu sentido contextual totalmente alterado.

O artigo 395 trata das conseqüências da mora: “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado.” E o parágrafo único: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, esse poderá enjeitá-la e

exigir a satisfação das perdas e danos”.

Os senhores sabem que a mora produz dois efeitos principais: obriga o devedor a responder pelos prejuízos causados e, por outro lado, lança sobre o devedor o risco de responder inclusive pela impossibilidade da prestação e, como um terceiro efeito (o que o Professor Araken de Assis chama de “caráter transformista da mora”), se a prestação for inútil para o credor, a simples mora se transforma em inadimplemento absoluto, possibilitando o exercício do direito de resolução, se o contrato for bilateral.

O parágrafo único contém, a meu juízo, a regra central em matéria de mora. Contém um parâmetro que indica até que ponto a prestação pode ainda ser cumprida satisfatoriamente, em atenção ao seu escopo prático concreto; até que ponto temos uma prestação que não pode mais ser cumprida, dizendo respeito, portanto à própria noção substancial de adimplemento – isto, àquela idéia de adimplemento que no início desta palestra eu formulei. E o parágrafo único é central porque traz um tópico, no sentido de Vieweg, o *tópico da utilidade ou da inutilidade da prestação*.

Em **Tópica e Jurisprudência**, uma obra absolutamente clássica dos anos 50, Vieweg ensina que o raciocínio tópico é aquele “problemático” no sentido de que o intérprete, em vez de partir do sistema e encontrar uma solução pré-pronta no sistema, deve construir a solução a partir de um parâmetro indicado pelo sistema. O que aí se indica é algo, ao meu juízo, absolutamente fundamental: que a lei não é o *ponto de chegada* do raciocínio do intérprete, ao contrário, ela é o *ponto de partida* da construção do raciocínio que deve direcionar o caso concreto. O juiz é direcionado por aquele valor, por aquele parâmetro, por aquele tópico posto na lei, para encontrar a solução ao caso concreto.

Agostinho Alvim que foi, como todos sabem, o elaborador do Direito das Obrigações – comentando o artigo 956 do Código de Beviláqua – situa a inutili-

dade, em primeiro lugar, em face dos critérios do *caput*, que diz respeito ao tempo, lugar e forma da prestação. Ai ele tem inteira razão. Porém, mais adiante diz que o critério da inutilidade da prestação deriva do arbítrio judicial, tratando-se de uma inutilidade subjetiva, isto é, inutilidade para o credor. Discordo, e a minha discordância tem como fundamentos tudo o que entendo e compreendo a respeito da relação obrigacional como um sistema de processos polarizado pelo adimplemento, como relação de colaboração, na medida em que a **ratio** da relação obrigacional não tem a sua ancoragem em uma idéia de *subordinação* dos interesses do devedor ou do credor, mas numa idéia de colaboração entre as partes. Ambos são merecedores de tutela jurídica.

Portanto, a razão está com o Ministro Ruy Rosado que, em sua obra sobre o direito de resolução, parte dessa mesma perspectiva da obrigação como um processo, da relação obrigacional como constituída por deveres de colaboração e chega à conclusão de que o interesse a ser considerado - o metro que o juiz tem que utilizar - não é o interesse do credor, mas o interesse da relação, portanto o *interesse do sinalagma*.

A partir do interesse do sinalagma se permite que o juiz perceba, compreenda e, após, componha dados de dupla ordem: a) os elementos objetivos fornecidos pela relação contratual em causa, extraídos da natureza concreta da prestação e, de outro lado, b) elementos subjetivos que dizem respeito à necessidade do credor, mas uma necessidade que não deve ser avaliada com vista nos seus motivos, pois é a necessidade considerada à vista de uma concreta relação econômico-social que aquele contrato visava regular. Portanto, é uma espécie de interesse objetivado. Não há nenhum arbítrio judicial.

A doutrina e a jurisprudência têm dado uma série de critérios para possibilitar ao juiz compor esse interesse do contrato, do sinalagma. Em geral, esses critérios são derivados da boa-fé, mas

isolo aqui três casos que me parecem interessantes. É lógico que em um contrato bilateral, comutativo, fica muito fácil examinar o interesse do sinalagma, porque há um sinalagma. Mas, fica bastante mais difícil nos contratos unilaterais e nos negócios jurídicos unilaterais (que também podem ser apanhados pelo inadimplemento) saber exatamente qual é esse interesse. Portanto o juiz tem o dever de descer às particularidades do caso até os seus mais ínfimos detalhes, ele tem que examinar qual é a causa-função daquele negócio.

Uma outra questão interessantíssima e bastante complicada é examinar qual é o interesse do sinalagma no caso das redes contratuais. Nesse fenômeno (que é crescente na sociedade globalizada), certos contratos são firmados tendo em vista instrumentalizar outros contratos: eles se apresentam como uma rede no circuito da produção, da distribuição, do marketing, da comercialização etc. É o que Lorenzetti, jurista argentino, chama de fenômeno da supracontratualidade, porque um contrato não é explicável pelo outro, eles só são explicáveis em rede pela trama econômica da operação econômica que está na sua base, operação que os contratos visam instrumentalizar. Pensemos no exemplo da Coca-Cola, cujo contrato de base não é de permissão do uso, mas da marca Coca-Cola. O detentor da marca está nos Estados Unidos; mas o substrato da bebida, o xarope, é fabricado na Zona Franca de Manaus, sendo comercializado, em nosso mercado, por várias empresas brasileiras. Porém, a publicidade do produto é feita em escala mundial e pode estar centralizada, por exemplo, numa empresa que está situada na Austrália ou na Alemanha ou em qualquer outro lugar. Ora, estes vários contratos (de uso de marca, de permissão do uso do produto, de produção e comercialização do xarope, de publicidade etc) não podem ser examinados isoladamente, como se cada um dos contratos fosse um universo em si mesmo, uma mônada: eles só podem ser enten-

didados (isto é, a sua racionalidade e a sua funcionalidade econômico-social só pode ser compreendida) à vista do todo, da rede em sua integralidade. Assim, também em muitos casos, a “inutilidade” derivada da sua mora deverá ser apurada em vista do todo, da rede ou do conjunto contratual.

Em outras palavras, para o juiz determinar a utilidade ou inutilidade da prestação, é necessário ter em conta a operação econômica complexa inteira. Há, é evidente, uma unidade finalista englobando todas essas operações aparentemente díspares. Assim também nas cadeias de contratos, em que uns se explicam em relação aos outros.

Para determinar, concretamente, a inutilidade ou utilidade da prestação, há também um outro critério, o da essencialidade do bem.

Há pouco menos de um mês, aqui no Rio de Janeiro, uma jovem e talentosa civilista, Prof^{sa} Tereza Negreiros, defendeu a sua tese de doutorado, na qual propõe o critério da essencialidade do bem como o critério de interpretação dos contratos. Parece-me que ela tem inteira razão: a necessidade, a essencialidade do bem tutelado pelo contrato para as partes também tem que ser levada em conta na análise da utilidade ou da inutilidade da prestação em mora. Pensem nos contratos de seguro de vida ou de seguro-saúde, os contratos educacionais ou de fornecimento de água, de energia, de transporte coletivo, de aquisição de moradia etc. O parâmetro da essencialidade tem que ser levado em conta também para mensurar a utilidade ou inutilidade da prestação.

5. Breves referências acerca do inadimplemento

O tempo se esgota e não poderei examinar a patologia da relação obrigacional, mas gostaria de enfatizar que, quanto ao inadimplemento, o Código propõe uma estrutura aberta, uma estrutura que compõe aquilo que o Professor Miguel Reale chama de modelo jurídico, isto é, a reunião de várias re-

gras em uma estrutura, e que, portanto, apenas essa estrutura conformadora de um modelo é que permite captar toda a dimensão daquele conjunto de regras envolvidas. Vamos encontrar um modelo jurídico, por exemplo, em matéria da chamada indenização suplementar. Ouço, às vezes com tristeza, professores afirmando que o Código não “mudou nada” em matéria de responsabilidade civil e gostaria de argumentar em contrário.

Penso que o Código mudou fundamentalmente em matéria de responsabilidade civil: mudou o modelo.

Agora a responsabilidade civil está autonomizada – há um capítulo próprio, dedicado à “obrigação de indenizar”. Do ponto de vista substancial, encontraremos no modelo jurídico da responsabilidade uma série de regras que reforçam de maneira extraordinária o princípio da reparação integral, e a indenização suplementar é um deles. Depois, vamos encontrar, ainda em matéria de inadimplemento e da sua consequência geral - a responsabilidade - algo extraordinário, que nunca vi em legislação de nenhum país: uma cláusula geral de responsabilidade por risco, dependendo do tipo de negócio, da sua *estrutura social*.

Se certa atividade humana habitualmente causa risco, este fato social pode modificar o próprio regime da responsabilidade que, de subjetiva, passa a seguir o regime da responsabilização objetiva. O risco pode ser inclusive a direitos de personalidade. Pensemos numa atividade que tipicamente produz riscos aos direitos de personalidade, como uma empresa jornalística dedicada a fofocas e a escândalos. Nesse caso, pode haver a responsabilização objetiva, dependendo da sensibilidade, da inteligência, da clarividência da jurisprudência para classificar pontualmente a atividade como de risco ou não. Então, isto muda tudo em matéria da modelagem da responsabilidade civil.

Portanto, o inadimplemento não está cingido ao Título IV do Livro Segundo, é um modelo estruturado em uma

série de princípios (inclusive constitucionais) e de regras que dizem respeito às espécies contratuais; à disciplina da responsabilidade civil; às cláusulas gerais dos artigos 186 (ilicitude baseada na culpa) e 187 (ilicitude por abuso e por violação da boa-fé)

Penso, assim, que devemos analisar o novo Código de uma perspectiva diversa daquela que analisávamos no Código de 1916. A mudança está muito mais nos nossos olhos do que na letra da lei, e isto não é um “defeito”, é isso que deve ser, porque *um código não existe no vazio*, nenhuma lei existe no vazio. O Direito é cultura, e as leis só existem como algo vivo em um ambiente traçado por uma determinada mentalidade, e é justamente a nossa mentalidade que deve direcionar a análise do Código e dos seus modelos jurídicos, completando e dando voz à sua **littera**.

A doutrina e a jurisprudência têm o dever de complementar a lei, porque nenhuma lei consegue ser, nem é, e nem pode ter a pretensão de ser total, de ser totalitária e excludente de outras fontes de normatividade. Assim como a lei não nasce no vazio, mas toma forma em uma determinada mentalidade, ela também não opera no vazio, e sim num ambiente traçado por uma determinada modalidade.

Portanto, parece-me que todos nós, que somos destinatários, operadores do Código como *cidadãos* – pois muito antes de sermos juizes, professores etc, somos cidadãos e portanto, nessa medida, destinatários do Código Civil, que é o Código da **cives** e do cidadão - temos que ter presente essa nova racionalidade, essa nova metodologia, essa nova estrutura e temos que ter presente também aquilo que disse o Professor Miguel Reale, há muito tempo, mas que tem um valor muito grande: “Não existe realmente a plenitude do direito escrito, mas existe a plenitude ético-jurídica do ordenamento”. E é essa plenitude que somos chamados a preencher e a realizar.

Muito obrigada pela atenção de todos.

DEBATES

Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho

A primeira questão que gostaria de lançar é a seguinte: quanto ao tema da Revisão dos Contratos. O Código quando trata de institutos como a lesão nos contratos que ele aborda na Parte Geral, no artigo 157; depois da resolução por excessiva onerosidade, e o faz precisamente nos artigos 478 e seguintes, o Código, na sua literalidade pelo menos, e aí vai a minha provocação, autoriza o juiz, tão-somente na hipótese de lesão, anular o contrato; e na hipótese de excessiva onerosidade ou imprevisão, autoriza-o a resolver o negócio. Sabemos que a doutrina mais moderna e na esteira das transformações do Direito Privado Contemporâneo, o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, já contempla a hipótese de o juiz poder rever o contrato, ou seja, reequilibrar as suas bases e manter a manutenção do negócio reequilibrado na sua economia interna - pois muitas vezes é muito mais interessante para as partes. Entretanto o novo Código, na sua literalidade, não contempla essa possibilidade.

Então, a minha primeira indagação para a Prof^a Judith seria exatamente esta: qual o papel do julgador diante do caso concreto? Já podemos intuir a resposta, mas vai a provocação. Diante de uma hipótese de lesão ou de uma hipótese de excessiva onerosidade, o juiz vai só poder resolver como está na literalidade da lei? Será isso um óbice intransponível ou não? É a primeira questão.

Desembargador Sergio Cavaliere Filho

Gostaria de fazer um adendo e até acrescentaria uma pimenta. O Código do Consumidor permite a revisão do contrato com base no rompimento na base do negócio - artigo 6º; e o Código Civil introduziu a imprevisão, nos termos que Vossa Excelência colocou muito bem. Como é que vamos ficar em face de um contrato que tem efetivamente relação de consumo? Acrescentaria mais esse detalhe.

Prof^a Judith Martins Costa

Agradeço a pergunta porque ela é ótima, e a “pimenta” também.

Em primeiro lugar, vamos separar as hipóteses: lesão não é, imediatamente, caso de revisão para re-equilibrar as prestações. Lesão é defeito do negócio jurídico (aliás outra coisa para a qual devemos atentar: o Código suprimiu a denominação *vícios da vontade*, que tem toda essa carga antiga de voluntarismo: o Código fala em *defeitos do negócio jurídico*). Portanto, a primeira consequência da lesão é a anulação. Mas o parágrafo 2º do art. 157 permite a revisão, “se for oferecido suplemento suficiente”. Aí se afasta a consequência anulatória justamente porque a cláusula lesionária foi revista e o contrato foi adequado, nos seus “pesos”, ao equilíbrio que deve presidir-lo. Nós sabemos que a lesão não é devida a uma circunstância superveniente, ela ocorre quando o contrato já nasce desequilibrado. O artigo 157, em seu parágrafo 2º dispõe, pois, sobre o poder do juiz, pois quem vai examinar se o suprimento oferecido é suficiente ou não?. Há um poder de correção também por parte do juiz.

Quanto ao problema da revisão propriamente dita, Vossa Excelência cita o artigo 478, mas eu acrescentaria o artigo 317, ao qual acabei de me referir, que fala justamente que o juiz *deverá corrigir*, portanto aí é expresso o poder de revisar. O art. 478 trata de uma hipótese diversa: trata da resolução. Mas o artigo 479 dispõe: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu modificar equitativamente as condições do contrato”. Quem é que aprecia esse “*equitativamente*”? Volto a dizer que temos que ter atenção para os termos que o Código usa, ou seja, para essas janelas que ele abre para a atividade do juiz. Quem é que vai dizer o que é *equitativamente é o juiz*, portanto está aqui o seu poder de corrigir e de revisar levando em conta a situação concreta.

Quanto à “pimenta”, Desembargador Cavalieri, não tenho dúvidas de que o Código do Consumidor se aplica

às relações de consumo, e aí incide, incontroversamente, a Teoria da Base Objetiva; o Código Civil incide àquelas relações que não são de consumo e acho que há uma explicação para o fato de ter acolhido uma “Teoria da Base mitigada”, uma espécie de “mistura” entre a Teoria da Base Objetiva e a Teoria da Excessiva Onerosidade italiana que - volto a salientar - não se confunde com a Teoria da Imprevisão. A Teoria da Base, que é muito mais avançada, pressupõe justamente que o juiz possa revisar tendo em conta o desequilíbrio da relação, independentemente de esse desequilíbrio resultar, ou não, de fatores imprevisíveis. E isso é absolutamente coerente com a racionalidade e a axiologia que preside o Código de Defesa do Consumidor, que leva em conta partes presumidamente desequilibradas, em razão do princípio da vulnerabilidade do consumidor, que contém presunção absoluta.

Nas relações de direito comum vamos encontrar inúmeros contratos paritários. Portanto, essa presunção absoluta da vulnerabilidade não ocorre. Pode até ser provada a desigualdade, mas não é presumida. Como dizia Rui Barbosa, a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais. Portanto, não podemos tratar com os mesmo parâmetros um contrato no qual há um consumidor e um fornecedor e um contrato entre dois grandes empresários. É lógico que o valor jurídico chamado a atuar tem que ser modulado diversamente. Queremos a correção e o equilíbrio em ambos os casos, é lógico! Mas o equilíbrio não é uma noção abstrata, é *relacional*, e é por isso que eu fiz toda a introdução falando na diretriz da concreção.

Temos que tirar da nossa mentalidade os óculos com os quais olhamos o Código de 1916, que é centrado no paradigma do *sujeito abstrato*. Temos que colocar outras lentes nos nossos óculos e pesar, na interpretação da lei, justamente esses termos vagos estrategicamente empregados pelo Código, que permitem o exame do *sujeito concreto* envolvido, isto é,

da pessoa concretamente considerada, do “ser em suas circunstâncias”.

Portanto, não penso que a Teoria da Excessiva Onerosidade seja melhor ou pior do que a Teoria da Base. Considero que algumas vezes ela pode ser até mais adequada, porque dois grandes empresários têm uma condição de previsibilidade sobre as circunstâncias concretas do seu negócio em grau muito superior a um consumidor diante de um fornecedor.

Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho

Uma outra indagação seria quanto à questão dos juros moratórios, uma questão pontual para dar a oportunidade de Vossa Excelência discorrer sobre esse ponto. Mudou-se, profundamente, com o advento do novo Código, o sistema dos juros legais. O artigo 406 modificou a forma de determinação desses juros legais, que antes, como todos nós sabemos, eram pautados por um valor fixo no Código Civil de 0,5% ao mês e 6% ao ano.

Com o advento do novo Código, o artigo 406 diz que agora a taxa será a que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Sabemos que a mora nos impostos devidos à Fazenda Nacional, a taxa aplicada é a chamada SELIC, que hoje está em torno dos 17%, se não me engano. O primeiro questionamento: de certa forma, o Código aqui depende de complementação legal, depende da política tributária da União. Suscitam-se até dúvidas quanto à constitucionalidade de uma taxa de juros de 17%, portanto acima dos 12% previstos constitucionalmente, ainda que o Supremo já tenha decidido que a norma constitucional que trata de limitar os juros reais a 12% seja de eficácia contida ou limitada. Mas o fato é que pode o legislador atuar no sentido de lançar uma taxa maior, e então vai a minha provocação, por que 12% para os juros da mora?

Prof^a Judith Martins Costa

Sob esse ponto de vista, concorda-

ria que a constitucionalidade desse artigo é discutível, até porque tenho uma posição teórica na direção tomada pela jurisprudência do Rio Grande do Sul, no sentido da eficácia imediata da regra constitucional, penso que os juros devem ser limitados a 12%. Só que temos que raciocinar o seguinte: a questão dos juros é política e não é o Código que diz que ela é política. Ela é uma questão macropolítica, até. Ela o é independentemente do nosso desejo. Mas a questão dos juros não é só política como uma questão de política financeira. Envolve uma *política pública*, e, portanto, uma tomada de posição ideológica dos responsáveis pelas políticas públicas.

Outra coisa é chegar à conclusão de ser aplicável a taxa SELIC. Tenho dúvidas, creio não ser incidente a SELIC.

Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho

Apenas uma observação quanto a esse problema da taxa de juros: há quem já entenda, quem interprete já esse dispositivo do Código Civil combinado com a Lei da Usura, Decreto 22.626/33 e sob tal raciocínio chegar-se-ia a um patamar de 34%, porque a Lei da Usura autoriza que a taxa de juros máxima a ser cobrada seja o dobro da taxa legal, que no Código ainda em vigor é de 6%, mas que pelo novo Código chegaria a 34%, o que me parece nada razoável.

Prof^a Judith Martins Costa

Isso seria forçar o limite do absurdo, o que não é possível. É lógico que toda a legislação anterior deve ser apreciada em relação a um novo parâmetro, assim também a validade das regras anteriores ao Código deve ser amoldada aos seus parâmetros.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Posso aproveitar o gancho? O artigo 397 trata da mora *ex re*, e dispõe: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”, e a consequência da mora é o pagamento de

juros. Como Vossa Excelência interpreta o artigo 405 estabelecer uma regra geral dizendo “contam-se os juros de mora desde a citação inicial.” Esses artigos não estão em confronto? Ou vamos interpretar que esse artigo 405 será apenas para a mora *ex persona*?

Profª Judith Martins Costa

A sua perspicácia levantou um problema do qual eu não me tinha dado conta. Até a jurisprudência já vem dizendo que conta desde a citação etc. mas é lógico que se conta naqueles casos em que não há mora automática. Acho que a regra da mora automática continua, não há como mudar. Deve-se interpretar a mora a partir da citação para todos aqueles casos em que a mora não se constitui por si só. Agradeço a sua contribuição.

Dr. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho

Concluindo, se Vossa Excelência quiser usar a palavra para falar mais especificamente sobre essa dualidade de fontes, que o Código permite a responsabilidade civil, consagrando até mesmo, como regra geral, a Teoria do Risco.

Profª Judith Martins Costa

Isto é bastante interessante porque temos, como metodologia tradicional, pelo menos em nosso sistema, assim como na França, e em Portugal, uma dualidade: convivem no sistema uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva fundada na culpa, para o comum dos casos, e a chamada responsabilidade objetiva, que não obedece ao método legislativo da cláusula geral, mas ao método da enumeração casuística. Portanto, em linha de princípio, só haveria responsabilidade objetiva quando assim especialmente previsto em lei.

Em um artigo que escrevi há pouco, me detive um pouco sobre isso porque me pareceu muito interessante como transposição das idéias filosóficas de Miguel Reale - principalmente da concepção do direito como experiência - para o plano da dogmática. Uma das idéias-

mestras da obra filosófica de Miguel Reale é a de *estrutura social*, que é uma idéia propriamente sociológica mais do que filosófica. Reale transpõe essa idéia em matéria de responsabilidade civil, quando no parágrafo único, do artigo 927, estatui o seguinte: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, (...)” (portanto, a culpa não entra no suporte fático) “(...) nos casos especificados em lei, (...)” (até aí tudo como já era o tradicional, mas aqui começa a grande novidade) “(...) ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.”

Vejam: “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”. Isto significa que, no caso concreto, o intérprete deve examinar se aquela atividade, pela sua própria natureza, é uma atividade que, socialmente, traz riscos. Essa é uma *noção prospectiva*, e não meramente retrospectiva! Se dessa atividade - que decorre da própria natureza da empresa - decorrerem riscos, surgirá a responsabilidade objetiva, a culpa fica afastada do suporte fático.

Isso abre um campo imenso, ao mesmo tempo em que exigirá uma responsabilidade extraordinária da jurisprudência. Seria muito interessante que a jurisprudência pudesse, com maturidade, com conhecimento técnico e com responsabilidade, estabelecer a técnica dos *grupos de casos típicos*, quer dizer, ir aos poucos formando os parâmetros que vão dizer o que é a atividade que habitualmente provoca riscos. É uma solução econômica (porque evita a inflação legislativa, evita que se precise de leis para dizer que se trata de caso de responsabilidade objetiva) e dinâmica, ensejando a prospectividade. Cabe justamente à jurisprudência se encarregar dessa tarefa de determinar, de forma a mais possível harmônica e responsável, quais são as atividades que provocam habitualmente riscos. A jurisprudência tem muito mais mobilidade, muito mais flexibilidade, mas evidentemente esta cláusula geral exigirá do juiz algo muito difícil (porque mui-

to difícil ao ser humano): abandonar o voluntarismo, abandonar a posição de que “é assim porque eu acho”, abandonar o decisionismo, que é, fundamentalmente, antidemocrático.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Tenho tantas dúvidas que gostaria de tirá-las todas com a Prof^a Judith, ainda mais que ela agora enveredou pela área da responsabilidade civil.

Prof^a, o artigo 186, que correspondia ao 159 diz assim agora: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Quer dizer que no artigo 159, “fica obrigado a reparar o dano” era a expressão. Eu dizia que isso era o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Mas o Código resolveu transformar esses dispositivos em um conceito de ato ilícito, do qual integra o elemento culpa.

E agora? quando chegamos à responsabilidade objetiva, onde não há culpa, não haverá também aí um ato ilícito? Então a responsabilidade objetiva será decorrente de quê? De ato lícito ou de uma imposição legal? Ou também vamos ter que dar a esse dispositivo uma interpretação restritiva e dizer: esse é um conceito de ato ilícito para a responsabilidade subjetiva? Como é que Vossa Excelência vê essa questão?

Prof^a Judith Martins Costa

Estou me arriscando temerariamente em uma área em que o Prof. Cavalieri tem dado tantas lições. Também gostaria de dizer que, felizmente, em relação ao novo Código, tenho muito mais dúvidas do que certezas, porque acho quando se tem certeza, o assunto é envelhecido, é o já sabido. O mais importante é dúvida, que nos faz desconfiar das certezas estabelecidas e buscar novos caminhos. Mas em relação a essa modificação fundamental do art. 186 (e do 187) em relação ao art. 159 do Código de 1916, arriscarei algumas palavras. O que vejo aí de fundamental é que foi desconectada a

conseqüência indenizatória como a única conseqüência possível, ou como a conseqüência necessária da ilicitude. Isso muda tudo, porque muda o conceito de ilicitude, que agora vale por si, independentemente da sua conseqüência “dano indenizável”. Isso será importante para a renovação da idéia de ilicitude conexa às lesões aos Direitos de Personalidade (possibilitando ao juiz buscar outras conseqüências, por exemplo, no CPC, no campo das tutelas preventivas); às lesões ao meio-ambiente; aos contratos que contém obrigações duradouras; a questões relevantes no campo concorrencial; ao enriquecimento sem causa etc.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Eu diria que o novo Código irá dar mais oportunidades ao civilista, ao Direito Privado, porque a Constituição deu uma grande chance aos publicistas, agora com o novo Código chegou a vez dos civilistas.

Prof^a Judith Martins Costa

Tenho dito isso: o Código de Processo, em 1973, formou uma geração de processualistas. Depois, com a Constituição, veio uma geração de publicistas. Tínhamos até vergonha de dizer que éramos professores de Direito Civil, porque todos perguntavam se não éramos comparatistas, consumeristas, não é isto, não é aquilo? Eu costumava, então, responder que era apenas uma modesta civilista. Mas realmente acho que agora chegou a hora da renovação do Direito Civil, do que eu já chamei de “reconstrução do Direito Privado”.

Continuando, Desembargador Cavalieri, a responder à sua questão, diria que essa sua pergunta é ótima porque me obriga a pensar em voz alta. O senhor tocou no ponto central: no Código de 1916, o artigo 159, dando a conseqüência, dava também os chamados pressupostos da responsabilidade civil e traçava uma espécie de automaticidade entre uns e outros, de modo que nos habituamos a ler os pressupostos pelo viés das conseqüências. Mas não pode-

mos ler o novo Código com os olhos de 1916. O que o novo Código fez? Ele cria, como o Código de Portugal, em um Capítulo próprio, a obrigação de indenizar (artigos 927 em diante). Então poderemos separar (metodologicamente, ideologicamente e dogmaticamente) a ilicitude civil da responsabilidade civil. A obrigação de indenizar é uma obrigação autônoma, mas não é atomista, quer dizer, ela não é um átomo, não está desligada do todo, ela é a regra geral que se aplica às mais diversas situações cuja consequência é a responsabilidade.

Vossa Excelência também tem toda razão quando diz que o artigo 186 é uma regra geral, definidora do que é ilicitude, ilicitude subjetiva. Mas o campo da ilicitude civil aí não se esgota. Temos que ler, imediatamente o artigo 186, o art. 187, que é uma regra que diz o que é ato ilícito sem colocar a culpa entre os pressupostos. Trata-se de uma ilicitude nos meios, no modo de exercício dos direitos subjetivos, em suma, no exercício das posições jurídicas. A doutrina denomina essa hipótese de “exercício inadmissível de posições jurídicas”. E é um exercício inadmissível porque colide ou confronta com princípios fundamentais, que condicionam o exercício do direito subjetivo. Vejamos a redação do art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico-social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Os termos-chave são fim econômico-social e boa-fé, que são vetores fundamentais, condicionantes, *internamente*, da licitude da posição jurídica. Vejo aí afastada, até a idéia de ‘abuso’ que denota um limite “externo”, como se o direito subjetivo fosse uma espécie de mônada. Há uma inadmissibilidade do exercício, porque houve desconformidade ao “jogo de ponderações” entre os princípios conformadores do lícito exercício do direito subjetivo. O art. 927, que trata especificamente da consequência indenizatória, reenvia expressamente a ambos, ao art.186 e ao art.187.

Isto é, mudou a sistemática da Responsabilidade Civil, e mudou o conceito de ilicitude.

O artigo 927 dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, ou seja, o artigo 927, remete aos artigos 186 e 187, portanto às ilicitudes subjetiva e objetiva. E no parágrafo único está: “Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa (...)”. Portanto aí se recorta outro campo, independente em relação ao da culpa, qual seja, o da responsabilidade objetiva.

Considerados esses elementos, eu não veria a contradição e nem a necessidade de uma interpretação muito sofisticada, pois mesmo a interpretação literal levaria a essa conclusão. Seja pela remissão feita, no *caput*, aos artigos 186 e 187, seja pela palavra “independentemente” constante no parágrafo único do artigo 927, seja, principalmente, pela nova estrutura e pelo novo método, pois não temos mais que procurar no artigo 186 os pressupostos da Responsabilidade Civil. No art. 186 e no art. 187 está a ilicitude. A Responsabilidade Civil está no artigo 927 e seguintes. O artigo 927 é que faz a remissão.

Portanto, do ponto de vista do método, é totalmente diverso do Código de 1916. Antes, partíamos do artigo 159 para os demais artigos. Agora, em tema de responsabilidade civil, partimos do 927 e vamos procurar os pressupostos, assim como procuraremos, no exame dos tipos contratuais, condições que são específicas para certos tipos contratuais.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Professora, registrei a sua frase inicial, que foi destacada pelo nosso ilustre debatedor, no sentido de que o novo Código se destina especialmente ao juiz.

Gostaria que Vossa Excelência reforçasse esse ponto: A Constituição de 1988, não há dúvida, atribuiu um poder enorme ao Judiciário; um poder tão grande que eu diria que o Judiciário não estava preparado para exercê-lo, que

ensejou esses dez anos ou mais de dez anos de um certo ajustamento do comportamento do juiz em face dos poderes que a Constituição outorgou ao Poder Judiciário; em outras palavras, a nação confiou no Poder Judiciário. Esse fenômeno, como Vossa Excelência colocou muito bem, estaria sendo, vamos dizer assim, repetido no novo Código Civil, constituição do Direito Privado, quer dizer: estão aí novamente uma nova outorga de confiança do juiz e poderes a este para aplicar cláusulas gerais?

Então eu indagaria de Vossa Excelência: Está o Judiciário preparado para trabalhar com uma Lei de Cláusulas Gerais? Lamentavelmente, o ensino do Direito e nós todos, operadores do Direito, fomos habituados naquela Escola Exegética de que o juiz aplica a lei ao caso concreto. Então a idéia que temos é a de que existe o fato e saímos procurando a lei simplesmente para aplicar algo assim como conferente do Cais do Porto, que diz qual é a mercadoria e a alíquota a ser aplicada.

O Judiciário já começou a viver essa necessidade de transformação a partir do Código de Defesa do Consumidor que trabalha com cláusulas gerais. O que a senhora acha que esse Novo Código Civil exigirá de nós, profissionais de Direito, principalmente dos Magistrados?

Prof^a Judith Martins Costa

Agradeço muito a pergunta que talvez toque no meu tema predileto, pois tenho trabalhado no curso de pós-graduação basicamente com metodologia do Direito, penso que essa é a grande questão. E em homenagem à pergunta de V. Excelência, responderei com total sinceridade, que pode até parecer deseducada, mas que é sinal de respeito pela importância da pergunta.

Lembro-me da primeira palestra que fiz sobre o novo Código, foi em um ciclo em Porto Alegre em homenagem ao Prof. Clóvis do Couto Silva. Falei sobre as cláusulas gerais no novo Código e, portanto, sobre o papel do juiz. A pessoa que deveria falar, subseqüentemente

a mim, era uma Desembargadora que muito aprecio. Quando terminei de falar, ela começou dizendo o seguinte: “as palavras da Professora Judith Martins-Costa me deixaram absolutamente em pânico”. Creio que ela não estava errada. Ela percebeu que, antes de um poder, o novo Código dá ao juiz uma imensa *responsabilidade*.

Então eu diria, respondendo a sua pergunta, que o Código não renova apenas a responsabilidade que a Constituição deu ao juiz. Ele *potencializa* essa responsabilidade em uma dimensão que não temos condição ainda de avaliar. E não há como ser diferente, porque o fenômeno da inflação legislativa leva a balançar as próprias estruturas da Democracia na medida em que nem o cidadão e nem mesmo o técnico, nem mesmo os magistrados e os professores, temos, pela profusão e caoticidade das leis, condições de saber do que é composto o ordenamento. Portanto, nessa cenário falar em segurança jurídica como sinônimo de uma plácida e imutável previsibilidade é uma absoluta ficção.

Além do mais, a realidade mostrou que pretensão de a lei ser clara, uniforme, precisa, abstrata e geral, não é quase nunca verdadeira. O Judiciário é o fator de amoldamento a esse mundo plural, pluralizado, multifacetado em que vivemos. Não é a única instância, mas é a principal. Eu estou absolutamente convencida de que o Direito é experiência concreta, voltado à prática, portanto é a prática que nos deve conduzir à solução, mas uma prática guiada, *ordenada* pelos valores do ordenamento, que são traduzidos, **in concreto**, na decisão.

Daí a imensa responsabilidade do juiz, que é mediador. Sendo assim, não é por que eu queira, ou ache bom ou ruim, mas porque entendo que esse modelo da responsabilidade do juiz é o possível no tempo em que estamos vivendo.

Quanto ao problema do preparo da Magistratura, serei de uma absoluta franqueza: entendo que, de *modo geral*, a Magistratura não está preparada ainda para assumir tanta responsabilidade

de, e por vários fatores: o fator do nosso ensino, em regra deficiente, não adequado aos novos tempos e exigências; o fator da própria ideologia que é veiculada em muitas Escolas da Magistratura, isto é, a ideologia do juiz como um detentor de “poderes” - ele é, antes de mais nada, detentor de responsabilidades! Mas estou convencida que nesse campo (como quase em tudo na vida) a verdade está na percepção do poeta espanhol Antônio Machado: “*el camino se hace al caminar*”. Isto significa dizer que, havendo uma consciência do processo histórico, temos que saber que devemos aprender e vamos aprender, todos nós, juizes, advogados, professores. Certamente haverá um período confuso, de uma certa insegurança jurídica e pode ser que essa potencialidade toda que o novo Código oferece ao juiz não seja, de imediato,

totalmente usada, totalmente compreendida. Poderá o juiz se auto-limitar (porque prefere ter a resposta pronta, prefere a facilidade do **fast food** jurídico - ainda mais para uma geração habituada ao Mc Donald's - a enfrentar a sofisticação e as dificuldades de um **menu** francês, que pode nos deixar perplexos para decidir quais os talheres que temos de usar. Acho que é isso que o Código em certa medida propõe; propõe que deixemos, por vezes, o Mc Donald's para aprender a jantar no Cipriani! Temos que aprender a usar esses “talheres” todos. É certo que levará um tempo. Tanto as faculdades quanto as Escolas da Magistratura não estão preparadas, temos que ser humildes para reconhecer. Contudo, não há outra maneira, o processo histórico se faz assim. Eu não teria outra resposta honesta para dar. ☰

Alguns Aspectos do Direito das Obrigações no Novo Código Civil

RICARDO CÉSAR PEREIRA LIRA

Professor da Universidade do Estado do RJ. Procurador do Estado.

Antes de abordar o tema que me foi adjudicado, apreciaria fazer uma breve alusão às condições (**occasio legis**), que estiveram presentes, primeiro na promulgação do Código Civil de 1916, que, para sair de vigência, está sob os efeitos da **vacatio** de um ano e, também, rapidamente, uma referência à **occasio legis** do novo Código Civil, de 2002. Quanto ao Código de 1916, todos nós sabemos que a Metrópole teve, sucessivamente, três grandes codificações que foram: as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas sendo que essas últimas foram editadas por lei de 11 de janeiro de 1603. Posteriormente, houve a edição do primeiro Código Civil português, de 1866 que, como os demais códigos da Europa Central e de outros países, se inspirou no Código Napoleão de 1804. Esse monumento que ainda hoje está de pé, apesar dos trabalhos de revisão que se vêm processando há tanto tempo. Mas o que queria salientar é que, enquanto em Portugal houve a primeira organização, digamos codificada, de sua privatística, essas Ordenações Filipinas prosseguiram em vigência no Brasil até determinado momento, bem posterior àquele que, em Portugal, as Ordenações Filipinas já haviam saído de vigor. Sobreveio a Independência do Brasil em 1822 e a Constituição Imperial de 1824 estabelecia e determinava que o Brasil tivesse um Código Civil.

Realizaram-se várias tentativas de codificação, entre as quais, permitam-me destacar aquela da autoria do maior jurista brasileiro de todos os tempos que

foi, a meu ver, Augusto Teixeira de Freitas. Em meados do século XIX, ele não só editou a consolidação das leis civis, procurando, evidentemente, organizar toda a legislação multifária que se tinha editado depois das Ordenações Filipinas, apenas expungindo de sua consolidação qualquer dispositivo relativo à escravidão, porque ele entendia que aquele não era um código negro, não podendo dela constar o fato vergonhoso da escravidão. Posteriormente, Teixeira de Freitas foi contratado pelo Governo para fazer o esboço de Código Civil, obra portentosa que o eminente jurista não chegou a finalizar, em razão de divergências com o Governo, episódio que findou carregado de angústias para o insigne mestre. Sua obra exerceu enorme e significativa influência na elaboração do Código Civil argentino, influência confessada pelo respectivo projetista Vellez Sarsfield, influência que se estendeu a inúmeros outros países, não só no Cone Sul, como em outros países. O célebre esboço de Teixeira de Freitas foi o grande trabalho da privatística naquele momento Super-venientemente, e na última tentativa, o Governo foi buscar aquele jovem cearense que estava em um anexo da Faculdade de Direito de Olinda, lecionando Legislação Comparada, que era nada mais, nada menos que o mestre Clóvis Beviláqua. Tivemos, então, o primeiro anteprojeto do Código Civil, cujo texto depois de revisto, foi encaminhado ao Congresso. Clóvis Beviláqua, inspirado nos precedentes, e sobretudo na grande consolidação e no esboço de Teixeira de Freitas, preparou o seu projeto em 6 meses. Depois de revisto por uma comissão fora da Câmara, cons-

Palestra proferida no Seminário realizado em 08.03.2002.

tituída pelo Governo, esse projeto foi remetido ao Congresso.

Lá, surpreendentemente e sem que se saibam as razões desse procedimento, o grande publicista, Rui Barbosa, investiu, não contra a substância do Código, mas contra a sua forma. Nem os próprios estudiosos sabem o que animou aquela cabeça pensante tão privilegiada, a criticar a forma antes de se preocupar com a substância.

San Tiago Dantas escreveu um artigo específico sobre essa matéria em que ele tenta explicar a posição de Rui Barbosa, mas de maneira inteiramente insatisfatória, e o fato é que aquela posição de Rui determinou que este código permanecesse mais de 15 anos no Congresso, sendo editado apenas em 1916, com *vacatio* até janeiro de 1917.

O que eu queria esclarecer aos meus eminentes colegas é que a razão determinante da codificação de 1916 foi a necessidade de pôr ordem em nosso ordenamento jurídico, que estava completamente desorganizado, provocando uma perplexidade enorme. Teixeira de Freitas, com a sua consolidação, havia trazido alguma ordem àquela problemática, mas o que determinou, a meu ver (e essa já era a razão da primeira e única Constituição Imperial, a de 1824), foi exatamente a necessidade de termos um Código Civil, o nosso ordenamento jurídico devidamente organizado.

Clóvis Beviláqua, nas suas "PRELIMINARES" aos seus Comentários ao Código Civil, dizia:

"....."

2. No Brasil, além das condições gerais, que, em toda a parte, solicitam as codificações, havia condições próprias, que as reclamavam insistentemente. Proclamada a independência, em 1822, já no ano seguinte, a lei de 20 de outubro de 1823, mandando vigorar, no Império, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal, até 25 de Abril de 1821, lhes dava uma autoridade provisória: *enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas*. A Constituição do Im-

pério, mandada cumprir por lei de 25 de março de 1824, no nº XVIII, do art. 179, solenemente declarou: Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da Justiça e da equidade.

"3. São manifestações de uma necessidade sentida, e da intenção de dar-lhe provimento. Esses bons desejos, porém, se não puderam realizar senão agora, depois de grandes e continuados esforços. E, durante esses estirados noventa e quatro anos¹, depois de nossa independência política, permanecemos sob o domínio das Ordenações do reino, já revogadas no paiz de origem, e a respeito das quais dizia TEIXEIRA DE FREITAS serem *pobríssimas* e reclamarem *copioso suplemento*². "Seus colaboradores, acrescentava ou pela escassez de luzes, de que têm sido acusados, ou, por fugirem a maior trabalho, reportaram-se, muitas vezes, ao direito romano, e, mesmo, geralmente, o autorizaram, mandando até guardar as glosas de ACCURSIO, e as opiniões de BARTOLO e mais doutores". Prossegue Clóvis, em continuação à transcrição que faz de TEIXEIRA DE FREITAS.

"Sobre essa base mal construída, vieram acumular-se, no decurso de três séculos, as leis extravagantes, promulgadas sob a pressão de necessidades diversas, obedecendo a impulsos diferentes, e consagrando preceitos divergentes.

Era forçoso sahir desse emaranhado cipoal, que mais servia para desenvolver o espírito de chicana do que para resguardar as possibilidades jurídicas".

Temos, então, que havia uma necessidade premente de trazer ordem ao ordenamento jurídico civil, que estava completamente desbaratado, trazendo uma perplexidade enorme. TEIXEIRA DE FREITAS, com a sua Consolidação trouxera alguma ordem àquele desatavio,

¹ Clóvis Beviláqua, nas "Preliminares" aos seus Comentários, ora parcialmente transcritas, registra que estava escrevendo o respectivo texto em 1916.

² **Consolidação das Leis Civis**, 3ª ed. P. XXXII

mas era preciso que tivéssemos um Código Civil (e um Código Criminal), como determinara a Constituição Imperial de 1824.

Assim, adveio o Código Civil de 1916.

Sabemos que esse código foi elaborado basicamente no último semestre do século XIX. Era um código eminentemente voltado para o campo, porque naquele momento ainda predominava a população rural, pois a população urbana era mínima em face, digamos, da quantidade de pessoas que estavam fixadas no campo.

Depois do Código Civil, sabemos que foi nascendo a necessidade de adaptação de suas disposições à nova realidade. Em 1919, várias de suas regras foram modernizadas. Chegamos a ter uma lei de condomínio em 1928. Quando o Brasil já sofria a influência das idéias do tenentismo desde 1922, quando o país via percorrer considerável parte de seu território a Coluna Prestes, esses fatos eram sinal de que se buscava um Brasil novo. O Brasil reclamava uma nova realidade econômica ou social e sociojurídica, podemos dizer.

Então, a partir desse momento e, sobretudo, depois de 1930, que foi uma tentativa de expressão do tenentismo, começaram a surgir leis extravagantes neste país. A modernidade de então começou a surgir a partir do início dos anos 30, com o Código de Minas, o Código de Águas, o Código Florestal, com todas aquelas concepções da separação da propriedade das jazidas minerais, das quedas d'água, separada da propriedade do dono do solo e que passaram a ser exploradas por concessões federais. Tudo isso era novidade que não estava no Código Civil. E tudo isso vinha acontecendo através de leis extravagantes.

Tivemos um fenômeno interessantíssimo. Sabemos todos nós, sobretudo, com autoridade maior, aqueles especializados no Direito do Trabalho - que houve, sob a inspiração de Lindolfo Collor, sob a inspiração do velho e grande Evaristo de Moraes, a promulgação de leis esparsas regulando as relações entre o capital e o trabalho, onde já a preocupação com a dignidade humana se

fazia presente. O Direito do Trabalho, a **locatio operarum**, foi se emancipando do Direito Civil, pela via de leis esparsas, até que eclodiu, em 1943, a célebre Consolidação das Leis do Trabalho.

Enquanto isso se processava no Brasil, já a partir dos anos 30, sob a influência, a meu ver, sociopolítica do tenentismo, no início dos anos 40 brotou o embrião primeiro de industrialização, que começou a firmar-se com o aporte norte-americano que o Presidente Getúlio Vargas conseguiu, como uma contraprestação para a cessão, no Nordeste, dos espaços necessários à implantação das bases aéreas, para que os aviões americanos, naquele tempo com autonomia muito relativa, pudessem alcançar Dakar, na África, para auxiliar o grande General britânico Montgomery na sua luta contra o não menos dotado General Von Rommel. Essa cessão do espaço para as bases militares é que ensejou a obtenção dos recursos financeiros necessários à constituição da Companhia Siderúrgica Nacional e à operação da usina de Volta Redonda. Assim, o então Presidente Getúlio Vargas negociou a entrada do Brasil na Segunda Grande Guerra, e dessa forma marcou também o início da industrialização brasileira, que veio a consolidar-se com o Plano de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek, nos anos 50.

A partir daí começou a configurar-se, de maneira bem mais significativa, o fenômeno da industrialização brasileira. E sabemos - isso é um fenômeno universal - que a toda industrialização corresponde uma urbanização. Começou a ocorrer a virada da base do cone, com a sucessiva e progressiva migração para as cidades. Houve o êxodo rural, com a falta de apoio dos governos aos homens do campo. Até hoje, segundo o último censo mais de 80% da população brasileira está assentada nas cidades, com uma densidade demográfica imensa, o que determina esse país urbano que nos torna perplexos diante da realidade das grandes metrópoles, que são todos os grandes centros populacionais brasileiros.

Essa introdução que já se faz longa, serve para tornar claro o fato de que, em nosso entendimento, com a industrialização/urbanização começou a surgir uma nova realidade, com a correspondente necessidade de uma nova ordenação jurídica. Com a industrialização e a conseqüente urbanização, evidentemente, há uma mudança na propriedade, na família, a mulher começa a ocupar uma posição significativa na força de trabalho e, portanto, passa a conquistar uma posição significativa na sociedade conjugal. E por isso, pouco depois dos anos 50, viemos a ter o Estatuto Civil da Mulher Casada, que é exatamente de 1962, promulgado com a Lei nº 4121. É exatamente quando começa a se corporificar a posição democrática da mulher dentro da sociedade conjugal, pela força que ela passa a exercer na conjuntura e na tessitura social.

A economia de massa gera a função social do contrato, uma posse autônoma do domínio passa também a ter uma função social e se clarifica, com nitidez maior, e mais profunda, a função social da propriedade.

Esses novos parâmetros surgiram com emblemática nitidez na Constituição Federal de 1988.

Quero justificar a existência desse novo Código Civil, que tantas críticas tem sofrido, e eu mesmo sempre entendi que o Brasil não estava deixando de progredir por causa do Código de 1916, que tinha, com a legislação extravagante, com o extraordinário trabalho jurisprudencial elaborado pelo Poder Judiciário, com a colaboração dos advogados competentes, condições para a aplicação do direito à nova realidade, não só dirimindo os conflitos intersubjetivos, como impondo as transformações sociais necessárias a tornar realidade os fundamentos da República, baseados no respeito à dignidade humana, na erradicação da pobreza e na eliminação das diferenças sociais e regionais.

Entenderam os que tinham o poder de decisão que persistia necessário

o novo Código. No Congresso Nacional, depois de tanta demora, depois de uma tramitação muito lenta, sobreveio, desenhou-se, em tintas mais vivas, uma situação social nova que se refletiu na Constituição de 1988.

Esse Código, em grande parte, sobretudo, no Direito de Família, por exemplo, é o reflexo da contemporaneidade. A Constituição de 1988 refletiu essa contemporaneidade no Direito de Família, no Direito de Propriedade e no Direito Contratual, estabelecendo a disciplina contratual das relações de consumo que não estão, evidentemente, dentro do Código Civil.

Então, intercorrentemente, aquelas grandes cabeças que estudavam esse novo Código Civil, chefiados e dirigidos pelo autor Miguel Reale e acolitados por Moreira Alves e outros eminentes juristas, muitos hoje já falecidos, como Couto e Silva, que morreu aqui no Rio de Janeiro em plena conferência na Universidade Gama Filho; Torquato de Castro, e tantos outros mestres, enfim, esses homens tiveram a sensibilidade de procurar adequar o novo Código Civil à Constituição 1988. Entendo, realmente, que o país poderia sobreviver sem um novo Código Civil. Isso porque o Código de 1916, como acima referido, a legislação extravagante, mais a jurisprudência, a faina dos advogados competentes e a sabedoria dos juristas eminentes eram perfeitamente suficientes para construir e formatar o direito novo.

Mas esse Código novo de alguma forma traz essa expressão da nova realidade socioeconômica. E muitos pensadores, inclusive a eminente Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, coordenadora de nossos trabalhos nesta sessão, sustentavam a necessidade de que a lei ordinária refletisse a disposição constitucional para que houvesse realmente a possibilidade jurídica da aplicação daquelas novas disposições. E esse Código veio espancar essas dúvidas. Embora evidentemente tenha feitos, ele tem virtudes também, e virtudes excepcionais.

Agora não poderíamos pretender que ele viesse regular a clonagem de qualquer natureza ou que viesse disciplinar a reprodução assistida, porque são novidades muito recentes que a própria tecnologia está cuidando de analisar; sendo assim essas matérias não poderiam adequadamente estar no Código. Também não o poderia, como reclamam tantos, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo. Essa matéria é absolutamente inconstitucional, quer dizer, a união entre pessoas do mesmo sexo não constitui família. Isso não significa, contudo, que nós, juristas, não devamos dar uma solução para esses casos, como demos para o concubinato, através da divisão do patrimônio construído com o esforço comum. Aquela parceria que está refletida no projeto de lei apresentado pela atual Prefeita de São Paulo, Márcia Suplicy, quando deputada federal, não é família, mas, efetivamente - desde de que essa união civil se possa configurar, estando presente um esforço comum para a obtenção do acervo patrimonial teremos, então, a solução, que não deixa de ser uma solução alternativa: vamos buscá-la no Direito Obrigacional, com o reconhecimento *in casu* de uma sociedade de fato, determinante da partilha por igual de dito acervo. É um caso de aplicação alternativa do direito, quando se vai tomar ao direito obrigacional o meio de solução para uma hipótese de direito que substancialmente é de direito de família, como o era a questão do concubinato.

Então, a *ocasio legis* do Novo Código, que entrará em vigor em janeiro de 2003, resulta primeiro da necessidade de transladarmos para o patamar da legislação ordinária todas aquelas disposições que estiveram refletidas em matéria de propriedade, de família e até, de contrato, na Constituição de 1988, bem como a necessidade de reintroduzirmos no ordenamento institutos úteis, como por exemplo o direito de superfície, ou de regularmos objetivamente situações que, embora admitidas, não estavam expressamente previstas, como a assunção de dívida.

Muitas pessoas dizem que esse Código instituiu a democracia na sociedade conjugal, ao parificar os direitos da mulher e os do marido, que esse Código instituiu a absoluta isonomia entre os filhos, sejam de que natureza forem, eliminando a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, resgatando até mesmo a posição dos incestuosos. Ora, quem fez tudo isso não foi o Novo Código, mas sim a Constituição de 1988, uma grande Constituição, acusada de tornar esse país ingovernável, mas que sofreu várias mutilações que estão refletidas, atualmente, em trinta e cinco emendas constitucionais! O fato é que, do ponto de vista do Direito Civil, todos esses aspectos contemporâneos da nova família, da nova propriedade, das novas relações contratuais, até nas relações de consumo (mas essas não podiam ter ingresso no Código Civil e passaram a ter ingresso no microsistema do Direito do Consumidor), deveriam, por conveniência, estar refletidos no patamar da legislação ordinária. O que quero dizer é que esse Código, tão criticado - pois tenho amigos que sustentam a sua total inconstitucionalidade em face dos pressupostos da Constituição de 1988 - em não existindo, não estaria percutindo, no nível da legislação ordinária, aqueles princípios de respeito à dignidade humana, aqueles princípios de absoluta isonomia entre as mencionadas pessoas, aquela dignidade humana que, afinal de contas, serve de pilar para a construção de uma verdadeira justiça social.

Vamos ver alguns aspectos pontuais das obrigações, no Novo Código Civil. É evidente que a relação jurídica obrigacional, como aquela relação jurídica que explica e justifica o fato de uma determinada pessoa, que é o credor, poder reclamar do devedor uma prestação consistente em um dar, fazer ou não fazer, e no caso de inadimplemento, esse credor ir buscar no patrimônio do devedor o cumprimento daquela prestação ou um equivalente, mais perdas e danos, se for o caso, não poderia ter sofrido qualquer alteração. Essa estrutura da obrigação não sofreu e nem

poderia ter sofrido qualquer ataque por força da nova codificação. De modo que estamos diante da mesma relação obrigacional que tínhamos no Código de 1916, apenas, naturalmente, ao contrário do que acontecia com a reforma dos anos 60 (quando se previa um Código de Obrigações, cujo anteprojeto foi elaborado pelo eminente mestre Prof. Caio Mário e um anteprojeto de Código de Direito Civil, elaborado pelo mestre e saudoso Professor Orlando Gomes), aqui tivemos a importação para o Código Civil de todas aquelas formas de obrigação que fossem redutíveis a uma unificação, mas dentro do próprio Código Civil.

Temos as obrigações de fazer, de não fazer, as solidárias, as divisíveis, as indivisíveis, apenas com alguns aspectos que pela falta de tempo só poderei abordar em alguns de seus momentos. Por exemplo, na obrigação de fazer, no artigo 249, parágrafo único, da mesma maneira em que nas obrigações de não fazer, no artigo 251, parágrafo único, temos o princípio de uma maior rapidez de possibilidade de atuação da reposição da situação no seu *status quo ante*, onde se diz que “em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato sendo depois ressarcido” quanto às obrigações de fazer, quer dizer; há a possibilidade do reclamo da providência corretiva sem a necessidade da provisão e do pronunciamento judicial, que, evidentemente, por disposição constitucional, sempre haverá no controle dessa atuação pessoal, daquele que exerce pessoalmente esse seu direito.

Ainda no que toca a essas disposições gerais, gostaria de fazer referência a uma disposição muito interessante. Esse Código tem, ao lado de outras virtudes e também ao lado de alguns defeitos, a virtude de incorporar ao seu texto as disposições que já estavam absolutamente claras e definidas na doutrina. Por exemplo, ao tratar da questão da indivisibilidade, o Novo Código Civil estabelece em seu artigo 258 o que já estava na doutrina:

Art. 258 “A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetível de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”.

Por exemplo, recentemente, tive sob minha análise um caso, exarando um parecer, em que sustentei a indivisibilidade do negócio jurídico do shopping center. Não me refiro à ocupação remunerada da loja, porque essa já encontrou a sua solução no artigo 54 da Lei de Locação Predial Urbana. Estou me referindo, exatamente, ao negócio maior que abrange a ocupação remunerada da loja, que hoje é locação, que abrange a participação do lojista na Associação de Lojistas e abrange também normais gerais etc. Quer dizer, esse lojista, bem como o empreendedor, participam de um complexo de relações contratuais que, a meu ver, constituem um contrato atípico, ainda não regulado expressamente por lei. Esses ajustes, em seu conjunto, constituem com complexo negocial indivisível. Já se tentou regular, inclusive em Portugal o negócio jurídico shopping center, mas a tentativa fracassou.

Nessa hipótese concreta, o imóvel em que estava instalado e o próprio empreendimento eram da titularidade de dois empreendedores. Houve uma ruptura entre os empreendedores e um deles queria requerer a divisão do shopping, de maneira que cada um ficasse com cinquenta por cento das lojas, o que, evidentemente, descaracterizava completamente o shopping, pois este é indivisível, dada a razão determinante do negócio jurídico. Quer dizer, essas lojas consideradas como um todo são inerentes ao próprio negócio jurídico. Há, a meu ver, então, uma indivisibilidade jurídica. como existe no passo doutrinário que já consagrava na hipótese de um brilhante, de um certo tamanho, que não poderia ser partido sob pena de perder a sua valia de maneira absolutamente decisiva. O dado fático da perda do valor percutia na situação criando a indivisibilidade jurídica. No

caso do shopping, o dado fático da comunhão das lojas impõe a indivisibilidade jurídica.

O Código Civil de 1916 tem uma disposição muito interessante, que é o artigo 1057. Esse artigo trata de contratos que denomina de unilaterais e de contratos bilaterais, em um perfeito equívoco, pois aquela norma é pertinente a contratos benéficos, ou seja, contratos relativamente aos quais alguém extrai proveito, e a contratos gratuitos em que uma das partes não extrai proveito algum. O artigo 392 do Novo Código Civil veio corrigir o artigo 1.057 do Código de 1916, dizendo o seguinte: “Nos contratos benéficos (...)”, substituiu portanto a expressão *unilaterais* por *benéficos* e *bilaterais* por *onerosos*, pois na realidade é essa classificação que importa no artigo 1.057, do Código de 1916, e tornar-se-á relevante a partir de janeiro de 2003 no novo Código.

O artigo 392 dispõe: “nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato não aproveite, (...)”, por exemplo, o comodante evidentemente não se aproveita do contrato. Quem se aproveita do contrato é o comodatário. Então o comodante não responde por culpa, mas somente por dolo. Agora, a outra parte a quem o contrato beneficia, responde até por simples culpa. Mas não quer dizer que somente por culpa, ou seja, ele responde por dolo e culpa. E “Nos contratos onerosos, responde, cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.” Esse artigo 392 é um aperfeiçoamento importante e relevante do artigo 1.057 do Código de 1916.

Outras observações poderiam também ser feitas, contudo, não desejo ultrapassar excessivamente o tempo que me foi consentido. Mas gostaria de, apenas, já agora entrando no problema dos contratos em geral e, de alguma forma, terminando as minhas considerações, referir o seguinte: o Código de 1916 não tratou da assunção de dívidas, tratou da cessão de crédito. E aí temos, evidentemente, um mestre em nossa Magistratura local, que é o nosso Desembargador

Luiz Roldão de Freitas Gomes, que escreveu um trabalho primoroso, que foi a sua tese de docência sobre assunção de dívida. Embora não estivesse prevista a assunção no Código de 1916, ninguém tinha dúvida de que se podia contratar a assunção de dívida tranqüilamente.

A assunção de dívida pode apresentar-se sob um duplice aspecto. Pode ser uma assunção de dívida liberatória, em que um terceiro ingressa na relação contratual com efeito de liberar o devedor, deixando de ter os direitos daquela relação contratual, havendo, portanto, um afastamento completo do devedor dessa relação. E a outra é uma posição em que esse terceiro ingressa na relação contratual, nela permanecendo. Precisamos definir em que situação fica esse terceiro interveniente: se em solidariedade com o devedor, que permanece na relação obrigacional, ou de subsidiariedade. Essa é uma questão que precisa ser definida.

A meu ver, o Código Civil adotou a posição liberatória do devedor, mas nada impede (já que a disposição não é de ordem pública) que as partes ajustem a posição liberatória pura e simplesmente, confirmando o entendimento do código, ou a posição em que aquele terceiro ingressa na relação de direito material e nela persiste, devendo o instrumento definir se fica em situação de solidariedade ou de subsidiariedade.

Ainda com relação aos contratos, gostaria de chamar a atenção dos senhores para a presença da boa-fé, que, evidentemente, já existia, mesmo não estando expressa no texto. O artigo 421 do Novo Código Civil dispõe: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. No artigo 422, também do novo Código, encontramos a explicitude da boa-fé: “os contratantes são obrigados a aguardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da propriedade da boa-fé”.

Quando estudarmos mais analiticamente o Código Civil, veremos que a

boa-fé ultrapassa até a exaustão da própria relação contratual, quer dizer, tem que preceder o contrato nas negociações preliminares, estar presente na execução do contrato e na pós-execução contratual, quando já estiver exaurida essa relação contratual.

Encerrando essas disposições relativas ao contrato, gostaria de mencionar a disciplina expressa do contrato com pessoa a declarar, disciplinada no artigo 467 do novo Código. O Desembargador e Professor Roldão, já mencionado, tem uma tese de doutorado em que não deixou dúvidas quanto a ponto algum no tema.

Finalmente, gostaria de mencionar aqui vários contratos: o de comissão, de transporte e vários outros que foram trazidos para o Código Civil. Queria mencionar também uma disposição muito importante relativa à responsabilidade civil: a responsabilidade do incapaz cujo responsável, por exemplo, o curador, não possa responder pelo dano provocado pelo incapaz. De acordo com o Direito Comparado (e a doutrina nasceu no Código Soviético), o incapaz será responsável, como dispõe o Código que entrará em vigor em janeiro, na medida e no limite em que se preservem os bens necessários à sua provisão e à sua subsistência em condições perfeitamente humanas.

Lamentavelmente, não poderei desenvolver o tema de maneira mais ampla como desejava porque não quero trazer obstáculos para o próximo expositor. Muito obrigado.

DEBATES

Desembargadora Áurea Pimentel

O artigo 421 do novo Código tem a seguinte redação:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Não lhe quer parecer que acometeu ao legislador ordinário aquela preocupação de dar a mesma dimensão que o legislador constituinte colocou na nossa lei maior, quando tratou da fun-

ção social da propriedade, de modo a deixar expresso que a liberdade de contratar também está subsumida a essa função social do próprio contrato, que há de sobrelevar sobre o interesse de credor ou devedor de contratante ou contratado?

Gostaria de ouvir a sua opinião, pois parece que há uma dimensão constitucional inserida nesse dispositivo.


Professor Ricardo César Pereira Lira

Estou inteiramente de acordo com Vossa Excelência. Hoje, a questão da função social desses vários institutos, a começar pela função social da propriedade, como todos nós sabemos, concepção nascida dos princípios da solidariedade de Duguit e posteriormente explicitada na Constituição de Weimar, de 1919, isso nada mais é do que o fato de que a propriedade não traz prerrogativas apenas para o seu titular, mas também um dever social desse titular para com os seus semelhantes. Essa função social atinge, a meu ver, hoje, não apenas a propriedade. Há no contrato uma grande prevalência da função econômico-social do contrato, mas tem uma função social e há de ser exercida, executada e desempenhada, como Vossa Excelência disse, com essa preocupação com os demais componentes da tessitura social.

Ontem, em Campos, em um outro grupo que se reuniu, discutia-se muito sobre a questão da função social da empresa. Todos lembramos que a lei feita por esse eminente comercialista, o Professor Alfredo Lamy, explicita a obrigação de a sociedade anônima ter uma função social e exercer a sua atividade de acordo com ela. Ninguém pode imaginar que um empresário irá exercer a sua atividade (em princípio sendo uma empresa lucrativa) sem intuito lucrativo, mas **modus in rebus**, esse lucro não vai poder ultrapassar os limites da função social, que vão estar definidos por cada ato dessa empresa, mesmo com fins lucrativos, e com os contratos que essa empresa for levada a celebrar.

Não apenas o contrato, mas a propriedade, enfim todos esses institutos

estão hoje “empapados” dessa função social, que no fundo está exatamente correspondendo à humanização do Direito Civil. A meu ver, o Direito Civil, com esse Novo Código, e os civilistas vão recuperar a centralidade do ordenamento. Vamos resgatar a centralidade, sem prejuízo daquela espiritualização que está havendo na Constituição baseada na digni-

dade humana, na justiça social, que são fundamentais, pois o futuro Código é um instrumento dessa justiça social a qual considero que é exatamente, nos vários institutos, um instrumento da expressão da dignidade humana e da expressão da justiça social nos seus vários aspectos. De modo que estou inteiramente de acordo com Vossa Excelência. 

Sobre a Transação no Novo Código Civil

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

***NOTA PRÉVIA: Este texto retoma e amplamente revê a palestra proferida na EMERJ. Ao Autor se conferiu a honra de ter como debatedor, na oportunidade, o Dr. Carlos Roberto Barbosa Moreira, cujas observações registrou com interesse e a quem fica a dever valiosa contribuição para o amadurecimento das questões suscitadas. Em especial foi S. Exa. quem provocou o tema da chamada *transação mista*, sobre o que o Autor não fizera referência e que agora fecha essas reflexões.**

Um Resgate da Marginalidade

Transação é um antiquíssimo instituto. Terá nascido com o conflito, que, por sua vez, é inerente à convivência humana. Se é verdade que onde está o homem, aí está também a sociedade e, portanto, também o direito — *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus* — pode-se, com boa dose de plausibilidade, conjecturar que a idéia da transação é contemporânea da socialidade humana e participa da própria formação do Estado. Com efeito, tentando uma leitura econômica do Estado, como instância que dirime desencontros de interesse a um custo mais baixo que aquele que pagariam os próprios envolvidos, é natural projetar a transação como sendo, por sua vez, a solução mais econômica às partes e ao próprio Estado relativamente a outras eventuais vias de solução¹.

Lopes da Costa lembra o próprio desconforto da dúvida, “fonte de sofrimento”, para nele identificar um motivo que favorece a composição por via de concessões recíprocas².

E para além do mal-estar e até mesmo da incerteza do resultado, atua sobre a mente dos que se acham em conflito os *custos* da lide, o que levaria Carnelutti a assinalar que *transigir* pode ser uma opção a ter-se em conta, mesmo quando o resultado favorável da demanda seja certo. Tudo vai depender, ainda, de uma ponderação do tipo *custos e benefícios*. A transação será boa, observa Carnelutti, todas as vezes que o seu preço “for menor que o preço da vitória”³.

Pode-se dizer que até aqui se está na pauta dos custos econômicos, entendidos amplamente como ganhos e perdas de bem-estar. Uma outra linha de consideração, entretanto, atua também na lógica e no dinamismo da transação. É que nela se expressam e por ela se promovem interesses éticos que têm a ver com o grau de solidariedade e fraternidade social. Segundo Kaser, a *transactio* foi favorecida no período pós-clássico não apenas pela crescente insegurança na administração da justiça, como também por influência cristã, favorável à solução concórdial dos conflitos. Menciona Kaser, a propósito, o reforço que ainda adviria de apostado juramento, cuja transgressão deveria acar-

* Palestra proferida no Seminário realizado em 08.03.2002.

¹ “Leitura econômica”, aqui, está mais para *economic analysis of law* do que para a categoria epistemológica *law and economics*: cf., sobre a distinção, MALLOY, Robin Paul. *Law and Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, p. 2-3.

² LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 76.

³ CARNELUTTI, Francesco. “Sulla causa della transazione”. *Rivista del diritto commerciale*, Milano, v. 12, pt. 2, 1914, p. 580.

retar a pena de infâmia⁴. Como quer que seja, por interesse ou abdicação, há na transação um componente de desprendimento que reenvia para as esferas mais nobres da alteridade jurídica, aquela onde se abriga a *renúncia*:

“A renúncia é a expressão verdadeiramente emblemática da autonomia da vontade. Mais do que na idéia geral de auto-regramento de interesses, que não supõe necessariamente perdas, na renúncia o titular do direito dele simplesmente abdica, sem que se lhe atribua, a título de compensação ou contraprestação, qualquer vantagem econômica. Poder renunciar é, portanto, a faculdade que denota o mais elevado grau de afirmação da pessoa no ordenamento jurídico, pois faz dela juiz soberano de si mesma, livre de intromissões exógenas, senhor do próprio destino. Pode-se dizer, de um modo geral, que uma sociedade é tanto mais livre e desenvolvida quanto mais se reconhece a cada um o direito à autodeterminação de si mesmo e de seu patrimônio. Portanto, quanto mais extenso for o seu poder de renunciar. Basta lembrar que, em sentido mais amplo, porém não totalmente diverso, sem renúncia não há generosidade, e sem ser generoso ninguém se realiza plenamente como ser social e humano”⁵.

Não deixa, pois, de causar estranheza que à transação se vote uma importância tendencialmente marginal, fruto talvez, entre nós, de uma resistência cultural aos modos alternativos de solução dos conflitos. A experiência — ainda recente, é verdade — com a chamada Lei da Arbitragem — Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996 — pa-

rece confirmar a desconfiança com que ainda se olha a abdicação de interesses pessoais na gestão dos conflitos. Se se considerar a verificação de prática oposta em países anglo-saxões, especialmente nos Estados Unidos da América, talvez valesse a pena se perguntar, se para além de uma inclinação pelas soluções autoritárias, não estaria implícita em nosso *ethos* a percepção da concórdia como um sinal de fraqueza. No que, talvez, nos revelássemos menos cristãos do que supomos ser...

Translatio Materiae

Terá tido o legislador de 2002 a intenção de revitalizar a transação? Ou procederá o deslocamento de sua *sedes materiae* apenas de um imperativo de descrever o instituto com maior exatidão dogmática? Resta, por ora, aguardar, se os resultados avalizam a primeira suposição.

É fato, porém, que se ganha em precisão com a *translatio materiae*. Entender, como faz o Código de 1916, que a transação é um efeito das obrigações é absolutamente correto, mas diz pouco da sua essência, dos seus pressupostos e das regras a que deve sujeitar-se. Antes que tudo, ela é, como decorre do Código de 2002, um negócio jurídico. Portanto, submetido às regras do Livro III da Parte Geral. Mas não é apenas um negócio jurídico *tout court*. É um negócio jurídico contratual. Tal qual a compra-e-venda, o empréstimo ou o seguro. Logo, sujeito a tudo quanto, em princípio se aplica aos contratos. Esta construção teórica, porém, não é impassível de contestação. Exprime, mais que o termo de um *iter logicus*, a captação intuitiva de quem a assume.

Clóvis encontrava explicação para o tratamento topológico do Código de 1916 na circunstância de que “o momento preponderante da transação é o extintivo da obrigação” e invocava em seu favor os precedentes do *Allgemeines Landrecht* — o Código Prussiano de 1794 —, do Código Austríaco, de 1811 e a autoridade de Teixeira de Freitas e

⁴ KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. 2. Abschn., 2. Aufl., München: Beck, 1975, S. 445. Sobre o apelo à concórdia, na pregação neo-testamentária, cf., por exemplo, 1 Cor., 1, 10.

⁵ VILLELA, João Baptista. “Sobre Renúncia e Transação no Direito do Trabalho”. In: MONTEIRO DE BARROS, Alice (coord.). *Curso de Direito do Trabalho: Estudos em Memória de Célio Goyatá*. V. 1, 2. ed., São Paulo: LTr, 1994, p. 149-150.

Carlos de Carvalho⁶. O acento de Clóvis sobre o *momento preponderante* parece refletir antes que um critério para a exata inserção topológica da transação, exatamente o contrário, isto é, a grande indeterminação que se verifica no entendimento quanto ao seu justo enquadramento. Explica-se: o que constitui o *momento preponderante*? Para Clóvis seria a extinção da obrigação. Por isso, inseriu-a entre os efeitos da obrigação, na Parte Especial do Código. Mas para Regelsberger, por exemplo, faltava-lhe precisamente este elemento determinador (**Anknüpfungspunkt**). Daí porque preferia pôr o instituto, tal qual a doação, na parte geral do seu sistema pandectístico. Em Regelsberger, a inserção da doação entre vivos na parte geral era uma espécie de solução residual, se se pode assim falar. Isto é, destinava-lhe a parte geral à falta de um **locus** específico. O mesmo raciocínio aplicava à transação, pois o seu fim é a eliminação de um estado de incerteza, o que se pode alcançar pela fundamentação (**Begründung**) ou suspensão (**Aufhebung**) tanto de direitos reais como de direitos pessoais⁷. Pontes de Miranda, que põe claramente a pergunta da *sedes materiae* da transação — “onde se deve pôr, nas codificações, a transação” —, não a responde aí; apenas refere diferentes posições a respeito⁸.

Alterações de Linguagem

Ressalvada a migração topológica ao interno do Direito das Obrigações, não foram muitas as mudanças de 1916 para 2002 no que se refere à transação.

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. V. 4, 11. ed., Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte: Francisco Alves, 1958, p. 142.

⁷ Cf. REGELSBERGER, Ferdinand. **Pandekten**. Bd. 1, Leipzig: Duncker & Humblot, 1893, S. 614 u. 621. Observe-se que *parte geral* no contexto de Regelsberger, que escreveu antes da promulgação do BGB, não está referida a este corpo de leis, senão às *pandectas* ou ao *direito das pandectas*. Daí porque usa indiferentemente *allgemeiner Teil* e *allgemeine Lehren*, isto é, “parte geral” ou “teorias gerais”.

⁸ **Tratado de Direito Privado**. T. 25, 3. ed., São Paulo: Rev. Tribunais, 1984, p. 141-142 e 120.

O Código de 1916 trabalha indiferentemente com dois termos: *transigentes* e *transatores*. Nas mesmas hipóteses em que usa e outro, também o faz o Código de 2002. Teria sido preferível fixar-se em *transator*, cognato de *transação*, instituto a que se liga. *Transigente* é o que *transige*, isto é, o que pratica *transigência*. Embora haja afinidade de idéias entre *transação* e *transigência*, podendo-se mesmo dizer que o segundo esteja contido no primeiro, pertencem a ordens conceptuais diversas. É certo que *transação* não é palavra unívoca. Pode também denotar o sentido geral de operar economicamente com terceiros. Logo, ao termo *transator* faltaria também rigor absoluto. Mas não é disso que se cuida aqui. Não está em causa contornar inevitáveis polissemias, e, sim, estabelecer conexões lexicais precisas. *Transator* vincula-se à palavra *transação*, o que quer que *transação* signifique, mas não se vincula à palavra *transigência*, o que quer igualmente que *transigência* signifique.

Outro apontamento de ordem terminológica ocorre a propósito dos arts. 1.033 do Código de 1916 e 846 do Código de 2002. Tratam da mesma matéria e lhe dão a mesma solução. O art. 1.033 refere-se a “ação penal da justiça pública”. No Código de 2002 a expressão ganha em economia e rigor: aí se diz simplesmente “ação penal pública”. Menos feliz foi, nas mesma disposição homóloga, a substituição do verbo *perimir* por *extinguir*. Cede-se aqui ao menor esforço e prossegue-se na obra, que a ninguém serve senão aos apedeutas, de dilapidar o rico e matizado vocabulário da ciência jurídica. *Perimir* tem uma longa história de amor com o direito: merecia ser mantido. Além do que *extinguir* e *perimir* não são exatamente o mesmo. Extinguir a ação é eliminá-la simplesmente. Perimirla é eliminá-la depois de iniciada⁹. Ora, na hipótese trata-se mesmo de uma ação em curso, já que ação pública **in**

⁹ Cf. SOUFFLIER, Camille. **Vocabulaire de droit ou Définition des termes usités dans l'étude du droit**. 2. éd., Paris: Giard, 1926, *périmier*.

abstracto, competindo ao Ministério Público, como poder jurídico oponível ao Estado, não poderia mesmo ser alcançada por um pacto privado. Logo, *perimir* ganha em precisão, embora *extinguir* não esteja errado. A relação de *extinguir* para *perimir* é a do gênero para a espécie. Ora, quanto mais específica é a definição, tanto mais precisa é a compreensão do objeto.

Nem tudo, porém, é de se criticar ao legislador de 2002 na reescrita a que procedeu das regras de 1916. No art. 844 do Código Civil de 2002, homólogo ao art. 1.031 do de 1916, prefere-se o subjuntivo ao indicativo de *intervir*. Faz-se bem. Trata-se da formulação hipotética de incidência da regra de direito. É uma suposição. E o modo da suposição é o subjuntivo, não o indicativo.

Invalidade ou Rescisão?

Ponto também para o Código Civil de 2002 quando troca rescindir por anular no art. 849, correspondente ao art. 1.030 do Código Civil de 1916. A condição expressa de *contrato* que o novo Código dá à transação impõe o vocabulário pertinente. É claro que também os contratos se rescindem. Por causa superveniente, por distrato, por inadimplemento. Mas, quando padecem de um vício de origem, desconstituem-se por invalidade. Então o verbo mais consentâneo é *anular*. Mesmo no regime do Código Civil de 1916, teria sido melhor o emprego de *anular*, ao invés de *rescindir*. Uma possível explicação para a impropriedade é que o legislador de 1916, não tão convencido da condição de negócio jurídico material da transação¹⁰, ainda se sentisse, ao dar-lhe tratamento, preso a uma fraseologia processual, como a que aparece na ação *rescisória*, em que a desconstituição também se opera pela superveniência — *cognitiva*, digamos — de vício.

¹⁰ Esta qualidade era peremptoriamente assinalada nos Motivos do BGB: Cf. “*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.*” Bd. 2, Amtl. Ausg., Berlin und Leipzig: Guttentag, 1888, S. 651.

Causas de Invalidade

Foi no indicar os vícios que afetam a validade da transação que incidiram o Código Civil de 1916 e o de 2002 no mais crasso equívoco: vejam-se, respectivamente, o art. 1.030 e art. 849.

Em primeiro lugar não caberia declinar no regime do instituto os vícios que o podem comprometer, a não ser, se fosse o caso, para lhes dar tratamento diferenciado. Mas não era o caso em 1916. Nem é o caso, agora em 2002.

Depois, qual o porquê da limitação? Ao dolo, *violência*, ou erro essencial quanto a pessoa ou coisa no Código de 1916; ao dolo, *coação* ou erro essencial quanto a pessoa ou coisa no Código de 2002?

Mudar *violência* em *coação* foi uma boa iniciativa do novo Código. Mas a menos importante de quantas poderiam ser levadas a termo. Este mesmo Código, que se encarregou de criar novas figuras de invalidade do negócio jurídico, por que delas subtraiu a transação? Ela não se anularia por lesão, por exemplo? Por incapacidade do agente?

Tratar-se-ia de um empenho em enfatizar as causas indicadas? Esta interpretação é de se excluir diante do insondável e enigmático só presente tanto no art. 1.030 do Código de 1916 quanto no art. 849 do Código de 2002.

O entendimento de que a transação esteja, assim no Código de 1916 como no de 2002, sujeita apenas aos vícios enumerados naqueles dois artigos específicos, é de tal maneira absurdo, que a doutrina o afasta¹¹. Diante do que nenhuma observação mais prudente se alcança do que promover, o quanto antes, por via legislativa, a remoção da esdruxularia.

Erro de Direito

O erro de direito, já admitido com ressalvas na doutrina brasileira para os negócios jurídicos em geral, ganha ago-

¹¹ Cf., a propósito, o recentíssimo trabalho de Hindemburgo Chateaubriand Filho, **Negócio de Acertamento: Uma Abordagem Histórico-Dogmática** (Belo Horizonte: [s.ed.], 2002, p. 177-178.

ra, no tecido normativo da transação expresso afastamento (art. 849, parágrafo único), depois de ter-sido admitido em geral no Título do Negócio Jurídico (art. 139, III). Sem dúvida outra estranheza. Se for observado o parâmetro instituído no art. 139, III, que já era a boa doutrina¹², não se vê em que e por que afastá-lo na transação¹³, cuja natureza jurídica não apresenta peculiaridades que recomendem um regime de exceção¹⁴.

Forma

Nenhuma razão existe para que se subtraia a transação ao regime geral da forma em direito privado, que é, em princípio, livre. Quanto a este pormenor, estava bem o Código Civil de 1916 (art. 1.028), que foi, em princípio mantido pelo de 2002 (art. 842). A novidade é que admitiu que, quanto a direitos contestados em juízo, possa também ser feito por escritura pública. O Código de 1916, nesta hipótese, só previa o termo nos autos. Ora, o termo nos autos é, no fundo, também uma escritura pública. Portanto, o que se fez foi, no interesse da comodidade e sem qualquer prejuízo para a segurança, ampliar a possibilidade de uso da escritura pública.

Efeitos de Coisa Julgada

A aproximação já referida entre a transação e a coisa julgada terá sido em parte responsável pela determinação do Código de 1916, segundo o qual aquela produz “efeito de coisa julgada” (art. 1.030). O velho Código Civil Italiano de 1865, dito Código Pisanelli, dizia, no art. 1.772, que “as transações têm entre as partes a autoridade de uma sentença irrevogável”. Isso significa dizer que,

¹² Cf. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. V. 1, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 330-332.

¹³ Caio Mário o faz, sem aduzir motivos: cf. PEREIRA DA SILVA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. V. 2, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 184

¹⁴ CHATEAUBRIAND FILHO indica alguns exemplos em que o erro de direito constitui um bom motivo para anular a transação: cf. *Negócio...*, cit., p. 172.

ocorrendo a identidade de partes, objeto e fundamento, o réu, que foi transator pode defender-se, invocando a **exceptio litis per transactionem finitae**. E, no regime do Código de Processo Civil de 1939, Lopes da Costa a assimilava à sentença declaratória¹⁵.


O Código Civil de 2002 não voltou a falar em *efeitos de coisa julgada*. Terá sido melhor assim. Embora atribuir *efeitos* de coisa julgada, não equivalha a assimilar em tudo a transação à sentença, trata-se aqui de dois *produtos* da técnica jurídica, se se pode dizer assim — a sentença e o contrato —, cada qual com sua estrutura e suas funções próprias. Como contrato que é, a transação, regularmente fechada, tem em seu favor e em garantia de sua estabilidade o predicado do ato jurídico perfeito, que não é menor do que o da sentença com trânsito em julgado.

Transação Mista

Questão de que não se teria ocupado nem o Código Civil de 1916, nem o de 2002 foi a da chamada *transação mista*, figura admitida no direito italiano e que teria vindo a integrar-se ao direito brasileiro pela Lei n° 8.953, de 13 de dezembro de 1994. Em razão da nova redação que deu ao art. 584, inciso III, do Código de Processo Civil, a Lei n° 8.953/1994, uma das quatro que o alterou no final daquele ano, conferiu vigor de título executivo à sentença homologatória de transação, “ainda que esta não verse questão posta em juízo”. Ou seja, podia-se transacionar para além da **res in judicium deducta**. Posteriormente, a Lei da Arbitragem, de 1996 e aqui já referida, voltou a dispor sobre a matéria, com nova redação para o inciso III do art. 584 do CPC, aproximadamente no mesmo sentido da Lei n° 8.953/1994, mas de tal modo a não repetir a ressalva de que a transação pudesse ter versado matéria não deduzida em juízo (art. 44). Finalmente, a Lei n° 10.358, de 27 de dezembro de 2001, ripristinou a solução

¹⁵ Cf. *Direito...*, cit., p. 76.

de 1994 e a dúvida quanto à possibilidade da *transação mista* ficou dirimida no sentido de sua possibilidade. Mas, atenção: está-se aqui, de novo, em interface que põe o direito civil material frente ao direito processual civil. A dúvida só dizia respeito ao caráter executivo-judicial da transação produzida fora de juízo. Não quanto à legitimidade e à regularidade de sua prática. Bastaria o princípio da autonomia privada para

fundamentá-las. De resto, já o art. 1.028 do Código de 1916 o permitia ao dispor: “Se a transação recair sobre direitos contestados em juízo [...]”. Logo, podia recair sobre direitos *não contestados em juízo*. E o art. 842 do novo Código Civil, por igual forma, estabelece: “[...] se recair sobre direitos contestados em juízo [...]”. Portanto, de direito material, a possibilidade não está, nem esteve em causa. 

Os Contratos e os Vícios de Consentimento

HUMBERTO THEODORO JUNIOR

Desembargador do TJ/MG

1. Os defeitos do negócio jurídico. Inovações

O tema proposto envolve o novo Código Civil e, portanto, é da maior atualidade e do maior interesse de todos que convivem com o Direito. Vamos tratar dos defeitos do contrato, como negócio jurídico que é. Aliás, uma das novidades do Código é justamente ter colocado o negócio jurídico antes do ato jurídico, e, portanto, ter focado esses defeitos como mais típicos dos contratos e dos negócios jurídicos do que, propriamente, dos atos jurídicos *stricto sensu*, que são menos numerosos e menos suscetíveis desse tipo de padecimento ou dessa patologia, como disse Trabucchi.

O que houve de evolução no campo dos defeitos dos negócios jurídicos? O novo Código Civil introduziu duas figuras novas de vícios de consentimento - a lesão e o estado de perigo - e retirou do âmbito dos defeitos do negócio jurídico a simulação, acompanhando os códigos mais modernos, para colocá-la entre os casos de nulidade e não de anulabilidade. Mantive as figuras tradicionais herdadas do Código de 1916: o erro, o dolo, a coação e a fraude contra credores.

2. A fraude contra credores

Faremos, então, a primeira censura ao novo Código. Andou muito bem no que concerne às novidades introduzidas e no deslocamento da simulação, mas andou mal quando manteve no campo dos defeitos do negócio jurídico a fraude contra credores, pois toda a literatura do século XX e do Direito Comparado, todos os Códigos novos, cuidam da fraude

de contra credores como ineficácia do negócio e não como defeito, porque se o defeito está na formação do ato (e isso é o defeito, um ato mal formado), na fraude contra credores não há defeito algum, pois exatamente o que querem os sujeitos da fraude é cometê-la, através de um ato perfeito, sem defeito nos elementos essenciais e nos requisitos de validade.

Como se explica essa postura de Beviláqua? Foi ele quem colocou a fraude contra credores no Código de 1916 entre os casos de anulabilidade seguindo a teoria de Teixeira de Freitas, formulada anteriormente, no Esboço. Na época, era razoável que assim se tratasse a matéria, porque a teoria da ineficácia não estava ainda sistematizada suficientemente, embora Windscheid, entre os pandectistas, já falasse nela. Entretanto, a doutrina civilista geral, na Europa, não conhecia o instituto da ineficácia como algo diferente da anulabilidade. Toda vez, então, que se tentava tirar efeito de um negócio jurídico ou se caminhava para a nulidade, quando a privação de efeitos era total, ou para a anulabilidade, quando se queria criar uma impugnabilidade. Por isso a fraude, que não era caso de nulidade, foi aproximada das anulabilidades, propriamente ditas. Surgiu, então, um terreno promíscuo entre vícios de consentimento e vícios outros de efeitos e não de formação.

Clóvis Beviláqua, que era muito inteligente, sentiu a impropriedade disso e então criou uma terminologia própria para a simulação e a fraude. Como não podiam ser qualificados como vícios de consentimentos, seriam vícios sociais, vícios de efeitos. Sendo assim, os defei-

Palestra proferida no Seminário realizado em 19.04.2002.

tos, no Código de 1916, eram agrupados em dois segmentos: os vícios de consentimento e os vícios sociais, ou de efeitos.

O próprio Código de 1916, entretanto, não conseguiu assimilar as coisas totalmente, pois era impossível tratar homogeneamente o que era substancialmente diverso. Depois de criar a teoria da anulabilidade, cujo ponto final era o artigo 158, que dizia que, reconhecida ou declarada a anulação, as partes serão reconduzidas ao estado anterior, concluía que nulidade e anulabilidade eram efeitos, a mesma coisa, distinguindo-se apenas quanto ao processo de se alcançar a ineficácia. Mas, no final, quando se chega à anulação, o efeito é o mesmo da nulidade: retira-se do mundo jurídico o ato defeituoso, recompondo-se o que existia anteriormente a ele, e as partes fazem, entre si, as reposições, se é que houve prestação e contraprestação. A diferença entre a nulidade e a anulabilidade estava em reclamar a iniciativa do interessado para anular e não reclamar essa iniciativa, dando poderes **ex officio** ao juiz, quando se trata então de decretar a nulidade.

Esse sistema se adaptaria à fraude? Mesmo o Código Civil de 1916 responde negativamente, pois quando acaba de descrever o que é a revocatória (arts. 106 e 107), vem um artigo diferente daquele que está na teoria geral do código, da anulabilidade (art. 158), e diz que o benefício do ato anulado por fraude não reverte para as partes, mas para terceiros que sequer eram sujeitos da relação obrigacional impugnada (art. 113).

Então, o efeito da fraude, sem utilizar o rótulo de ineficácia, era a ineficácia, cientificamente, pois não se submetia ao regime da anulabilidade, substancialmente. O efeito da fraude era permitir que a responsabilidade executiva, em favor dos credores lesados, atingisse o bem já no patrimônio do adquirente, porque esse bem não seria devolvido ao devedor, pois, se isso acontecesse, teria também que se devolver o preço. Para seguir a teoria da nulidade

ou anulabilidade a fraude seria inócua e não teria sentido. Haveria que voltar ao estado anterior e repor o pagamento feito pelo terceiro comprador. Os credores receberiam o bem de volta, mas teriam que repor o preço para o adquirente.

3. A ineficácia relativa

Depois que o Código de 1916 cometeu a impropriedade de rotular de anulabilidade um caso que era de inoponibilidade (ineficácia), leis posteriores, no Brasil, vieram tratar a fraude no seu terreno adequado. Assim ocorreu com o Código de Processo Civil de 1939, que regulou a fraude de execução, e com a Lei de Falências, de 1945, que regulou a ação revocatória, dando-lhe a estrutura de ineficácia, sem falar em anulabilidade porque nessa altura já estava sistematizada a teoria da ineficácia e os códigos europeus mais modernos já a utilizavam, como o italiano e o português.

Como se separam tecnicamente os tipos de defeitos, denominados por Trabucchi como patologia, doença do negócio? Essa classificação, que é científica e não tem nada a ver com a lei, leva em conta aquilo que Pontes de Miranda denominava de planos. O negócio jurídico não se realiza de uma vez, mas em planos, ou seja, passa por degraus até chegar à plenitude da sua eficácia.

Em primeiro lugar, devemos conceituar negócio jurídico. Trata-se de uma declaração de vontade com eficácia jurídica, ou seja, é a vontade produzindo efeitos jurídicos, a vontade harmonizada com o ordenamento jurídico para produzir uma criação, extinção, modificação ou extinção de relação jurídica. Então, o cerne, o elemento essencial do negócio jurídico é a declaração de vontade.

Para se saber se houve o negócio jurídico, basta saber se houve vontade, declaração, pois a vontade enquanto oculta, pertencente ao íntimo da pessoa, não produz efeitos jurídicos. Esse plano material chama-se de plano da existência, plano do ser. Para se pensar em

negócio jurídico temos que partir de um fato: a declaração de vontade.

Depois da declaração de vontade, temos que pensar no plano da validade, o segundo degrau. É o plano onde se examina quais são os requisitos legais para que uma declaração de vontade, simples fato, torne-se negócio jurídico. Entraremos no plano, denominado por Pontes de Miranda, de plano da validade, que consiste em tomar um fato, a vontade declarada, e verificar se esta vontade tem aptidão, segundo as regras do Direito, para produzir o efeito desejado pelo declarante. Ainda aí não é preciso que esteja produzido o efeito, mas é mister que a vontade esteja em termos de produzir o efeito, tenha aptidão ou idoneidade para produzir os efeitos.

O ato válido não produz, necessariamente, efeitos. A vida concreta nos dá exemplos, a todo o momento, de atos válidos que somente produzem efeitos anos depois ou que jamais chegam a produzi-los. No entanto o ato é válido, ou seja, no plano da validade aquele ato tinha aptidão, idoneidade para produzir efeitos.

O exemplo mais simples é o do testamento. Uma pessoa, em plena consciência, em pleno exercício de suas faculdades, utiliza o método do Código Civil para formular a sua última vontade, o desejo de regular a transmissão de seus bens pela sucessão. O testamento não produz efeito imediato algum. Entretanto, não se poderá dizer que o ato é nulo ou anulável pelo simples fato de não estar produzindo efeitos. Trata-se de uma realidade jurídica com plena aptidão para produzir, quando for a oportunidade, o efeito que o declarante tem em sua intenção.

Entretanto, se este mesmo testamento não observar as exigências, os requisitos do Código Civil para valer como tal, ele será nulo, imediatamente, antes de chegar o momento da eficácia. Portanto, a validade está em um plano, a existência em outro e, o último plano, é o da eficácia (o plano em que o ato existe, é válido e vai produzir o resultado ju-

rídico desejado pelo agente). É nesse momento que a Ciência do Direito, do século XIX para o XX, descobriu uma categoria que Beviláqua e Teixeira de Freitas não conheciam – a categoria dos atos apenas ineficazes: atos existentes, válidos, mas que não tinham aptidão nem condição de produzir todo o efeito desejado. Não é que o ato não produza efeito, pois o ato ineficaz produz efeitos que as partes querem, mas no reflexo, principalmente perante terceiros, esse ato é ineficaz. Não se trata de nulidade ou de anulabilidade, mas de ato sem efeito.

Vejamos outra hipótese em que atos válidos, poderiam não ter eficácia na sistematização do próprio Código: qualquer contrato por instrumento particular que não fosse levado a registro de títulos e documentos valeria entre as partes, mas não poderia ser oposto a terceiros. É um caso típico de ineficácia. O artigo 848 do Código de Beviláqua dispõe que a hipoteca não escrita somente vale entre as partes, não produzindo efeitos *erga omnes*. Trata-se de outra hipótese de ineficácia. Assim construiu-se no terceiro plano, o da eficácia, a teoria da inoponibilidade ou da ineficácia relativa. Esse tipo de negócio é aquele que vale perfeitamente entre as partes, que produz todos os efeitos entre os contratantes (alienante e adquirente), mas que não prejudica terceiros.

Outro exemplo prático da ineficácia relativa ou inoponibilidade é o referente ao contrato de locação. Caso se registre tal contrato, o comprador do imóvel é obrigado a manter a locação até o fim. Portanto, o efeito do contrato de locação, pela lei, está programado para atingir o terceiro adquirente. Entretanto, se o locatário não cuida de registrar o contrato, o comprador do imóvel locado poderá, no dia seguinte à aquisição, interpor uma notificação dizendo que a relação *ex locata* não o obriga, mas somente ao antigo proprietário, demonstrando a intenção de retomar o imóvel. Vejam que o contrato valeu perfeitamente entre as partes, mas quando ingressou na esfera jurídica do novo adquirente

do imóvel o contrato perdeu eficácia. Não se trata de contrato nulo ou anulável, mas tão-somente de contrato que perdeu a sua eficácia.

É justamente o que ocorre com a fraude a credores. O negócio prejudicial à garantia dos credores quirografários não tem defeito algum no que diz respeito ao alienante e ao adquirente. Trata-se de um ato jurídico perfeito, válido e eficaz na esfera dos contratantes. Entretanto, se for prejudicial aos terceiros credores, se forem atendidos os requisitos que definem o que é a fraude contra credores, esses terceiros têm o direito de ignorar o ato somente para o efeito de exercer o único direito que qualquer credor tem, o de penhorar o objeto que representa a garantia patrimonial, ou seja, fazer valer a responsabilidade patrimonial acionável depois que há o inadimplemento.

Essa tese, ficou clara no Direito positivo brasileiro com a Lei de Falências e com o Código de Processo Civil de 1939 (na fraude à execução e na ação revocatória falencial), que Yussef Said Cahali demonstra serem variantes de um só fenômeno, pois a fraude é uma só, ela é sempre a fraude contra credor, pouco importa se foi praticada dentro da execução, antes dela ou se foi praticada por um falido contra os credores. Sempre o fenômeno é um só: o desfalque da garantia patrimonial com que contavam os credores para exercer a sanção do inadimplemento. Se é ineficácia para a Lei de Falência e para o Código de Processo Civil, por que não o seria para o Código Civil?

4. A rejeição da ineficácia relativa pelo novo Código Civil

Durante a tramitação do novo Código, várias sugestões foram feitas no sentido de rever a questão da fraude a credores, inclusive pela nossa Escola (a UFMG). Escrevi uma proposta de emenda, quando a Universidade de Minas Gerais foi convocada a dar suas sugestões. Entretanto, a Comissão Revisora, atra-

vés do Ministro Moreira Alves, rejeitou todas as emendas nesse sentido, afirmando que o Código não utilizava o sistema tricotômico de nulidade, anulabilidade e ineficácia, e que seria necessário modificar a estrutura do Código para introduzir a figura da ineficácia. Afirmou, ainda, que existiam duas correntes no mundo jurídico atual: uma defendendo a anulabilidade e outra, a ineficácia, no caso da fraude e que, portanto, como o sistema da anulabilidade que já estava consagrado pelo Código de 1916, estava dando certo, não seria necessário alterá-lo. Essa foi a expressão constante no parecer que recusou as emendas.

Ora, há várias impropriedades nessa posição. Em primeiro lugar, não existem duas correntes; existiram duas correntes que se manifestaram ao longo do tempo. Quando se descobriu a ineficácia, todos os doutrinadores e cientistas foram se encaminhando para esse entendimento e os códigos novos foram adaptados. O próprio legislador brasileiro optou na Lei de Falências e no CPC de 1939 pela ineficácia e não mais pela anulabilidade. Não é porque o legislador queira manter um sistema, que ele muda a natureza da coisa. Ele não tem esse poder. A natureza da coisa nasce do ser, é o próprio ser que tem aquela natureza. O legislador pode até fazer o absurdo de manter um instituto com a natureza antiga, não utilizada, mas deverá ter a coragem de adotar a natureza diversa.

No caso, o legislador quer que o instituto seja considerado como anulabilidade. Deveria, então, obrigar a devolver os bens negociados ao vendedor, teria que voltar os bens para o insolvente para depois, então, exercitar a penhora, já no patrimônio do devedor. Entretanto, para fazer isso, o legislador também teria que, para não violar a natureza da coisa, obrigar aquele que irá receber o bem a devolver o preço dele, para que as partes ficassem exatamente como ocorre no negócio anulável. Contudo, não é isso que o legislador faz. Ele diz que

quer tratar a fraude como anulabilidade, mas está dando um efeito a essa anulabilidade que não é de anulabilidade. Há, então, um erro técnico que não pode ser aceito por nenhum cientista, porque na hora em que se ler a lei, o cientista dirá “O legislador não sabe o que é anulabilidade”. Existe um erro de rótulo, de palavra e, por essa razão, os cientistas afirmam que esse fenômeno é de ineficácia por tais e tais motivos. O legislador não tem poder divino de mudar a natureza das coisas.

Isso foi descoberto antes do Código novo, por Yussef Said Cahali, Candido Dinamarco e vários outros autores que escreveram nos últimos quinze anos sobre fraude a credores. Isso foi identificado pelo STJ que possui vários acórdãos decidindo a ação pauliana em termos de ineficácia e não de anulabilidade. Os doutrinadores chegaram a essa conclusão porque havia uma consequência para a qual os juizes não atentavam: a do tratamento diverso dado à fraude, mesmo no Código de 1916, pois quando se decretava procedente uma ação pauliana, muitas vezes determinava-se, imediatamente, a expedição de um mandado de cancelamento do registro de propriedade, porque isto seria o efeito natural da anulação; o que é um absurdo, diante da revocatória, uma vez que o que o Código queria era que houvesse a penhora, que o benefício se fizesse manifestar no acervo sobre o qual se exercitará o concurso dos credores interessados e não em favor do patrimônio do devedor fraudulento.

A colocação das coisas em termos técnicos e científicos visa a evitar que essas impropriedades e a insegurança jurídica continuem a ocorrer, pois mesmo o Código repetindo agora o entendimento de que é caso de anulabilidade, a doutrina, que já está consciente de que não se trata de hipótese de anulabilidade, continuará afirmando que o Código está errado, que o caso é de ineficácia. Contudo, os juizes (e nem todos estão preparados cientificamente para fazer esta distinção) serão induzi-

dos, muitas vezes, pelo próprio código, a cometer injustiças e a produzir efeitos não desejados pelo legislador, como este de cancelar uma propriedade no registro imobiliário de alguém que pode nem sequer ter que responder pela dívida. Como a ineficácia não anula o negócio jurídico, se a dívida que serviu de base para a ação pauliana extinguiu-se, nada acontecerá para o réu desta ação, porque o imóvel continuará em nome dele. Ele não precisará pagar, pois a dívida já prescreveu, já foi compensada, mas no entanto a ação pauliana existe. Entretanto, se for aplicada cientificamente a teoria da ineficácia, este adquirente, mesmo tendo perdido a ação pauliana, não terá prejuízos porque não terá que ver mais o seu bem sujeito à penhora em razão do desaparecimento da dívida e do título. Se seguirmos a linha da anulabilidade, o efeito imediato seria o da expedição de mandado visando ao cancelamento do título no registro imobiliário.

Se a dívida que motivou a ação extinguiu-se, foi paga, sofreu remição ou qualquer outra modalidade extintiva, surgiram bens próprios para o devedor (que recebeu uma herança, por exemplo), por que permanecerá o efeito da ação pauliana como anulatória sacrificando o patrimônio de uma pessoa que não deve, pela técnica e pela ciência, responder pela dívida alheia? Essa censura não é feita por mero capricho, mas porque o legislador foi advertido em tempo hábil para que o texto fosse alterado, o que só não ocorreu por teimosia, contra a maré da ciência e da própria legislação brasileira, que já tinha descoberto o caminho correto para refrear os efeitos indesejáveis da fraude.

5. Inovações positivas do Código em matéria de direitos do negócio jurídico

Veremos, agora, os aspectos positivos no novo Código Civil. Nos vícios de consentimento, houve uma mudança ideológica que a primeira leitura às vezes não revela. Entretanto, ao fazer uma leitura sistemática, chegaremos à con-

clusão de que na passagem do Código de 1916 para o de 2002, o direito brasileiro mudou de sistema no tratamento do vício de consentimento.

Em que consistiu essa mudança? Temos que lembrar que a teoria da declaração de vontade, que é a matéria-prima com a qual trabalha a doutrina em torno dos vícios de consentimento, passou de Savigny até o século XX por muitas vicissitudes. Ao tempo de Savigny, que foi, sem dúvida, o maior sistematizador do Direito Privado dos tempos modernos, prevalecia a denominada Teoria da Vontade. A fonte do negócio jurídico e da sua eficácia estava na vontade, de forma que se esta tivesse defeito, a consequência seria a inexistência do ato jurídico, que é aproximadamente a idéia romana: o ato de vontade deve ser perfeito para produzir eficácia jurídica, porque o negócio jurídico não é senão a projeção da vontade.

Essa teoria nunca chegou a ser aplicada em toda a sua extensão, pois, se assim o fosse, o volume de anulações e de invalidades seria absurdo. Então, existiu apenas como um ponto de vista filosófico, no sentido de que o ato jurídico não poderia estar em contrariedade com a vontade do declarante. Os próprios defensores, como Savigny, logo ressaltaram exceções e que atendiam às exigências da vida prática, não permitindo uma anulação a esmo ou desbragada.

Para tentar criar uma nova concepção dos defeitos do negócio jurídico, surgiu a teoria oposta, baseada, por exemplo, no pensamento de Saleilles, em que o ato jurídico não estaria na vontade. A fonte da vontade não seria a raiz da eficácia. A gênese, a semente da eficácia estaria na declaração, pois o ato jurídico não seria um ato de vontade, mas ato de vontade declarada. É a partir da declaração que se começa a pensar em efeitos. A explicação é que a sociedade não pode se preocupar com o mundo íntimo das pessoas, em que a invasão é impossível, na maioria das vezes, e portanto inacessível ao intérprete. Ocorre que tal

teoria era exagerada. Entre as duas, uma ia ao extremo de valorizar somente a vontade e a outra ao extremo, também, por ignorar a vontade e somente valorizar a declaração. Da mesma forma que isso seria absurdo, os defensores da corrente de Saleilles, logo também colocaram as exceções, dizendo que a declaração poderia se invalidar por vícios como erro, dolo, coação. As duas teorias eram diferentes na explicação filosófica, mas eram iguais na conclusão prática.

Na tentativa de explicar esse contraste ou essa impotência das duas teorias originárias para explicar o fenômeno, surgiu a teoria da responsabilidade. Então, só se deveria desprezar a declaração de vontade, quando o seu defeito não proviesse de culpa do declarante. Toda vez que o declarante tivesse culpa pelo erro, pelo resultado impróprio da sua declaração de vontade, permaneceria a validade da declaração em nome da segurança jurídica, da boa-fé, da lealdade, da expectativa que a declaração de vontade criou no meio social. Para se invalidar o ato, de acordo com a teoria da responsabilidade, era preciso não ter havido culpa. Haveria, então, boa-fé daquele que errou, daquele que declarou equivocadamente a vontade e, no jogo de interesses, prestigiar-se-ia essa vontade defeituosa, desfazendo-se o ato desconforme à intenção verdadeira do agente.

Esse não foi o grau final a que se chegou. No Código de 1916, era aproximadamente isso o que prevalecia. Sem texto expresso, formou-se uma jurisprudência larga em torno do erro, entendendo-se que este além de substancial deveria ser inescusável, porque se fosse escusável haveria culpa e, logo, quem deveria responder pela culpa era quem errou, já que não cuidara de evitar o resultado danoso contido na declaração de vontade.

Essa não é a posição do novo Código Civil, em que no erro, no dolo e na coação foi prestigiada totalmente a boa-fé, mas não a boa-fé do que erra, do que sofre a coação, mas a do terceiro que

contratou, confiante em que o agente queria realmente aquilo que fora declarado. Verificamos que, na atual definição de erro, foi acrescentado aquilo que estava na redação do código primitivo um adendo, que consiste em afirmar que o erro é causa de anulabilidade quando tenha sido causa substancial da declaração negocial e quando poderia ser conhecido do outro contratante. Essa é a Teoria da Confiança, em que não se pode analisar apenas um dos sujeitos do negócio jurídico, para concluir pela sua anulabilidade, mas deve-se levar em conta o que se passou na esfera dos dois sujeitos. Isso decorre de um aspecto hoje predominante no negócio jurídico - a função social do contrato, a defesa da boa-fé objetiva e não apenas a subjetiva.

O que importa é saber o impacto do negócio jurídico no meio social; é verificar como o negócio deve ser recepcionado pelo meio social; se este se sentirá seguro ou não com aquele tipo de anulação antiga, tradicional. O novo Código passou a adotar o sistema dos códigos português, italiano, de Québec, os mais modernos do século XX. Isso surgiu, e estendeu-se em cascata no tratamento legislativo de todos os defeitos do negócio jurídico.

O Código de 1916 já fazia uma concessão no que concerne ao dolo: quando este era de terceiro, o contratante, que não sabia do dolo, ficava beneficiado pela boa-fé. Já se adotava, então, a Teoria da Confiança. Contudo, quando se chegava à coação, considerava-se tão grave o ataque à vontade, à liberdade de contratar, que mesmo se o co-contratante ignorasse a coação de terceiro, o ato era anulável.

O novo Código não age mais dessa forma. A coação, sendo de terceiro, somente invalidará o ato se o co-contratante tiver conhecimento ou pudesse ter conhecimento da pressão externa sofrida pelo outro contratante.

Vejam que todas as figuras estão harmonizadas com a Teoria da Confiança. Não se pode basear somente no dolo ou na coação ou no erro para se invalidar. Todas as figuras dependem também de uma participação e de uma culpa, de

uma falha do outro contratante que poderia evitar o contrato em erro ou sob dolo ou sob coação.

Então, pela conjugação da formação defeituosa da vontade e pelo aproveitamento culposo desse defeito pelo terceiro, que não evitou a consumação do ato indesejável, é desse conjunto que se quebra o sistema da eficácia natural da declaração de vontade. Se não houver essa quebra dos dois lados da declaração de vontade, o ato jurídico ou o negócio jurídico valerá pela declaração em si, por aquilo que a declaração exteriorizou no mundo das relações jurídicas e foi captado pela sociedade. Vejam que se trata de uma mudança ideológica profunda, que deve ser meditada, para não se voltar a jurisprudências antigas como a da escusabilidade ou inescusabilidade. Não há mais sentido em posições desse tipo. O Código, na fase de discussão parlamentar, tinha um parágrafo que tratava da inescusabilidade, que foi retirado do texto para que vigorasse exatamente a Teoria da Confiança e não mais a antiga Teoria da Responsabilidade.

6. A teoria da confiança e a teoria da anulabilidade em geral

Esse tema terá uma repercussão, que o Código não captou bem, mas que o intérprete deverá fazê-lo, que está na eficácia do ato anulável. O novo Código simplesmente repetiu o texto do artigo 158 do Código Civil de 1916: anulado o ato, desfazem-se os seus efeitos e as partes voltam ao estado anterior. Mas, e se o contratante, que será beneficiado pela anulabilidade, se deparar com o bem jurídico já na posse de um terceiro de boa-fé, vamos continuar aplicando a teoria da responsabilidade ou teremos de observar a teoria da declaração de vontade? Parece-me que temos que rever esse artigo também para dizer que a reposição do **status quo ante**, por anulação, somente será possível se não prejudicar terceiros de boa-fé. É o que já está expresso nos Códigos italiano, português, argentino e no de

Québec. O Código argentino, muito mais antigo do que o nosso, quando percebeu a evolução da teoria da nulidade, há mais de dez anos, passou por uma reforma em que se atualizaram a fraude contra credores e a anulabilidade, para colocá-las em harmonia com a Teoria da Confiança.

Podemos fazer isso, na aplicação da lei brasileira, através de uma interpretação sistemática, descobrindo a ideologia do Código, o seu sistema, para dizer que agora anulado um ato, as pessoas envolvidas nele serão recompostas *in natura* se os bens existirem na posse dos contratantes. Entretanto, se os bens já não mais estiverem em poder daquele que deve repor, mas em poder de um terceiro de boa-fé, dar-se-á aplicação à cláusula final do artigo 182 do novo Código, que determina que sendo impossível a reposição, ocorrerá a indenização por perdas e danos. Essa é a consequência da Teoria da Confiança, que já vinha expressa na fraude contra credores, prevista no Código de 1916, em que havia uma mescla de teorias, e não havia um sistema coerente, obviamente, porque os defeitos do ato jurídico nem sempre seguiam os mesmos critérios filosóficos.

Assim, na fraude contra credores, em 1916, se o bem tivesse sido transferido a terceiro de boa-fé (subadquirente), resolvia-se em equivalência econômica; este nunca tinha que devolver se comprou de boa-fé. Esse sistema tem que ser generalizado no Código atual para que tudo possa funcionar em harmonia. Não pode valer uma teoria e depois outra, sob pena de o Código padecer do gravíssimo defeito da incoerência, da tergiversação. E não é isso que acredito que os autores tenham querido fazer quando esboçaram e projetaram este Código.

E não é preciso violar a letra do código para adotar a Teoria da Confiança na anulação do negócio jurídico, pois está disposto que as partes serão repostas no estado anterior e não sendo isso possível, através de perdas e danos (art. 182). Então é só entender esta parte final

como regra que protege o terceiro de boa-fé. Isso também não repugna a nossa tradição, pois o direito é dialético, é tão vivo que não se comporta apenas nas palavras da lei. E há quantos anos ouvimos a jurisprudência dizer que o comprador do estelionatário, estando de boa-fé, não é obrigado a devolver? O estelionatário é aquele que pratica o dolo, vício de consentimento, que é uma das causas do ato anulável. No entanto, há mais de cinquenta anos, o Supremo Tribunal Federal e todos os Tribunais, quando se deparavam com o estelionato, protegiam o terceiro de boa-fé. O raciocínio era simplesmente no sentido de que a propriedade do bem fora transmitida para o estelionatário, (se o ato não é nulo, a transmissão ocorreu). Se não se anulou, no momento da subalienação, dono era o estelionatário e o terceiro de boa-fé teria comprado do dono. Entre o prejuízo da vítima do estelionato e o do comprador de boa-fé, protegia-se o comprador de boa-fé dentro da Teoria da Confiança, pois ele comprou de quem era dono. E se fez dono por tradição, operada pelo antigo proprietário que foi a vítima do estelionato.

Se isso era possível de se fazer no Código anterior, onde a doutrina predominantemente exigia a reposição *status quo ante* para a anulação, agora, então, com muito mais razão, pois em todos os vícios de consentimento, o Código atual prestigia o terceiro de boa-fé. Uma vez que se prestigia o próprio contratante que negocia com o que erra, com o que é vítima do dolo ou da coação, por que não proteger o estranho, que não teve nem sequer condição de saber como esse bem chegou ao proprietário atual? A boa-fé dele está mais distante do ilícito, menos propícia a revelar a origem ilícita do que aquele que está contratando diretamente com o coacto. Se no contrato com o coacto, o contratante é considerado de boa-fé, quando ignora a pressão, e para ele o negócio vale, por que não valerá para o subadquirente? Esse é um ponto que reputo importantíssimo. E o primeiro livro que vi editado depois

da publicação do novo Código foi o do Prof. Zeno Veloso, do Pará, a quem aplaudi por ter chegado à conclusão que se acaba de expor. Não li todo o livro, mas sua conclusão é de que se tem que proteger o terceiro de boa-fé, mesmo havendo anulabilidade no negócio precedente.

7. Novos defeitos dos negócios jurídicos

Vou abordar muito rápido o estado de perigo e a lesão, pois não dá para expor, no pequeno tempo de que disponho, toda a teoria acerca dessas duas figuras novas. Contudo, vou indicar, em pinceladas rápidas, o que são essas “novidades”, que, na verdade, são novidades somente dentro do código, porque o nosso direito já convivia com elas sob outros rótulos, outras vestimentas.

O estado de perigo e a lesão já vêm do Direito Romano. Não há novidade alguma, são antigüíssimas. São formas de repressão à usura, ao negócio usurário. Não a usura que estamos acostumados a ver a todo momento, que é pecuniária. Essa usura de cobrar juros altos é uma forma de usura, mas existe uma outra forma que foi forjada, foi engendrada pelo Direito Romano, que era a chamada usura real.

A usura real é aquela formada pelo desequilíbrio das prestações dentro do contrato comutativo. Essa figura, que foi lembrada na época de Clóvis Beviláqua redigir o seu projeto, foi repelida por ele ao argumento de que o positivismo, o direito científico de então, não tolerava mais essa figura anacrônica, porque era baseada em princípios morais e não em princípios jurídicos.

Aquela época se queria romper totalmente com as raízes éticas e manter o direito só no que era positivo, só naquilo que pudesse ser resumido em uma equação quase matemática, na qual não havia lugar para entrar em terreno subjetivo, como o da repressão à usura real, que, entretanto, nunca se conseguiu abolir totalmente porque pouco tempo depois de vigência do antigo código vie-

ram as leis de proteção ao locatário, às vítimas da usura financeira, ao tabelamento e à taxação dos juros, à incriminação da usura. Até que veio a existir a Lei dos Crimes Contra a Economia Popular, que era uma lei penal mas que, ao prever para a usura real uma pena, dispunha também que o juiz tinha, depois de punir criminalmente, que anular a cláusula, e recompor as partes, eliminando do contrato a usura nele contida.

Então, o Prof. Caio Mário escreveu uma tese magnífica, a partir da Lei Penal, para dizer que o Direito Civil Brasileiro também continuava a manter o instituto da lesão, pois indiretamente o efeito da lesão penal, do crime contra a economia popular, era permitir a anulação do negócio civil em que o delito teria ocorrido. Mas, tudo que não está diretamente na lei é difícil de “pegar”. Então não “pegou” praticamente nos Tribunais e nem os advogados exploraram muito essa usura real a partir da Lei de Economia Popular.

Na doutrina, preferiu-se, de certa maneira, encaminhar esse fenômeno para a coação. Pontes de Miranda, entre outros, escreveu que abusar da necessidade de outrem para obter um negócio usurário era uma forma de pressão moral equiparada à coação. E, portanto, esse fenômeno poderia, perfeitamente, ser enquadrado como vício de consentimento. Vários outros autores admitiram isso. Se não me falha a memória, o Professor Sylvio Rodrigues, em seu livro **Vícios de Consentimento** faz esta equiparação. E em muitos arestos e acórdãos conseguiu-se anular atos usurários invocando a Teoria da Coação, porque a coação sempre existiu no Direito positivo, como caso de anulabilidade. Então, o juiz ou o Tribunal, sob sua invocação, não se sentia tão incômodo para anular. Mas quando se falava diretamente na lesão, o Supremo Tribunal Federal chegou a proclamar que a lesão fora banida intencionalmente do Direito Brasileiro e que, portanto, seria carecedor de ação aquele que batesse

às portas da Justiça para pedir a aplicação de um instituto caduco e desprezado pelo ordenamento positivo. Não precisava de ir a tanto, afinal o direito não está só na literalidade das leis escritas, mas está muito mais nos princípios e na sistematização das normas escritas, e pode ser localizado mesmo sem texto expresso, procurando descobrir o seu sistema, a sua ideologia, o seu pensamento sistemático.

Então temos essas duas figuras novas - o estado de perigo e a lesão - para o Código Civil brasileiro, mas que já figuravam no Código português e no italiano. E seguimos basicamente a estrutura do Código Italiano. Qual a diferença do estado de perigo e da lesão? As duas figuras são espécies do negócio usurário, do negócio desequilibrado no tocante às prestações que deveriam ser comutativas. A diferença é a seguinte: o estado de perigo é aquele que se manifesta pelo risco de vida, um risco grave corrido pela própria pessoa ou por alguém próximo a ela. Então aquele que vai contratar, oferece uma vantagem para salvar o que está em perigo, mas não tem condição de medir a proporção entre o bem que lhe é proporcionado e o preço que tem de pagar por ele. Age pressionado pelo estado de necessidade, em que o bem em risco é a vida humana e, portanto, pode se tratar com mais liberdade e com mais facilidade o estado de perigo do que a lesão propriamente dita. Nesta última figura, que também é de estado de necessidade, o risco existente é apenas econômico e não, pessoal.

A lesão vai se passar no negócio puramente patrimonial. É ainda um estado de necessidade, mas um estado de necessidade econômico. A vítima da lesão é aquele que precisa de dinheiro e, para isso, se submete a uma venda, por exemplo, de um bem a baixíssimo custo ou a aquisição de um bem com excesso de ônus para se sair de uma situação de carência econômica. Então, na raiz, os dois fenômenos são iguais, são variantes do estado de necessidade. Aquele mesmo estado de necessidade que existe no Direito Penal. Só que aqui a víti-

ma é a própria pessoa que está no estado de necessidade, que sacrifica não o bem alheio, mas o bem próprio. Ele sacrifica o seu próprio patrimônio, os seus próprios bens para se furta de uma emergência grave que o esteja a preocupar.

A censurabilidade dessas duas modalidades de vícios de consentimento está no aproveitamento daquele que faz o negócio vantajoso. Então, o co-contratante se aproveita da dificuldade do outro parceiro do negócio para ajustar o contrato em bases iníquas. Aqui está em jogo o princípio da eticidade, função social do contrato. O Código do Consumidor já havia percebido isso e já havia colocado, sem nenhuma perfeição conceitual, a possibilidade de o consumidor anular ou desfazer o contrato por desequilíbrio grave dentro do negócio de consumo. É a lesão, agora sistematizada regularmente com todos os requisitos, com todos os detalhes, pelo código novo.

8. Anulabilidade e rescindibilidade do negócio usurário

Mas aqui temos um tema polêmico - a inclusão da lesão e do estado de perigo dentro dos vícios de consentimento, dentro dos defeitos de vontade. No Direito europeu, de uma maneira geral, essas duas figuras não estão no capítulo dos defeitos do negócio jurídico, mas em um outro capítulo que se chama "Da Rescindibilidade". Tem-se, no Direito europeu, a nulidade, a anulabilidade, a rescindibilidade e a ineficácia. São capítulos diferentes do Código Civil italiano, por exemplo. E a explicação para os defensores dessa corrente do Código Italiano é que o estado de perigo e a lesão não estariam dentro dos elementos propriamente ditos do contrato, mas em uma força exterior que influiria nos efeitos do contrato ou no modo de contratar.

Foi discutido, no debate do Congresso, em torno do nosso projeto, se estaria correto insistir em inserir a lesão e o estado de perigo dentro dos vícios de consentimento ou se deveria ser

seguido o modelo italiano, tratando como um novo tipo de patologia do negócio. A comissão revisora, pela palavra do Ministro Moreira Alves, respondeu que a escolha do tratamento unitário foi intencional e preocupada com a eficácia prática já que, no modo de ver da comissão, não haveria utilidade em distribuírem-se os defeitos por vários seguimentos sem que isso tivesse efeito prático, o que poderia só complicar a doutrina. Para justificar essa posição, usou-se a própria doutrina italiana posterior ao código. Os mais modernos autores italianos fazem críticas ao invés de elogiar o código por ter tratado separadamente a lesão dos outros vícios do negócio jurídico. Não é seguro e é muito difícil de explicar, quando uma pessoa é pressionada por uma necessidade, que o efeito não esteja na vontade, que esse seja um vício externo. Na verdade, ele está dentro da vontade. Exatamente como ocorre quando alguém é vítima de dolo.

O dolo também é uma força exterior que vem para simular uma situação, para induzir em erro o contratante. No entanto, é tradicionalíssimo o tratamento do dolo como vício de consentimento, pois o vício de consentimento se caracteriza por defeito em dois elementos: liberdade e consciência. A vontade perfeita é aquela que é livre e consciente. No erro o agente tem liberdade, mas não tem consciência. No dolo tem liberdade, mas também não tem consciência. Na coação tem consciência, mas não tem liberdade. Então, os dois elementos que formam a teoria dos defeitos de vontade estão ligados à **liberdade** e à **consciência**.

Ora, na lesão e no estado de perigo, se não há inconsciência, porque a pessoa acaba decidindo mesmo por aquilo que declara, mas não há liberdade perfeita, porque quem está premido para salvar a própria vida ou a vida de um ente querido, que liberdade tem de recusar a atender a exigência exorbitante daquele que se aproveita da sua penúria? Da mesma maneira, o outro que

está, por exemplo, com um pedido de falência no fórum e contrata a venda da sua casa por um preço irrisório, que liberdade ele teve de recusar a venda naquela circunstância ruínosa se, sem o negócio lesivo, ele teria a falência decretada em horas ou em dias?

Então, parece-me que a Comissão revisora andou correto, colocando tudo na mesma vala. Porque, afinal de contas, como dizem autores como Massimo Bianca, por exemplo, não há diferença alguma de resultados, de efeitos, no direito italiano, entre a rescisão e a anulação. O efeito é justamente o mesmo, ou seja, é recompor as partes recolocando-as no **status quo ante**. Se é esse o efeito, o que importa dizer que um é anulação e o outro é rescisão? Então, apresenta-se a distinção mais como um capricho acadêmico, doutrinário sustentar a diferença adotada pelo Código italiano.

Acho que até agora consegui dar uma visão das grandes novidades ou das grandes linhas do tratamento dos vícios de consentimento, dos defeitos do negócio jurídico do novo código.

Agradeço muito a atenção dos senhores e me ponho à disposição para o debate.

DEBATES

Desembargador Sergio Cavaliere Filho

Professor, eu teria muitas dúvidas, mas entre todas, existem algumas que me afligem mais; já formulei essa questão e a estou formulando a todos os palestrantes que aqui vêm. Gostaria de contar com a sua participação. O artigo 159 do Código Civil atual, o de 1916, dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Esse dispositivo, que a meu juízo, continha os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, porque dizia: “por negligência, ou imprudência (...)”, daí o elemento culpa, foi agora redigido de for-

ma diferente e passou a ser o conceito de ato ilícito. Agora o artigo 186 do Novo Código, que corresponde ao 159, dispõe o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (...)”, eis aí a culpa “(...) violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (...)” e aqui fica a minha crítica, porque é o único lugar do Código em que se fala em dano moral, pois acho que esqueceram e emendaram. Hoje o dano moral tem uma repercussão enorme. Mas ainda que exclusivamente moral, aí vem a minha questão: “(...) comete ato ilícito (...)”. Isso equivale dizer que o artigo 186, hoje, é um conceito legal de ato ilícito e nesse conceito legal está, como elemento constitutivo do ato ilícito, a culpa.

Então, professor, como é que ficamos na responsabilidade objetiva, onde não há culpa? Na responsabilidade objetiva não teremos como seu fato gerador o ato ilícito, ou esse conceito é um conceito restrito à responsabilidade subjetiva? Não sei se Vossa Excelência já enfrentou isso.

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Não cheguei a esse assunto, mas estou pensando nele há muito tempo. Penso da seguinte maneira: o Código, fiel às tradições, assenta a responsabilidade civil na culpa, mas o faz em regra. Então, o normal é que para se responder civilmente, o ato ilícito seja praticado com culpa. Mas, a responsabilidade civil não provém só do ato ilícito, ela tem outras fontes e então, quando couber a Teoria do Risco, ela vem pela norma especial, e não pela norma geral, que a preveja, de forma a dispensar a ilicitude da conduta, que é o que acontece com o Poder Público, que constitucionalmente é obrigado a reparar qualquer prejuízo do cidadão, independentemente de culpa, se o prejuízo advém do exercício de qualquer obra pública. A conciliação *prima facie* que faço é essa: aqui se está propriamente configurando o que é ato ilícito. Então, havendo culpa, o ato é sempre ilícito, não havendo

culpa, é preciso haver alguma lei especial, algum dispositivo que preveja a responsabilidade objetiva.

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Ainda prosseguindo com as minhas dúvidas, o estado de perigo não seria de certa forma uma situação de coação? Porque se configura o estado de perigo quando alguém, premido por necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família etc. está ali sob grave ameaça. Não seria uma situação de coação que já estaria incluída lá?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Essa situação foi detectada por Pontes de Miranda, justamente porque o nosso código anterior não tinha nenhuma figura típica para o caso; então ele considerava como forma de coação o contratante aproveitar-se da deficiência, da pressão exterior sofrida pelo co-contratante. Mas o que se procurou fazer, nas pegadas do Código Italiano, foi especializar a figura. Isso porque em vez de ficar implícita, poder-se-ia dar um tratamento mais específico para esse tipo. Assim se evitaria a discussão que era feita no código anterior. Por exemplo, perdi uma causa enorme em Brasília porque a juíza declarou textualmente que ninguém havia ameaçado. Logo se ninguém ameaçou, arruinou, não houve coação, porque a firma não estava em risco por pressão econômica do outro contratante. Expuz toda a teoria baseada em Pontes de Miranda e nos autores franceses e alemães para provar que a coação pode vir de força estranha, não precisa vir do segundo contratante. Bastava que este tivesse se aproveitado disso e foi tipicamente o que aconteceu. A firma mais fraca, contratando com uma firma poderosa, foi se arruinando pelo próprio contrato e em um determinado momento tinha vários protestos e pedidos de falência se acumulando, até que o contratante poderoso quis “passar de bonzinho” e propôs quitar as relações contratuais, mediante pagamento dos tí-

tulos em protesto, cujo valor era muito menor do que o direito do credor em dificuldades. A coação, dessa maneira, foi feita até o último momento, conscientemente. E a juíza de Brasília disse que não estava vendo nos autos prova de coação alguma feita pela outra parte, pelo simples fato de não ter partido dela ameaça alguma contra a credora.

É para esse tipo de argumento primário e irracional que o Código teve a preocupação de dizer que existe estado de perigo e lesão e que pode haver a anulação. É uma coação sem ameaça. Assim sendo, a coação agora ficou realmente como a juíza de Brasília queria, ou seja, só há coação quando há ameaça, o que agora está na definição legal. Quando é indireta, temos que ir para outras figuras, que é a lesão ou o estado de perigo.

Desembargador Sergio Cavaliere Filho

Professor, vejo alguns avanços positivos, até de ordem técnica no novo Código. Todos nós temos uma grande dificuldade no Código atual de fazer distinção entre resilição, rescisão e resolução. Agora, estou observando que este código é técnico, por exemplo, no artigo 473, está disposto que a resilição unilateral nos contratos etc. E depois quando chega à resolução por onerosidade excessiva, dispõe o artigo 478 que “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, (...)” podendo, portanto, resolver (na resolução) e fala também nos casos de rescisão. Então, o Código faz uma distinção entre rescisão, resolução e resilição. Contudo não é essa questão que gostaria de levantar para Vossa Excelência, mas sim a seguinte: dispõe o artigo 478: “*Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*”. 1)Essa situação de onerosidade excessiva é uma forma ou é a mesma coisa

da lesão? 2)Esta situação é aquela mesma que está no Código do Consumidor no artigo 6º, inciso VII ou VIII, que permite ao juiz rever o contrato em situação de extrema onerosidade. Nesse caso é a mesma situação que está lá ou aqui tem alguma peculiaridade?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Ainda não fiz uma análise mais profunda dessa questão, mas geneticamente o fenômeno é o mesmo. O que se nota é que no Código do Consumidor houve uma abertura maior, uma preocupação protetiva da parte frágil, então não se falou na quebra do equilíbrio. O que, aliás, só o Código do Consumidor Brasileiro fala isso. No mundo inteiro, a Teoria da Imprevisão é teoria baseada no desequilíbrio das prestações, e não só no interesse unilateral de um dos contratantes, porque o contrato é uma forma de solução de riscos, e todo contrato tem risco. O risco de uma pessoa quebrar, de não dar certo o contrato é normal, faz parte do jogo econômico. Se o contratante não tivesse que assumir o risco, não precisaria de contrato. O contrato, no mundo inteiro, é primeiro um fenômeno econômico e não jurídico. O jurídico vem depois, quando o econômico já existe, já está operando, então o jurídico vem para aparar alguns excessos e traçar alguns rumos, mas o fenômeno é econômico. Então, o fenômeno econômico está na raiz do contrato. Não pode o legislador, mais uma vez, ir contra a natureza da coisa, dizer que tem contrato e que o contrato não vale, ou que uma parte pode, simplesmente, ignorar o contrato, isso é dizer que o contrato é nada jurídico. Sendo assim, no Código do Consumidor, que não é um código de Direito Privado, que não é uma sistematização do Direito Contratual, mas sim uma sistematização dos meios de defesa do consumidor, pois o que está regulado no código é apenas a defesa. Os Institutos são materiais, não são por ele disciplinados ou são lembrados apenas rapidamente.

Sendo assim, não se pode fazer do Código do Consumidor uma fonte de construção das figuras jurídicas dos contratos, dos tipos, dos defeitos. Quem tem essa função são as leis que regulam os contratos, as leis que regulam a sociedade, as leis que regulam o fenômeno econômico básico. Então, aqui há diferenças, se formos ler literalmente o Código do Consumidor. Mas indago: estaria realmente na intenção do legislador, quando baixou o Código do Consumidor, fragilizar totalmente a estrutura do contrato a tal ponto que bastaria o consumidor dizer que está em dificuldades para cumpri-lo e que ele está liberado. Isso me repugna, sob o ponto de vista da essência da figura do contrato.

A figura do contrato está ligada a um estado em que o patrimônio é visto como elemento integrante dos direitos fundamentais. Portanto, não se pode espoliar patrimônio de ninguém através de interpretação ou de leis protetivas. Toda vez que se cometer isso, ofender-se-á a Constituição, não o Código Civil nem o Código do Consumidor. Estou divagando muito para dizer que, no mundo inteiro, há Teoria da Imprevisão ou a Teoria da Base Contratual. Os consumeiristas querem dizer é que o Código do Consumidor não adotou a Teoria da Imprevisão, mas a da Base.

A Teoria da Base não é uma teoria em si, é um modo de explicar a Teoria da Imprevisão. Todo mundo sabe que se tem que rever o contrato desequilibrado; então vieram várias teorias: teoria da boa-fé, teoria da base etc. Mas tudo é o mesmo fenômeno e todas elas fazem referência ao equilíbrio, de maneira que não é uma parte unilateralmente que vai definir o desequilíbrio do contrato. O desequilíbrio tem que ser para as duas. O prejuízo de um tem que ser o lucro do outro, pois aí sim o contrato está desequilibrado. Agora, se uma parte toma apenas prejuízo, aquele é o risco do contrato que foi justamente assumido. Se eu firmei um contrato para pagar dez prestações, tenho que arranjar o dinhei-

ro para isso. Não posso devolver as coisas já usadas porque perdi o emprego. Isso seria a negação de um estado de direito, a negação da figura contratual, data *maxima venia*.

Então, não há grande diferença entre o Código do Consumidor e o Código Civil novo, porque se formos observar lá nas cláusulas abusivas quando se define desequilíbrio, está se fazendo comparação entre lucro excessivo e prejuízo. Aqui no inciso inicial está-se anunciando, ideologicamente, um princípio no sentido de que não deve haver lesão dentro do contrato. Contudo não se tem, nesses dispositivos, quais são os requisitos da lesão, pois o código não estava simplesmente regulando os vícios de consentimento, os defeitos do ato jurídico. Está-se lembrando que o Código do Consumidor não pode tolerar a lesão, mas esta já existia anteriormente, pois estava definida na Lei de Economia Popular, que estabelece que a lesão acontece quando há uma diferença de vinte e cinco por cento entre uma prestação e outra. Sendo assim, é muito pior do que a do Código atual, pois era tarifada, quer dizer o Direito Brasileiro não ignorava a lesão, e mais ainda, tarifava a lesão, a exemplo do que acontecia no Direito Romano. Agora o novo Código Civil veio liberalizar a lesão, pois ficou a critério do juiz verificar, pela experiência da vida, se há um desequilíbrio grave e sério entre as prestações. Então esse é mais um dos exemplos da Teoria da Confiança. É preciso, então, verificar se, pela aparência do negócio, ele foi bem ou mal feito, se houve ou não alguma esperteza no negócio, se houve abuso ou não, aproveitamento de situação de uma parte mais débil. É aí que está o terreno próprio para aplicar o Código do Consumidor e não pelas dificuldades da vida que são posteriores ao negócio de consumo, é pela raiz do negócio. Se na raiz do negócio houve aproveitamento do poder maior de fogo do fornecedor sobre o comprador, esse contrato está viciado, esse contrato cometeu lesão.

Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes

A ineficácia e a fraude contra credores foram temas muito estudados entre nós com profundidade pelo saudoso Desembargador Bulhões de Carvalho, como também, em São Paulo, objeto de uma tese do Prof. Antônio Junqueira de Azevedo. Ambos tentam mostrar que o conceito de ineficácia, oriundo do Direito germânico, do Direito tedesco, visa, exatamente, a permitir que o ato jurídico eventualmente venha a surtir os efeitos de que ele seria privado por falta de um fator que lhe é externo. Vossa Excelência exemplificou muito bem uma condição suspensiva, a ratificação do mandante de atos praticados pelo mandatário sem poderes e assim por diante. Quer dizer, verificando-se aquele fator externo superveniente, o ato deflagra os efeitos que até então não havia produzido.

No tocante à fraude, indagaria a Vossa Excelência o seguinte: na Lei de Falências, a ação revocatória que pode ser proposta quando é praticado um daqueles atos discriminados no termo legal por período suspeito da falência, ela tem por fim trazer à massa aqueles bens que foram objetos daqueles atos, uma vez até (hipoteticamente, pois é muito difícil na prática) que cesse o estado falimentar, os atos voltam a produzir tranqüilamente os seus efeitos. Bom, mas na fraude contra os credores, indagaria a Vossa Excelência, para que o ato voltasse a produzir efeitos talvez fosse preciso que o patrimônio do devedor, que se tornou insolvente, voltasse novamente a ter um superávit e não fosse mais insolvente. Então, veja bem, Vossa Excelência, a se ter como ineficaz o ato praticado em fraude contra os credores, de que modo esse ato poderia surtir efeitos se é um fator que independe do credor e se do próprio devedor? Não seria esta a razão pela qual, eventualmente, o código teria preferido escrevê-lo dentro dos atos anuláveis?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

A observação é pertinente, inteligente, mas não há necessidade de imaginar que a fraude acarrete um resultado único e removível porque ao se reconhecer que houve a fraude, ou seja, que um é insolvente e o outro agiu de má-fé, comprando a insolvência, nem por isso se quer dizer que esse bem jamais ficará liberado do processo executivo. O que pode e acontece freqüentemente é que esse bem vale mais do que a execução. Ele ficou insolvente porque vendeu, mas se o bem voltar e for levado à praça, de quem será o saldo? O negócio subjacente voltará a produzir efeitos, pois o saldo é do comprador e não do vendedor. Se fosse anulado o ato, o fraudulento alienante, ficaria com o troco, o que repugnaria o próprio Código, que afirma que o benefício - vantagem da anulação - não reverte para o alienante, mas para o monte. Se o monte não precisar daquele bem, não irá se beneficiar da eficácia do negócio que voltou a operar, pois não era nulo nem anulável, era um negócio que continuava válido entre as partes primitivas, não produzindo efeitos somente em relação aos credores.

Vejamus uma hipótese, que não é rara, em que uma pessoa receba a herança logo após, ou que a dívida, daquele que promoveu a ação pauliana, incorra em prescrição (ele ficou litigando na ação pauliana e esqueceu de promover a interrupção da prescrição). É vencedor na ação pauliana, mas, no momento de penhorar, o bem não possui mais o crédito. Como fica a sentença pauliana? Não muda nada, ela simplesmente declarou que é possível a penhora, que somente não ocorre em razão de não mais existir o crédito. Logo, a validade e a eficácia do negócio *inter partes* é plena.

Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes

Foi tão bela e profunda a conferência do Professor que considero útil,

à guisa de orientação para os magistrados: o senhor abordou muito a concepção do negócio jurídico fundado na vontade declarada muito mais do que na intenção. É a antiga dicotomia entre a *vires theorie* e a *clericus theorie*, do direito tedesco. O professor mostra, baseado nos conceitos de Cariotta Ferrara, que prevalece a teoria da responsabilidade da conduta; vale dizer, o ato somente vai ser anulado se houver uma conduta, que induza a outra parte a tanto, o que leva, em última análise, a uma proteção ampla do terceiro de boa-fé que tome contato com aquele ato.

O Código Civil português adotou inteiramente, e o Professor também ponderou, essa concepção, através da teoria de Emilio Betti, a da impressão do ato jurídico. Prevalece, então, a confiança daquele que tomou conhecimento do ato em função dos seus precisos termos.

Indago, então, ao Professor se no Direito brasileiro poderíamos fazer uma aplicação tão extensa dessa concepção na medida em que, por exemplo, entre nós, a propriedade de bens imóveis somente se transfere com o registro. Quanto aos bens móveis, a tradição é sempre causal (entre nós, o saudoso Desembargador Basileu Ribeiro Filho sustentava que no Direito brasileiro se acolhia o princípio “*En fait le maître c’est un beau titre*”, que era uma forma de se resguardar o terceiro de boa-fé). Entre nós, o silêncio produz efeitos como declaração de vontade, e o Código prevê, por outro lado, que o falso motivo, quando constante do ato, permite a sua invalidação. Como conciliar tudo isso com a proteção tão extensa ao terceiro de boa-fé?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Qualquer diploma legal revela pela pesquisa uma filosofia, um rumo, um sistema, que muitas vezes é diverso do que uma regra separada indicaria. Então, creio que a técnica de hermenêutica ou de interpretação deva partir mais do sis-

tema do que da literalidade de textos ou artigos isolados. Todo artigo, se isolado, pode ter vários sentidos, conforme o exegeta trabalhe o dispositivo. No caso da anulação, em que aparentemente o legislador está prestigiando a vontade (a teoria do retorno ao *status quo ante*, da eficácia plena da sentença), o próprio artigo faz a ressalva final: “salvo se isso for impossível, caso em que se pagará através de perdas e danos”. Contudo, quando será “impossível”, o interprete é quem deverá dizer, já que o legislador não o fez. Haverá essa impossibilidade quando um código estiver comprometido com a teoria da segurança, e ao se dar um sentido literal a esta, houver conflito com a teoria da confiança. Se concluo que a teoria da confiança é dominante no sistema, então toda a dúvida será resolvida tendo-a por base e não pela sua negação. No Código anterior não tínhamos a predominância de uma teoria sobre a outra. O legislador optava por uma ou outra, dependendo do caso concreto. Entretanto, agora, com uma leitura mais aprofundada do código atual, descobrimos que há um rumo no que concerne a esse tema e que está presente na maioria dos dispositivos, ora expresso, ora subentendido.

Lembro-me de uma construção doutrinária e jurisprudencial do código anterior sobre o herdeiro aparente. Há um trabalho que foi tese de concurso sobre o tema, há 30 anos. Essa tese partia do princípio de que, quando uma quantidade grande de artigos volta sempre a um mesmo fundamento, mesmo que o legislador não formule a regra geral, esta pode ser extraída do sistema. Segundo essa tese, a proteção do terceiro em face da aparência era uma constante, dentro do Código de 1916. Era possível, então, formular uma conclusão: onde a aparência fosse grande e invencível para a pessoa de boa-fé, ela deveria prevalecer sobre a realidade. Foi o que o Supremo Tribunal Federal passou a decidir em relação aos inventários anulados por exclusão de herdeiros ou aparecimento de novos herdeiros, entendendo que a anulação de inventário nunca iria a ponto de prejudicar

os terceiros que compraram o imóvel com base nos formais de partilha homologados e transitados em julgado, porque para estes era invencível a aparência e a descoberta da falta de qualidade de herdeiro e daquela pessoa que lhe vendeu o imóvel.

Desembargador Carlos Raimundo

Eminente Professor. Gostaria de formular duas indagações que se devem muito mais à minha curiosidade do que à falta de clareza da sua exposição, muito embora V. Exa. tenha dito que tratava a matéria de forma superficial.

Gostaria de voltar à questão da fraude. Quando se fala em fraude contra credores, normalmente nos lembramos sempre da ineficácia do negócio jurídico relativo à transmissão de bens imóveis. Entretanto, no artigo 159 do Código que irá entrar em vigor, há uma disposição que considera igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Porém, em matéria de contratos, no meu entender, o Código novo traz duas inovações bastante interessantes, que são nos artigos 421 e 422, a subordinação da vontade de contratar aos limites da função social do contrato, vale dizer, reconhece ao contrato essa função. Por outro lado, o artigo 422 do novo Código Civil obriga os contratantes a observarem na celebração do negócio os princípios da probidade e da boa-fé.

Indago, então, a V. Exa., diante do artigo 159 do novo Código Civil, que trata da ineficácia dos contratos onerosos, se seria possível conciliar esses princípios e preservar a eficácia de contratos onerosos celebrados pelo credor insolvente, ainda que notória a insolvência, se a função social do contrato e a boa-fé do contratante recomendassem essa preservação?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Acho que o legislador, quando cogitou da fraude e da repressão, embora

muito antes da sistematização e da adoção desses conceitos de função social, estava justamente sistematizando a função social do contrato. Por que se nega eficácia ao contrato que tem todos os elementos de validade, que é oneroso, cujo preço foi pago pelo adquirente perante os credores do devedor insolvente? É justamente porque esse contrato, como foi praticado, sem vício algum de estrutura ou formação, não estava cumprindo naquele momento a sua função social, porque estava prejudicando a garantia do sistema, que é o de fazer com que o devedor cumpra a seu tempo as obrigações assumidas e, se não cumprir, que o seu patrimônio responda pelas obrigações contraídas.

Não vejo nenhuma antinomia entre esses dispositivos. O que se tem feito é uma ampliação dos conceitos e dos princípios de modo a explicitá-los, a torná-los genéricos e não mais limitados a um ou outro ponto do código. Então, quando se afirma que o contrato deve ter uma função social, o que se quer dizer é que todos os contratos, em todas as circunstâncias, devem atender a esse requisito. Mas já existiam funções sociais anteriormente reconhecidas em casos específicos como esse da fraude, porque toda a teoria da fraude é baseada na preservação da garantia patrimonial, da garantia dos credores. Isso nada mais é senão o respeito exigido pela sociedade, dos terceiros, que não podem participar daquele contrato de alienação, não podem impedi-lo propriamente, pois não são donos do bem, nem intervenientes no contrato, mas que vão sofrer conseqüências econômicas e sociais do contrato no modo em que este foi praticado. Que tipo de repressão a lei pode fazer? Pode anular, reverter ou mudar a estrutura. No caso, a repressão que se entendeu fazer desde Roma foi o fenômeno de ineficácia, ou seja, preservar a garantia patrimonial mesmo diante da transferência dominial do patrimônio do insolvente.

Desembargador Carlos Raimundo

A segunda indagação refere-se à lesão, que San Tiago Dantas, antes da vigência da Lei de Economia Popular dizia que tinha sido excluída do Direito positivo, mas, afirmava premonitoriamente, que voltaria um dia (parece que antevia o Código novo). Gostaria de voltar à lesão superveniente, já analisada por V. Exa., e que o Código novo trata nos artigos 478 e 479. Nessas hipóteses de prestação continuada, em que a lesão ocorre posteriormente à celebração do contrato, ou melhor, na sua execução, nos casos onde há a alteração das condições de cumprimento do contrato nas relações de consumo. O Código do Consumidor diz que é direito do consumidor a revisão do contrato. Logo, o Código de Defesa do Consumidor privilegia a manutenção e a preservação do contrato, com a revisão dos seus termos, e que, como é direito do consumidor, entende-se que o juiz possa compulsoriamente determinar a modificação dos termos do contrato. Quando se trata de contrato que não seja o de consumo, o Código prevê a possibilidade dessa revisão no artigo 479, quando diz que a resolução poderá ser evitada oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. À visão do Código, essa preservação do contrato com a modificação das suas cláusulas somente é possível se o outro contratante anuir. Indago se poderia, numa demanda, o juiz modificar compulsoriamente as condições do contrato para preservá-lo, atendendo a pedido formulado pelo autor, adequando-o às novas condições de fato da execução da prestação?

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Essa é uma questão relevante. O Código do Consumidor fala em rever, no caso de lesão ou fato superveniente, embora não fale em fatos previsíveis. O Código Civil fala em resolução, em resolver, e agora o Eminentíssimo Desembargador fez esse adendo, embora o artigo 479 do novo Código estabeleça que o juiz pode evitar a resolução oferecendo

algo diferente. Então, não se resolve, isso seria uma revisão do contrato.

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

Essa é uma diferença sistemática, de estrutura dos dois códigos. Na previsão do Código do Consumidor se privilegia a revisão e como se trata de norma de ordem pública, o juiz pode fazer a revisão por requerimento da própria parte, que está sendo prejudicada. No sistema adotado no direito privado, o que vem em primeiro não é a revisão. A meu ver, se a relação não for a de consumo, a parte prejudicada pelo desequilíbrio terá que pedir o rompimento do contrato. A revisão é uma faculdade da outra parte. Pode não ter sido o melhor sistema, sendo, inclusive, criticado na Itália. A revisão deveria ser como determina o Código do Consumidor, uma exceção, adotada quando for impossível fazer a adequação, porque o contrato perde sua substância e deve-se buscar salvar o contrato sempre que possível. Nesse ponto, o novo Código Civil não está em um bom caminho. Fez bem ao adotar a teoria da *rebus sic stantibus*, que já era adotada pretorianamente. Entretanto, inverteu valores, conferindo, em primeiro lugar, o direito à resolução e não, à revisão. A boa exegese, todavia, poderá corrigir a impropriedade, privilegiando a revisão em lugar da rescisão.

Desembargador Décio Xavier Gama

A minha indagação se prende à posição do terceiro de boa-fé que se torna interessado em argüir a nulidade ou a anulabilidade do ato, porque realizado este com cláusula violadora de norma legal. Em sentido prático, a questão é a do terceiro que se torna condômino e verifica que a Convenção celebrada anteriormente afrontou a lei porque admite que um dos convenientes poderia utilizar com exclusividade a parte de uso comum, o terraço sobre o qual se eleva o telhado. A lei enumera partes comuns do prédio as escadas, as suas fundações,

o telhado etc. e declara que elas são insusceptíveis de uso exclusivo por um dos condôminos. Sobrevindo o terceiro adquirente da unidade pode ele arguir a nulidade da contratação entre os primitivos condôminos que permitiu a utilização exclusiva do telhado, de retirá-lo e ali construir uma piscina?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

A proposição chama atenção para uma diferença que deve ser feita **a priori**, entre o ato nulo e o anulável. A teoria da aparência, da confiança é desenvolvida no plano dos atos anuláveis. Quando o ato é nulo não pode ser transmitido o direito e a hipótese é de nulidade. “**A**” compra um direito que não pode ser exercido, é como se uma pessoa fizesse um contrato sobre a herança do seu pai, um contrato de negociação de efeito pós-morte, que é nulo de pleno direito, diz o Código. O que adianta um terceiro vir a adquirir do subadquirente. Haverá sempre a negociação de herança de pessoa viva. A boa-fé não chega a ponto de tornar válido o ato nulo. É preciso a existência de um mínimo de suporte para sustentar a validade. Então, a teoria da declaração está baseada no fato de que o negócio jurídico é a declaração, que tem o poder de criar o efeito que o declarante tem. Quando a declaração não corresponde a poder nenhum, é um nada jurídico. Um contrato cujo objeto é a contratação de uma pessoa para matar seu vizinho, pode ser cedido, passar por vários cessionários, mas será sempre um contrato de objeto ilícito. É

preciso fazer essa distinção, pois não é possível transmitir a ilicitude.

Pergunta do auditório

A fraude contra credores continua sendo, no novo Código Civil, um vício social? E a simulação, apesar de sua mudança, continua sendo considerada como tal?

Desembargador Humberto Theodoro Júnior

A fraude continua sendo considerada assim, porque não é vício de consentimento. Por isso se faz a censura ao Código de não a ter colocado no lugar adequado, pois ficou inserida entre os vícios de consentimento, e não o é. Já em relação à simulação, houve uma mudança de ordem técnica, porque sendo o negócio jurídico o produto da vontade, quando a vontade não quer aquilo que está declarado, estamos diante de um ato sem causa, que é nulo realmente, ou seja, não houve emissão de vontade eficiente para a produção de efeitos. A simulação é um ato entre duas partes de vontades convergentes, isto é, os dois sujeitos do negócio estão querendo que este não valha. Logo, se os dois não querem, o negócio não terá valor algum. A simulação preocupa-se em descobrir a verdade e não, a mentira – o negócio mentiroso não vale. Veremos, então, o que está por baixo da mentira, que poderá ser analisado como válido ou não, conforme se manifeste na forma e na substância em equação com o Direito. É realmente um caso de nulidade como vem sendo proclamado já no Direito italiano e no português. 📄

A Circulação do Contrato

(Transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar)

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador TJ/RJ

Os temas assunção de dívida, cessão do contrato, contrato com pessoa a declarar, são na verdade bem amplos e profundos; temas que exigiriam mais tempo para serem abordados em todas as suas perspectivas. Pela primeira vez o Código trata da assunção de dívida e também do contrato com pessoa a declarar. Embora não cogite da cessão do contrato, ela está inerente, é insita a ambos os institutos e se deve a eles. De modo que, como não é possível abordar isoladamente com profundidade cada um deles de **per si**, o que demandaria muito mais tempo, penso que podemos, talvez, tentar extrair desses três institutos uma diretriz, uma diretiva; em síntese, aquilo que o Prof. Humberto Theodoro Júnior dizia ser o que subjaz ao código e que, na verdade, informa o sistema jurídico. Isso significa indagar em que sentido e para que fins esses três institutos teriam sido incorporados no novo Código, o que significam e que diretrizes novas eles encerram. Em suma: a que correspondem, a que vêm e o que se deve esperar do aplicador do Direito, sobretudo do Magistrado, diante desses institutos não vistos apenas de **per si**, mas no seu conjunto? Em outras palavras: quais são as premissas implícitas que estão sob esses institutos, os formantes do Direito que aí se fazem presentes?

Vejam os senhores que isso toca profundo no próprio conceito de obrigação. Diante de um código que se preten-

de que seja de sistema aberto, que deixa ao magistrado uma descrição razoável em sua aplicação para a adaptação ao caso concreto, isso exigirá do magistrado exatamente uma perquirição desse objetivo, da natureza, em suma, do que subjaz, dos propósitos, da **ratio** desses institutos e por que eles se fazem presentes no Código. Esse tema concerne àquilo que hoje se diz ser o coração do Direito das Obrigações, a transmissão das obrigações e que, embora à primeira vista, diante sobretudo da cessão de crédito, possa nos parecer que seja um tema atualíssimo, já bastante estudado, trabalhado, sedimentado, não o é.

É um tema de recentíssima elaboração no Direito, que corresponde exatamente às necessidades sociais e econômicas e que tem ainda muito mais a evoluir. O Direito das Obrigações é aquele que se presta à universalização porque, de um modo geral, é o direito utilizado no comércio, nas transações internacionais e, vamos dizer, é aquele que mais se amolda a um propósito de harmonização, tanto que no Direito Privado comparado, hoje, por exemplo, em toda Europa, se se propõe um código, de início é o Código Geral dos Contratos, em que é possível a aproximação. O Direito das Coisas reflete uma realidade nacional, o Direito de Família e Sucessões também, os estatutos pessoais. A Parte Geral é uma abstração. Agora o Direito das Obrigações tem uma vocação universal.

Então, observem, no momento em que o mundo se caracteriza pela universalização, denominada por uns de

Palestra proferida no Seminário realizado em 19.04.2002.

globalização, por outros mundialização, este tema está exatamente no vértice de todas as transformações que se processam, em um verdadeiro redemoinho por que passa o Direito de um modo geral. Mas por que esse tema ganha essa relevância se há muito tempo lidamos com a cessão de crédito? A todo momento estamos assistindo a serem cedidos créditos em falências, concordatas e assim por diante, temos noção de que uma dívida se transmite, sabemos que o contrato passa de um para outro.

Vejam a ponderação que faço: Tão importante quanto conhecer um instituto em si, é saber o que está por trás, a que propósito ele corresponde. E para isto temos que fazer uma breve reflexão do ponto de vista histórico para entendermos hoje e termos uma prospecção sobre o amanhã.

Em primeiro lugar, o conceito de obrigação - e daí a atualidade do tema - que praticamente até o século XIX vigorava, era um conceito que hoje não se faz mais presente. A obrigação - que até então era cogitada no Direito, nos Códigos, pelos autores e tratadistas de uma maneira geral - era a que vinha, sobretudo, do conceito romano, que, evidentemente, permanece quando se cogita do vínculo que une as partes.

Para o Direito Romano a obrigação tinha uma característica muito típica: ela era eminentemente individual e personalista, o que significa dizer que a pessoa do devedor e a do credor integravam a própria obrigação, não apenas o objeto, mas a pessoa de ambos. Então, não se concebia que se Mévio era credor, pudesse Tício ingressar em seu lugar e com muito mais dificuldade no tocante ao lado passivo da relação. Porque o Direito não é um fenômeno apenas de abstração, mas sobretudo de realidade concreta, afirmam os humanistas que a obrigação teria nascido do ato ilícito como forma de punir, como uma sanção ao ofensor e daí a vinculação à pessoa daquele que havia ofendido; ou, então, quando celebrada mediante a **stipulatio**, que era uma forma clássica,

ritual e solene, a pessoa do devedor e a do credor ficavam também adstritas à obrigação.

Então, a obrigação atravessou todo o Direito Romano com esta concepção individualista, personalista sem admitir a cessão de crédito em momento algum. Utilizava-se de início, naquela época, o mandato em causa própria. Depois, com o falecimento do mandante, o que acarretava a extinção do mandato, recorreu-se a um sistema que os romanos conheciam como cessão das ações úteis, ações que eram próprias do credor e que também não ensejavam uma defesa do devedor completa, porque não podia opor exceções, que eram cabíveis apenas contra o credor primitivo. Em síntese, o Direito Romano não conheceu a cessão de crédito, por incrível que pareça. E também o Direito Intermediário, que veio depois, durante toda a Idade Média, não a conheceu. Os glosadores tinham, inclusive, frases que eram lúgubres, e para dizer que a obrigação seguia o obrigado, eles diziam: **sicut lepra leprosum**, assim como a lepra está para o leproso. Isso significa que a obrigação aderiria, na verdade, às pessoas dos sujeitos passivo e ativo.

E assim foi até o Código Civil Francês, que retrata também esta concepção. Ele tratou da cessão de crédito mas no capítulo da compra e venda, vale dizer, cede-se um crédito como se está a vender uma entidade positiva. Assim prosseguiu até 1850, quando na Alemanha, antes dos trabalhos e do Código Civil Alemão, Windscheid, escrevendo uma monografia sobre a ação no Direito Romano, no **scheiöl**, sustentou que a obrigação prescindia da determinação do sujeito passivo e do sujeito ativo. A obrigação era sobretudo uma relação jurídica e nada mais. Débito e crédito eram as projeções dos poderes que incumbiam a credor e a devedor e, por conseguinte, deviam ser assim compreendidos. E sustentou que pode sair o sujeito ativo e outro ingressar em seu lugar, é o fenômeno da sub-rogação pessoal. Isso sendo idêntica a mesma obrigação, com todas as suas garantias, acessórios e assim por diante.

O Código Civil Alemão foi o primeiro que disciplinou a cessão de crédito, que até então não havia sido disciplinada da forma como o foi pelo Código de 1916 e como é disciplinada também pelo novo Código Civil.

No tocante à assunção de dívida, as resistências foram ainda maiores, porque na cessão de crédito o cedente pode tranqüilamente ceder o seu crédito sem depender de anuência do devedor. Basta apenas que ele comunique ao devedor a cessão para que este saiba a quem pagar, contudo não depende de sua anuência para se aperfeiçoar. Já na assunção de dívida é diferente, transmitir uma dívida, digamos assim no sentido mais amplo, sem aquiescência do credor, poderia representar uma própria violação ao direito do credor. Então, com muito mais dificuldade foi assimilada a assunção da dívida. Mas também na Alemanha, por via de um outro jurista da mesma escola de Windscheid, chamado Delbrück, se sustentou que poderia haver a assunção da dívida e o Código Civil Alemão a previu.

Embora o Código Alemão fosse conhecido, o nosso Código Civil contemplou apenas a cessão de crédito, não cogitou da assunção de dívida. Dizia Clóvis Beviláqua que a novação subjetiva passiva atendia perfeitamente às finalidades da assunção de dívida. Contudo, verificou-se logo que não, pois na novação, todos sabemos, extingue-se a obrigação primitiva e surge uma outra em seu lugar, ativa ou passiva. Já com a extinção da obrigação primitiva, desaparecem e extinguem-se também os direitos acessórios, as garantias e assim por diante. Ora, não é isso que interessa ao comércio jurídico, que já começava a ganhar mais fronteiras mas sim que a obrigação circule, que ela se transmita tal como foi constituída, preservando a sua fisionomia, mantendo a sua identidade completa, com os acessórios, garantias e assim por diante.

O Direito Brasileiro teve que enfrentar este problema e, na prática, a

transmissão das obrigações, sobretudo pelo lado passivo, começou a ser admitida como não poderia deixar de sê-lo. Foi, sobretudo, através de situações, as mesmas que na Idade Média impeliram os juristas a, no mínimo, tolerarem a transferência das obrigações, ainda que o Direito não dispusesse nem admitisse a cessão de crédito ou a assunção de dívida. É a vida prática, é a realidade, que sempre se sobrepõe aos princípios e abstrações, que mostrou que, realmente, não havia como desconhecer esses institutos.

Caso típico foi a venda do estabelecimento comercial que já ocorria desde a Idade Média quando tomou impulso o comércio, sobretudo na sua fase final, naquelas cidades da Itália e com a Liga Hanseática da Alemanha. O dono do estabelecimento comercial queria vendê-lo. Isso não significava apenas vender objetos, bens, mas também transferir o fundo de comércio, e neste se cogitava também das dívidas. Interessava a todo mundo que as dívidas também se transmitissem, interessava ao vendedor, interessava aos credores, porque eles teriam elementos de pressão sobre o adquirente se ele não viesse a pagar as dívidas, deixando de fornecer, por exemplo, matéria-prima e assim por diante. Em síntese, a venda do estabelecimento comercial com a transmissão do passivo foi o que levou a se admitir a transmissão das obrigações e, sobretudo, se admitir a transmissão das obrigações pelo lado passivo. E entre nós também, embora o Código Comercial não houvesse disposto sobre a matéria, em todo Brasil sempre se fez isso. E no interior essa venda é feita de forma muito criativa, o que mostra a originalidade e a grande contribuição do nosso direito, que outros talvez não tenham sabido dar. No interior quando se quer vender estabelecimento dessa natureza, publica-se no jornal: "Fulano vai vender seu estabelecimento comercial e pede que seus credores se manifestem no prazo x". É uma forma de, no silêncio dos credores, se transferir o passivo juntamente com o estabelecimento comercial.

Mas há uma outra situação, que hoje se repete com muita freqüência, que levou igualmente ao reconhecimento da transmissão singular das obrigações, sobretudo da dívida - a venda do imóvel hipotecado. Comprava-se um imóvel com um empréstimo garantido por hipoteca sobre aquele mesmo bem. Eventualmente, o comprador queria vender aquele imóvel, mas havia um empréstimo a ser pago, então ele propunha ao comprador, ao pretendente a esta aquisição, o seguinte: *“Vendo, mas você vai ficar com o ônus do empréstimo que realizei. Imputarei no preço exatamente o empréstimo.”* Isso é mais ou menos o que sucede hoje no Sistema Financeiro de Habitação. E não havia como evitar, pois interessa também a todos. Interessa ao credor, pois se ele tiver que executar, irá promover a execução hipotecária exatamente contra aquele que está na posse do imóvel, que é o pretendente a esta aquisição. Interessa ao devedor porque ele não tem mais nada a ver com o imóvel, não fazendo sentido que ele fique suportando aquela dívida. E, por fim, interessa ao próprio adquirente porque ele não correrá o risco, por inadimplência do alienante, de ver o seu imóvel penhorado em uma execução hipotecária.

Observem que isso já ocorreu na Idade Média e foram essas duas situações, associadas à transmissão das obrigações no casamento mediante comunhão universal, na incorporação de sócios e na venda de patrimônio que o nosso direito não conhece, mas que o direito estrangeiro admite. Foi por aí que as portas foram abertas e forçou-se a entrada da transmissão das obrigações e, sobretudo, do lado passivo. Todas essas situações são contradições na nossa realidade prática, foram enfrentadas pelo nosso direito, pelos nossos juristas, antes mesmo do Código Civil e ninguém desconhece nem nega o reconhecimento a essas situações, para delas extrair conseqüências jurídicas.

Apesar de o Código Civil não haver previsto a assunção de dívida, podemos dizer que no Direito Brasileiro, inequi-

vocamente, já se conhecia esta situação antes. Agora ela veio a ser regulada no Código em boa hora, pois basta lembrar o Sistema Financeiro de Habitação. Vamos supor que alguém compre um imóvel mediante financiamento de instituição financeira, se o comprador quiser transferir, vender o imóvel, o que ele propõe de imediato ao adquirente é que o outro “assuma a dívida”. Sabemos que, de um modo geral, o processo de transferência da dívida, para o consentimento da financeira, é um processo demorado em que se quer fazer um recálculo, aumentar, por conseguinte, o prazo, o montante e o saldo devedor, o que desinteressa, evidentemente, a quem vai adquirir o bem. Então, o que fazem as partes? Celebram os famosos e chamados contratos de gaveta. Ora, isso gera problemas, pois se, por exemplo, falece repentinamente aquele que está vendendo o bem que está hipotecado, apesar de já estar na posse do imóvel aquele que está comprando, ele ficará desguarnecido porque os sucessores naturais serão os herdeiros daquele que está vendendo, e o comprador que “assume a dívida” já pode ter pago uma grande parte do preço.

Observem que tudo isso se insere nesse conjunto e, sobretudo, gravita em torno do instituto da assunção de dívida. Assim, foi muito oportuno que o novo Código Civil brasileiro tivesse regulado esta matéria. Não se trata de nenhuma crítica, mas apenas de ponderação dizer que, no confronto com outros códigos, como, por exemplo, o Código Civil Português ou o próprio Código Civil Alemão, o nosso novo Código Civil regulou esta matéria de uma forma talvez insuficiente, contudo não prejudicará em nada a sua aplicação na extensão plena que esse instituto alcança. A assunção de dívida foi muito estudada no direito germânico, no direito português, no direito italiano, onde apesar de não ter previsão, ela ocorre mediante uma outra figura jurídica que é uma forma indireta de transmissão.

A assunção de dívida, em princípio, é concebida por nós do seguinte

modo: por exemplo, um devedor, aquele que comprou um imóvel financiado, quer vender esse imóvel. Então, ele combina com aquele que quer comprar que lhe transmite a dívida, fazendo um acordo, que fica dependendo da confirmação do credor para que se opere a plena transferência. Se há a confirmação do credor, a consequência imediata será que a obrigação passa para o novo devedor e, além disso, o antigo devedor fica exonerado da obrigação. Agora, esta é a forma mais comum, mais freqüente que identificamos. Contudo, não é apenas por este modo que se pode transmitir uma dívida no seu sentido amplo; vale dizer, transferir a obrigação inteiramente na sua identidade, fisionomia primitiva a outro e, simultaneamente, acarretar a exoneração do primitivo devedor. A transmissão pode se dar por acordo entre os devedores, mas pode também ocorrer mediante acordo entre o novo devedor e o próprio credor. Por exemplo, um parente, um amigo ou até alguém que pretenda ingressar como sócio em uma empresa, chega para o credor e diz que vai assumir aquela obrigação e que a empresa ficará exonerada porque ele irá assumi-la pessoalmente, porque quer ingressar naquela empresa totalmente saneada, e o credor concorda. Então, mediante apenas um acordo entre o devedor e o credor, a empresa ficou liberada e devedor será aquele que ingressará como sócio, ele pessoalmente, pessoa física.

Dessa forma, observem que ela pode se dar mediante acordo entre os devedores ou mediante acordo entre o novo devedor e o credor. Disse, por exemplo, que a primeira forma de transmissão entre devedores, seria a forma delegatória, onde um devedor delega ao outro exatamente assumir aquela obrigação perante o credor. E disse que a segunda, entre o novo devedor e o credor, é a forma expromissória, que vem do verbo latino *ex promittere*, porque lança fora o antigo devedor, ficando apenas o novo e o credor.

O nosso código, nos artigos 299 e seguintes, que versam sobre esse tema,

não estabelece essa diferenciação, não prevendo essas duas modalidades. Ele dispõe, sinteticamente, que é facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele ao tempo da assunção era insolvente e o credor o ignorava. Não fez essa previsão das duas modalidades, nem nos artigos seguintes, mas não prejudica em absoluto que sejam elas discernidas, que sejam elas separadas para poder delas extrair as consequências.

Os senhores indagariam o porquê, que sentido faz dispor, em separado, dessas modalidades? Faz sentido em razão de problemas que normalmente despertam a transmissão das obrigações do lado passivo: as garantias permanecem ou não? Fidejussórias ou reais? acessórios, cláusula penal, juros, correção que vêm fluindo e assim por diante, continuam a fluir ou ali param? Sugerem outras consequências também jurídicas e relevantes. Exceções, que defesas pode o novo devedor opor ao credor? Ele está adstrito apenas às defesas que o antigo credor poderia opor ou ele pode também opor defesas suas ao novo?

E também há um outro problema relevante, a insolvência. Se o novo devedor se torna insolvente, restabelece-se a dívida contra o antigo, em que situação fica o credor? Ora, na verdade só se pode chegar a conclusões em torno desta matéria, separando as duas modalidades. Vale dizer: acordo entre os devedores ou acordo entre o devedor e o credor. Por exemplo, no acordo entre os devedores, como a obrigação se transmite na sua fisionomia originária, é evidente que o novo devedor só pode opor exceções que competiam ao antigo devedor, salvo aquelas que eram pessoais ou personalíssimas. Então, observem que tem importância essa distinção e que ela repercute exatamente nas exceções, como também nas garantias, e assim por diante.

Quanto às garantias, em princípio, se a obrigação é a mesma, transmite-se

como tal, com a mesma fisionomia e as garantias também devem ser transmitidas. O código, aliás, poupou palavras a esse respeito. Contudo, isso não significa que não extraíamos daí esta consequência em função da natureza do instituto, pois as garantias se transmitem, as reais e, eventualmente, também as fidejussórias. Só não se transmitem as reais quando a garantia é dada por um terceiro, pois nesse caso seria também uma violência pretender que aquela garantia estivesse a garantir uma dívida que não era a dívida para a qual o terceiro aquiesceu com aquele escopo. E no tocante às garantias pessoais, a fiança também é personalíssima, mas afora isso as garantias persistem. Por exemplo, em um acordo entre os devedores, se a dívida está garantida por hipoteca constituída pelo antigo devedor, esta hipoteca continua, porque não faz sentido que alguém transmita a outrem e a hipoteca, que estava garantida, não continue, porque isto enfraquece a dívida e diminui também a posição daquele que vai se inserir na relação obrigacional.

Estou apenas mostrando aos senhores que, apesar de o novo Código não ter estabelecido distinção entre as modalidades, podemos perfeitamente extraí-las da própria natureza do instituto, do tratamento sistemático que veio a receber no Código e atribuir aí as diversas consequências. Mas a importância da matéria vai além das modalidades de que estamos cogitando agora.

Vejam os senhores que tocamos até agora em um dado que é a transmissão das obrigações, em que o novo devedor assume, toma a si a obrigação e o antigo resta liberado, ou mediante acordo entre eles ou mediante acordo entre o novo e o credor. Mas a assunção de dívida vai além, pois o préstimo desse instituto é de ordem tal, que ele hoje é utilizado na vida comercial, na vida prática, na vida econômica, para fins outros, como por exemplo, de reforçar a garantia da obrigação. Surge, então, um tipo de assunção de dívida que também não está previsto, mas que pode perfeitamente

ser daí extraído e é compatível com o novo Código: a chamada assunção cumulativa de dívida. O que é isto? É a chamada assunção adesão à dívida ou adjunção à dívida. Nessa modalidade, que é muito empregada, o novo devedor ingressa na relação jurídica e o antigo não se despede dela, ambos continuam e de uma forma tal, que o credor pode cobrar a obrigação tanto de um quanto de outro. O que vale dizer que aquela obrigação resulta reforçada, garantida, é a chamada assunção cumulativa de dívida. Em que situações ela se aplica? Volto ao exemplo inicial: uma sociedade que não está muito bem, os sócios querem ceder as suas cotas, vem o credor e diz que concorda com a cessão de cotas aos novos sócios, mas exige que, para que a sociedade continue comerciando com ele, para que ele lhe forneça mercadorias, insumos etc, ele quer que os novos sócios assumam pessoalmente essa dívida ao lado da sociedade, porque sabe que a responsabilidade como sócio está limitada ao capital social, mas a responsabilidade pessoal, não. Então eles assumem aquela dívida ao lado da sociedade por cotas.

Vejam os senhores que resultou mais garantido o credor, houve na verdade uma adesão de reforços, de tal forma que o credor poderá cobrar essa dívida tanto da sociedade como dos sócios. Existem outras situações com as quais nos deparamos. Vamos encontrar, com muito frequência, o credor hipotecário de um imóvel em construção, que verifica que a construtora, por não honrar compromissos mediante credores, está retardando a entrega do imóvel, do conjunto de unidades, o que poderá, eventualmente, prejudicar o seu próprio crédito, que vai perdendo, vai se tornando rarefeito no tocante à garantia. Então ele, credor hipotecário, procura os fornecedores da construtora e diz que ele assume, ao lado dela, essa obrigação, e que continue fornecendo, para que a obra termine e as unidades possam ser vendidas e assim ele venha a ser pago. É utilizada dessa forma.

Há um caso que aconteceu entre nós e que foi manchete de jornais e que, na verdade, importou uma discussão entre assunção cumulativa de dívida ou não: o famoso caso da Sunamam, em que a União Federal teria, segundo os credores estrangeiros, assumido a dívida da Sunamam de forma cumulativa, vale dizer, se tornado devedora junto com a Sunamam lá fora. Os credores externos diziam que queriam cobrar da União, pois se a Sunamam não está em condições, a União Federal deve. A União Federal sustentava que não havia assumido a dívida, muito pelo contrário, o que houve foi um outro negócio, uma outra operação entre eles praticada, mas que não importou nem na transferência para ela da dívida exclusivamente, nem por outro lado em uma assunção cumulativa. Já a Sunamam dizia que nada devia, que havia transferido totalmente a dívida à União Federal. Vejam que estava em jogo uma assunção privativa, que implica a exoneração da dívida, uma assunção cumulativa e uma terceira situação, que iremos verificar, que é de suma relevância.

A assunção cumulativa gera, na verdade, praticamente, um vínculo de solidariedade entre o credor e os novos devedores, mas com um dado muito interessante: no plano interno, muitas vezes, aquele que paga, não tem o direito de regresso. Exemplo: a mulher que assume dívida de aluguéis ou dívidas que o marido fez. Ela acaba pagando. Os autores dizem que não faz sentido que, nesse caso, ela tenha um direito de regresso contra o marido. Então nessa relação de solidariedade não é sempre que se tem um direito de regresso daquele que vem a solver o débito.

Os senhores já puderam perceber a importância da assunção cumulativa de dívida, sobretudo no campo comercial, econômico e financeiro. Um outro dado: às vezes, ela se presta à confusão com a fiança, mas se distingue desta de uma forma bem nítida: enquanto na fiança o fiador garante dívida alheia, na assunção cumulativa o devedor que che-

ga, toma para si a dívida como própria, continuando o outro, apenas os dois. Então por isso difere da fiança, não é fiança, embora na redação de muitos atos, possa se estabelecer uma certa confusão entre uma e outra.

Uma outra posição intermediária, que não foi tratada no Código e que é de grande importância, que detectamos a todo momento, é aquela à qual nos referimos de início, relativa aos contratos de gaveta. Neles, o credor não deu o seu consentimento. Não podemos dizer que tenha havido uma assunção cumulativa, porque na verdade quem está comprando também não está querendo ficar como devedor ao lado do outro. Ao contrário, ele está aceitando que seja passada para ele a obrigação, assim que sobrevier o consentimento do credor. E se não sobrevier, o que existe? O nada? Isso tem que ser escondido, trancado em uma gaveta porque houve um ilícito? É claro que não. Aí entra uma terceira figura prevista em outros códigos, que gravita também em torno do mesmo tema: a chamada promessa de liberação. O que significa dizer que o novo devedor está prometendo àquele que o era, liberá-lo perante o credor. Então ele tem obrigações apenas perante o verdadeiro devedor, de liberá-lo perante o credor. Isto é mais ou menos o que se passa nos famosos contratos de repasse, em que o financiamento externo vem, é repassado para o devedor nacional e este promete à Instituição Financeira que o repassa a liberá-la perante o credor estrangeiro, com a plena identidade da dívida.

Então, vejam os senhores, há repercussões desses institutos igualmente no plano internacional. O Novo Código não trata da assunção cumulativa, não trata da promessa de liberação. Não se trata de crítica, mas uma ponderação, dizer que diante do que outros códigos fizeram, ele poderia ter sido completo, talvez tenha ficado um pouco insuficiente. É muito bom que, sobretudo, os magistrados tenham a exata noção desses aspectos, e isso não impede, de for-

ma alguma que, diante da sistemática do Novo Código Civil, se interprete, se aplique e se dêem todas as conseqüências a uma assunção cumulativa de dívida e a uma promessa de liberação. Nada impede, ao contrário, recomenda, porque não há como cogitar de um instituto sem se terem visto outros, uma vez que gravitam em torno do mesmo núcleo.

Então, vejam que na assunção de dívida, na transmissão das obrigações pelo lado passivo, que têm esse alcance enorme, sobretudo pelos desdobramentos que vão projetando por via da assunção cumulativa, por via da promessa de liberação, o seu tratamento legislativo é indispensável na vida moderna. Hoje, em um mundo em que os negócios se internacionalizam, em que há garantias de um país para o outro, e vice-versa, é preciso ter em conta esses institutos porque eles são utilizados no comércio internacional e nas relações financeiras internacionais. E digo mais ainda: uma assunção de dívida é uma fórmula, embora tênue, de se evitar insolvência, mas uma fórmula de se facilitar o saneamento de empresa, pois antes de que ela venha a falir, quebrar, ou se tornar realmente insolvável, pode perfeitamente haver uma transmissão dessas obrigações sem prejuízo a credores, para que ela continue a sua vida.

Indispensável na assunção de dívida é sempre o consentimento do credor. O jurista alemão Larenz sustentava que, na assunção de dívida, o que se tem, na verdade, é o devedor dispondo do direito do credor, quando ele a transfere a um outro devedor. Agora como ninguém pode dispor do direito alheio, só com a ratificação, que deve ser em princípio expressa, é que ela se aperfeiçoa e na verdade ocorre a transmissão. O Código introduz uma medida que já vinha sendo sugerida há muito tempo: em se tratando de assunção de dívida, de dívida garantida por hipoteca de imóvel, nesse caso, pode-se assinalar prazo ao credor para dizer se consente ou não. Se ele não consentir expressamente, vale o assentimento

tácito. Vejam que foi de muita atualidade e é muito importante, pelas repercussões que desenvolve, o Código Civil ter abordado esse tema que vemos a todo momento.

Ainda dentro da mesma perspectiva, temos a cessão do contrato, que a todo momento ocorre, basta que pensemos na cessão da promessa de compra e venda, na sublocação, e em tantas outras situações com as quais nos deparamos a todo momento. O Código Civil não regulou a cessão do contrato, ao contrário dos Códigos Civis português e italiano, que o fizeram. Mas a cessão do contrato é perfeitamente válida, útil e também emerge dos mesmos fundamentos que inspiram toda a transmissão das obrigações.

Quando é que temos a cessão do contrato e qual a sua grande utilidade? Eu tive um grande professor, Prof. Galvão Telles, que exemplificava da seguinte forma: A vende a B, que vende a C, C vende a D, D vende a E. B não recebeu ainda a mercadoria, mas ele precisa passá-la para frente. Se ele for aguardar a mercadoria para que se operem as demais transferências, perder-se-á tempo e sobrevirão ônus não previstos. Então, não se pode impedir que B transmita para C o direito a receber a mercadoria, C para D e D para E. No final, os pólos daquele contrato serão A e E, o que facilita, em muito, a entrega da mercadoria, sua exigência e os direitos e obrigações que emergem daquela relação jurídica já agora entre A e E. É isto a cessão do contrato.

Os senhores poderiam perguntar: como construir a cessão do contrato, como interpretá-la na ausência de uma previsão legislativa? Alguns sustentam que o núcleo da cessão do contrato reside exatamente em uma assunção de dívida correlativa, co-respectiva à cessão do crédito. Isso significa dizer que a mesma parte transmite, simultaneamente, crédito em contrapartida de assumir uma dívida. Daí se dizer que ela só é possível no contrato bilateral. Em última análise, isso seria o que ocorre

na cessão de contrato. Mas, o direito evolui e, à medida que o jurista vai se detendo e com o microscópio vai tentando verificar o que se encontra, ele percebe que, por exemplo, se pensarmos em termos somente de cessão de crédito e de assunção de dívida, não estaremos transmitindo alguns direitos e deveres que decorrem de uma posição contratual, não apenas de ser credor ou devedor. Por exemplo: o direito de resilir o contrato, o direito de denunciar o contrato, de opor uma exceção, cabível apenas em um contrato bilateral e assim por diante. Por isso é que, modernamente, (e o Código Civil Português acolheu esta orientação) fala-se na cessão da posição contratual, o que significa dizer que se cedem todos os poderes, direitos, deveres e obrigações laterais de conduta que se encaixam em uma determinada posição contratual. Eles são cedidos como um todo, cede-se na verdade a posição contratual, que é muito mais do que o crédito ou do que a dívida isoladamente. É assim que deve ser concebida a cessão do contrato, fenômeno poderoso para a circulação das obrigações, porque aí já não se transfere apenas o crédito ou a dívida, mas o contrato no seu todo, na sua globalidade, através da sub-rogação em uma posição contratual.

Mas o tema não se esgota aí. A evolução, a necessidade do tráfico das obrigações, leva também ao acolhimento e à construção de outras figuras, sobretudo no mundo moderno em que, como todos sabem, a declaração de vontade se transmite por meios eletrônicos e, hoje, pela forma digital. Então, todos nós, sobretudo os jovens juízes, iremos enfrentar doravante, nesse início de milênio, o grande problema da transmissão da declaração de vontade e, por conseguinte, das obrigações pelos meios eletrônicos e também por via digital. É uma circulação muito mais rápida do que podemos imaginar. Li no jornal, ontem, que os bancos vão introduzir um novo sistema para movimentação de conta corrente e até para venda de ações em bolsas. Na

Europa, a União Européia já recomendou que se legisle sobre a transmissão do negócio jurídico por via digital e alguns países já têm lei a esse respeito. De modo que os senhores enfrentarão esse problema, que envolve igualmente a transmissão das obrigações.

Antes dele, existe um outro que nos mostra exatamente o rumo em que caminha a transferência de direitos e obrigações de um modo genérico: é o chamado contrato com pessoa a declarar, que vem, agora, regulado no Código Civil. Esse contrato é muito interessante porque ele surgiu na Idade Média, com o objetivo inteiramente distinto daquele para o qual é utilizado hoje. Na Idade Média, os nobres, muitas vezes, queriam arrematar em leilões, mas ficavam constrangidos de lá comparecer e serem havidos como aves ávidas de arrebanhar a presa, ou então de serem vencidos. O que faziam? Eles encarregavam alguém para lá ir e arrematar, fazer lances em nome deles. Se fosse vencedor, na hora de receber o bem, este não seria entregue àquele que havia feito o lance, mas sim àquele que o havia encarregado de lançá-lo.

Mas, por que forma, se ele não havia apresentado mandato, não havia apresentado procuração na hora? Então não poderia ser feita a entrega àquele nobre que não havia aparecido naquele momento. Se o mandato fosse exibido depois, simplesmente não havia antes, também não teria esse efeito. Então argumentava-se que haveria, na verdade, uma dupla transferência: uma para quem apresentou o lance vitorioso e outra desse para aquele que, na verdade, queria adquirir o bem. Mas isso não interessava e não correspondia à vontade das partes. Não interessava porque os laudêmios, por exemplo, em tema de imóveis, eram caríssimos na Idade Média e implicaria também um duplo pagamento de laudêmios, para aquele que deu o lance, e deste para aquele que o havia encarregado de exhibir o lance.

Construiu-se, então, a seguinte figura: aquele que arrematava, se ele dis-

sesse que arrematava **sib aut amico**, para si ou para o seu amigo, isso significava que ele tinha a faculdade de, em um prazo determinado, indicar, se fosse o caso, aquele para quem ele arrematou e este, se apresentando e sendo aceito, era como se não tivesse sido arrematado por quem exibiu o lance. Então a venda se reputava feita diretamente entre, digamos assim, o devedor, ou se fosse o caso, a massa sob a qual pendia aquela execução e aquele que havia encarregado de arrematar. Desaparecia do mapa aquela figura intermediária de quem havia dado o lance. Assim é que surgiu o contrato com pessoa a declarar na Itália, basicamente em torno dos séculos XIV e XV.

Tudo isso vai nos mostrando que, a todo momento, no direito devemos imaginar que os institutos, às vezes, surgem com uma determinada finalidade, mas a evolução sociojurídica os desvia da finalidade para qual foram criados, surgindo outra finalidade muito mais útil e necessária. Foi o que sucedeu com esse contrato. Ainda na Idade Média, sobretudo naquela região do centro da Europa, correspondente à atual Suíça, ao norte da Itália e também à França, os laudêmios eram caríssimos. Sucedia que as partes celebravam um contrato de promessa de compra e venda em que constava uma cláusula: “a escritura definitiva será outorgada ao promitente comprador ou a terceiro que ele indicar”. Vinham então o fisco, e os nobres e diziam que ali havia uma dupla transmissão, que deveria ser pago o laudêmio por duas vezes, assim como, mais tarde, os tributos também seriam pagos por duas vezes.

Sustentava-se em absoluto que o que está aqui, é aquela cláusula empregada no leilão, **sib aut amico**, para ele ou terceiro que ele indicasse. Mesmo parecendo que não, a verdade é que o poder feudal foi se esvaindo, foi se esboroando diante dessas situações em que os nobres perdiam o poder econômico com a fuga, com a evasão dos laudêmios e das taxas que lhes eram

devidas. E, assim, o contrato prevaleceu e é regulado nos Códigos Cíveis Italiano, Português e agora está introduzido no nosso Código, sendo largamente praticado na França e em outros países. Perguntaria aos senhores: não estaria havendo uma burla à lei, uma simulação, uma fraude?

Vou dizer por que esse assunto despertou-me a atenção: eu era Curador de Massas Falidas, e preocupado em zelar pela autenticidade dos leilões, junto ao Leiloeiro Paulo Brame acabei montando um mapa, que seria um registro de ocorrências dos leilões. Imprimimos vários talões, onde constava quem arrematou, a qualificação completa, se havia pago, como havia pago, o número do cheque, etc. Eu só assinava o auto depois que conferisse exatamente o que constava naquele mapa. Ele ficava com o carbono e o original, comigo. Comecei a observar que vinha o primeiro auto e não batia, pois era um outro arrematante, eu não assinava; o segundo, eu também não assinava, assim por diante. Até que um dia, foram me procurar dizendo que por isso não haveria mais como vender bens de massa falida, de espólio, nem de ninguém. Perguntei o porquê, pois eu só estava exigindo que constasse o nome de quem havia arrematado, o auto e a carta têm que ser em nome dele e o bem tem que ser a ele entregue. Pediram-me, então, para não fazer mais aquilo sob pena de não se conseguir mais vender nem bens de espólio, nem bens de massa. Isso ocorre porque, na verdade, quem compra não está comprando para si, está comprando para outro, mesmo sem procuração. Isso é a praxe, ninguém de fora compra, se alguém quer comprar, encomenda a um deles ou, às vezes, eles compram sem que haja sequer uma encomenda, sabendo que fulano ou beltrano se interessará. Foi aí que me tranqüilizei um pouco e, examinando, verifiquei que na verdade eu não estava nem diante de uma fraude à lei, nem de simulação, mas, na verdade, isso corresponde à figura do contrato com pessoa a declarar. Fiquei mais tranqüilo, então, para

assinar os autos e permitir que os bens fossem entregues, assim como a carta de adjudicação. Vejam os senhores uma aplicação prática muito importante.

Hoje, podemos ter uma aplicação prática desse instituto (não diretamente do contrato em si, que a meu ver é um contrato abstrato, semelhante ao contrato a favor de terceiro, que vai se amoldando a várias situações) no seguinte exemplo: Se quisermos comprar um carro em uma agência de automóveis, deixando o nosso na mesma, se quisermos vendê-lo, duvido que alguém saia da agência com o recibo constando o nome de quem comprou. Isso não ocorre com ninguém. Isso me intrigava, pois é uma situação horrível não se saber para quem estou vendendo um carro, que amanhã poderá bater na mão de um estelionatário, na mão de um seqüestrador e a responsabilidade civil nesse interim?

Vejam bem que, se aplicarmos às situações dessa natureza a concepção do contrato com pessoa a declarar, posso dizer que vendi para a agência com a faculdade de que ela indique um terceiro, que, aceito por mim, será comprador, mas não haverá nenhuma responsabilidade minha no interregno.

Então, vejam a utilidade prática dessa figura contratual e não só aí, pois os corretores de bolsa de mercadorias, de valores, compram pelo telefone no Rio Grande do Sul, pela Internet, dizendo: “manda tantas sacas de milho”, e não sabe para quem vai vender, mas sabe que terá comprador. Embora o contrato com pessoa a declarar não se confunda com a mediação nem com a corretagem, na verdade ele está servindo exatamente a essa hipótese. Ele está comprando para si ou para quem ele venha a indicar. Só que quando esse aceita, desaparece aquela figura intermediária, ele entra no contrato como se fosse a parte desde o início. Há uma resolução, há uma extinção retroativa *ex tunc* da posição daquele que figurava inicialmente e o contrato, desde o início, ocorre entre quem vende e aquele que na verdade aceita e é indicado.

Os senhores poderiam indagar se isso poderia implicar uma burla à lei. Não, desde que bem entendido, estejam resguardados os interesses do fisco, ele apenas facilita a circulação dos contratos. Tanto que na Itália, veja que nome sugestivo recebe esse tipo de contrato: contrato em branco, que seria aquele em que a pessoa da contraparte não está, de início, determinada, há uma relativa indeterminabilidade da pessoa da contraparte. Vale dizer que a determinação da pessoa deixa de ser fundamental, o que rompe com um dos conceitos mais tradicionais que temos do contrato, a sua celebração a partir do momento da formação, onde o acordo de vontades é imprescindível.

Então, todo o direito caminha nesse rumo e isto exatamente para atender a uma exigência da sociedade moderna, que reclama, requer e precisa da circulação das obrigações, da circulação do contrato, para que as operações possam se realizar em um mundo cada vez mais universalizado. Isso tudo nos leva, por conseguinte, agora a pensar em reflexões mais prospectivas: o que estaria por detrás de tudo isso? Como fica então o conceito de obrigação, tradicional, de contrato, que aprendemos sempre em função de partes praticamente determinadas ou de um modo imediato determináveis? Vemos que se fala contrato em branco, em circulação imediata sem determinação dos pólos da própria obrigação.

A concepção, que vai se instilando no sistema jurídico, e quer parecer que também esteja no próprio Código, é de que a obrigação não implica mais, como se via desde o Direito Romano, e sobretudo por um viés romanístico, um estado de sujeição do devedor ao credor. A obrigação no fundo é uma relação entre credor e devedor sem o sentido exclusivamente egoístico ou estritamente individual de um ou de outro. É por via da obrigação que alguém propicia a outrem aquilo de que ele carece, como no mútuo, na empreitada, no próprio mandato, na sociedade, na compra e venda e assim por diante. O gran-

de jurista italiano Emilio Betti sustenta isso quando ele fala nas vicissitudes da obrigação. Ele diz que a obrigação deve ser vista como um meio de colaboração entre os homens e não de sujeição, de submissão de um a outro como na figura tradicional do devedor submetido inteiramente ao credor, não se trata disso. Primeiro, sob essa ótica, a obrigação traz direitos para o devedor e impõe deveres ao credor. A obrigação traz um reflexo social porque interessa a toda a sociedade que o adimplemento se realize, daí a possibilidade de que terceiros venham a pagá-la, a solver o débito. Então o conceito de obrigação vai se transmudando, vai assumindo uma nova fisionomia, e, em síntese, trazendo um novo conteúdo, qual seja: o de colaboração entre os homens. É exatamente esse conceito que propicia o desenvolvimento de figuras como a transmissão das obrigações, a cessão do contrato, o contrato com pessoa a declarar, e vai nos trazer, brevemente, o problema dos contratos celebrados mediante declarações por via digital.

Era apenas essa reflexão que eu gostaria de trazer aos senhores e parece-me que, por detrás de todos esses institutos, o nosso Código Civil está deixando correr um veio, um filão muito profundo, o de uma nova conceptualística em torno da obrigação e do próprio contrato, como instrumentos a serviço dos homens e não de sujeição de uns aos outros. Agradeço muito pela paciência e se não pude na verdade atingir os objetivos.

DEBATES

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Desembargador Roldão, eu tinha várias perguntas a fazer, mas vamos ceder o espaço ao auditório. Tenho aqui uma indagação do Prof. Melhim Chalhub: no contrato de alienação fiduciária de imóvel, Lei nº 9.514, artigo 30, exige-se a interveniência do credor fiduciário para efetivação da cessão do contrato, com assunção de dívida. A indagação que se faz é: prevalece essa regra sobre o artigo 303 do Novo Código Civil?

Desembargador Luiz Roldão F. Gomes

O artigo 303 diz respeito ao adquirente do imóvel hipotecado, estabelecendo o seguinte: se o credor notificado não impugnar exatamente a transferência em trinta dias, entender-se-á que ele consentiu. Não deixa de haver consentimento é apenas um consentimento tácito, o qual, a meu ver, é perfeitamente cabível, como existe em outras legislações - se não me engano no Código Civil Suíço - por uma razão: a hipoteca grava o imóvel, então não há risco de perecimento nem de desaparecimento do imóvel. O credor não ficará desguarnecido, ainda que não dê o seu consentimento, pois a hipoteca remanesce e o imóvel não desaparece.

Na alienação fiduciária em garantia, em termos de cessão de contrato, ela tem que seguir toda a sistemática de cessão de contrato. Como ela envolve, já vimos inicialmente, duplamente uma relação de corresponsabilidade, uma cessão de dívida e uma cessão de crédito, evidentemente que, por causa da assunção de dívida, ela carece sempre do consentimento do credor. Poder-se-ia alegar, talvez o seguinte: seria cabível uma aplicação analógica desse artigo para a cessão do contrato na alienação fiduciária em garantia? Vejam bem que aqui não há elementos tão próximos para essa aplicação analógica, porque o imóvel não pode, de repente, desaparecer. O móvel evidentemente pode, e sabemos que isto ocorre com mais facilidade, ou pelo menos com muito mais probabilidade. De modo que não seria recomendável uma aplicação analógica no artigo 303 à cessão do contrato na alienação fiduciária em garantia, por essa razão.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Outra indagação: Na assunção de dívida cumulativa, a responsabilidade é solidária ou subsidiária, já que o novo Código Civil é omissivo e a solidariedade não se presume?

Desembargador Luiz Roldão F. Gomes

Realmente, para se ter uma solidariedade indene de dúvida - daí eu ter

falado em insuficiência - o Código deveria ter feito essa previsão. Mas, sucede que é da natureza, é da essência da assunção cumulativa de dívida que o novo devedor assumira ao lado do outro, sem que este se despeça da relação obrigacional.

Ora, isso não poderia ocorrer em uma obrigação conjunta, pois não faria sentido, porque a obrigação seria repartida. Para que a obrigação permaneça a mesma e o outro assumira ao lado do antigo, sem que ele se disperse em toda a obrigação, ela só pode ser uma obrigação solidária. Mas sucede que, além de ser da estrutura, da essência e da natureza da assunção cumulativa de dívida, na verdade, quando ela ocorre na prática, quando a cláusula vem bem redigida, não só é especificado que há uma assunção cumulativa da dívida, ainda que não se mencione solidariedade, como se diz, às vezes: podendo o credor cobrar tanto de um quanto de outro a integralidade da dívida. É esse o motivo pelo qual, na assunção cumulativa de dívida, podemos, mesmo sem texto, a partir da natureza, da estrutura, da essência do instituto, deduzir que a obrigação é solidária.

Dr. Régis Velasco Fichtner

Gostaria de fazer uma indagação com relação a esse problema dos contratos de gaveta, porque me parece (e aí eu gostaria de fazer uma breve observação) que quando o novo Código trouxe, ou pelo menos positivou, um novo elemento, nos contratos que diz respeito ao problema da função social do contrato. Parece-me que seja um novo princípio estabelecido para a relação contratual, o da função social do contrato, que significa, pelo menos na minha concepção, que o contrato não deve mais ser entendido como uma relação que só interessa às partes contratantes. Ele está permeado pelas condicionantes sociais e é afetado por elas. A indagação que gostaria de fazer é a seguinte: se nessa hipótese de contrato de gaveta, tendo em vista a ques-

tão da função social do contrato, não poderíamos ultrapassar aquele princípio clássico da relatividade dos efeitos do contrato para liberar, efetivamente, o cedente do contrato, na medida em que há um imóvel (que em princípio assegura o pagamento do crédito) e levando-se em consideração que normalmente se tratam de bens adquiridos para a residência da família, ou seja, atingirmos aí o princípio da essencialidade do bem, e na medida em que não me parece que possa haver prejuízo efetivo para o credor, em princípio? Essa é a primeira indagação. Em segundo, com relação a essa mesma questão, se atendido o princípio da função social do contrato, seria lícito ao credor, e também levando em consideração o princípio da boa-fé que foi positivado, recalculer a dívida nessa hipótese, que me parece que também viola o princípio da função social do contrato e da boa-fé?

Desembargador Luiz Roldão F. Gomes

Excelente pergunta em todos os aspectos. O **Jornal do Comercio**, essa semana, divulgou a notícia de que um Tribunal Regional Federal (penso que o da 2ª Região), na linha do que se decidiu no STJ, admitia que o cessionário, o adquirente pudesse propor, inclusive ação consignatória, para evitar a mora em face do credor, embora a mora não sendo parte. Tem-se observado isso. Também há decisões admitindo, por exemplo, que, se o cedente pagou, se sua dívida foi toda quitada, mas ainda se sobre o bem, sobre a unidade, pende hipoteca, esta, não obstante ser indivisível, pode, no caso, deixar de incidir sobre aquela unidade, exatamente fracionando aquele princípio tradicional da indivisibilidade, da garantia, e liberando com isso o cessionário. São pois grandes avanços.

Penso que, pela função social do contrato e também por esse dado muito importante, a assunção de dívida, o contrato com pessoa a declarar e o contrato a favor de terceiro têm aspectos comuns, porque eles projetam efeitos fora da própria relação contratual que se transfor-

mam ou constituem em um outro dado muito interessante e que justifica a existência de todos eles. Creio que diante da exigência expressa, do consentimento do credor, para transferência das obrigações e considerando-se que a transferência das obrigações, ainda quando celebrada pelos devedores, se entende como um ato de disposição do direito do credor, que só se aperfeiçoará com a ratificação ou consentimento dele (que se admite tácito, no caso do imóvel ser hipotecado) penso que, a não haver uma previsão legislativa, estaríamos, na verdade, elevando, alçando a promessa de liberação daquele patamar ao de uma verdadeira assunção de dívida.

Digo isso porque seria mais fácil, talvez, entender que houve, aí, uma

assunção cumulativa de dívida. Se tivéssemos várias etapas, teríamos: no ápice, a assunção liberatória da dívida, em seguida a assunção cumulativa e em terceiro plano, a promessa de liberação. Se admitíssemos que o devedor primitivo, o cedente, ficasse inteiramente liberado, estaríamos simplesmente indo do primeiro andar para o terceiro, sem passar pelo segundo; seria, talvez, mais prático, a se entender dessa forma, entender que houve uma assunção cumulativa. O que não impede que, por medidas exatamente em decorrência da função social do contrato e da própria boa-fé, para que corresponda ao seu resultado econômico, se admita que possa o cessionário tomar iniciativas que seriam privativas ou exclusivas do próprio cedente. ☰

Aspectos Gerais dos Contratos no Novo Código Civil

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Desembargador do TJ/RJ

Meus queridos amigos; estou vivendo hoje um momento extremamente denso de sonho e esperança. Chego, literalmente, do Hotel Glória, onde, em um auditório superlotado, se desenrola um congresso igual a esse, em que se debate o novo Código Civil, em que pese tratar-se de um Congresso especificamente dedicado ao Processo Civil. Eu até disse que se tivéssemos que dar um nome a esse Congresso, que é a sétima edição dos Notáveis do Processo, superando a própria série Jornada nas Estrelas, diria que este seria “Os Civilistas Contra-atacam”, porque nós, civilistas, estávamos no ostracismo, em evidente decadência.

Os grandes temas do Direito Civil, pela obsolescência do atual Código, acabaram migrando para outras sedes, inclusive constitucionais. O Ministro Moreira Alves, várias vezes, dizia que os civilistas tornaram-se aves raras no Brasil, mas agora, qual fênix, ressurgimos das cinzas e conseguimos até invadir o espaço de um congresso dedicado ao processo civil, quer dizer, os processualistas ficaram em nível secundário e nós assumimos. Naquele congresso, falei sobre a posse e a propriedade no novo Código Civil, e saio diretamente de lá, aliás, fazendo uma inversão, pois ao que soube, o Professor Humberto Theodoro Junior falou aqui de manhã, e está exa-

tamente agora abordando um tema naquele congresso. De maneira que trocamos as posições, e isso nos enche de esperanças, porque percebemos, com os auditórios lotados, principalmente de jovens advogados ou futuros advogados, que a Comunidade Jurídica Brasileira percebe a importância desse novo tempo, e se debruça sobre esse Diploma Legal, para desvendar os seus mistérios, descobrir as suas mensagens, identificar as suas falhas, para receber esse Código como um instrumento de trabalho, mas acima de tudo - e é o que espero de coração - para transformá-lo em uma ferramenta capaz de construir uma sociedade mais justa, mais igualitária.

É impressionante a mobilização da Comunidade Jurídica Brasileira em torno desse novo Código, passível de crítica, pois certamente não é o Código dos nossos sonhos. É claro que já nasce, em muitos pontos defasado, não por culpa dos seus autores, e sim da longuíssima gestação legislativa, mas, de qualquer maneira, é um Código que avança em pontos significativos, e por isso, merece de nós que seja recebido, pelo menos com boa vontade, como uma obra humana, e conseqüentemente passível de erros, de distorções ou de desvios. De maneira que vivo intensamente esse momento, que se espraie por todo o Brasil.

O tema desse encontro de hoje, que se debruça sobre o Livro das Obrigações

Palestra proferida no Seminário realizado em 19.04.2002.

e dos Contratos, não poderia ser mais desafiador e atual, e a mim coube falar sobre as disposições gerais dos contratos no novo Código. Para fazer essa comparação, é absolutamente indispensável que reflitamos sobre o atual Código Civil, no que se refere à Teoria Geral dos Contratos. Esse nosso atual Código Civil reflete, como não poderia deixar de ser, os dogmas liberais e individualistas que caracterizavam o direito no século XIX. O Código é do século XIX. Alguns na sala dirão que estou com muita má vontade quanto ao atual Código, e exagerando um pouco, afinal de contas ele não é do século XIX, ele já é do Século XX, afinal de contas é de 1916. Mas, não podemos nos esquecer que o Projeto foi concluído por Clóvis em 1896, e só então encaminhado ao Congresso, que só o aprovou em 1916, mostrando que os nossos parlamentares têm uma consolidada tradição de levar mais de vinte anos para discutir um Código Civil. De maneira que ele reflete essa posição: era um direito extremamente individualista, inspirado nos princípios filosóficos e econômicos do Liberalismo.

O Estado Liberal Clássico fazia da liberdade o seu alicerce filosófico e político. Diziam os franceses, após a Revolução, que se os homens fossem livres, tudo o que ajustassem seria justo e equilibrado. A liberdade era a primeira das palavras do Estado, por isso mesmo chamado de liberal. **Liberté, Fraternité, Igualité**. Entendia-se, inclusive no campo da propriedade, que a função social desta se exercia na apropriação dos bens em si mesmos, porque essa era a representação máxima da inteligência e da liberdade individual. O Estado pouco interferia nas relações econômicas, lavando as mãos como um grande Pôncio

Pilatós. Entendia-se que, sendo todos livres, seriam igualmente capacitados para auto-regulamentar seus interesses privados. A mais perversa das falácias, e o tempo mostrou isso dolorosamente. Não adianta a liberdade das partes, não sendo elas iguais.

Em nome da liberdade, o Estado Liberal criou a mais abjeta escravidão. Classes se tornaram privilegiadas, outras, embora livres, massacradas economicamente, começaram as pressões sociais, principalmente dos Sem Terra e Sem Teto da Europa no fim da 1ª Grande Guerra, e o Estado, finalmente, deixa a sua postura de mero espectador para começar a assumir uma intervenção no mundo dos contratos. Surge o dirigismo contratual mitigando os velhos dogmas da autonomia da vontade. Por isso, meus amigos, no atual Código Civil, que reflete essa feição individualista do Direito, os grandes pilares de sustentação da Teoria Geral dos Contratos, eram os velhos princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória, ou da imutabilidade dos contratos, resumida na conhecida máxima romana: **pacta sunt servanda**. Essa era a visão do Direito Contratual. Reparem que nas disposições gerais sobre os contratos, no atual Código Civil, não há uma palavra sequer sobre a função social do contrato. O contrato era visto, como estando a serviço exclusivo dos contratantes - Professor Roldão também falou isso - promovendo-lhes um benefício econômico. Daí também, como consequência lógica, o princípio da relatividade dos contratos.

Surge, então, um novo tempo, já no final do século XIX e início do XX, em razão dessas pressões sociais dos grupos oprimidos e marginalizados. O Esta-

do vai se tornando cada vez mais intervencionista, percebendo que os homens não são iguais, embora possam ser livres, e que se eles não são iguais, jamais seria equilibrada a relação contratual, porque o mais forte acaba impondo ao mais fraco a sua vontade e o seu interesse. O Estado, então, em uma espécie de justiça salomônica, colocou-se ao lado do hipossuficiente, tornando-o juridicamente mais forte e, com isso, equilibrando as relações econômica, jurídica e contratual. Desta forma, foi se plasmando uma nova feição do Direito, já agora, ao contrário, profundamente comprometida com o interesse social.

Esse conceito da função social do contrato, que também se aplica à função social da propriedade, sempre foi um conceito relativo e historicamente maleável, variando de acordo com as filosofias políticas e econômicas praticadas por cada povo, e em cada época. Mas, de qualquer maneira, hoje, temos uma nova postura, que está nitidamente refletida no novo Código Civil, e, é isso, que tentaremos transmitir a vocês. Não tenho a menor dúvida de que o Novo Código Civil, no campo dos contratos, avança extraordinariamente. Talvez até exageraria dizendo, pelo menos para mim, de maneira comovente, porque representam uma guinada de 180°. Passamos de uma visão individualista e egoísta para uma postura social. Esse conceito de função social está muito ligado à construção de uma dignidade da vida humana: a erradicação da pobreza, a eliminação das desigualdades sociais que, no fundo, representam a função social da propriedade e a função social dos contratos.

Sintomaticamente, o novo Código abre o Livro dos Contratos com disposi-

ções gerais e com o artigo 421, que nos dá uma síntese da nova filosofia contratual. Dispõe o artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O que se depreende daí? Em primeiro lugar, que a liberdade de contratar continua sendo, como não poderia deixar de ser, o pilar de sustentação da Teoria Geral dos Contratos. É bem verdade que talvez fosse melhor uma outra expressão, porque a liberdade de contratar, como aparece no artigo 421, não nos dá uma visão global, pois, hoje, a doutrina fala ou distingue a liberdade de contratar da liberdade contratual. A primeira diz respeito à conveniência ou não de se celebrar um contrato, e a segunda, a liberdade contratual, diz respeito à formulação do fundo do contrato ou das condições do contrato. Mas é evidente que, teleologicamente, vai se interpretar essa liberdade de contratar no sentido lato, incluindo tanto a liberdade de contratar *stricto sensu*, quanto a liberdade contratual.

Então, fica claro que essa liberdade - o Princípio da Autonomia da Vontade - continua assegurada. Aliás, no dia em que ela desaparecer, todo o mundo dos contratos sossobrará junto. Mas, ela agora tem um limite expresso na própria lei. O limite é exatamente a função social do contrato. O contrato, como lhes falei, passa agora a servir a toda a sociedade, e o Professor Roldão deixou tudo isso muito claro, principalmente quando analisou a questão da transmissão dos contratos e nos chamados contratos de gaveta.

O contrato, hoje, não é um meio de enriquecimento exclusivo dos contratantes, mas também um instrumento pode-

roso de eliminação da miséria, de redistribuição de renda e da construção daquilo que os americanos chamaram de *Welfare State*, o Estado do Bem-Estar. Como lhes falei, isso vai provocar uma verdadeira revolução no mundo dos contratos, aqui em nossa sociedade, exigindo dos magistrados uma sensibilidade muito maior no julgamento dos conflitos emanados dos contratos. Então, acho que esse artigo 421 dá a tônica desse novo tempo, aludindo, expressamente, à função social dos contratos e atrelando-os a essa idéia de justiça social.

O artigo 422 também é de transcendental importância, porque não há nenhum dispositivo correspondente no atual Código. O artigo 422 dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Outra mudança extraordinária, porque passamos de uma boa-fé subjetiva, inspirada no conceito romano, para uma boa-fé objetiva. Passamos de uma mera exortação ética que estaria aninhada apenas no coração e na mente dos contratantes, para uma efetiva conduta de acordo com o homem probo, com o homem honesto, o que representa, sem dúvida, uma janela que se abre para uma nova dimensão ética. Quando o projeto foi encaminhado ao Congresso em 1975, esse artigo era comovedoramente inovador, mas, ele já nasce um tanto envelhecido, porque dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Fala, portanto, só na conclusão do contrato e na sua execução. Sabemos que o Código de Defesa do Consumidor, essa lei divisora de

águas que já foi muito mais a frente, estendendo o princípio da boa-fé objetiva, como seu princípio fundamental, a toda a vida do contrato, inclusive na fase pré-contratual, na fase das tratativas e na fase pós-contratual, mesmo depois de já exaurido o contrato. Portanto, desde o primeiro momento das tratativas até depois de já se ter exaurido o contrato, as partes deverão guardar a mais estrita boa-fé nas relações de consumo, enquanto que o Novo Código fala apenas em dois momentos: a conclusão do contrato e a sua execução.

Não tenho a menor dúvida de que a doutrina e a jurisprudência ampliarão o conceito para estender também essa regra a essas duas fases pré e pós-contratual. O importante é que a função social do contrato e a boa-fé objetiva passam a ser, agora, cláusulas gerais dos contratos, também chamadas cláusulas implícitas, e por isso, elas se consideram inseridas em todo e qualquer contrato, seja de consumo ou não e estejam ou não expressamente referidas. Isso permitirá, por exemplo, que qualquer dos contratantes provoque o Judiciário para pedir a resolução ou a modificação de um contrato, se entender que ele não está servindo à sua função social ou que um dos contratantes não está se conduzindo como se conduziria um homem probo, porque a boa-fé, como lhes falei, deixa de ser uma mera exortação ética, para converter-se em um dever jurídico. O Código diz que os contratantes são obrigados a guardar a mais estrita probidade e boa-fé. Isso vai fazer com que o magistrado do Século XXI tenha uma enorme responsabilidade. Ele não será mais o conviva de pedra, um mero espectador do contrato, a boca da

lei, como queria Montesquieu, vai ter que arrancar a venda dos seus olhos, mergulhar no contrato e ser o seu grande fiel e equilibrador ético e econômico. Ele há de manter os contratos a serviço da sociedade. Um contratante de boa-fé não se sentirá confortável eticamente, se perceber que o contrato lhe promove um enriquecimento exagerado em detrimento da outra parte levada à ruína e ao desespero.

É claro, meus amigos, e não sou ingênuo e não tenho, a essa altura da vida, a menor veleidade de imaginar que, por causa do artigos 421 e 422, no dia 11 de janeiro de 2003, todos os brasileiros se transformarão em vestais. Os banqueiros tomarão a iniciativa de rever os seus contratos, baixarão drasticamente as taxas de juros, eliminarão o anatocismo, em suma, os contratos se purificarão, todos, de ofício, no dia 11 de janeiro. É claro que não! Isso é trabalho para uma, duas gerações, porque a lei não muda costumes sociais de um dia para o outro, mas é preciso dar o primeiro passo.

Repito: não é agora uma mera exaltação ética; é um dever jurídico e é claro que, aos poucos, com esses novos instrumentos, a sociedade brasileira vai passar a ver nos contratos esse poderoso mecanismo de eliminação das desigualdades sociais. Não tenho a menor dúvida quanto a isso, e daí a importância dos advogados, dos magistrados, em suma, de toda a comunidade jurídica, que é a de construir, como verdadeiros arquitetos sociais, esse novo tempo.

Então, creio que os artigos 421 e 422 talvez sejam os mais importantes de toda essa virada filosófica no mundo dos contratos, que esse novo Código nos

propicia. O artigo 423 também mostra esse novo tempo. O atual Código não diz uma palavra sobre os contratos de adesão (ou por adesão, como preferem alguns), até porque em 1916 eles eram muito raros. Os contratos eram quase todos paritários, discutidos olho no olho, em torno de uma mesa de negociação, em que cada parte gozava da mesma liberdade para discutir as condições do contrato. Só que a massificação da economia moderna e a complexidade da economia, fez com que mergulhássemos numa era de vertiginosa velocidade, de produção em massa, de consumo em massa, de distribuição em massa, e que exigia, então, uma contratação em massa, e o que é pior: provocando uma lesão em massa também.

É claro que, nesse clima de massificação, não havia mais espaço para os contratos paritários. Era preciso contratar na mesma velocidade vertiginosa em que se produz e se consome, e essa contratação célere, e em massa, só se pode fazer através de contratos de adesão, em que há uma proposta imutável, bastando apenas ao interessado a ela aderir. Então, os contratos de adesão são uma consequência inevitável dessa massificação da sociedade moderna; só que eles encerram um enorme risco. Como a proposta é imutável, é evidente que o proponente - e isso faz parte da fragilidade da alma humana - se aproveita disso e insere na proposta condições que lhes são extremamente favoráveis e obviamente prejudiciais ao aderente. E o aderente, muitas vezes, precisando desesperadamente do produto ou do serviço, acaba manifestando a sua adesão, embora sabendo que as condições lhes sejam adversas.

É inevitável o contrato de adesão. Então, o que fez o Código do Consumidor, e o que faz, agora, o novo Código Civil? Aceita o contrato de adesão, mas tenta mitigar esses inconvenientes criando algumas regras de proteção ao aderente. A primeira está logo no artigo 423, e não é nenhuma novidade, porque ela reproduz exatamente uma regra de hermenêutica do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Se, portanto, o magistrado puder extrair do contrato de adesão duas ou mais interpretações, preferirá aquela que melhor atender aos interesses do aderente. Isso também fortalece juridicamente a posição do aderente.

O artigo 424 segue também na mesma linha: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Isso também já está no Código do Consumidor e essas cláusulas de renúncia prévia estão no elenco das chamadas cláusulas abusivas, que já nascem mortas, fulminadas pelo vício insanável da nulidade.

Então, o Código Civil reproduz essa regra, e isso vai trazer algumas questões interessantíssimas, questões práticas, porque antes do Código do Consumidor e desse novo Código, algumas práticas eram e continuam sendo exercidas nos mercados. Vou dar dois exemplos bastante conhecidos em que se manifesta previamente essa renúncia, que tem admitido essas cláusulas, mas agora isso será muito debatido. A primeira é uma cláusula muito conhecida e

inserida como padrão nos contratos de locação em que o fiador renuncia, desde logo, ao direito previsto no artigo 1.500 do Código Civil de 1916, que é o de exonerar-se da fiança quando o contrato passar a vigorar por tempo indeterminado. Quase todo contrato inserire essa cláusula. O fiador assume a fiança, renunciando aos benefícios dos artigos 1.491, 1500, 1502. Aliás, é uma curiosidade a mostrar o temperamento crédulo do brasileiro. Advoguei 33 anos no setor, perdi a conta dos contratos de locação que minutei e assinei, e jamais um fiador teve a curiosidade de saber a que estava renunciando. Ou toda a sociedade brasileira tem um nível de cultura extraordinário, porque todos conhecem perfeitamente os artigos 1.491, 1.500 e 1.502 do Código Civil, e por isso não precisariam ser informados, ou são de uma ingenuidade e de uma credulidade comoventes. Quantas vezes fiquei esperando que um fiador mais corajoso dissesse que assinaria, mas que só por curiosidade queria saber sobre o que tratavam os artigos citados. Eu, que tenho essa vocação didática, estava preparado para dar uma verdadeira aula a esse fiador, explicando o benefício de ordem e assim por diante, mas nunca consegui realizar esse sonho de dizer a um fiador o que seria isso.

Mas, o fato é que eles renunciavam previamente a esses direitos, e agora já se começa a discutir isso no STJ, ou seja, já há várias decisões dizendo que essa renúncia prévia não pode ser admitida, porque é nitidamente abusiva. Como é que o fiador pode anos antes saber se vai lhe interessar ou não exonerar-se da fiança? Agora com o novo Código, essa cláusula estaria rigorosamen-

te fulminada pela regra do artigo 424, porque ela importaria uma renúncia a um direito que é inerente ao contrato de fiança.

Há também um outro caso, uma outra cláusula que costuma ser muito usada, é a chamada renúncia prévia, na questão das benfeitorias. Ou seja, o locatário renuncia à indenização das benfeitorias necessárias, antes mesmo que o contrato termine e que elas sejam realizadas. Também é muito frequente uma cláusula em que o locatário renuncia ao direito de preferência, caso o locador, no curso do contrato, resolva alienar o imóvel. Então, vocês reparem como é frequente, só para citar o mercado de locação, que é aquele em que atuei mais frequentemente como advogado, a utilização de cláusulas, agora, consideradas abusivas.

A seguir vem o artigo 425, onde, à primeira vista, parece que o legislador disse aquilo que Nelson Rodrigues chamava de “óbvio ululante”. Disse o que não precisava ter dito, ele diz: “É lícito às partes estipular contratos atípicos”. Ora, jamais foi proibido, todos sabem que uma das classificações dos contratos e a que divide em contratos típicos, já regulados em lei; e atípicos, aqueles que ainda não encontraram uma disciplina legal específica. A liberdade de contratar é que permite a formulação de contratos atípicos. O único limite à liberdade de contratar é a ordem pública, e os bons costumes. Desde que não se violem a ordem pública e os bons costumes, podemos, com a nossa criatividade, formular, a cada dia, novos modelos contratuais. Então, não era preciso dizer no Código que é lícito às partes formular contratos atípicos. Mas, o Código

prossegue dizendo: “observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Creio que o que o legislador quis dizer **ad cautelam** é o seguinte: “Vocês continuaram livres para formular os contratos que quiserem mas, todos, por mais criativos que sejam, por mais inéditos, estarão subsumidos a esses princípios fundamentais, dos quais os principais são a função social e a boa-fé. Portanto, típicos ou atípicos, todos os contratos, agora, se subsumirão a esses dois pilares de sustentação.

Como se não bastasse, o legislador do novo Código, já na parte das disposições finais e transitórias, também por cautela, resolveu inserir no artigo 2.035, uma reiteração dessas idéias purificadoras. Reparem que nesse artigo, não se fala mais em contrato, fala-se agora em convenção, que é um conceito bem abrangente. Diz o parágrafo único do artigo 2.035: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Reparem que não satisfeitos em inserir as regras dos artigos 421 e 422, o legislador reproduziu essas idéias nesse parágrafo único do artigo 2.035, estendendo-a, inclusive, a dois pontos muito sensíveis socialmente, que são a propriedade e os contratos.

O artigo 435 não tem novidade alguma. Esse é o único que encontra um dispositivo correspondente no atual Código. É o conhecido artigo que reputa nulo o contrato que versa sobre herança de pessoa viva. Isso ocorre por várias razões: primeiro, porque seria eticamente censurável, por não se garantir a efetividade do contrato e, podendo ainda levar o herdeiro a desejar a morte

mais rápida do autor da herança, e, até mesmo, às vezes, provocá-la intencionalmente. Isso pode arrepiar um pouco os mais sensíveis, mas também essa minha experiência de vida, a essa altura, já me ensinou que o diabo se faz representar em todos os lugares, mas, onde há dinheiro, ele comparece pessoalmente. Então, o contrato sobre a herança de pessoa viva fica proibido exatamente para evitar isso.

Quanto às disposições gerais, meus amigos, são essas as observações a fazer, ressaltando, repito, esses dois artigos fundamentais: o 421 e o 422. Como um verdadeiro garimpeiro, sabendo da exigüidade do tempo, andei pinçando do novo Código alguns dispositivos, inseridos na Teoria Geral dos Contratos, que importam em inovações, algumas significativas, outras mais pontuais, ainda outras apenas consolidando ou positivando posições que já são pretorianas, como, por exemplo, na questão dos vícios redibitórios. No atual Código, todos nós sabemos que os prazos decadenciais concedidos ao adquirente da coisa para reclamar dos seus defeitos ocultos, sempre foram muito exíguos, principalmente em se tratando de coisa móvel. O prazo é apenas de quinze dias, a contar da efetiva tradição da coisa.

Ora, quando o defeito é percebido pelo adquirente, na maioria das vezes já se expirou o prazo decadencial, deixando o adquirente completamente ao desamparo. A proteção do adquirente, portanto, no atual Código, é inócua. Em se tratando de imóvel, o prazo é um pouco maior: são seis meses, mas, também na prática, se revela insuficiente até porque enquanto o imóvel não está ocu-

pado, dificilmente os vícios ocultos são percebidos.

Por isso, a jurisprudência, sempre oxigenadora e corajosa, vinha mitigando esse rigor formal e ampliando esses prazos. Por exemplo, considerando que em relação aos aparelhos eletroeletrônicos esse prazo de quinze dias só começaria a fluir quando o produto fosse posto em funcionamento e, em se tratando de imóvel, os seis meses se contariam a partir da efetiva ocupação e não da sua tradição. Mas o novo Código, percebendo esse defeito, ampliou os prazos: trinta dias para as coisas móveis - portanto dobrou o prazo de quinze dias para trinta - e um ano para os imóveis; tudo foi dobrado. Mas isso não bastaria: introduziu-se agora, uma modificação inspirada no Código do Consumidor, porque, agora, se diz que, em se tratando de defeito que não se pode perceber imediatamente, quer dizer aqueles defeitos realmente ocultos, esses prazos começarão a fluir não da tradição, mas sim do momento em que o defeito se torna perceptível, que é exatamente a regra do Código do Consumidor. Mas, o Código Civil novo determina um limite de 180 dias para as coisas móveis, e de um ano para os imóveis, ou seja, a partir do momento em que o defeito foi percebido, começaria a fluir o prazo. É então uma modificação significativa.

O novo Código, entretanto, não incluiu, entre os direitos potestativos do adquirente, um que está no Código do Consumidor e que me parece muito importante - é a garantia que se dá ao adquirente de exigir a substituição do produto defeituoso por outro de igual marca e modelo. Isso o Código Civil novo não fala, mas apenas nas duas soluções

clássicas, ou seja, a redibição do contrato, caso o defeito torne a coisa imprópria ao uso a que se destina, ou fala na redução proporcional do preço, se o adquirente prefere conservar a coisa.

Outra modificação que me parece importante, se deu na evicção, que como todos sabem, é mais um mecanismo de reforço dos contratos onerosos comutativos, quando o adquirente vem a perder a coisa adquirida por sentença judicial que reconhece o domínio em favor de terceiro ou por ato de apreensão legítima praticado por autoridade competente. Não seria justo que o adquirente que pagou uma contraprestação pela coisa viesse a perdê-la, ficando também sem a contraprestação paga. Portanto, a evicção assegura ao adquirente pelo menos a recuperação daquilo que pagou pela coisa. Mas o atual Código continha uma aparente contradição que a doutrina nunca recepcionou bem: a evicção pode ser total ou parcial. Na total, o adquirente perde inteiramente a coisa. Por exemplo, ele comprou uma fazenda de 80 hectares e um terceiro demonstrou ser o seu legítimo proprietário. Já na evicção parcial resta ainda alguma coisa ao adquirente. Digamos que dessa fazenda de 80 hectares, o adquirente veio a perder apenas 20 para um terceiro. O atual Código diz o seguinte: se a evicção é total, o adquirente poderá recuperar o preço pago devidamente corrigido, além de outras verbas que o Código enumera, como por exemplo as despesas do contrato, também corrigidas, as benfeitorias necessárias e úteis realizadas no imóvel, bem como os frutos que foi obrigado a entregar ao reivindicante. Entretanto, o preço pago lhe será devolvido apenas corrigido, por-

tanto, independente do valor da coisa no momento da evicção. Mas na evicção parcial - e isso ninguém nunca entendeu - expressamente se diz, no atual Código, que a restituição do preço se calculará pelo valor da coisa no momento em que se evenceu, ou seja, no momento em que foi perdida para o adquirente e interessa o valor de mercado da coisa no momento em que ocorreu a evicção parcial. Eram dois sistemas completamente diferentes sem uma razão lógica, já que o fenômeno é o mesmo, só que um, total e o outro, parcial. O novo Código corrigiu isso no parágrafo único do artigo 450: "O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial". Agora criou-se um sistema único e é sempre pelo valor da coisa no momento em que se evenceu.

Há um capítulo novo e muito importante, o dos contratos preliminares. É claro que os pré-contratos são praticados há muitas décadas, mas eles não estão disciplinados no Código atual. Foram a doutrina e a jurisprudência que construíram todo o arcabouço jurídico dos chamados contratos preliminares, dos quais o mais largamente praticado é a promessa de compra e venda de imóvel.

Uma grande dificuldade era exatamente a execução específica desses contratos preliminares. A idéia inicial era de que não cumprida a promessa de contratar - porque dos contratos preliminares emana uma obrigação de fazer que consiste exatamente em firmar o contrato definitivo - se a parte não cumpre essa obrigação de fazer, outorgando a outra o contrato definitivo, isso se re-

solveria em perdas e danos. Não haveria como compelir a outra parte a firmar o contrato definitivo porque se entendia que isso estaria violando o princípio da liberdade de contratar. Depois, com a promessa de compra e venda de imóvel, com o Decreto nº 58, é que surgiu, mas só para a promessa de compra e venda de imóvel, a idéia do direito real de aquisição, que obviamente permite ao promissário comprador adquirir o domínio, através da ação de adjudicação compulsória. Mas, nos outros contratos preliminares, não havia um instrumento poderoso e eficaz que levasse o contratante recalcitrante a cumprir a promessa.

Esses contratos preliminares saem, agora, do novo Código, extremamente fortalecidos. Reparem que há algumas regras muito importantes: em primeiro lugar diz o artigo 462: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”. Esse “exceto quanto à forma” vai resolver uma questão torturante porque a doutrina sempre discutiu muito se a promessa de compra e venda de imóvel teria que se revestir de forma pública ou se poderia ser feita por instrumento particular. Uma corrente entendia que tinha que ser por forma pública, porque o contrato de compra e venda de imóvel é solene e, portanto, o contrato preliminar deve acompanhar essa regra. Já a outra corrente entende que não, que os contratos solenes são exceções, e a lei não exige a forma pública para promessa, mas tão-somente para o contrato de compra e venda. Agora, reparem que me parece esclarecido, porque expressamente se diz que ele tem que ter os mesmos re-

quisitos do definitivo e “salvo quanto à forma”. Então me parece que agora, mesmo sendo solene o contrato definitivo, poder-se-ia fazer o preliminar por qualquer forma.

Dispõe o artigo 463: “Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”. Então, reparem que já se começa a vislumbrar um mecanismo de execução efetiva - o que aliás se insere na Filosofia que inspirou o novo artigo 461 do Código de Processo Civil - ou seja, a execução é efetiva da obrigação de fazer. Dispõe o artigo 464: “Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”. Reparem, então, que é um novo tempo, mais uma vez é a força inspiradora da boa-fé objetiva. As promessas, sejam solenes ou não, foram feitas para se cumprirem. Se você prometeu a outra parte celebrar o contrato definitivo, terá que fazê-lo, e se não o fizer, a parte inocente tem, agora, um mecanismo eficiente para obter o contrato que lhe está sendo injustamente negado. Então, mais uma vez, vem aí uma ação substitutiva de vontade, em que a sentença valerá como a vontade do contratante recalcitrante e tornará definitivo o contrato.

O artigo 465 dispõe: “Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos”. Essa é a filosofia moderna da

execução da obrigação de fazer e vejam que mudança substancial: antigamente o credor da obrigação de fazer tinha a seu serviço uma execução romântica, inócua, porque se entendia que não se podia compelir alguém a fazer alguma coisa, o que seria invadir o sagrado território da liberdade individual. Então, criaram-se verdadeiros *exocets* dirigidos à cabeça do devedor inadimplente de obrigação de fazer. O juiz tem agora instrumentos muito poderosos para compeli-lo a cumprir a promessa, e é disso de que trata o artigo 463. Mas, se o contratante inocente preferir, ele pode considerar desfeito o contrato preliminar e pedir perdas e danos. Então, isso agora passa a ser uma opção do contratante inocente. Ele escolherá entre o desfazimento do contrato preliminar, com a apuração conseqüente das perdas e danos, e/ou a execução compulsória através dessa sentença que substituirá a vontade prometida.

Não posso deixar de falar em uma outra modificação, e o Desembargador Roldão é um especialista neste assunto. É que o atual Código Civil, no capítulo sensível da extinção dos contratos, não dedica uma única linha, um miserável artigo, à resolução dos contratos por onerosidade excessiva. Foram também a doutrina e a jurisprudência que construíram a teoria, mas não há uma base positiva. Mas, agora, o novo Código, ao tratar da resolução dos contratos, expressamente incluiu como uma de suas causas exatamente a onerosidade excessiva: é o artigo 478, que também me parece muito importante, e cuja dicção é a seguinte: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamen-

te onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. Agora é expresso, agora é direito positivo, a onerosidade excessiva pode levar o contratante a pedir judicialmente a resolução do contrato. Mas há uma observação importante a fazer: o Código mantém-se fiel à idéia da imprevisão, reparem que ele fala expressamente “em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”. Portanto, com base no artigo 478, o juiz só poderá resolver o contrato se o acontecimento invocado, como tendo rompido a sua equação econômica, for imprevisível ao homem de prudência normal. Com base nisso, por exemplo, não seria possível modificar os contratos de *leasing* atrelados ao dólar norte-americano, porque realmente a mudança da política cambial não seria imprevisível a um homem comum.

Mas, à luz do Código do Consumidor (e vai haver um conflito entre o ele e o Código Civil) diz-se que naquele Código do Consumidor a Teoria foi mitigada porque no seu artigo 6º, inciso V, nenhuma referência se faz à imprevisibilidade. Fala-se apenas na possibilidade de modificação do contrato em razão de fatos supervenientes que o tenham tornado excessivamente oneroso. Portanto, se o Código do Consumidor não alude à imprevisão, como faz o novo Código, é sinal de que prescindiu dela. Mas o novo Código não; ele expressamente se refere a acontecimentos imprevisíveis e mais do que isso: acontecimentos extraordinários.

Então, reparem que esse dispositivo, que era inovador em 1975, já nasce defasado socialmente em relação ao

Código do Consumidor, e o artigo 479, para encerrar, é também muito interessante, porque depois de admitir como resolução do contrato a onerosidade excessiva, ele diz que a resolução poderá ser evitada oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. Procura-se, então, salvar o contrato e é mais uma vez o princípio da boa-fé permeando todo esse novo tempo, porque o próprio contratante beneficiado, por esses acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, pode oferecer-se voluntariamente para modificar o contrato de maneira a restaurar a sua comutatividade inaugural.

Esse portanto, meus amigos, é o novo tempo que temos à nossa frente, com o novo Código Civil. Dizer que ele não muda nada, parece-me uma profunda injustiça. Criticá-lo é um direito nosso; está cheio de defeitos, mas dizer que ele não muda nada, é uma injustiça com seus autores. Podemos até discordar das mudanças, mas que ele muda, não temos a menor dúvida. É por isso que precisamos conhecê-lo e não rejeitá-lo de plano. É preciso que saibamos como manejar essa ferramenta que me parece ser útil e eficiente para que os contratos e a propriedade cumpram a sua função social.

Termino dizendo que a função social da propriedade e a do contrato são conceitos que estão umbilicalmente ligados à construção da dignidade do homem, à erradicação da miséria, à eliminação das desigualdades sociais e à supressão dos grupos marginalizados da sociedade. É esse o desafio da comunidade jurídica, é esse o nosso repto para o futuro. O que me deixa esperançoso e tranquilo é que seminários como este, ao final de uma sexta-feira, me convençam, emocionado, de que a comunidade

jurídica percebe a significação do momento que vive, e vem a esse auditório de mãos dadas escrever, com coragem e altivez a história do nosso novo tempo. Muito obrigado.

DEBATES

Dr. Régis Velasco Fichtner

A primeira questão que gostaria de colocar para o Professor Capanema é a seguinte: parece-me que a função social do contrato também muda o conceito de parte do contrato, porque o conceito clássico de parte do contrato é quem firmou o contrato, quem o celebrou. O conceito moderno de parte, parece-me que é a pessoa a quem o contrato concerne diretamente, não sob o ponto de vista de quem participou da relação contratual, da elaboração e da celebração do contrato, mas aquela pessoa a quem, sob o ponto de vista funcional, o contrato aproveita ou não aproveita. Parece-me que o conceito de parte no Direito Civil moderno está mudando. Gostaria de perguntar ao Professor Capanema qual é a sua opinião sobre, por exemplo, a possibilidade de a vítima de um acidente de trânsito propor diretamente, contra o segurador do causador do acidente, a ação de indenização. É evidente que ele não é parte no contrato de seguro, mas me parece que esse contrato funcionalmente é dirigido ao terceiro que venha a ser atingido pelo contrato.

A outra questão vem baseada em um filme a que assisti que me chamou muito a atenção. O título do filme é “O Informante” e trata da questão do dever de sigilo. Uma empresa jornalística queria divulgar fatos sobre a questão da indústria do tabaco nos Estados Unidos.

Seu informante era empregado da Cia. de Cigarros e quanto aos fatos que iria revelar à imprensa, esse empregado tinha dever de sigilo em relação ao seu empregador. Em um determinado momento, a empresa jornalística desiste de revelar essas informações com medo de que lhe sejam aplicadas as sanções previstas no contrato entre o empregado e a empresa. Então gostaria de perguntar ao Prof. Capanema, aí já na ordem inversa, se também seria possível, dentro da função social do contrato, se admitir que em um situação dessa se pudesse aplicar uma pena, uma sanção contratual, a uma pessoa que não participou da relação contratual?

E quanto à questão do Princípio da Boa-fé, concordo em gênero e grau com as críticas ao artigo 422, que realmente poderia ter tratado melhor da questão das negociações contratuais e da fase pós-contratual, parece-me também que o drama que teremos vai se saber qual efetivamente será a importância, e a que efeito daremos a esse Princípio da Boa-fé. Gostaria também de perguntar ao Professor Capanema, sobre um caso concreto, que inclusive foi julgado por um Tribunal de Santa Catarina, em que a empresa A tinha com a empresa B contrato de distribuição em que esta tinha o direito a exercer exclusividade de venda de um produto em uma determinada circunscrição. Mas o fabricante reservou para si o direito de também competir com o fornecedor, e o Tribunal de Santa Catarina considerou que essa cláusula contratual violava o Princípio da Boa-fé contratual porque efetivamente seria uma concorrência impossível de ser efetivada. Então gostaria de saber de Vossa Excelência se essa seria a sua

opinião, ou seja, se a boa-fé pode ser única e exclusivamente elemento de nulidade de uma cláusula contratual?

Desembargador Sylvio Capanema

Felicíssima a observação sobre a necessidade de o Código classificar os bens segundo a sua essencialidade e os contratos, segundo o seu objeto. Mas, diante da omissão, que foi lamentável, e eu disse que o Código não é o dos nossos sonhos, mas aí só há uma solução: caberá à doutrina, como sempre, suprir essa lacuna e não tenho a menor dúvida de que, como consequência lógica de todos esses princípios que agora permeiam o direito dos contratos, os juizes e os doutrinadores saberão fazer essa distinção e quanto mais essencial o bem, ou mais essencial o contrato, maior será a função social, de maneira mais restrita se examinará isso.

Quanto a estender os efeitos do contrato por quem não foi parte - e essa questão do seguro foi muito bem colocada - comentávamos aqui, certamente também a causar a perda do sono dos diretores e dirigentes das empresas seguradoras, que vamos estar no dia 26 em Brasília, discutindo essa questão. Mas também considero que isso é inevitável, não vai ser amanhã, no dia 11 de janeiro, mas caminha-se para isso, justamente em razão da mitigação desses princípios clássicos que já estão ultrapassados, embora não evidentemente destruídos, mas pelo menos mitigados. Acho perfeitamente possível isso e já há alguns indicadores. Quem não se lembra de que no Código do Consumidor, que proíbe a intervenção de terceiros nas ações relativas a consumo, há um dis-

positivo que diz que nas ações de responsabilidade civil do fornecedor, se ele contratou seguro de responsabilidade civil, ele pode chamar ao processo a Seguradora. Muitos não perceberam a importância disso: chamar ao processo e não denunciar a lide à Seguradora, porque a figura clássica de terceria, nesses casos, é a denúncia da lide. Sempre aconteceu isso, pois se o réu, na ação de responsabilidade civil, fez seguro, ele denuncia a lide à Seguradora, para que ela venha a integrá-la e assuma responsabilidade até o limite da apólice. Mas o Código do Consumidor proibiu a denúncia da lide, mas admitiu o chamamento ao processo da Seguradora. Isso traz uma consequência processual que os processualistas, muito melhor do que eu, explicariam: se a Seguradora vem como litisdenunciada, não há relação processual direta entre o autor e ela, conseqüentemente o autor não poderá executar a sentença diretamente contra a Seguradora, terá que executar contra o réu e, depois, haverá uma lide secundária entre o litisdenunciante e o litisdenunciado, mas no chamamento ao processo não, nele o chamado ao processo ingressa como parte, e por isso, permitir-se-á ao autor cobrar diretamente da Seguradora, nos mesmos autos, até o limite da apólice. Então isso já seria um início, uma sinalização dessa possibilidade: da vítima acionar diretamente a Seguradora. Hoje seria uma heresia, não se admitiria isso, há Súmulas do STJ etc. Mas, acho que é perfeitamente possível isso.

Quanto à questão da boa-fé nesses contratos em que se tipificaria a concorrência desleal, é evidente que em todos esses exemplos que você anunciou,

percebemos que tudo se resolverá no futuro com base na idéia da boa-fé objetiva, por isso eu disse, naquele momento, que vejo o Código do Consumidor e o novo Código Civil como janelas que se abrem a uma nova dimensão ética e acredito que assim aumenta-se extraordinariamente a responsabilidade do Judiciário e, conseqüentemente, a dos magistrados. Cada vez mais deixaremos de ser apenas a boca da lei. Temos que descer à planície, conhecer a nossa sociedade, sangrar as suas feridas, chorar as suas lágrimas, partilhar seus sonhos. No painel de hoje, no Hotel Glória, o Ministro Fux disse algo que arrancou aplausos unânimes da platéia. Ele disse que o novo juiz tem que ter, acima de tudo, sensibilidade social e conhecimento jurídico se possível. Foi a expressão que ele usou. Quer dizer, “se possível”, como um *plus*, é o conhecimento jurídico. Mas fundamentalmente, o primeiro requisito desse novo juiz, desse novo tempo da boa-fé objetiva, da função social do contrato, é a sensibilidade social que lhe permita distinguir o contrato essencial do menos essencial, o bem essencial do supérfluo e assim por diante.

Daí se conclui que o conceito da função social dos contratos não será uno e indivisível; ao contrário, ele se fragmentará de acordo com o caso concreto, o que exigirá ainda mais essa capacidade do juiz de distinguir diante das diferentes hipóteses que lhes sejam submetidas.

Desembargador Sergio Cavaliere Filho

Os que estiveram aqui no Seminário passado, e até reforçando essas últimas colocações do Eminentíssimo Desembargador Capanema, ouviram a

Prof^a Judith iniciar a sua palestra dizendo que o novo Código Civil se destina especialmente aos juizes. Ela ressaltou isso mais de uma vez. É um Código para os juizes. Talvez não tenhamos compreendido o alcance daquelas palavras, como hoje tornou-se possível. O Código Civil de 1916, que está em vigor, foi muito parcimonioso nas chamadas cláusulas gerais. Conheço duas ou três. A mais tradicional é a do artigo 159. Depois disso, tudo é casuístico. Os senhores observaram hoje que, nas palestras que foram proferidas, principalmente a do Des. Capanema, foram destacadas nada menos do que três cláusulas gerais, que não abrem janelas, derrubam as paredes, só ficam quase que as pilastras. A boa-fé, a função social do contrato e a do art. 478, a lesão enorme, e pelo Código todo existem cláusulas gerais. Aí está a grande responsabilidade do juiz: cláusulas gerais não são cheques em branco na mão do juiz, porque isso o transforma em um déspota, vai fazer direito alternativo, mas sim, dá ao juiz a obrigação de aplicar o direito de acordo com a função social.

Disse e repito sempre que a Constituição de 1988 colocou sobre o Judiciário uma responsabilidade enorme, para a qual não estávamos preparados e o Código do Consumidor veio e aumentou ainda mais essa responsabilidade. Agora vem o Código Civil e a alarga ainda mais, porque aqueles princípios que poderíamos dizer que são restritos às relações de consumo – a função social e a boa-fé – agora se tornaram gerais. Eles dão ao juiz um poder extraordinário, que realmente nos fará temer e tremer, quando tivermos que aplicá-lo e vai exigir de nós realmente preparo, reflexão,

muita prudência e sobretudo sensibilidade social, que nos obrigará, necessariamente, sair da torre de marfim e ir para o meio do povo, para sentir realmente quais são as suas necessidades e quais são os seus anseios.

Há uma questão que gostaria de indagar tanto ao Desembargador Capanema, como ao Desembargador Luiz Roldão. O Des. Capanema disse, em sua palestra, que fez uma carrada, talvez mais de um milhão, de contratos daquelas formas extremamente abusivas, e que devem ainda estar rolando por aí ainda. Então vem uma indagação do auditório, que gostaria de passar para os dois. Esses contratos de trato sucessivo que estão em vigor há muito tempo, com essas cláusulas que prejudicam o fiador, desconsideram os seus direitos etc. indaga-se: como ficarão esses contratos em face desses novos princípios? Ou seja: Os atuais princípios gerais podem ser aplicados aos contratos anteriores ao atual Código Civil, sem ferir o chamado ato jurídico perfeito?

Desembargador Luiz Roldão F. Gomes

Em princípio não seria aplicável, considerando-se a regra clássica, de que em um ato jurídico perfeito, os efeitos se produzem, não haverão que decidir. Agora, há aí um pano de fundo, que o Des. Cavalieri já expôs e o Des. Sylvio Capanema deixou muito presente também: uma outra estrutura jurídica. Da mesma forma como a Constituição tem o seu pano de fundo, que é uma nova estrutura constitucional, da organização do país, dos Poderes Políticos, da vida econômico-social, o Código Civil também traz, atrás de si, toda uma nova siste-

mática, novos conceitos, novos pilares e novos fundamentos. Então seria o caso de não se admitir a aplicação até por semelhança com o que ocorreu com o Decreto que proibia, em 1933, a cobrança de juros acima de determinado limite, vale dizer, a ele se aplicou, a chamada retroatividade mínima, sobre os contratos ainda em vigor, mas o caso sequer me parece ser uma aplicação retroativa, mas sim o da incompatibilidade com o novo ordenamento do sistema jurídico. É a impressão que me fica.

Desembargador Sylvio Capanema

Reparem bem que essa questão é das mais interessantes, porque ela envolve o grande desafio do direito intertemporal e que foi muito bem ressaltado na obra monumental de Paul Roubier. Ele dizia que no direito intertemporal, podemos distinguir os fatos pretéritos, que são os já se exauriram sobre o império da lei anterior, que já produziram todos os seus efeitos e que, por isso mesmo estão inteiramente a salvo da lei nova, que não poderá atingi-los.


Ao lado desses fatos pretéritos, existem os fatos futuros que, obviamente, se constituem já sobre o império da lei nova e, é claro que se subsumem inteiramente à lei nova, sem nenhum contato com a lei antiga. Se o direito intertemporal vivesse apenas com os fatos pretéritos e os futuros, seria um shangri-lá, um oásis, não haveria nenhuma dificuldade para enfrentar seus desafios. Mas Roubier mostrou que entre os fatos pretéritos e os futuros existem as situações pendentes, que são aquelas relações jurídicas que se constituem sobre o império da lei antiga e continuam produzindo efeitos sob o im-

pério da lei nova, ou seja, esta alcança essas relações em pleno vôo, ainda no seu curso, e aí se discute se essa lei nova alcança as situações pendentes. Roubier então esmiuçou esse tema no livro famoso **Os Conflitos de Leis no Tempo** e dizia que, se o contrato está vigorando por tempo determinado, ele então ressaltava – e naquela época ainda vigorava a idéia do **Pacta Sunt Servanda** levada ao exagero - que nos contratos em vigor por tempo determinado, todos os seus efeitos deveriam subsumir-se à lei da época da sua constituição, **tempus regit actum**. Mas nos contratos que estão vigorando por tempo indeterminado, ou aqueles que, firmados por tempo determinado, prorrogaram-se por tempo indeterminado, a lei nova se aplicaria aos efeitos ainda não produzidos. Então ele cunhou uma frase que resumia toda a sua filosofia intertemporal. Dizia ele: “Os efeitos futuros dos fatos passados regem-se pela lei nova”, é isso que se convencionou chamar de efeito imediato e geral da lei nova, ou retroatividade mínima, que nada tem a ver com direito adquirido, ato jurídico perfeito. Isso não viola o direito adquirido e também não se confunde com efeito retroativo da lei. O efeito imediato e geral da lei nova não se confunde com efeito retroativo, o que a lei veda é o efeito retroativo, ou seja, estender a lei nova aos fatos já exauridos no passado.

Então, concluindo, com base no ensinamento de Roubier, que sempre me inspirou ao resolver conflitos intertemporais, entendo que naqueles contratos em que já estão vigorando por tempo indeterminado, não haverá nenhuma dificuldade em aplicar esses

princípios quanto aos efeitos ainda não produzidos. Reparem, por exemplo, o fiador que não manifestou a sua exoneração, poderá fazê-lo agora, sob o impacto da lei nova, porque esse efeito ainda não havia se produzido. Então, acho que a solução será essa. Além disso, mesmo para quem não queira ressuscitar Roubier, o Des. Roldão liquidou a questão: todos esses princípios da boa-fé etc. irão inspirar a jurisprudência no sentido de cada vez mais temperar esses rigores formais. Aliás, isso se vê em todos os momentos. Estou chegando de um Congresso na Bahia onde assisti à palestra do Ministro Delgado. Ele disse algo que surpreendeu a platéia, e está repercutindo até hoje, porque era um Congresso sobre Direito Imobiliário e, falando sobre os efeitos da coisa julgada, ele disse textualmente que há coisas julgadas e coisas julgadas, ou seja, há coisas julgadas que têm que ser respeitadas e há aquelas que não. Depois que ele disse isso, o Ministro Sidney Sanches, que estava presente com a sua verve extraordinária, disse que tínhamos acabado de assistir à criação de uma nova teoria sobre a coisa julgada, porque isso não é coisa julgada, é uma coisa julgada, do

Ministro Delgado, porque agora as partes não vão saber se a sua coisa julgada está do lado de cá ou do lado de lá, quer dizer, se é da mão esquerda ou da mão direita.

Mas, o que parece realmente um absurdo, como esse que aconteceu na Bahia, pois muitos imaginavam que talvez ele tivesse se excedido na caipirinha durante almoço, para dizer que há coisa julgada que se deve cumprir e outra que se deve ignorar. Mas, na verdade, o que ele quis dizer era que a evolução ética do Direito, a função social está indo tão forte, está tão avassaladora, que já poderia colocar em risco até esses sacrosantos territórios inexpugnáveis, esses lances invioláveis como o lacre da coisa julgada. Até isso já se poderia questionar diante de uma decisão iníqua, absurda, completamente agressiva à ordem pública. Então é isso que ele quis dizer (apesar de ter horrorizado tanto o Ministro Sidney Sanches) que diante de uma coisa julgada desse jaez, que já não se deveria manter preso a esses conceitos. Então, creio, também, Des. Roldão, que dentro desse clima seria perfeitamente possível aplicar esses novos princípios a contratos que estejam em curso, claro que desde que não em efeitos já produzidos. 

Os Novos Contratos no Novo Código Civil

PROF. GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO

Procurador Regional da República/RJ. Professor da Faculdade de Direito da UERJ

O novo Código Civil inovou, no campo da teoria contratual, ao regular determinadas figuras antes consideradas atípicas. Apesar das inúmeras críticas apontadas pela doutrina em relação ao novo Código, é preciso buscar as melhores soluções interpretativas para a sua plena eficácia, tendo em vista a promulgação da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Magistrados e advogados brasileiros têm sido muito criativos na formulação de modelos jurídicos atípicos, não contemplados pelo Código Civil de 1916. Assim ocorreu no que tange aos contratos que, no âmbito da representação, apartaram-se definitivamente do mandato no novo Código, especialmente a comissão, a agência, a distribuição e a corretagem.

Preliminarmente, vale observar que esses tipos de contratos não eram de grande relevância na virada no século XIX. A antiga compra e venda, por exemplo, estabelecia-se entre pessoas conhecidas – ou de alguma maneira apresentadas por conhecidos –, pelo que as várias formas de representação não tinham grande importância, mostrando-se, na maioria dos casos, desnecessárias. Note-se que, em um país essencialmente agrário como o Brasil do Código de 1916, onde as cidades eram relativamente pequenas (sobretudo em comparação com as atuais metrópoles), não se cogitava em regra de corretagem ou de agenciamento para estimular a celebração de negócios. A figura do corretor surge com a urbanização e a criação de novos mercados. Assim, os contratos relacionados com a representação, que fugiam à preocupação do civilista do final do século XIX, foram

paulatinamente se afirmando, no curso do Século XX, na prática jurisprudencial e mediante leis especiais, até que passaram a ter sua tipicidade regulada pelo próprio Código Civil.

Em uma primeira abordagem - e preservando-se o princípio da atipicidade contratual, pelo qual novas figuras de contratos coligados e de contratos atípicos continuarão a surgir – mostra-se de grande utilidade a previsão normativa do Código Civil a respeito destes novos contratos. A comissão é tratada logo após o mandato, a partir do art. 693 até o art. 709; em seguida, a agência e a distribuição, a partir do art. 710; e, finalmente, a corretagem, a partir do art. 722. A rigor, tal normatização não esgota a regulamentação dos respectivos contratos. Cuida-se de negócios que, muitas vezes, se especializam em certos setores, com usos próprios e legislação especial. Entretanto, em linhas gerais as regras do Código enfrentaram algumas das controvérsias que vinham sendo agitadas nos Tribunais, sobretudo no caso da corretagem.

O primeiro aspecto a ser destacado refere-se à opção legislativa no que concerne à representação. O instituto da representação, que de uma forma ou de outra se relaciona com todos esses contratos, não fora objeto de cogitação no Direito Antigo, sendo certo que, no Direito Romano, o normal era a pessoa defender seus próprios interesses. Apenas lentamente, através de uma gradual e refinada construção jurídica, permitiu-se que alguém pudesse defender interesses de outros e, nesta esteira, agir e fazer negócios em nome de outra pessoa.

O instituto da representação voluntária nasce associado ao mandato. Por

Palestra proferida no Seminário realizado em 10.05.2002.

esse motivo, o Código Civil Francês não se preocupou com a representação em termos de Teoria Geral. Limitou-se a regular a representação como ínsita ao mandato. Na medida em que o Código Civil de 1916, sobretudo nesta matéria, espelhou-se na lei francesa, o contrato de mandato, no direito brasileiro, tem sido identificado com a figura da representação, mecanismo pelo qual alguém age em nome e por conta de outra pessoa.

Essa construção, no entanto, não foi seguida pelo BGB e por outros códigos que identificavam, na crescente complexidade das relações sociais, situações várias de representação imperfeita ou de mandato sem representação, através das quais interesses de terceiros eram defendidos sem a fusão das duas categorias (mandato e representação). Em outras palavras, agia-se por conta mas não em nome de terceiros, inexistindo, portanto, rigorosamente, a figura da representação. Por isso, o novo Código Civil aparentemente andou bem quando criou na Parte Geral um capítulo específico sobre a representação, libertando-se daquela influência do Código Napoleão, o que é de grande relevância no estudo dos contratos. Assim, a partir do art. 115 tem-se a representação voluntária, que pode ser utilizada no âmbito dos mais variados negócios jurídicos. Com efeito, o Direito Comercial e o Direito Civil, a partir do início do Século XX, passaram a criar figuras atípicas ou típicas com representação separada do mandato.

Nosso legislador, contudo, dá ensejo a um desnecessário problema para o intérprete, porque no final do segundo capítulo da Teoria Geral sobre a representação fez a seguinte remissão (art. 120): “Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da parte especial deste Código”. A primeira parte do dispositivo mostra-se ociosa, sendo evidente que os requisitos e efeitos da representação legal são aqueles estabelecidos nas normas legais. Quanto à segun-

da parte, corre-se o risco de remeter o intérprete à doutrina do mandato, limitando as possibilidades suscitadas pela inovação da Parte Geral. Ou seja: se de um lado tem-se um capítulo dedicado à representação, de outro lado, no art. 120 lê-se que, quando a representação for legal, há de se submeter à lei específica, e, quando for convencional, o intérprete deverá acorrer aos contratos típicos, ou seja, ao mandato, considerado tradicionalmente como o contrato de representação por excelência.

Se não se evitar tal entendimento, fixando-se a autonomia da representação, acaba-se por adotar solução indefinida, pela qual, na prática, o mandato serviria de espelho para o intérprete nas dúvidas acerca da representação. Mais uma vez o mandato absorveria a representação. A rigor, em grande parte dos casos isto pode resolver os problemas, mas não sempre. Vale observar, inclusive, que já no Código Civil de 1916 havia o art. 1.307, que permitia a separação conceitual do mandato e da representação ao dispor: “Se o mandatário obrar em seu próprio nome, não terá o mandante ação contra os que com ele contrataram, nem estes contra o mandante”. Nesse caso, o mandatário se obrigará diretamente, já permitindo entrever a distinção entre o mandato (negócio estabelecido entre mandante e mandatário, conforme o regime convencional) e a representação, mecanismo pelo qual alguém age por conta e no interesse de outrem, em cujo nome são estabelecidos vínculos jurídicos em face de terceiros. Dicção semelhante encontra-se no art. 663 do Código atual, segundo o qual “sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; *ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante*”.

Estabelecida essa premissa metodológica, concernente ao papel da representação convém passar ao exame dos novos contratos propriamente ditos,

diferenciando-os preliminarmente. A doutrina costuma identificar a corretagem com a mediação, a exceção de Pontes de Miranda, que diferenciava a intermediação da mediação, da representação, da apresentação e da interposição.

De todo modo, o corretor tem o papel de mediar negociações para a obtenção do resultado pretendido com o contrato. Cumpre separar, então, a corretagem oficial, objeto de regulamentação extensa no Brasil, que envolve Bolsa de Valores, navios, fundos públicos, seguros, operação de câmbios, mercadorias, da chamada corretagem livre. Esta era regulada no Código Comercial do ponto de vista da profissão do corretor.

Na corretagem vê-se uma situação em que se exclui a figura do mandatário, que não se compadece com a figura do corretor; este titular de uma certa imparcialidade, para que possa bem desempenhar sua função, voltado a intermediar duas posições negociais. A corretagem, portanto, se caracteriza pela intermediação. Do corretor cumpre diferenciar o contrato de comissão.

Na comissão - que também está regulada no Código Civil - tem-se o que parte da doutrina costumava chamar de mandato sem representação. Assim, no contrato de comissão, consagrado pela prática e pelo Direito Comercial, o comissário age em nome próprio e por conta de outrem (comitente), pelo que se obriga a realizar negócios em seu próprio nome. Há uma separação entre as pessoas com quem ele contrata e o chamado comitente. Na verdade, muitas vezes nem se sabe quem está por trás da figura do comissário, que age em nome próprio, embora por conta de terceira pessoa. Já no contrato de agência, tem-se alguém que age em nome e por conta de outra pessoa, normalmente um comerciante, o agente, que irá realizar os negócios em uma certa área geográfica, normalmente com exclusividade. Aqui, na figura do agente, a representação para certos atos parece ser ínsita ao negócio. Alguns autores diferenciavam, no entanto, representante comercial do

agente. O novo Código Civil faz apenas uma pequena observação: ele diz que o agente poderá ter poderes de representação *para concluir o negócio* (hipótese em que se torna, tecnicamente, representante comercial). Como a legislação específica no Brasil, de 1965, identificava o representante comercial e o agente, muitos autores tratam um pelo outro. Aliás, também na União Européia, desde a diretiva de 1986, representante comercial vem a ser sinônimo de agente.

Pode-se de verdade imaginar o seguinte: agente é aquele a quem, em uma zona geográfica, é conferido o poder de representação para divulgar, promover, negociar, oferecer produtos; apresenta aos clientes os folhetos, esclarece dúvidas acerca da utilização de equipamentos. Pelo novo Código, o agente, que representa uma empresa na promoção do produto, torna-se representante comercial se, além dos poderes inerentes à divulgação e negociação, for titular dos poderes para representar certo fornecedor na conclusão do negócio. O representante comercial não se limita e anotar e repassar os pedidos dos clientes, como faz, de ordinário, o agente. Ele conclui a operação comercial.

Já no contrato de distribuição, verifica-se uma importante peculiaridade. O distribuidor é o comerciante autônomo; por exemplo, o concessionário de veículos. É o sujeito que compra a mercadoria e a revende, não se vinculando, contudo, a quem lhe vende as mercadorias. Age por sua conta e risco na distribuição de mercadoria, dizia o Prof. Orlando Gomes.

No novo Código, a distribuição não é dotada de todas as características de autonomia que identificam o distribuidor na experiência comercial. Ali, o distribuidor vem a ser, simplesmente, o agente que dispõe dos produtos, que não só os oferece, mas os tem em seu poder. Delineia-se, pois, a figura do distribuidor, no Código Civil, como um agente que tem os produtos de propriedade do agenciado à sua disposição, para entrega direta ao comprador.

A análise do novo Código mostra, portanto, que a distribuição não é incompatível com a representação, enquanto o exame da prática comercial indica o contrário. Os contratos das concessionárias de veículos, por exemplo, mostram uma disciplina para a distribuição em que o agente se opõe ao distribuidor, já que este não age em nome nem por conta de ninguém, sendo inteiramente autônomo. Ele se obriga a adquirir cotas periódicas de veículos para a revenda, segundo regras contratuais rígidas.

Em definitivo, parece que ao lado do distribuidor do Código Civil (o agente-distribuidor) mantém-se no plano da atipicidade aquela outra forma de distribuição, desvinculada de qualquer representação, em que o distribuidor não age nem por conta nem em nome do fornecedor e que, portanto, não poderia ser submetida a mesma disciplina jurídica. Trata-se de uma opção legislativa, no sentido de manter essas duas realidades dentro do nosso sistema legislativo.

Cabe nesta oportunidade inserir um indispensável parêntese. Com o surgimento de tantas figuras contratuais e, sobretudo, com o nascimento de contratos atípicos e de contratos coligados, torna-se muito difícil examinar a disciplina contratual sem que, antes, seja bem conhecida a causa dos contratos. Vale dizer, o negócio jurídico e o contrato em particular, além do elemento subjetivo, do elemento objetivo, do vínculo obrigacional e, finalmente, da prestação em si, se caracteriza, precisamente, por sua causa. Mas o que é causa? Em poucas palavras, é a função sócio-jurídica de um contrato.

A rigor, diante de regulamento contratual complexo, pode ser assaz difícil para o magistrado estabelecer a diferença entre uma compra e venda de coisa futura e uma empreitada, por exemplo; entre certos contratos atípicos e a própria compra e venda com cláusulas acessórias. Em regulamentos contratuais complexos, verificam-se muitas vezes dois ou mais contratos que poderão até se sobrepor: há corretagem

mas também há comissão; há agência e mandato para certos atos. Se não for estabelecida a causa do contrato (aqui considerada como uma síntese dos efeitos jurídicos essenciais a um certo contrato, diferenciando-o de qualquer outro) como figura distintiva de cada categoria contratual, tem-se dificuldade para a definição da disciplina a ser aplicada.

Pontes de Miranda é um árduo defensor da *causa* como categoria essencial à teoria dos contratos. Lecionava que, por mais que o Código não previsse e por mais que a doutrina se omitisse, não era possível existir contrato sem causa.

O problema da causa assume especial importância no caso do contrato de corretagem que, não raro, se encontra embutido em outros contratos. Muitas vezes não adquire forma própria, é informal. Também em muitos casos o corretor esgota a negociação, apresenta as partes e o negócio é, de fato, celebrado posteriormente, após o término da vigência da corretagem. Em outras hipóteses, o negócio deixa de ser celebrado por motivos alheios à vontade do corretor.

Logo, o que define o contrato de corretagem, assim como os demais contratos, é a sua causa. O contrato de corretagem é aquele em que uma das partes se obriga a realizar esforços no sentido de obter, para a outra parte, um ou mais negócios. Vale dizer que, se a intermediação foi feita corretamente, se as bases do negócio estão acertadas, o corretor há de ser remunerado, como grande parte da jurisprudência já assentou. Isto porque o contrato realizou a sua causa, a sua mínima unidade de efeitos e, portanto, a remuneração ajustada não poderia depender de fatos alheios ao seu conteúdo negocial, à sua realidade técnico-contratual.

Do mesmo modo, o exame das cláusulas gerais insertas no Código Civil, em particular no que concerne à função social do contrato e à boa-fé, faz-se agora indispensável. É preciso que o intérprete se dê conta de que há um conteúdo objetivo nessas cláusulas. Elas não

podem significar uma espécie de *cheque em branco* oferecido ao magistrado para, discricionariamente, interpretar a *boa-fé* objetiva de maneira subjetiva, tomada como manifestação de certa *camaradagem do contratante*; e do mesmo modo a *função social*, como uma vaga sugestão política de uma sociedade não individualista.

Antes de qualquer especulação, convém ter em mente que muitas das questões controvertidas acerca dos contratos de comissão, de agência e de corretagem eram, intuitivamente, resolvidas com base na cláusula de boa-fé contratual, mesmo quando ela não estava prevista explicitamente. O novo Código Civil introduz, nos arts. 421 e 422, previsão normativa expressa para aplicação desses preceitos aos contratos em geral, incluindo-se aí, evidentemente, as novas figuras típicas. Quanto ao artigo 421, que dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, muito se especulou acerca do alcance desta regra. Isto porque, de certa maneira, o Código de 2002 não ofereceu outras coordenadas, outras luzes para que o intérprete chegasse à conclusão do que seria a *função social*. Temia-se que função social pudesse variar ao sabor da ideologia de cada um.

Relembre-se que, no final do Século XIX, o BGB inovou ao absorver a técnica legislativa das cláusulas gerais, mas sofreu, de certa maneira, esse mesmo problema. A cláusula da boa-fé objetiva do BGB, tão invocada pela doutrina, permaneceria por mais de 30 anos sem qualquer eficácia, carecendo de concreção normativa. Por isso, somente nos anos 40 a doutrina e a jurisprudência alemãs lograram definir o conteúdo a ser dado à boa-fé, fixando as bases da dogmática sobre a matéria que é utilizada até hoje. Daí uma certa desconfiança no espírito dos profissionais do direito em face da introdução das cláusulas gerais no Brasil, oscilando entre os riscos da falta de concreção (como ocorreu com a cláusula de boa-fé objetiva do Código Comercial) e a excessiva subjeti-

vidade atribuída ao juiz na definição de seu conteúdo normativo.

Para aplacar tais apreensões torna-se indispensável dar a essas cláusulas gerais (em primeiro lugar, a da função social) uma disciplina compatível com o sistema, informada pelos valores e princípios constitucionais. A propósito, ressalte-se que função social não é mais um elemento externo ao contrato, que significaria apenas o poder de o Estado restringir, com base em legislação imperativa, a liberdade de contratar. Em regra, assim como na propriedade, quis o constituinte tornar a função social um elemento interno dos institutos jurídicos de direito privado.

Não mais se cuida do respeito a restrições e limites que o dirigismo contratual venha a impor. A autonomia privada encontra-se protegida na Constituição em consonância com a solidariedade social, a isonomia substancial (art. 3.º, III) e a dignidade da pessoa humana. Significa dizer que esses preceitos, interpretados conjuntamente, forjam o conceito de função social, instrumentalizando todas as posições contratuais aos princípios da solidariedade social e da isonomia. Em termos práticos, são esses os valores que informam o princípio da vulnerabilidade, que há de ser aplicado nas relações de consumo e também, como manifestação da função social invocada pelo novo Código, em toda e qualquer situação de desequilíbrio. O princípio do equilíbrio contratual, na verdade, também responde aos princípios constitucionais da solidariedade e da isonomia. A dignidade da pessoa humana, que tem sido tão intensamente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, mostra-se capaz de solucionar controvérsias relativas a planos de saúde, a contratos de adesão - e aqui, diga-se de passagem, o Tribunal de Justiça do RJ tem se sobressaído na busca de uma justiça contratual.

Em resumo, a função social do contrato traduz os princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade (formal e substancial). Não basta um contrato

ser lícito para ser tutelado em eventual controvérsia judicial. Além de lícito, tem de atender, durante sua execução, à sua função social, e tem de estar adequado a esses princípios constitucionais.

No que tange à boa-fé objetiva, como construção doutrinária, o art. 422 trata da questão de maneira aparentemente restritiva. Mas a análise da boa-fé objetiva à luz do sistema constitucional autoriza o intérprete a estender sua aplicação, o que já vinha sendo feito no âmbito das relações de consumo, para todas as relações contratuais, e em todo o *iter* contratual, projetando-se aos períodos anterior e posterior à sua execução. A rigor, corajosos juízes já o vinham fazendo, admitindo-se uma lacuna e uma identidade de **ratio**, por força da vulnerabilidade das partes.

Por conseguinte, deve-se ampliar o conceito de boa-fé objetiva estabelecido pelo art. 422, mas sem confundi-lo com regras de conteúdo exclusivamente moral. Não parece juridicamente inadmissível a postura egoísta ou mesquinha de certo contratante, ainda que moralmente condenável. Afinal, isto é um problema pessoal, de ordem moral. É juridicamente irrelevante se o locador só se preocupa com a sua propriedade e o locatário com o seu interesse de utilização pessoal da coisa locada. Não se quer, por exemplo, que o empreiteiro tenha bons modos e proceda com fidalguia em face do dono da obra. Em uma relação contratual, uma parte não é obrigada a dar informações da sua intimidade para o outro contratante. Diferentemente disso, portanto, a boa-fé objetiva tem um conteúdo específico, que a doutrina, com base no Código do Consumidor, já vem desenvolvendo há mais de dez anos. Traduz-se em sua tríplice função: i) interpretativa; ii) criadora de deveres anexos; iii) e restritiva, coibindo posições abusivas. A jurisprudência soube identificar, por exemplo, a presença dos deveres anexos, ao lado das obrigações expressamente assumidas pelas partes no contrato, em decorrência da boa-fé objetiva, como o dever de informação pré-contratual relacionado aos aspectos pertinentes ao conteúdo econômico e social do negócio.

No caso da corretagem, por exemplo, a experiência ordinária mostra ao juiz quais são as informações essenciais que devem ser prestadas. Imagine-mos, hipoteticamente, que uma pessoa queira alugar um apartamento no Rio de Janeiro. É evidente que, nesse caso, o corretor não precisa dar a indicação de todos os índices de violência urbana dos últimos cinquenta anos, ou, até mesmo, por absurdo, fazer uma propaganda da qualidade de vida de outras cidades, desprestigiando o Rio de Janeiro. Tal exigência é inaceitável. Desse modo, o dever de boa-fé consiste na prestação de informações essenciais à finalidade econômica pretendida pelo contratante.

Respeitados os seus limites, a boa-fé revoluciona a Teoria das Obrigações, pois vem a ser uma espécie de dever genérico que vincula as partes ao conteúdo econômico e social pretendido com o contrato. Quando se contrata, sabe-se perfeitamente o que as partes substancialmente pretendem. Não se pode exigir de uma parte a defesa dos interesses da outra; mas, por outro lado, pode-se exigir a sua efetiva colaboração para a concretização do conteúdo contratual conjuntamente pactuado. Se, por exemplo, diante de cláusula contratual mal redigida, mas cujo significado e finalidade são do conhecimento das partes, uma delas se vale desta dificuldade para tentar obstar o objetivo econômico do contrato, sua má-fé se torna patente.

O princípio da boa-fé se aplica já na fase pré-contratual e tem enorme importância nos contratos de agência, comissão e corretagem. Da mesma forma, também se aplica durante a execução dos contratos, determinando a busca da melhor interpretação do conteúdo contratual, para que seu fim seja plenamente atingido pelas partes. Finalmente, o princípio da boa-fé objetiva também permeia a fase pós-contratual, sendo alcançado pelo artigo 422.

Também na fase pós-contratual, com efeito, deve-se preservar o conteúdo contratual obtido com a contratação. Neste sentido, as jurisprudências por-

tuguesa e alemã estão repletas de casos interessantes, que têm sido objeto de análise no âmbito das relações de consumo, onde se demonstra que a boa-fé se espraia para além do fim da execução do contrato. Supera-se, a partir de tal construção, a dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

Inúmeros são os exemplos de quebra da boa-fé pós-contratual, como quando a empregada doméstica não consegue obter do patrão ou da patroa uma carta de recomendação, sem a qual ela não consegue se inserir no mercado de trabalho (nesse caso o patrão estaria violando a boa-fé pós-contratual, pois a nova contratação depende essencialmente do conhecimento de alguma referência objetiva acerca das suas qualidades); o advogado que retém documentação de clientes; o médico que não guarda o prontuário do paciente, e assim por diante.

Fundamentalmente, portanto, a função social do contrato e a boa-fé, antes restritas às relações de consumo, tiveram seu campo de atuação ampliado, abrangendo todas as relações contratuais. Muito embora algumas questões controvertidas não tenham sido diretamente resolvidas pelo novo Código, os intérpretes poderão fazê-lo, bastando recorrer a tais princípios.

Retomando os aspectos controvertidos do contrato de corretagem, discutiu-se por muito tempo a essencialidade da forma para a exigibilidade da remuneração por parte do corretor. O novo Código não resolveu totalmente o problema, prevalecendo a liberdade das formas, como princípio geral do próprio Código. Apesar do artigo 401 do Código de Processo Civil exigir, no caso de contratos com conteúdo econômico acima do valor legal, prova diversa da exclusivamente testemunhal, a jurisprudência tem procurado, de toda maneira, dar eficácia ao contrato mesmo se desprovido da forma escrita - assim, por exemplo, na corretagem, ainda que sem documento escrito, desde que se consiga convencer o juiz de sua exis-

tência. Isto gera inúmeros conflitos, pois, na prática, muitas vezes não se consegue demonstrar a efetiva participação do corretor na realização de um certo negócio. Com efeito, caberia ao Código definir e resolver esta delicada situação, mas não o fez.

Outro ponto importante seria definir se o contrato de corretagem é aleatório ou comutativo. Na prática, essa espécie contratual normalmente aparece como aleatória, na medida em que não se garante ao corretor uma remuneração, sujeitando-a ao sucesso do negócio intermediado. Em raros casos, tem-se um contrato de corretagem comutativo em que o corretor possui vínculo empregatício, recebendo, por isso, um valor mínimo pré-estabelecido. A dependência da remuneração do corretor à efetiva celebração do negócio objeto da corretagem tem suscitado grande discussão jurisprudencial. E este é outro problema que o novo Código não resolve, ao menos totalmente. Parece que, mesmo quando o negócio não é fechado, se o corretor realizou a sua obrigação (que também aqui é considerada de resultado, mas tenha-se em vista que, do ponto de vista jurídico, tal resultado consiste na aproximação e na preparação das bases do negócio, não se confundindo necessariamente com o resultado econômico consistente na celebração do negócio em si considerado) a remuneração lhe é devida. A rigor, há considerável tempo, parte da jurisprudência já vinha tratando a questão nestas bases, embora sem unanimidade.

Alguns juízes vislumbravam enriquecimento sem causa de uma parte, em prejuízo do corretor, quando o negócio não se realizava, o que ensejaria indenização ao corretor (e agora, diga-se, o enriquecimento sem causa tem previsão expressa, não sendo mais apenas um princípio geral de direito). Entretanto, se o contrato em regra é aleatório, não há que se falar em indenização do corretor, a menos que tenha ela sido especificamente pactuada pelas partes. Se os esforços do corretor não foram sufici-

entes para que o negócio fosse obtido, presume-se que assumiu o risco.

Outro aspecto interessante acerca da corretagem é a sua natureza acessória. De fato, intuitivamente, imagina-se a natureza acessória em face do negócio a ser obtido, o qual, assim, seria o contrato principal. Entretanto, tecnicamente, não existe tal caráter acessório na medida em que a corretagem independe do negócio a ser obtido. Conclui-se com a efetiva aproximação das partes, com vistas à obtenção do negócio intermediado pelo corretor. Pode-se dizer, didaticamente, que a corretagem se efetiva um momento antes da celebração do negócio obtido. Dessa forma, a corretagem não chega a ser um contrato acessório e, neste sentido, pode gerar para o corretor direito à remuneração independentemente da realização do negócio que, em um primeiro momento, parecia ser o contrato principal. Por conseguinte, persistindo a corretagem por si mesma, o contrato não pode ser qualificado como acessório.

Há um acórdão interessante do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da aproximação das partes, quando o negócio não é concretizado por desistência de uma delas. Neste caso, entendeu-se que a remuneração do corretor era devida. “Se o negócio não se concretizou efetivamente com a transmissão da propriedade ao comprador porque o vendedor dele desistiu, quando deveria ter a certeza, a anuência da esposa etc..., fica aquele responsável pelo pagamento da comissão da corretagem que se completou”. Esta orientação jurisprudencial - e há outros acórdãos no mesmo sentido - confirma que a corretagem independe do negócio a ser obtido; que o resultado almejado é o resultado jurídico de aproximação - não o resultado econômico do negócio intermediado - e que, portanto, não pode ser qualificada como acessória.

Em termos de remuneração, também a liberdade das partes continuará livre. Normalmente estipula-se um percentual sobre o valor do negócio obti-

do, que depende dos usos de cada setor. Há algumas pessoas que negociam com **over price**, ou seja, depois de um certo valor a quantia obtida é do corretor. Todas estas práticas apresentam-se como expressão da autonomia privada. O Código novo, embora tenha regulado o contrato de corretagem, o fez em linhas gerais. Na verdade, foram poucos artigos, deixando livres todas as hipóteses até aqui contempladas.

O artigo 722 define o contrato de corretagem; o artigo 723 é uma expressão da boa-fé no contrato de corretagem, dispondo: “O corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência”. Note-se que a mediação está aqui como sinônimo de corretagem, como a doutrina já tinha estabelecido.

A expressão da boa-fé presente no dispositivo não resolve, em si, o problema do juiz, devendo-se construir, paulatinamente, o seu conteúdo concreto, superando-se os receios acima apontados em relação à sua definição normativa. De mais a mais, para os céticos em relação à capacidade da magistratura em fazê-lo, é sempre bom lembrar que a jurisprudência já estabeleceu, em diversas oportunidades, o conteúdo de importantes cláusulas gerais. Basta recordar, por exemplo, a regra geral do direito de vizinhança. O *standard* de normalidade, extraído da exegese do art. 554 do Código de 1916, foi resultado de construção jurisprudencial. A própria noção de ato ilícito que, no caso brasileiro, foi elaborada com base no artigo 159, ilustra em definitivo a questão. O conceito de atividade tolerável para o homem médio, de modo a se estabelecer o conceito de negligência, resultou de construção juris-

prudencial. Com efeito, não é novidade alguma o dever que se impõe ao intérprete nessa trajetória. Evidentemente, nem sempre é simples a tarefa. Conceitos indeterminados como *riscos do negócio* dependem, para sua objetivação, de avaliação concreta dentro de cada setor da economia, com base nos usos e costumes e na experiência ordinária. O importante é estabelecer como critério para tal processo construtivo o controle valorativo fundado nos princípios constitucionais.

Retomando o problema da remuneração, o artigo 724 dispõe: “A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais”. Normalmente, na esteira do que antes foi dito, estipula-se um percentual (usualmente chamado de comissão do corretor). Mas nada impede, contudo, que as partes pactuem a remuneração de outra forma, como na hipótese aludida do **over price**. O Código, deliberadamente, não quis solucionar essas questões. O legislador apenas deu os instrumentos e as regras gerais, cabendo ao intérprete e ao juiz o dever de resolver essas e outras questões, que costumam agitar os Tribunais. Assim, provavelmente se continuará a discutir a necessidade de registro profissional do corretor para a exigibilidade de sua remuneração. Há um movimento corporativista muito grande dos Conselhos, normalmente exigindo do corretor seu registro profissional para que ele possa cobrar pelos serviços de corretagem prestados. Mas a magistratura, e o Superior Tribunal de Justiça em especial, vem entendendo que, se houve trabalho efetivamente prestado decorrente de um acordo de vontades o corretor tem direito à remuneração, independentemente do registro profissional, para evitar o enriquecimento sem causa. E a tendência, ao que parece, será a de consolidar esse ponto de vista, à míngua de uma definição normativa.

Há, evidentemente, inúmeras outras questões que devem ser cuidadasa-

mente analisadas. Veja-se, por exemplo, o problema de eventual abusividade da remuneração fixada pelo corretor. Não há uma posição consolidada acerca de percentuais. Diante da farta legislação especial, de tantos limites (alguns superados pelo Código e outros mantidos), é preciso estabelecer as bases de remuneração nestes novos contratos (assim como em termos de juros, de cláusulas penais etc.) segundo critérios que não sejam abusivos. Na hipótese dos novos contratos típicos, trazidos pelo Código, ficam eles vinculados substancialmente aos usos locais e, em todos eles, o legislador procurou não definir o que seria abusivo e qual seria o limite, deixando à experiência e à prática a possibilidade de fazê-lo. E, ressalte-se, isso é bom. Alguns contratos que foram criados pela autonomia das partes não devem ser mesmo regulamentados, sob pena de se cercear o curso normal das coisas e de se impedir a espontânea evolução dos negócios.

Esses novos contratos, em particular os de comissão, corretagem, agência e distribuição, vinham sendo desenhados pela autonomia privada, com base na legislação comercial, em regra muito voltada para a regulamentação de profissão. A tipificação no Código destas figuras mostra o sinal dos tempos, em que elas assumem especial e maior relevo. É difícil para o fornecedor chegar ao consumidor sem que haja essa rede de distribuição, de agentes, de comitentes, de comissários e assim por diante. Na verdade, o novo Código não amarrou inteiramente essas figuras. Em muitos casos, o legislador atendeu a construções já antigas e consolidadas. Em outros, permaneceram problemas que, no entanto, poderão ser enfrentados e solucionados, com base nas cláusulas gerais e nos princípios que informam a teoria contratual.

O fato é que há um longo caminho a percorrer, que não pode ser encurtado com uma leitura simples da letra fria da lei. Dependerá do trabalho árduo dos advogados e dos magistrados. O

Desembargador Cavalieri costuma dizer que se no passado, sem Constituição, sem cláusulas gerais, os juízes já o faziam, com muito mais razão, hoje, é possível confiar em que os juízes e os advogados poderão superar os desafios do momento presente, sem medo de aplicar diretamente a Constituição, sem medo de dar conteúdo às cláusulas gerais na Teoria Geral dos Contratos para responder às demandas crescentes da sociedade, no âmbito das quais esses novos contratos se inserem. Muito obrigado.

DEBATES

Des. Carlos Raimundo

Na sua introdução, em uma síntese claríssima, ficou evidente que entre esses contratos de corretagem, de comissão, agência e distribuição, de uma forma mais ou menos intensa, o que inclusive faz a distinção entre um e outro, se percebe a figura da representação. É evidente que, para o terceiro que contrata com o representante, surge ou fica a impressão de contratar com o representado. É óbvio que a atividade contratual é dinâmica e esse terceiro não vai poder estar a todo o tempo pedindo certidão da Junta Comercial para saber que tipo de contrato existe entre o representante e o representado, ou exigindo dele esse contrato para saber até que nível vai a responsabilidade de cada um e a de ambos em relação a ele. Então a minha pergunta é no sentido de que Vossa Excelência dê sua opinião a respeito dessa responsabilidade considerando os princípios dos artigos 421 e 422 e a Teoria da Aparência em relação a esse terceiro que não tem nada a ver com a história, mas que contrata com o representante, pensando, às vezes, que está contratando com o representado.

Prof. Gustavo Tepedino

A questão é muito interessante. Temos duas situações, a meu ver distintas. A primeira é quando se tratar de

uma relação de consumo, em que o Código do Consumidor procurou, em favor do consumidor, determinar a responsabilidade prestigiando a teoria da aparência e a solidariedade. Para o consumidor, tendo em conta sua vulnerabilidade, abre-se a possibilidade de acionar qualquer um dos partícipes da cadeia de fornecimento. Na hipótese de comerciante, o Código do Consumidor dispõe que ele também será responsável solidariamente, mas de maneira condicional, só na hipótese do produto não estar devidamente identificado ou do defeito estar relacionado com o armazenamento do produto.

Deixando de lado a hipótese de incidência do Código de Defesa do Consumidor, para enfrentar diretamente a pergunta quanto aos efeitos da representação em termos de responsabilidade civil, alguns artigos da disciplina do mandato, especialmente os arts. 662, 663 e 673 procuram fixar um sistema de responsabilidade que, a meu ver, aplica-se em linhas gerais às demais hipóteses de contratos com representação (agência, por exemplo). Segundo tais dispositivos, o mandante é responsável por todos os atos praticados pelo mandatário, mesmo se este contrariar as suas instruções. Assim sendo, havendo representação, privilegia-se esta, independentemente de eventual desavença contratual *interna corporis*, entre mandante e mandatário. Se, porém, os atos praticados pelo mandatário exorbitam a representação, agindo de tal forma que o terceiro possa detectar o excesso – seja em face do documento que lhe é exibido, seja pela ausência de circunstâncias fáticas que fizessem aplicar a teoria da aparência –, será o mandatário exclusivamente responsável por tais atos, salvo posterior ratificação do mandato por parte do mandante. Ou seja, o terceiro exigirá a exibição do instrumento da representação (a procuração) ou poderá se fiar em circunstâncias eloqüentes que lhe façam acreditar nela. É o caso de alguém que contrata com uma pessoa sentada na mesa da gerência do Banco

supondo tratar-se do gerente. A jurisprudência, nestes casos, prestigia a aparência.

Des. Carlos Raimundo

O Código foi anunciado com a pretensão de fazer a unificação do direito privado, mas se anotam vários pecadilhos com relação a essa tentativa, e eu perguntaria a Vossa Excelência se um desses pecadilhos teria sido ao tratar da coretagem, da comissão, da agência e da distribuição, não ter tratado da franquia, que nada tem a ver com isso.

Prof. Gustavo Tepedino

É importante a questão. Muitas dessas figuras do Direito Comercial - e hoje estamos lidando com uma unificação em torno das figuras especializadas - ficariam melhor fora do Código Civil, porque já deram certo. Lembro-me de que, quando o saudoso e querido Professor Darcy Bessone fez um projeto de lei para regular *shopping centers*, muitos pediram para que não o fizesse, pois na prática as coisas estavam funcionando bem. Ele tentou a todo custo colher opiniões e de fato verificou que as pessoas não queriam tal regulamentação. Da mesma forma, tenho a impressão de que não precisariam estar aqui algumas figuras que, a rigor, já funcionam bem. Diria que, em termos de unificação, o grande mérito, a grande tendência, não só do Código como também das leis anteriores, é deslocar a ênfase dos atos de comércio para o sentido moderno de empresa, que hoje é muito mais importante do que a classificação entre sociedades civis e comerciais. Essa tendência o Código absorveu e acho que isso é o principal: devemos tratar, hoje, não mais com a antiga distinção de Junta Comercial, Registro Civil, mas é imperioso que analisemos se a atividade é empresarial ou não.

Aproveito a sua provocação para dizer que chegou a hora de acabarmos com os guetos no Direito Comercial, de especialistas numa ou outra matéria, como no caso do Direito do Consumidor etc.

Des. Luiz Roldão de F. Gomes

A minha pergunta se prendia, de certo modo, àquela que formulou o Eminentíssimo Desembargador Carlos Raimundo, mas vou tentar apenas renová-la em termos bem práticos. Parece que a intenção do legislador do Código Civil, ao unificar a representação na Parte Geral, foi tratar do instituto como independente do mandato e de outras figuras contratuais. Vale dizer que para delimitar não só os efeitos jurídicos que recaem sobre o representado, mas também para proteger o terceiro de boa-fé que contrata com aquele que detém uma autorização representativa, e impedindo também o prejuízo decorrente do autocontrato ou do contrato consigo mesmo, que seria mais ou menos as linhas gerais da representação. O eminente conferencista mostrou muito bem que todos esses novos contratos estão, de certo modo, associados: ou à representação indireta ou a aspectos da representação. O Desembargador Carlos Raimundo indagou, nesse caso, como ficaria a posição do terceiro de boa-fé. A minha pergunta seria um pouco mais objetiva e direta: assim que entrar em vigor o Código Civil, os novos juízes terão, diante de si, questões relacionadas com o contrato de distribuição, reclamações, queixas, ações ajuizadas por adquirentes no contrato também de agência. Eles irão invocar o Código de Defesa do Consumidor na condição de consumidores e, simultaneamente, esses contratos estão regulados no Código Civil. Como haverá uma zona cinza entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, como ficariam esses contratos perante o Código de Defesa do Consumidor quando há neles uma oferta ao público?

Prof. Gustavo Tepedino

Essa pergunta é excelente e se aplica também no caso do contrato de transportes e em outras situações que já se apresentavam, como por exemplo a compra e venda no Código Civil. Acho que

não poderemos excluir do Código do Consumidor aquilo que é regulado no Código Civil, como se este, com a nova disciplina de certas matérias, se tornasse a fonte exclusiva para tais relações jurídicas. Achei ótima a sua pergunta porque teremos de enfrentar isso.

O problema ocorrerá em relação à locação, à corretagem, aos seguros, aos contratos imobiliários (aqui até mais interessante porque as pessoas diziam que havia legislação especial e que, portanto, deveria excluir a aplicação do Código do Consumidor), aos contratos de transportes e a algumas figuras reguladas por Convenções Internacionais.

Cumprido, conseqüentemente, harmonizar o sistema de acordo com a disciplina geral do Código Civil. Havendo destinatário final de consumo, não sendo relação entre empresas, e ainda havendo habitualidade, aplica-se o Código do Consumidor. Temos o dever de associar a aplicação da Parte Geral do Código, também no que se refere especificamente aos contratos, com as normas de proteção do consumidor. Nestes parâmetros básicos o problema pode ser simplificado, cabendo ainda ressaltar que, particularmente, o Código optou por regulamentar estes contratos apenas em linhas gerais, reportando-se, com frequência, aos usos e costumes. Em resumo, a idéia seria a de conciliar a legislação especial e a geral, na esteira do que tem sido feito no contrato de transportes. O Des. Sergio Cavaliere teve ocasião de propor soluções interessantes em termos de responsabilidade civil do transportador, conciliando a Súmula nº 187 do Supremo com o Código do Consumidor e Convenções Internacionais. De toda forma, existe de fato uma tentativa, em diversos setores, de afastar a proteção do consumidor, como se tentou na atividade bancária e no caso de incorporação imobiliária.

Des. Sergio Cavaliere

Acho que essa questão é realmente da maior relevância e tem sido objeto de preocupação de todos nós. Endosso

plenamente a posição do Prof. Tepedino e gostaria de ressaltar esse aspecto: o que é o Código do Consumidor? É a lei principiológica. Isso quer dizer que ela estabeleceu princípios e cláusulas gerais para defender o consumidor, porque esta é a determinação constitucional, artigo 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Então, para defender o consumidor, observando preceito constitucional, foi elaborada uma lei principiológica. Isso quer dizer que o Código do Consumidor se aplica a toda e qualquer lei, a toda e qualquer relação de consumo, sem todavia estabelecer figuras típicas, sem estabelecer contratos. Você pega o consumidor de ponta a ponta, não disciplina nenhum contrato, nem compra e venda, nem transporte, nem seguro, nem *leasing*, ou seja, nada. Ela tem princípios que terão que ser aplicados em todo e qualquer contrato em que houver relação de consumo. De modo que quando o Código, agora, estabelece novas figuras contratuais, não altera nada no Código do Consumidor, porque ele, a rigor, não tratou dessa matéria, pois essa matéria é do Código Civil. Quem vai dizer o que é compra e venda é o Código Civil, quem vai dizer o que é contrato de corretagem e o que é seguro é o Código Civil. As figuras contratuais estão aí. Apenas não se pode colocar em nenhum desses contratos, nem antes e nem depois, nenhuma cláusula que atente contra um princípio que é de defesa do consumidor, entre os quais a boa-fé, a transparência, a confiança. De modo que não encontro nenhuma condição, nenhuma possibilidade de conflito entre o Código Civil novo e o Código do Consumidor; é por isso que sempre sustentei que o Código do Consumidor é uma sobreestrutura jurídica, normas sobre o direito, princípios gerais que são aplicáveis em qualquer estrutura que for estabelecida, quer aquela que estava no Código Civil anterior, quer agora aquela que está no Código Civil novo. Não vamos alterar nenhum dispositivo, nenhum artigo, nenhuma disposição com relação

a qualquer instituto do Código Civil. Mas os princípios gerais terão que ser observados pela nova estrutura.

Prof. Gustavo Tepedino

Muito interessante essa abordagem do Desembargador porque aqui, no Brasil, tornou-se moda chamar o Código do Consumidor de *microssistema*.

E a noção de microssistema, na forma como foi imaginada pelo Prof. Natalino Irti, tem conotação inteiramente diversa daquela adotada no Brasil. Pretende Irti, com a formulação dos microssistemas, a restrição de cada legislação especial ao respectivo sistema por ela regulado. Cada setor seria regulado exclusivamente pela legislação especial a ele referente, sem uma interpenetração principiológica sistêmica. É como algumas pessoas aqui defendem: o Banco Central cuida das relações entre o cliente e os Bancos, não o Código de Defesa do Consumidor. Acho importante essa reflexão, e por isso quis pegar carona, porque temos que pensar o sistema como um todo. Ainda que possamos, sob o ponto de vista didático, usar a palavra *microssistema* como um subsistema, é preciso que tenhamos em mente que no fundo os princípios de cada legislação estão totalmente interligados pelos princípios constitucionais. E aí podemos aplicar, como o Desembargador diz, o Código do Consumidor em todas as outras áreas. Em outras palavras, a função social do Código Civil não é diferente daquela que está no Código do Consumidor ou da que está prevista em outra lei especial. Na verdade, temos que definir princípios de convivência que sejam princípios jurídicos sólidos, e neste ponto penso que a Constituição faz o papel que o antigo Código Civil fazia: de unificação do sistema. O Código Civil hoje não pode mais desempenhar tal papel unificador, seja pela pluralidade de leis, seja pela crise de fontes normativas, com os Tratados Internacionais, Mercosul e tantas outras leis setoriais. A Constituição reunifica o sistema e, de sua parte, podemos aplicar o Código Civil com os princípios, como diz o Desembargador, de outro subsiste-

ma, sem nenhum problema, porque no fundo ambos estão unificados na ordem jurídica e na legalidade constitucional.

Des. Luiz Roldão de F. Gomes

Prof. Tepedino, concordo inteiramente com o senhor, mas só formulei a questão porque me parece que surgirão inúmeros problemas práticos na convivência entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, que a meu ver não se afastam e não haverá que se falar em derrogação. Terá que haver uma interpretação, e os magistrados deverão enfrentar essas questões no dia-a-dia, sabendo prover essa convivência.

Des. José Magalhães Peres

Gostaria de intervir um pouco para alertar a todos que os artigos 721 e 729 do novo Código remete à legislação especial. Dispõe o artigo 721: “Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”. O mesmo preceito se repete no artigo 729 que dispõe: “Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial”. Isso nos leva ao nosso Código do Consumidor. Gostaria de colocar para o nosso conferencista a questão da solidariedade nesses dois tipos de contrato, frente ao Código do Consumidor, ou seja, no contrato de agenciamento e distribuição e no de corretagem, porque no de comissão, temos um problema já alertado que era a atuação em seu próprio nome, e aí teremos que examinar a solidariedade por uma questão até especial. Mas no agenciamento, distribuição e na corretagem, como enfrentar a questão da solidariedade, aplicando-se é claro o Código do Consumidor?

Prof. Gustavo Tepedino:

Mais uma vez a questão é tormentosa, não somente em função do Código do Consumidor, pois há legislação especial da matéria, a Lei 4.886/65, que regula o contrato de representação comercial. A legislação trata o agente como re-

presentante comercial, foi uma opção brasileira e acho que isso não se alterou. No que tange à representação, havendo a relação de consumo, aplica-se a solidariedade na responsabilidade civil entre os diversos fornecedores. Não havendo relação de consumo, na hipótese do agente, do distribuidor e do corretor, acho difícil imaginar a solidariedade. Na comissão, separamos a responsabilidade de ambos, mas no caso do contrato da corretagem, se não houver relação de consumo, vamos ter que provavelmente localizar onde está a responsabilidade civil, se decorre da atuação do corretor em si, ou da atuação do vendedor. Tenho para mim que o dever de reparar por danos causados nesta atividade vai depender um pouco do tipo de ilícito ou do tipo do problema que tivermos. É claro que se sou representante, se agi em nome do representado, a minha responsabilidade vai diretamente vinculá-lo, como já tratamos em termos de preposto, de mandato. Mas, em algumas outras circunstâncias, o corretor e o agente ganham tamanha autonomia na sua atuação que poderíamos localizar um ilícito que não se relacione diretamente com o objeto da representação. A questão é difícil e, a rigor, depende do caso concreto para verificar se seria possível criar uma separação.

Em síntese, havendo a relação de consumo, aplica-se a solidariedade. Em não havendo a relação de consumo: no caso de agência, acho que normalmente se atingirá o agenciado, mas acho que não esgota a matéria em situações de grande autonomia na prática e na atuação do agente, que nada se relaciona diretamente às ordens que haviam sido definidas ou com o objeto da venda. Nesta hipótese, penso que poderia haver uma responsabilidade específica, por ilícito, do agente (ou representante), que não diretamente vinculasse o agenciado.

Des. Sidney Hartung

Gostaria de fazer uma indagação: voltando ao tema que parece que já foi apresentado aqui, me resta ainda uma dúvida: quanto à norma contida no arti-

go 725 do novo Código Civil, no que concerne ao contrato de corretagem, o legislador criou uma certa dificuldade. Sempre espousei o entendimento e me parece que ainda vão se manter dúvidas nesse entendimento. O direito que o corretor tem a receber a percentagem correspondente ao seu serviço se limita à celebração do contrato. É um entendimento que não é por todos aceito, quer dizer, celebrado o contrato, ele tem direito à comissão, independentemente da execução do contrato. Melhor dizendo: se os efeitos do contrato não forem cumpridos, por exemplo, se houver o inadimplemento do adquirente, nesse caso teria o alienante o direito a alguma forma de indenização, perante o corretor? A dúvida surgiu por causa de um termo contido no artigo 725 que dispõe “se o contrato não se efetivar”. De que forma vamos interpretar esse dispositivo? Na distinção de celebração do contrato e execução do contrato é que eu firmei este entendimento: celebrado o contrato não importa que, após a celebração, ocorra o inadimplemento, o corretor já teve direito a receber o seu percentual, a sua comissão. Parece-me que talvez a lei cria alguma dificuldade em face desse termo.

Prof. Gustavo Tepedino

Essa questão é muito séria e, ao que parece, vai prosseguir. Dispõe o artigo 725: “A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes”. Em um primeiro momento, sobretudo na prática, não parece razoável remunerar o corretor mesmo quando o contrato efetivamente não foi celebrado. Contudo, há um forte entendimento doutrinário e jurisprudencial permitindo tal remuneração e que, a meu ver, foi o espousado pelo Código. Assim, o corretor tem o direito à comissão se ele preparou as bases para a celebração do contrato e esse não foi feito por um arrependimento injustificável, por um capricho da parte

que contratou. Por maioria de razão, uma vez celebrado o contrato, ele tem direito à sua comissão, independentemente dos efeitos. Não é possível que caiba indenização alguma a quem pagou a remuneração. Se já foi efetivado o contrato e estamos apenas tratando de efeitos, não há indébito e a remuneração do corretor era devida. Na verdade, é muito sutil a distinção entre a atividade do corretor e a celebração do negócio intermediado. Isso porque a celebração, na prática, é a prova de que tudo funcionou bem. Fora disso, será difícil fazer prova de que o negócio não se realizou por culpa das partes e não do corretor. Somente em algumas hipóteses gritantes tal fato fica evidenciado, de forma que o corretor consegue reunir material probatório suficiente para ir à Justiça e pedir sua remuneração. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu neste sentido, entendendo devida a remuneração do corretor, demonstrado por ele que já havia se desincumbido de seu dever profissional conforme o combinado.


Des. Celso Guedes

Gostaria de perguntar ao eminente conferencista o seguinte: Na representação comercial autônoma, justifica-se aglutinar para a sua operatividade

outras avenças, tais como corretagem ou agenciamento, a edição e a distribuição?

Professor Gustavo Tepedino

Sim, desde que não haja incompatibilidade tipológica entre uma e outra, isto poderia ocorrer com relação a alguns contratos. No caso de comissão, teríamos uma incompatibilidade com os contratos que pressupõem a representação, pelo fato de o comissário ter que agir em nome próprio. Também no caso da corretagem, alguns autores entendem que seria incompatível com o mandato. Há dúvida quanto a isso e a jurisprudência temperou um pouco. Pontes de Miranda é radical, afirma que o corretor tem que ser quase um juiz, ou seja, imparcial, para poder mediar. Contudo, às vezes o juiz tempera, porque desde que o corretor tenha boa-fé, mesmo que fosse um mandatário poderia dizer que apesar de ser mandatário não se configuraria atuação em causa própria, ou seja, não haveria uma sobreposição de interesses.

Podemos aceitar contratos ligados ou atípicos unindo determinadas figuras, desde que não se verifique contradição entre as suas causas, de modo que um exclua o outro. 

Teoria Geral das Obrigações no Novo Código Civil

JOSÉ MARIA LEONI LOPES DE OLIVEIRA

Professor de Direito Civil das Universidades Cândido Mendes e Estácio de Sá, da Faculdade de Campos/RJ, da AMPERJ, da ESA e da EMERJ.

Em vez de fazer uma apresentação global do tema referente à *Teoria Geral das Obrigações*, procurarei analisar algumas normas especificamente, dedicando-me àquelas que constituem novidade em relação ao Código Civil anterior ou normas que, embora repetidas, lamentavelmente mereciam tratamento diverso.

A primeira questão que se coloca é a localização do Direito das Obrigações. O novo Código Civil adotou sistema semelhante ao do Código Civil alemão, logo após a Parte Geral, onde é tratado todo o Direito obrigacional, incluindo a parte propriamente dita da teoria geral das obrigações, os contratos, os atos unilaterais, os títulos de crédito, a responsabilidade civil e, finalmente, as preferências e privilégios.

A teoria geral das obrigações está subdividida em quatro títulos: o primeiro, trata das modalidades das obrigações; o segundo, da transmissão das obrigações; o terceiro, do adimplemento e extinção das obrigações e o quarto, do inadimplemento das obrigações. Começaremos uma viagem para ver se em cinquenta minutos, como me foi proposto, conseguirei chegar às arras e comentar até o artigo 420 do novo Código Civil.

No Título I - Das Modalidades das Obrigações - temos algumas ponderações a fazer. Primeiro, alterou-se a estrutura no título das modalidades das obrigações, mudando-se a localização topográfica da cláusula penal, que era

vista como uma das espécies de obrigações, que agora foi, acertadamente, de acordo com a unanimidade da doutrina, transferida para a parte do inadimplemento, onde está melhor localizada.

No que concerne às obrigações de dar coisa certa temos algumas alterações. O artigo que inaugura o direito das obrigações no novo Código Civil (art. 233), corresponde ao que vinha disposto no artigo 864 do Código de 1916, dizendo que a obrigação de dar coisa certa abrange os seus acessórios. Deve-se ter em conta que tal preceito não abrange as pertenças (art. 93). Efetivamente, em relação a essas vigora princípio diverso das coisas acessórias, como se verifica do texto do artigo 94 que esclarece que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

É possível, numa leitura um pouco mais desavisada, indagar-se sobre o conteúdo do artigo 863 que inaugurava o livro das obrigações no Código de 1916. Tal artigo foi deslocado para o artigo 313 do novo Código, que trata do objeto das obrigações: “O credor de coisa certa não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”. Talvez seja conveniente no artigo 233 do novo Código, fazer uma remissão ao artigo 313, o que facilita a sua localização. O artigo 863 do Código Civil de 1916, com redação idêntica à do atual artigo 313, determinava que o credor de coisa certa não podia ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa. Essa norma diz

Palestra proferida no Seminário realizado em 10.05.2002.

respeito ao objeto do pagamento, e, portanto, acertado o seu deslocamento para a seção III do capítulo I do título III (art. 313).

Outra questão que merece análise, ainda em relação à obrigação de dar coisa certa, refere-se aos melhoramentos e acréscidos na coisa, que está previsto no artigo 237 do novo Código: “*Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acréscidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação*”. Esse texto possuía redação semelhante no Código anterior, no artigo 868. Parece-me que atualmente, com muito mais razão do que no anterior (tendo em vista a tendência publicista do Direito Obrigacional, fundado na ética) devemos combinar a norma prevista no artigo 237 com a de técnica de interpretação, prevista no artigo 113, bem como com o artigo 421 e 422. Todo sistema contratual, ou melhor, todo negócio jurídico, atualmente, deve ser fundado nos princípios da *boa-fé* e da *probidade*, conforme determina o artigo 422. Ratificado isso no artigo 421, quando diz que o contrato tem uma função social. Logo, os magistrados devem ter muito cuidado para que a parte, a fim de maliciosamente não cumprir o contrato, faça, voluntariamente, melhoramentos inviabilizando o cumprimento da obrigação. Parece-me que nesse ponto o magistrado deve fazer a interpretação da norma prevista no artigo 237 do novo Código, combinado com os artigos 113, 421 e 422, sob pena de se facilitar e premiar o inadimplemento da obrigação.

Vejamos, agora, a obrigação de dar coisa incerta. Aqui merece comentário o artigo 244 do novo Código, que também, em que pese repetir norma do artigo 875 do Código anterior, parece merecer uma interpretação sistemática e não literal. O Código dispõe que na individualização da coisa na obrigação alternativa, o devedor não é obrigado a dar a melhor nem pode prestar a pior. Na verdade, o que quer dizer o Código é que o devedor

deve prestar a *coisa média*, pois se tenho uma coisa que vai de valor 1 a 10, a interpretar literalmente o Código eu não poderia dar 2 nem seria obrigado a dar 9, mas poderia dar 3, e não é isso o que a doutrina pátria já sedimentou, sendo este o entendimento entre outros, do Prof. Silvio Rodrigues. Quando se fala em não dar a pior nem a melhor coisa, deve-ser interpretar, como a doutrina já o fazia, em dar a coisa média.

O artigo 246 do novo Código, em que pese ter redação semelhante à do artigo 877 do Código de 1916, agora com muito mais razão, face à função social do contrato, os magistrados devem levar isso em consideração. Dispõe o artigo: “*Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito*”. É o princípio ***genus nunquam perit***. Parece-me que, na última alteração sofrida pelo Código, retirou-se uma inovação que me parecia muito salutar, ou seja, na redação originária que veio do Senado Federal admitia-se que o devedor limitasse o universo para exatamente poder fazer jus à utilização do caso fortuito ou de força maior. Retirou-se isso do Código, não se permitindo mais a limitação do universo, e agora diz, como dizia o Código anterior, que antes da escolha não poderá o devedor alegar caso fortuito ou de força maior. Apesar disso, a meu sentir, somando-se os artigos 113, 421 e o 422 do Código Civil, o juiz deve levar em consideração a possibilidade de as partes limitarem o universo no contrato, a fim de continuar a fazer jus ao princípio da exclusão por caso fortuito ou força maior, princípio este que é regra geral previsto no artigo 393, que trata do caso fortuito e da força maior.

Chegamos às obrigações de fazer e de não fazer. Em ambas o Código previu duas hipóteses de tutela de urgência: a primeira, em relação à obrigação de fazer, prevista no parágrafo único do artigo 249 e a segunda no parágrafo único do artigo 251 do novo Código Civil. Então, para os que estão fazendo remissões,

seria conveniente casar as normas dos artigos 251 e 249, normas bastante semelhantes. Vejamos o artigo 249, parágrafo único: *“Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”*. Parece-me que esta foi uma inovação bastante salutar, porque permite que as partes, fazendo justiça pelas próprias mãos, possam executar e, depois de executada a obrigação, cobrar judicialmente, o que vai facilitar e evitar o procedimento, que todos no Judiciário sabem - os senhores magistrados muito mais do que eu - quão tormentosa é a execução do artigo 634 do Código de Processo Civil. Se fizermos uma estatística em todos os Tribunais constataremos que é raríssimo esse tipo de execução, porque a parte pleiteia diretamente o pedido de indenização, já que aquele processo é tortuoso, exigindo uma concorrência pública para se analisar qual a melhor proposta etc. Hoje, parece-me que essa solução de autotutela, prevista tanto para a obrigação de fazer como para a de não fazer, irá incentivar esse tipo de ação, pois a execução será feita posteriormente.

Nas obrigações alternativas também tivemos novidades, introduzidas pelos parágrafos do artigo 252 do novo Código Civil. No parágrafo 2º, melhorou-se o texto porque o artigo 884 do Código de 1916 em seu parágrafo 2º, dispunha: *“quando a obrigação for de prestações anuais, subentender-se-á, para o devedor, o direito de exercer cada ano a opção”*. Agora, a redação, a meu sentir, mais escorreita, diz no parágrafo 2º do artigo 252 que *“quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período”*. Isso porque esta periodicidade poderá não ser, necessariamente, anual.

A outra novidade encontra-se no parágrafo 3º do artigo 252 prevendo a intervenção do Judiciário na escolha da coisa nas obrigações alternativas. Notamos que o Código está plasmado da

intervenção do Poder Judiciário. Verificamos isso nos Direitos das Obrigações, de Família e das Sucessões. No Direito de Família, hoje, praticamente as coisas mais íntimas do casamento são decididas pelo magistrado. Se o pai quer emancipar o filho e a mãe não concorda; se o marido quiser estabelecer domicílio em São Paulo e a mulher no Rio de Janeiro; se o marido quiser que o filho estude em um colégio judaico e a mulher em um colégio católico, em todos esses casos é o juiz quem decidirá. Ou seja, hoje há uma intervenção muito grande do Poder Judiciário no Direito de Família. No Direito das Obrigações também se atribuiu um poder discricionário gigantesco ao magistrado, e, ao meu sentir, jamais visto, em legislação pátria, tão acentuadamente quanto aqui. Reparem que o parágrafo 3º do artigo 252 diz em relação às obrigações alternativas: *“No caso de pluralidade de optantes, não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este assinado para a deliberação”*. No parágrafo 4º, criou-se a possibilidade de a opção ser atribuída a terceiro, e diz: *“Se o título deferir a opção a terceiro, e este não quiser, ou não puder exercê-la, caberá ao juiz a escolha se não houver acordo entre as partes”*.

Parece-me que esta norma, prevista no parágrafo 4º, é merecedora de uma interpretação analógica, porque o dispositivo não diz qual o prazo. A meu ver, deveríamos aplicar, por analogia, o prazo decadencial de dez dias, previsto no artigo 571 do CPC, que é o que aplicamos para a hipótese em que um deles não venha a fazer a opção. Então, parece-me que na hipótese do parágrafo 4º, na opção a terceiro quando ele não o faça, deva ser concedido a ele o prazo decadencial de dez dias, previsto no artigo 571 do CPC.

Como Professor de Direito Civil lamentamos a ausência de previsão desse prazo de dez dias no Código Civil. Trata-se de prazo decadencial ligado ao Direito Obrigacional que deveria estar previsto no Código Civil. Acredito que o legislador

tenha perdido uma oportunidade de estabelecer este prazo aqui mesmo, no artigo ora analisado.

Nas obrigações divisíveis e indivisíveis a norma do artigo 258 do novo Código Civil inova trazendo a noção de obrigação indivisível. Vale ressaltar que não tínhamos norma correspondente no código anterior. Este artigo conceitua a obrigação indivisível, dizendo: “A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”. Parece-me que esta norma deve ser interpretada em conjunto com os artigos 87, 88 e 140 do novo Código Civil. Diz o artigo 88: “Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes”.

Na verdade, temos os seguintes casos de indivisibilidade: por natureza do objeto, por motivo de ordem econômica, em razão do negócio jurídico, em decorrência da lei e por vontade das partes. Como exemplo de indivisibilidade pela própria natureza, temos a venda de um bem semovente, um cavalo. Por motivo de ordem econômica seria fracionar um lote em dezenas de partes que perderiam toda a sua utilidade econômica. Em razão do negócio jurídico, acredito que devemos combinar a norma com o motivo determinante do negócio jurídico, previsto no artigo 140 do novo Código Civil. Por decorrência da lei, há previsão na Lei de Sociedade Anônima para a hipótese da ação que é indivisível por determinação legal. Finalmente, por vontade das partes, que vão estipular, mesmo que um pagamento de coisa divisível, um pagamento em dinheiro seja estabelecido de forma indivisa, ou seja, de modo que o devedor cumpra a obrigação de uma só vez.

Nas obrigações solidárias, temos norma inovadora em relação ao texto do Código antigo, no artigo 274 do novo Código Civil: “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge aos demais; o julgamento favorável aproveita-

lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve”. Desse modo, se um dos credores solidários demanda a cobrança em face do devedor comum, vindo seu pedido a ser julgado *procedente*, em tese, qualquer um dos outros credores solidários que não foram parte no processo de conhecimento, são beneficiados com a sentença de procedência que lhes servirá como *título executivo judicial*. A esse princípio o próprio artigo 274 abre uma exceção: salvo se a sentença se fundar em exceção pessoal ao credor que a obteve, isto é, a sentença rejeitou exceção argüida pelo devedor contra o credor demandante. Nesse caso o julgamento favorável não aproveita aos demais credores solidários. Portanto, como regra geral a sentença favorável a um dos credores solidários aproveita aos demais. Entretanto, quando a sentença de procedência tenha rejeitado a exceção argüida pelo devedor comum, que era oponível somente ao credor demandante. Neste caso a sentença não aproveita aos demais credores.

Lamenta-se o texto do novo Código no que concerne à solidariedade passiva, quando se trata do rateio da quota do devedor insolvente. Veja o que diz o artigo 284: “No caso de rateio entre os co-devedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente”. A doutrina pátria sempre divergiu no que diz respeito à hipótese não prevista no Código de 1916 e que continua não sendo prevista aqui, pois somente se previu o caso dos exonerados da solidariedade. E aquele que obteve a remissão do credor, o perdão da dívida? Esse também irá contribuir para o rateio da quota do insolvente ou não? Ai poder-se-ia dar uma interpretação no sentido negativo, dizendo que o Código previu expressamente para o caso de exoneração da solidariedade, mas não previu para aquele que obteve o perdão e, como consequência, saiu do vínculo obrigacional, porque o Código não quer que este contribua para o rateio da quota do insolvente. Parece-me que esta não

é a melhor interpretação. Já havia divergência no código anterior, continuando a dar margem à divergência no novo Código. Acredito de devemos interpretar no sentido de que, mesmo na hipótese de perdão, o devedor perdoado deve participar do rateio da cota do insolvente, tendo em vista que defender-se posicionamento contrário implicaria em onerar os outros devedores solidários, inclusive dando margem à fraude. Isto é: tenho três devedores solidários, sou amigo de um deles, faço a remissão em relação a ele e cobro tudo a **B**, pois sei que **C** é insolvente. Eles não poderão cobrar de **A**, que me pagará escondido a diferença. Tendo em vista os princípios de probidade e boa-fé (boa-fé objetiva) e a função social do contrato, creio que devemos interpretar de maneira semelhante a hipótese do artigo 284, para o caso em que um dos devedores solidários tenha recebido a remissão de dívida.

Veremos agora o Título II, que trata da transmissão das obrigações. Houve uma alteração na estrutura, porque se inseriu mais um capítulo, sobre a assunção de dívida, ao lado da cessão de crédito. Veremos, inicialmente, a cessão de crédito e, posteriormente, quando analisarmos a assunção de dívida.

Na cessão de crédito, tratada nos artigos 286 a 298 do novo Código Civil, não temos nenhuma grande novidade, sendo as normas praticamente repetitivas. Aqui somente ficaria preocupado, e acho que agora o magistrado tem elemento normativo para isso, em relação à questão dos aspectos éticos e morais da cessão de crédito, especificamente nas hipóteses de crédito trabalhista e de precatórios. Creio que agora o Judiciário pode, se provocado, intervir para evitar a fraude ou o abuso de direito nessas hipóteses. Com base nos princípios da função social do contrato, da probidade e da boa-fé. Acredito que seria uma atuação salutar dos juízes nesse tipo de negócio jurídico.

Analisaremos, agora, a assunção de dívida. Tratarei do assunto pontual-

mente, já que houve uma palestra sobre o tema de lavra do melhor especialista sobre o assunto o Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes. O artigo 299 do novo Código Civil trata da assunção liberatória. Nos meus comentários a essa parte da Teoria Geral das Obrigações, relativa ao novo Código Civil, apresento um conceito de assunção de dívida: um negócio jurídico pelo qual o novo devedor assume o débito do devedor originário, substituindo-o com a concordância do credor. Esse conceito aplica-se tão-somente à assunção liberatória.

Aqui entra a questão da sucessão no Direito Civil, que, como todos sabem, consiste no fenômeno pelo qual alguém assume a posição de outrem em uma determinada relação jurídica, quer no pólo ativo, quer no passivo. Por isso, não vejo diferença ontológica entre a sucessão **inter vivos** e a **causa mortis**. Também na sucessão **causa mortis** ocorre, ontologicamente, o mesmo fenômeno – alguém assume a posição de outrem, em determinadas relações jurídicas, quer no pólo ativo, quer no passivo. Como espécie de sucessão no pólo ativo temos a cessão de crédito. Agora, como espécie no pólo passivo temos a assunção de dívida liberatória.

O que se lamenta foi o novo Código não prever a assunção de dívida cumulativa. Na assunção de dívida liberatória temos o fato de o novo devedor substituir o devedor antigo, que se exonera do vínculo obrigacional. Já a assunção cumulativa é aquela em que o novo devedor assume a dívida ao lado do devedor originário, respondendo, ambos, solidariamente. Nessa espécie, o devedor originário não se libera do vínculo obrigacional. Como óbvio, parece-me que em razão da autonomia de vontade dos particulares, em que pese o Código não ter previsto expressamente a assunção cumulativa, não vejo óbice algum que os particulares estabeleçam, voluntariamente, uma assunção de dívida cumulativa.

Veremos, agora, o Título III, que trata do adimplemento e extinção das

obrigações. A norma que inaugura o título é o artigo 313 do novo Código, que vinha abrindo o Direito das Obrigações no Código de 1916. Diz o dispositivo: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

Em relação ao artigo 322 do novo Código Civil há uma divergência em uma determinada prática e uso nas relações de consumo. Irei posicionar-me, agora com mais respaldo, face à função social do contrato. Diz o artigo: “Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. Ocorre que vemos na prática das relações de consumo em imobiliárias, nas faculdades, em que o recibo de quitação diz o seguinte: “o pagamento desta não implica o pagamento das parcelas anteriores”. Indaga-se, então: nesta hipótese, em que os recibos de quitação contenham esta frase, estaria elidida a presunção do artigo 322 do novo Código Civil? Parece-me que não, principalmente em se tratando de relação de consumo. Imagino um cliente da Defensoria Pública, que ganha um salário mínimo, que ao pagar o seu aluguel, na hora do almoço, verifica que consta no recibo de quitação que o pagamento não implica o pagamento das parcelas anteriores. Então, teria que fazer o que certa corrente ilustre doutrina, deveria ele fazer a consignação em pagamento. Imaginem, então, tal cliente, na hora do almoço, dirigindo-se a um escritório de advogado para fazer o depósito judicial, a consignação bancária. Ou o estudante, que paga a mensalidade muitas vezes no dia de realizar a prova, e se não tiver a quitação não lhe é permitido fazê-la. Ele teria que recorrer a um depósito judicial ou consignação bancária. **Data venia**, parece-me que esta interpretação não atende ao interesse dos menos favorecidos. Portanto, a inserção dessa cláusula não tem o poder de afastar a presunção. Evidentemente, trata-se de presunção **juris tantum**, admitindo prova em contrário, ninguém discute.

Diz o artigo 323 do novo Código Civil: “Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos”. Trata-se de uma presunção relativa, que como consequência admite prova em contrário.

Em relação ao lugar do pagamento temos uma norma bastante interessante. O artigo 330 do novo Código Civil determina: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Parece-me que o Código adotou a teoria da contradição com a própria conduta, isto é, o requisito do **venire contra factum proprio**, e o fez, com toda razão, com base nos princípios que devem reger todos os negócios jurídicos: o da probidade e da boa-fé. Se o lugar do pagamento é o do domicílio do credor, mas ele, em obrigação periódica, duradoura, durante um ano, comparece ao domicílio do devedor e lá recebe o pagamento, não poderá, no ano seguinte, ter uma conduta contraditória com esta, isto é, não comparecer na casa do devedor para cobrar e se o devedor não comparece no domicílio para pagar, alegar que o devedor está em mora. Isso porque ele criou uma confiança no devedor de que os pagamentos seriam realizados no domicílio do devedor, pela própria conduta que teve, em que pese constar no contrato que o local do pagamento era o do domicílio do credor.

Por isso, afirmo que são requisitos para a configuração da contradição com a própria conduta: primeiro, uma situação jurídica preexistente; segundo, uma conduta do sujeito juridicamente relevante e eficaz que suscite na outra parte uma expectativa séria de comportamento futuro; terceiro, uma pretensão contraditória da dita conduta atribuível ao mesmo sujeito; e, finalmente, a identidade de sujeitos. Parece-me que esta norma veio mais uma vez privilegiar a ética nos contratos, prevalecendo muito mais do que o texto literal do próprio contrato. Essa norma deve ser reforçada com os artigos 113 e o 422 do novo Código Civil.

No inadimplemento das obrigações, o artigo 391 do novo Código consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, isto é, o que garante o crédito é o patrimônio do devedor. Trata-se de uma norma que os civilistas tinham que recorrer ao Código de Processo Civil, ao seu artigo 591, que diz: *“O devedor não responde para o cumprimento de suas obrigações. Contudo, os seus bens, presentes e futuros, sofrem as restrições estabelecidas em lei”*. A redação do artigo 391 do CC, dispõe: *“Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”*. Já foi um alento constar no Código Civil a questão da responsabilidade patrimonial. Lamentavelmente, entretanto, continuamos devedores dos processualistas. A norma do artigo 391 deve ser interpretada restritivamente, quando afirma que pelo inadimplemento das obrigações respondem *todos os bens do devedor*. Na verdade, nem todos. Em primeiro lugar, não responde o bem de família. Também não respondem os bens impenhoráveis, previstos no artigo 649 do CPC, nem aqueles que têm inalienabilidade e impenhorabilidade convencional. Vale destacar que agora, o bem de família também foi deslocado, saindo da Parte Geral, onde era tratado no Código de 1916, nos artigos 70 e seguintes, sendo alocado no Direito de Família, também de maneira acertada, sendo previsto no artigo 1.711 do novo Código Civil.

Portanto, convém, de plano fazer remissão no artigo 391 do CC aos artigos 1.711 do CC e aos artigos 591 e 649 do CPC.

Na última alteração na redação do texto do artigo 1.711, manteve-se tanto o bem de família convencional quanto o legal. Diz o texto do dispositivo: *“Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras (e aí vem a manutenção da Lei nº 8.009/90)*

sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”. Assim, o sistema especial da Lei 8.009/90 conviverá com os artigos 1.711 e seguintes do CC, que continua sendo o bem de família convencional.

Com todas as **venias**, parece-me que a norma do artigo 1.711 do CC, sobre bem de família, veio bastante atrasada em relação à jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. A Lei 8.009 também determina que o bem de família é protegido para os cônjuges ou para a entidade familiar. Cônjuges são aqueles que estão casados, enquanto que entidade familiar, os que vivem em união estável (artigo 226, § 3º da CF) ou a comunidade de um dos genitores com os seus descendentes, que se denomina família monoparental (art. 226, § 4º CF). O Superior Tribunal de Justiça, a meu ver de maneira acertada, tanto pela 3ª como pela 4ª Turma, vem decidindo, de maneira reiterada, em que pese o texto da Lei 8.009, e o artigo 1.711 do CC é praticamente uma repetição desse texto, que a proteção não se limita às pessoas casadas ou que vivam em união estável ou família monoparental, mas também abrangendo casais de homossexuais, ao homem solteiro, ao viúvo e a um casal de irmãs. Parece-me que essa interpretação é esdrúxula, com base no inciso III do artigo 1º da Constituição da República, que diz que um dos princípios do Estado Democrático brasileiro é o respeito à dignidade da pessoa humana. Seria esdrúxula a interpretação restritiva, porque se o sujeito é casado, tem três filhos, eles crescem, vão embora, a mulher falece, ele fica viúvo e, como não é mais casal, não vive em união estável, nem com nenhum dos filhos, perderia, então, o benefício do bem de família. A meu sentir, perdeu-se uma boa oportunidade, no artigo 1.711 do novo Código Civil, de não mais estabelecer as restrições ao casal ou entidade familiar.

Finalmente, verificamos no artigo 413 do novo Código Civil que houve uma alteração no que diz respeito à

cláusula penal e a sua redução. Agora não se trata mais de uma faculdade para o magistrado, como previa o artigo 924 do Código de 1916, que dizia: *“Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente”*. O artigo 413 do novo Código determina: *“A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”*. É verdade que o dispositivo criou um critério de eqüidade para o magistrado se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

Embora tenham sido feitas algumas críticas ao novo Código, parece-me que, como um todo, é infinitamente melhor do que o de 1916. Creio que não andou bem, foi no Direito de Família onde eu vejo, inclusive, algumas hipóteses de inconstitucionalidade flagrante; já que se elevou ao patamar constitucional a união estável, quer se goste ou não, parece-me que temos que respeitar a Constituição, e houve uma discriminação gritante na parte do Direito de Família. O Deputado Fiúza, em que pese todo o respeito a Sua Excelência, partiu de uma premissa errada e construiu um sofisma, para dar o tratamento à união estável. Na minha edição do Projeto do Código Civil, consta o relatório de Sua Excelência, em que diz que a união estável no Brasil é um instituto-meio, isto é, que todos os brasileiros constituem união estável para, depois, convertê-la em casamento. Tenho a sensação de que o Deputado não mora no Brasil, mas em outro país. Basta que pensemos nas pessoas dos nossos relacionamentos, que vivem em união estável, para que vejamos quais delas a transformaram em casamento. Aliás, muito pelo contrário, segundo a última pesquisa do IBGE, um quarto da população brasileira que vive em arranjo familiar fora do casamento vive em união estável em sentido amplo, abrangendo o concubinato puro e impuro. Deu-se um

tratamento espúrio, tratando em somente cinco artigos, um instituto que pelo menos se refere a um quarto da população dos brasileiros.

Se excetuarmos o Direito de Família, que realmente é muito preconceituoso, é difícil ser complacente com ele, parece-me que na Parte Geral o Código melhorou muito, mormente em relação à lesão, do estado de perigo. Doutrinariamente sinto muita afinidade com o novo Código, sustentando que o objeto da prescrição não é mais a perda do direito de ação, muito menos do direito subjetivo, mas a perda da pretensão, o que sempre sustentei desde a primeira edição da minha obra sobre Teoria Geral. A questão da invalidade é tratada com melhor rigor técnico. No Direito das Obrigações, parece-me que é o campo do Código Civil dedicado aos senhores magistrados. Conferiu-se poderes e deveres gigantescos ao magistrado, a todo o momento admitindo que ele aplique critérios de eqüidade. A meu ver, o sucesso ou o insucesso dessa parte do Direito Obrigacional está entregue à mão dos senhores. Muito obrigado.

DEBATES

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

Gostaria de ouvi-lo sobre a hipótese do artigo 404, parágrafo único, do novo Código Civil, que permite ao juiz, no caso da mora, fazer uma indenização suplementar, ou seja, se por acaso entender que a mora ficou irrisória ou não complementou o efetivo dano experimentado pelo lesado, pode o juiz, pelo novo Código, suplementar essa indenização. Na mesma esteira, gostaria que analisasse a questão das arras, que saem da parte de contratos, ingressando no Livro das Obrigações, pacificando uma questão tormentosa com relação à possibilidade de cumulação de arras penitenciais com uma indenização suplementar. Em síntese, esses dois artigos, 404, parágrafo único, e o 419, que tratam da responsabilidade civil

contratual, conferem ao magistrado uma participação muito intensa, com a possibilidade de indenização suplementar. Gostaria de saber se V. Exa. entende que essas duas situações são vantajosas.

Prof. José Maria Leoni

São bastante convenientes esses dispositivos. Mais uma vez digo que se atribuiu maior faculdade ao magistrado de atender a um critério histórico ideal de justiça. Na questão da mudança das arras, vejo com bastante conveniência a alteração da cláusula penal da modalidade das obrigações para o inadimplemento pacífico na doutrina. Quanto ao deslocamento das arras, que foi retirada da parte dos contratos vindo para o Direito das Obrigações, no inadimplemento é que tenho certa dúvida, já que diz respeito a pré-contrato e essa parte do Código Civil, a parte contratual, trata do pré-contrato. Pode-se dizer que as arras vêm para reforçar a questão do inadimplemento, o que não tenho dúvida alguma, mas não teria a tranqüilidade de elogiar, como faço em relação à cláusula penal, a questão da alteração das arras. No mais, creio foi muito salutar essas alterações ocorridas no Código.

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

Uma outra questão é que V. Exa., em seu livro, página 245, no artigo 395, parágrafo único, diz que há hipótese em que a prestação se torna inútil com a mora e o credor pode enjeitá-la, substituindo-a por perdas e danos. No seu livro, o senhor afirma que a escolha compete ao credor, ou seja, a aferição da utilidade ou inutilidade da prestação seria, até certo ponto, um arbítrio do credor, que escolheria e passaria por cima da própria relação obrigacional, aferindo se a prestação seria útil ou não. Se o Código, por várias vezes (e isso já está sendo muito comentado) dá ao magistrado uma participação intensa na relação obrigacional, tendo em vista a eticidade, a equidade e a boa-fé, não me

parece interessante estabelecer, em nível doutrinário, que essa escolha da utilidade ou inutilidade da prestação seja de competência do credor. Seguindo uma orientação mais consentânea com o restante do Código diria que essa escolha competirá ao magistrado, dentro do caso concreto, aferindo não o interesse do credor e do devedor, mas dentro de uma relação de cooperação, ao interesse da própria relação obrigacional.

Prof. José Maria Leoni

Penso que na questão da mora me parece claro que somente esta irá ocorrer se o termo for não essencial. Se o termo for essencial, não haverá mora, mas inadimplemento absoluto. Suponhamos que um genitor resolva fazer a recepção de casamento de sua única filha. Com isso, aplica toda a sua poupança de dois anos e investe naquela recepção. Começa por contratar dois andares do *Le Buffet*, faz um casamento extraordinário, orquestra ao vivo com sessenta participantes, contrata um serviço de restaurante extraordinário, e, no dia da recepção, o dono do restaurante não aparece. Imagina se, no dia seguinte, o dono do restaurante chega com as iguarias da festa. Nesse caso não há mora, mas inadimplemento absoluto. Não interessa mais que a prestação seja cumprida. O inadimplemento pode ocorrer em relação de minutos. Se contrato um táxi para me levar ao aeroporto e ele chega duas horas depois, não haverá mora, mas inadimplemento absoluto, já que a prestação não servirá mais.

Concordo com V. Exa. quando afirma que não se pode aceitar atribuir isso, exclusivamente, de maneira arbitrária, ao credor. Suponha que o devedor tenha a obrigação de pagar dinheiro, não paga no vencimento (dia 30), mas comparece dia 31 para efetuar tal pagamento e, chegando lá, o credor afirma que tal prestação não interessa mais, não aceitando recebê-la com os juros de mora. É lógico que isto estaria

violando os princípios da boa-fé e da probidade, que presidem as relações obrigacionais, bem como o critério de interpretação, previsto no artigo 113 do novo Código Civil. Entretanto, como regra geral, parece-me que quem deve avaliar o critério de conveniência ou não é o credor. É o mesmo que ocorre quando uma pessoa famosa, uma artista, que contrata a feitura de um vestido para comparecer no Oscar, vestido que normalmente é utilizado uma única vez, e se o costureiro não o entrega no dia, haverá o inadimplemento.

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

No exemplo do casamento, fica muito claro, tanto ao credor quanto ao magistrado, que a prestação se tornou inútil. Entretanto, existem situações duvidosas, em que não me parece conveniente dizer que essa escolha compete ao credor. O credor e o devedor estão unidos na relação obrigacional com um vínculo de cooperação. Se há alguma controvérsia em relação à escolha, pela orientação do Código, nos artigos 404, parágrafo único, 419, 113, 128, 421, 422 é sempre no sentido de exigir uma participação efetiva do magistrado.

V. Exa. aplaudiu a inserção da assunção de dívida no corpo do Código e até se aventurou tratar do tema, tendo à mesa o Prof. Roldão. Queria que V. Exa. analisasse se foi uma omissão negativa o Código não ter falado, quando trata da novação, mantém apenas a novação subjetiva por expromissão, uma vez mais não falando na delegação, valendo ressaltar que há um limite muito tênue entre a delegação e a própria assunção de dívida. Não seria conveniente, para o esclarecimento da matéria, tratar também, especificamente, da delegação, na parte relativa à novação?

Prof. José Maria Leoni

Concordo plenamente com V. Exa. A mesma crítica que fiz na ausência da assunção delegatória cumulativa na

assunção de dívida, cabe na hipótese de novação. A crítica é mesmo merecedora.

Dr. Marco Aurélio Bezerra de Mello

Nosso Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 6º, inciso V, concede, como direito básico do consumidor, a revisão do contrato em razão de fatos supervenientes que tornem a prestação excessivamente onerosa. Essa expressão “fato superveniente”, com todas as *venias*, não me parece estar ligada à teoria da imprevisão, à cláusula *rebus sic stantibus*. Sempre interpretei esse fato superveniente como a teoria da base do negócio jurídico, ou seja, o negócio jurídico que se protraí no tempo deve respeitar a mesma base inicial, independentemente da situação de imprevisibilidade efetiva. É assim que CDC procurou estabelecer. O nosso novo Código Civil, no seu artigo 317, traz uma idéia similar com a do CDC, quando dispõe: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Tenho a impressão de que o novo Código Civil, pelos princípios que traz, pela questão da ética e da boa-fé, deveria ter suprimido a expressão “motivos imprevisíveis”, para adotar uma redação similar ao Código de Defesa do Consumidor. Como afirmei, parece-me que não adotou a teoria da onerosidade excessiva, e sim da base do negócio jurídico. Ficaria mais moderno se o Código mantivesse a mesma linha do CDC. Gostaria de saber se V. Exa. entende que isso seria correto.

Prof. José Maria Leoni

Diante dessa nova discordância de V. Exa., gostaria de dizer que não penso dessa forma. O CDC, percebeu que no Brasil, nos anos 90 (muitos anos depois que a Europa Continental como um todo já havia percebido, nos anos 70),

o liberalismo jurídico era algo completamente inútil, ou seja, a teoria de que quanto menos intervenção do Estado nas relações jurídicas melhor seria, não funcionava, porque se deixarmos os particulares à vontade, privilegiaremos o economicamente forte, que ditará as regras do jogo em relação ao economicamente fraco. Percebeu-se, então, que era necessário intervir, o que é de uma obviedade solar, basta pensar o que seria se numa relação contratual de trabalho não houvesse uma lei que determinasse a existência de um salário mínimo. Foi necessário, então, intervir, não em benefício da relação jurídico-obrigacional, mas para beneficiar uma das partes da relação jurídica obrigacional porque é hipossuficiente. Tanto que o nome não é Código das Relações de Consumo, mas Código de Defesa do Consumidor. Tanto que uma norma interpretativa do CDC diz que toda cláusula que for duvidosa deve ser interpretada em favor do consumidor, que é a parte mais fraca.

Com todas as *venias*, parece-me que aqui estamos fora da relação de consumo. Na relação de consumo, presume-se a hipossuficiência de uma das partes. No Código Civil, parece-me, que foi salutar a expressão “por motivos imprevisíveis”, já que aqui estamos numa relação que não é de consumo, devendo ser aplicada em caso fortuito ou de força maior, enfim, numa situação imprevisível. O que se pode discutir, e aí caberá ao Judiciário decidir a todo o momento, é se aquela hipótese é imprevisível ou não, como se discute, hoje, no caso do aumento do dólar. Neste caso, o juiz deverá decidir se naquele caso concreto a hipótese é de imprevisibilidade ou não. Entretanto, deve-se constar a imprevisibilidade, já que estamos fora do CDC.

Desembargadora Áurea Pimentel

Gostaria de submeter ao Dr. Leoni uma questão que me despertou preocupação. O artigo 418 do novo Código tem a seguinte redação: “*Se a parte que*

deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir a sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado”. Pareceu-me, inicialmente, que a expressão “mais o equivalente” estaria a significar aquela antiga previsão de devolução em dobro, no caso em que realmente quem as recebeu foi responsável pelo desfazimento do contrato. Ocorre que o artigo 420 do novo Código Civil, que cuida do novo tipo de contrato, em que é possível o arrependimento, dispõe: “*se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória*”. Neste caso, quem as deu perder-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolve-las-á mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito à indenização suplementar. Não me parece que teria sido inadequado dar o mesmo tratamento a esse tipo de contrato, em que há uma previsão de arrependimento, àquele outro em que não havendo essa previsão, então, seria justo esse acréscimo equivalente, que poderia até corresponder à devolução de arras em dobro?

Prof. José Maria Leoni

Na anotação ao artigo 412 do novo Código Civil, sustento que a hipótese é mesmo de se devolver o que recebeu em dobro.

Des. Sergio Cavalieri Filho


Creio que a indagação da Desembargadora Áurea Pimentel está respondida pelo artigo 419, destacado por V. Exa., ainda há pouco. Em se tratando de arrependimento, haverá somente a devolução em dobro; em se tratando de arras penitenciais, há, além da devolução em dobro, a hipótese do artigo 419, que trata da indenização suplementar. Portanto, somente se poderá pleitear indenização suplementar no caso das arras penitenciais.

Desembargadora Áurea Pimentel

O que me causou essa dificuldade de aceitar o mesmo tratamento é o fato de no artigo 418 do CC não haver no contrato a previsão de arrependimento, ao passo que em relação ao artigo 420 já há um contrato celebrado com essa previsão de que poderá haver o arrependimento. Então, também nesse caso, irá se punir a parte com o acréscimo do chamado “o equivalente”,

que corresponderia então a devolução das arras em dobro.

Des. Sergio Cavaliere Filho

Se ele não fosse punido, o contrato não obrigaria – posso me arrepender a qualquer momento. Portanto, mesmo que se arrependa, se isto ocorrer, irá perder as arras. A parte deverá pagar por esse arrependimento. 

Os Contratos de Transporte de Pessoa e de Seguro no Novo Código Civil

SERGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ

Vamos hoje tratar de dois contratos da maior relevância social, política e econômica. Talvez não existam outros que possam competir com eles.

Quanto à importância do contrato de transporte, bastaria lembrar que, no Brasil, diariamente, são transportados cerca de quarenta milhões de passageiros de casa para o trabalho e do trabalho para a casa, através de ônibus, trens, metrô etc. Isso evidencia que o transporte coletivo é, realmente, um instrumento fundamental para o Estado moderno cumprir suas missões sociais e econômicas. Uma greve nesse setor, literalmente, paralisaria o país. Lembremos que tempos atrás, uma simples greve de caminhoneiros chegou a abalar, de certa maneira, o governo.

Quanto ao transporte aéreo, todos sabemos que é um grande aproximador de países, dos povos, das pessoas, das cidades e um extraordinário fomentador de negócios, circulador de riquezas. Segundo as estatísticas, no ano de 1999 cerca de dois milhões e meio de pessoas entraram no Brasil via aérea e outras tantas saíram.

Não obstante essa relevância econômica, social e jurídica, o contrato de transporte não mereceu sequer uma referência no Código de 1916. Por que isso? Já se ressaltou que o Projeto do Código de 1916 foi elaborado por Clóvis Beviláqua na última década de 1800, em 1890, quando o transporte coletivo era ainda incipiente, sequer existente. A história do transporte coletivo começou literalmente no tempo da Maria Fuma-

ça, as locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte coletivo. Dizem que as primeiras locomotivas desenvolviam a espantosa velocidade de 6km/h. De 6km/h, passou-se para 12km/h, 20km/h, 60km/h, 120km/h até chegar aos trens-bala, que ainda não chegaram ao Brasil, aos aviões e até mesmo aos supersônicos.

Enquanto o Projeto de Clóvis Beviláqua dormitava no Congresso por quase trinta anos, o transporte coletivo não parou; ao contrário, as rodas giravam e cada vez mais rapidamente. Tanto é que foi necessário editar uma lei especial para disciplinar o transporte coletivo, antes mesmo de entrar em vigor o Código Civil. Refiro-me ao Decreto nº 2.681, de 1912, que se tornou conhecido como a Lei das Estradas de Ferro. Tenho para mim que o Código Civil não fez referência ao contrato de transporte porque o legislador dele se esqueceu, preocupado com as questões do Congresso, olvidando-se que o mundo aqui fora não havia parado; antes pelo contrário, as rodas estavam rodando e cada vez mais rápido. É isso que ocorre quando há um distanciamento entre a lei e o fato, ou melhor dizendo, quando o legislador está alheio ao fato. Pode também ter ocorrido que o legislador imaginou que a Lei das Estradas de Ferro já teria suficientemente disciplinado a questão, sem prever que outros meios de transporte haveriam de surgir e, por isso, deixou o contrato de transporte apenas com a disciplina que recebera da Lei das Estradas de Ferro.

O certo é, porém, que as rodas continuaram rodando e outros meios de transporte foram surgindo. Por isso, tor-

Palestra proferida no Seminário realizado em 10.05.2002.

nou-se necessário aplicar, por analogia, a Lei das Estradas de Ferro aos demais meios de transporte à medida em que foram surgindo: bonde, ônibus etc. Dessa forma, essa lei, que reputo uma das mais antigas ainda em vigor, conseguiu sobreviver por quase um século. A doutrina e a jurisprudência fizeram com a Lei das Estradas de Ferro aquilo que Bourlanger denominava de “poder de rejuvenecimento da lei”, poder que consiste em fazê-las viver segundo ou atendendo às exigências do tempo presente. Na realidade, se quisermos ter uma idéia do poder criativo da doutrina e da jurisprudência basta estudar o desenvolvimento da interpretação e da aplicação que foi dada à Lei das Estradas de Ferro.

Entrando em vigor o novo Código Civil, pelo menos dois efeitos curiosos irá produzir em relação ao contrato de transporte. Em primeiro lugar, irá revogar uma das mais antigas leis em vigor, que é a lei das Estradas de Ferro. Tal lei sobreviveu à Constituição de 1988 e ao próprio Código de Defesa do Consumidor, dado o avanço da disciplina que ela estabeleceu. Em segundo lugar, o Código irá disciplinar e incluir no seu texto um contrato que não é novo; ao contrário, é mais antigo do que o próprio Código que irá revogar. Por isso, na realidade, não encontraremos inovações na disciplina do novo Código com relação ao contrato de transporte. O Código está, tão-somente, positivando, estabelecendo na lei, aquilo que foi sendo criado, desenvolvido e cristalizado pela doutrina e jurisprudência ao longo de quase um século. O novo Código está em perfeita sintonia com a doutrina e a jurisprudência que nesse período se firmaram.

Destacaria, inicialmente, o artigo 730 do novo Código Civil que, ao disciplinar o contrato de transporte, ressaltou um dos seus elementos, que seria até desnecessário, mas que passou a ter relevância por aquilo que vamos enfatizar. “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar de um lugar para o outro, pessoas ou

coisas”. Todos sabem que o contrato de transporte, além de bilateral, é oneroso, ou seja, exige uma contraprestação. Contudo, surgiu ao longo desse período a discussão acerca da responsabilidade do transportador no caso do chamado contrato gracioso, ou transporte gratuito. Foi uma longa discussão, que acabou gerando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consagrada na Súmula 145. Pois agora o entendimento cristalizado na doutrina e na jurisprudência passou a ser disposição expressa do artigo 736, que diz respeito ao contrato gratuito: “Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente por amizade ou cortesia”. Foi necessário repetir isso aqui porque houve um tempo em que se queria enquadrar, aquele que transportava gratuitamente, nas mesmas regras de responsabilidade do transportador que tem como elemento do contrato o recebimento da contraprestação.

O parágrafo único do artigo 736 nada mais faz do que repetir a distinção que a doutrina e a jurisprudência já estabeleceram entre o contrato puramente gratuito e o aparentemente gratuito. O parágrafo único dispõe: “não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagem indireta”. Bastará qualquer tipo de vantagem, como, por exemplo, no caso de o empregador que transporta o empregado, o idoso ou o estudante que têm passe gratuito. Nessas hipóteses alguém está pagando a conta, não sendo esse contrato essencialmente gratuito, só podendo ser assim considerado aquele que, segundo o Código, é feito por amizade ou cortesia.

Um ponto que me pareceu importante é o artigo 731 do novo Código Civil. Quando entrou em vigor o Código do Consumidor, surgiu uma questão bastante interessante. O CDC estabelece indenização ilimitada. Contudo, o Código Brasileiro da Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia estabelecem indenização tarifada, limitada, para o transporte aéreo. A questão que se colocou foi esta: o

transportador aéreo, sem dúvida, é um prestador de serviços e, no caso de responsabilidade, estaria ele sujeito a pagar uma indenização ilimitada, como previsto no CDC, ou uma indenização limitada, como previsto na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro da Aeronáutica? Desde o primeiro momento sustentei, com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que os tratados e convenções, no nosso país, não são supraleis, não são leis constitucionais, não estão acima das leis ordinárias mas no mesmo plano delas. Essa foi uma questão longamente debatida no STF, que acabou entendendo dessa maneira, havendo, hoje, disposição expressa na Constituição (art. 105, III, a). Quando qualquer decisão contrariar tratado ou convenção internacional o recurso cabível não é o extraordinário, mas sim o especial. Se tratado fosse lei constitucional, o recurso deveria ser o extraordinário, e não o especial. Hoje, portanto, por expressa disposição constitucional, não há dúvidas de que o tratado está no mesmo plano da lei ordinária. Sendo assim, evidentemente, deveria prevalecer o Código de Defesa do Consumidor por ser a lei mais nova. Essa questão foi muito discutida no Superior Tribunal de Justiça que, inicialmente, se inclinou pela prevalência da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro da Aeronáutica. Entretanto, o STJ mudou o seu entendimento, e nas últimas decisões, de alguns anos para cá, tem decidido que o Código do Consumidor prevalece em relação à Convenção de Varsóvia.

Esse entendimento estará consagrado no artigo art. 732 do novo Código Civil: “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, *desde que não contrariem as disposições deste Código*, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”. Lendo esse dispositivo na ordem direta, teríamos: aos contratos de transporte em geral, são aplicáveis, quando couberem, os tratados e convenções internacionais, *desde que não contrariem esse Código*. Equivale dizer que se houver alguma contrarie-

dade entre as disposições do Código e qualquer disposição de tratados ou convenção internacional, deverão prevalecer as disposições do Código Civil, o que me parece estar em perfeita harmonia com a nossa Constituição e com o entendimento jurisprudencial, não só do STF como também do STJ. De sorte que, conforme as novas disposições do Código Civil, essa questão estará, no meu entender, superada.

O artigo 733 do novo Código Civil trata do transporte cumulativo, ou seja, aquele em que mais de um transportador se encarrega de fazer o transporte em percursos diferentes. Por exemplo: um transporta até Portugal e outro pelo restante da Europa. Nesses contratos cumulativos, o Código estabeleceu uma regra em relação à responsabilidade civil que não é a da solidariedade. Diz que “nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas. Conseqüentemente, não haverá responsabilidade solidária. No entanto, e aí não entendi bem o porquê, no artigo 756 do novo Código Civil, quando tratou do transporte cumulativo de mercadorias, o legislador estabeleceu a responsabilidade solidária. No caso de transporte cumulativo, todos os transportadores respondem solidariamente. A diferença de disciplina talvez tenha por causa não ser possível determinar-se com precisão em que percurso ocorreu o dano, o que não se verifica no transporte de pessoas. Certo é que o legislador fez essa distinção entre o transporte cumulativo de mercadoria e transporte cumulativo de pessoas, atribuindo a responsabilidade solidária àquela modalidade, e não a atribuindo quando se tratar de transporte cumulativo de pessoas.

O artigo 734 do novo Código Civil disciplina a responsabilidade civil do transportador. Essa matéria passou por várias fases. A Lei das Estradas de Ferro estabelecia responsabilidade civil objetiva para o transportador em relação

ao passageiro. Em relação ao pedestre, àquele que não era passageiro, a responsabilidade era subjetiva (art. 159 do CC). Com a Constituição de 1988, que estabeleceu responsabilidade objetiva também para o prestador de serviço público, o transportador passou a ter responsabilidade objetiva também em relação a terceiro. Veio o Código de Defesa do Consumidor e estabeleceu responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, quer com relação ao contratado, quer com relação ao consumidor direto como em relação ao consumidor indireto. Só aí passamos a ter uma responsabilidade unificada do transportador com relação não só ao passageiro como também em relação ao terceiro.

O novo Código Civil, no seu artigo 734, praticamente consolidou esse entendimento jurisprudencial, estabelecendo a seguinte regra: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas (evidentemente somente em relação ao passageiro) e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

Nesse dispositivo temos várias questões importantes. Em primeiro lugar, trata-se, inquestionavelmente, de responsabilidade objetiva em relação ao passageiro e aqui está a cláusula de incolumidade enquadrada pelos juristas franceses quando procuraram construir uma nova responsabilidade para o transportador. No meu entender, o que temos aqui é a cláusula de segurança, expressa no Código de Defesa do Consumidor. Quem se dispõe a prestar serviços que causam riscos ao passageiro ou a terceiros, fica obrigado a prestá-lo com segurança, tendo que garantir a incolumidade de quem quer que seja. O Código consagrou o que já estava estabelecido desde a Lei das Estradas de Ferro.

Destacamos em segundo lugar que o dispositivo em exame estabelece claramente a nulidade de qualquer cláusula excludente de responsabilidade. Isso foi uma criação da doutrina, depois

da jurisprudência e, finalmente, essa vedação está expressa no Código de Defesa do Consumidor. Qualquer cláusula que reduza a responsabilidade é plenamente nula. Essa disposição estará, agora, no novo Código Civil.

Temos também aqui o princípio da indenização ilimitada, que embora não escrito no *caput*, o depreendemos do parágrafo único, que diz: “É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”. Como se vê, o Código somente admitiu fixar limite da indenização no que diz respeito à bagagem. A **contrario sensu**, não há limite indenizatório em relação ao passageiro. Como não poderia deixar de ser, haverá harmonia entre o novo Código Civil e o do Consumidor. Seria muito ruim se o Código Civil permitisse uma limitação tendo o Código do Consumidor estabelecido como princípio, como direito fundamental do consumidor, a plena indenização ou a reposição ilimitada. Mesmo em se tratando de bagagem, a limitação terá que ser feita com base numa declaração do valor da própria bagagem.

O artigo 734, ao primeiro exame, permite concluir que a responsabilidade do transportador somente seria excluída pela força maior. Alguns dias atrás, conversando com uma ilustre civilista, ela me disse que o Código Civil estaria à frente do Código de Defesa do Consumidor porque somente excluiria a responsabilidade do transportador no caso de força maior. É o que está disposto no artigo 734 do Código Civil. Todavia, o Código disciplinou a responsabilidade do transportador em mais de um artigo e não apenas em um único dispositivo.

A seguir temos o artigo 735 que trata do fato de terceiro. E aqui o Código nada mais fez que positivizar a antiquíssima súmula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.” Isto não é novidade, repetimos, porque a Súmula

187 já dispunha assim. Todavia, o código fala em culpa de terceiros. Fato culposo de terceiro não exclui. Mas a questão é: e o fato doloso de terceiro? Não podemos, evidentemente, equiparar dolo e culpa. O fato culposo de terceiro pode ser, perfeitamente, incluído naquilo que muitos autores chamam de *fortuito interno*. Faz parte do risco do negócio do transportador. Mas quanto ao fato doloso de terceiro (como, por exemplo, o assalto e, agora, verdadeiros ataques a ônibus, que são feitos quando a polícia mata alguém no morro e os bandidos descem para queimar os ônibus), pode-se imputar ao transportador o dever de indenizar se alguém ficar ferido em uma manifestação dessa natureza? Então aí temos o fato doloso de terceiro. Parece-me que continuaremos com a mesma doutrina, com a mesma jurisprudência e com a mesma controvérsia que até aqui se travou. Há aqueles que entendem, como eu, que o fato doloso de terceiro exclui a responsabilidade do transportador, porque ele não é questão de *imprevisibilidade*, mas sim de *inevitabilidade*. E há outros que entendem que não excluiria a responsabilidade. O Superior Tribunal de Justiça já tem decidido dos dois modos, embora esteja se inclinando, nas últimas decisões, pela não-exoneração da responsabilidade do transportador no caso de fato doloso de terceiro, como o assalto a ônibus.

Temos a seguir a questão do fato exclusivo da vítima ou da culpa exclusiva da vítima, que é, normalmente, outra causa de exclusão de responsabilidade. A culpa exclusiva da vítima excluiria a responsabilidade do transportador? O código tratou dessa questão no artigo 738. Esse artigo dispõe: “A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, (...)”. Em outras palavras, está dizendo que o passageiro deva ter um comportamento adequado, de acordo com as regras. Dispõe o parágrafo único, que nos interessa: “Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e

instruções regulamentares, o juiz reduzirá eqüitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.” Eis aqui a culpa concorrente. E aí então a minha conclusão: Ora, se o código permite reduzir a responsabilidade do transportador em razão da culpa concorrente do passageiro, por mais forte razão teremos que admitir a exclusão da responsabilidade do transportador se o dano decorrer da exclusiva atuação da própria vítima. Então, mais uma vez os surfistas rodoviários, no meu entender, continuarão sem a cobertura da indenização do transportador, se o dano decorrer de fato exclusivo da própria vítima.

O artigo 741 também é consagração de entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ele trata do interrompimento da viagem. Todos nós, juizes, já decidimos hipóteses de interrupção de viagem como **overbooking** ou, melhor ainda, casos em que o avião ou, então, ônibus sofre alguma pane e tem que parar em algum lugar. Nesse caso, temos mandado pagar as despesas de hospedagem, alimentação etc. e arrumar logo um meio de transporte para levar o passageiro são e salvo ao seu destino. É isso que está no artigo 741: “*Interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível* (eis aqui o fortuito interno que não exclui a responsabilidade do transportador), *fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria (...).*”

E ainda temos um artigo importante que não existia em nenhum dispositivo legal com relação ao transporte, o artigo 742. É o direito de retenção, que foi agora outorgado legalmente ao transportador. “*O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem do passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso*”. Esse direito de retenção, que já estava previsto no Código de 1916 para os casos de depósito e hospedagem, e agora

estendido pelo novo Código também ao transportador. Muitos entendem que esse direito de retenção seria arbitrário, algo contrário à liberdade etc. de sorte que a controvérsia prosseguirá, mormente em face do Código do Consumidor.

Observo uma omissão no código no que diz respeito ao transporte de passageiro. Omissão esta que poderia ter sido suprida, porque o código teve o cuidado de não cometer essa omissão no que diz respeito ao transporte de coisas. Há uma questão que muitas vezes chega ao Tribunal e que diz respeito ao momento em que começa e em que termina a responsabilidade do transportador. Essa é uma questão importante porque uma coisa é a celebração do contrato e outra é a sua execução. Nem sempre a responsabilidade do transportador começa no momento em que se celebra o contrato. Compro uma passagem de avião, por exemplo, mas só vou viajar daqui a um mês. Se alguém, que vai viajar de avião, sofrer um acidente quando está se dirigindo para o aeroporto, a companhia aérea não tem nada a ver com isso. Mesmo que a pessoa argumente que já havia comprado a passagem, que ia viajar e que o contrato estava fechado, não importa, pois ainda não se havia iniciado a execução do contrato. Uma coisa é o contrato e outra coisa é a sua execução.

Sendo assim, seria muito importante que o código estabelecesse o momento do início da execução do contrato de transporte e o momento em que termina essa obrigação. A jurisprudência vem fazendo isto com bastante cuidado. No artigo 750, o código tratou da questão com relação ao transporte de mercadoria, mas se esqueceu ou não quis tratar disso no que diz respeito ao transporte de pessoas.

O artigo 750 dispõe: “A *responsabilidade do transportador* (e aqui já está na parte que trata do transporte de coisas, que começa no artigo 743), *limitada ao valor constante de conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus*

prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado”. Quer dizer, estabeleceu-se quando começa e quando termina o transporte de coisas, mas nada tratou com relação ao transporte de pessoas.

Há outras questões relevantes com relação ao contrato de transporte, mas como prometi não ultrapassar o tempo, vamos tratar de Contrato de Seguro. Esse contrato é também extraordinário no que diz respeito à sua relevância jurídica, econômica e política. Grandes empreendimentos se tornariam inviáveis se não fosse a segurança do seguro. É por isso que o seguro obteve um desenvolvimento fantástico nas últimas décadas. Ele circula bilhões de dólares anualmente. Imaginem o que seria da Petrobrás, se não fosse o seguro, quando uma de suas maiores plataformas pegou fogo e afundou. Um custo de bilhões de dólares, o que abalaria a economia até mesmo de uma grande empresa. Imaginem o que seria se não houvesse uma rede de seguros e resseguros mundial. No caso da destruição das duas torres gêmeas em Nova York, não fosse o seguro esse funesto acontecimento abalaria a economia até de muitos países. É esta a importância que tem o seguro. No Brasil, de acordo com as estatísticas, somos mais de sessenta milhões de segurados nos vários seguros. Qualquer pessoa de classe média terá, pelo menos, um tipo de seguro, por exemplo, de automóvel, de saúde etc.

Então, o que vem a ser seguro? Porque ele tem esta importância, esta enorme relevância? Costumo contar um fato real que nos ajudará a compreender. Na década de trinta, quando estavam construindo a grande ponte sobre a Baía de São Francisco, nos Estados Unidos, os construtores se viram envolvidos com um grave problema: a segurança dos trabalhadores. Quem ainda hoje sobe ao cimo de uma das torres daquela ponte, com cerca de duzentos e vinte metros de altura, e olha lá de cima as águas da Baía, a centenas de metros abaixo, não deixa de ter um arrepio na espinha. Como se-

ria possível trabalhar naquelas alturas sem o pavor de se precipitar no abismo a qualquer momento? A ponte estava orçada em trinta e cinco milhões de dólares e os operários sabiam que, para cada milhão a ser gasto, havia a perspectiva de que um deles poderia perder a sua vida. Importava, então, em dizer que até a conclusão da ponte cerca de trinta e cinco trabalhadores poderiam morrer. E isto, a toda evidência, gerou pânico. Todos trabalhavam com a idéia fixa de que a qualquer momento poderia se transformar em uma daquelas trinta e cinco vítimas. Por isso a obra caminhava lentamente, causando enormes prejuízos, até que alguém teve a idéia de estender, sobre toda extensão da ponte, uma gigantesca rede de cordas. De sorte que, se algum operário caísse, haveria de ser apanhado pela rede. A rede custou oitenta mil dólares, mas revelou-se, desde logo, um excelente investimento. Tão logo ela foi estendida, os operários readquiriram a confiança, voltaram a trabalhar novamente, a obra readquiriu o andamento desejado, a ponte foi concluída no prazo previsto e, melhor do que tudo, sem o sacrifício de uma vida sequer. É que agora os operários tinham uma resposta tranquilizadora para aquela inquietante indagação: e se eu cair da ponte?

Parece-me que esse fato revela que segurança e proteção são necessidades básicas do ser humano, principalmente a partir de uma determinada classe social. A todo instante, estamos nos indagando: *“e se eu cair da ponte? e se eu morrer? e se eu ficar doente? e se minha casa pegar fogo? e se roubarem o meu automóvel?”*. E é exatamente aí que entra a idéia do seguro. Em uma linguagem figurada, poderíamos dizer que o seguro é uma espécie de rede jurídico-econômica que nos protege contra os riscos aos quais todos nós estamos expostos na vida em sociedade. Todos nós sabemos que o seguro é fundado, é alicerçado em três elementos essenciais: *o risco, a mutualidade e a boa-fé*. Costumo dizer que esses três elementos são o tripé do seguro, uma espécie de santíssima trindade, uma

trilogia do seguro. Não haverá seguro onde não houver risco, onde não houver mutualidade e onde não houver boa-fé.

O risco é o elemento básico, o elemento material do seguro. As pessoas só fazem seguro porque estão expostas a risco. Se você não sentir risco de nada, não vai fazer seguro. E risco é exatamente perigo, é probabilidade de dano. Nós fazemos seguro quando sentimos probabilidade de dano, qualquer que seja a sua natureza.

Mutualidade é o elemento econômico do seguro. É uma operação coletiva de poupança, que é feita por todas aquelas pessoas que integram um mesmo grupo de risco. Sabendo que posso sofrer um sinistro, sofrer um dano em razão do risco a que estou exposto, procuro me precaver estabelecendo algo que me possa reparar o dano se eventualmente ele ocorrer. E assim, com muitas pessoas, forma-se um fundo capaz de bancar os danos decorrentes dos riscos a que pessoas estão expostas. E, a toda evidência, terá que haver (aí está um ponto importante) o equilíbrio entre risco e prêmio. Prêmio não é aquilo que recebo de indenização, mas aquilo que pago como segurado. Terá que haver um equilíbrio, uma necessária proporcionalidade entre o prêmio pago e os riscos a que estou exposto, para formar o patrimônio adequado e necessário para bancar esses riscos. E isto é calculado através de dados estatísticos, cálculos atuariais, a lei dos grandes números e com bastante precisão. É dessa maneira que o seguro se estrutura.

Uma boa definição de seguro, calçada no princípio da mutualidade, foi aquela que nos deixou a Rainha Elizabeth I, da Inglaterra, há mais de três séculos: *“com o seguro, o dano é um fardo que pesa levemente sobre um grande número de pessoas em vez de insuportavelmente sobre um pequeno número”*. Mutualidade é isso, é divisão dos riscos, de tal maneira que se torne suportável por muitos aquilo que seria insuportável por poucos.

Agora, vem o terceiro elemento - a boa-fé. A boa-fé é o elemento jurídico do

seguro. Boa-fé é o elemento que liga mutualidade e risco. Mutualidade e risco jamais andarão juntos se não houver boa-fé. É a boa-fé que permite entre o segurado e o segurador uma convivência tal, que um contribua para formar um fundo, e o outro, por sua vez, tenha condições de reparar o dano, o prejuízo se, eventualmente, o risco a que está exposto o segurado vier a se materializar no sinistro. É por isso que os autores costumam dizer que a boa-fé é a alma, é a razão de ser do seguro. Onde não houver a boa-fé, haverá fraude, má-fé. Por essa razão se costuma dizer que a fraude é a maior inimiga do seguro, porque ela desestrutura o equilíbrio que tem que haver entre mutualidade e o prêmio que deve ser pago.

O Código anterior praticamente só falava na boa-fé no seguro. Costumava-se dizer que a boa-fé era um elemento do seguro, porque só no contrato de seguro ela era expressamente mencionada. Aqui, no seguro, não só temos a boa-fé subjetiva, a boa intenção das partes, mas também a boa-fé objetiva, porque, mais do que em qualquer outro contrato, esta é indispensável no seguro, que é sempre um contrato de trato sucessivo. Fazemos seguro por um período, um ano por exemplo. Então o contrato vai se prolongar e, embora as partes possam ter boas intenções no momento da celebração do contrato de seguro, se no curso do contrato, uma delas passar a ter má-fé, procurar aumentar os riscos, por exemplo, ou procurar criar obstáculos para a execução do seguro, ele se torna inviável. Então, tudo aquilo que foi dito com relação à boa-fé e que hoje está sendo cantada e decantada, pois passará a ser um princípio geral do novo Código, já era um dos elementos do contrato em geral.

Feitas essas observações, diria apenas que o novo Código vai dar ao contrato de seguro uma disciplina mais enxuta, mais racional. Há no Código de 1916 muitas disposições repetitivas e que, com o decorrer do tempo, se mostraram inúteis, desnecessárias. O novo Có-

digo fez uma limpeza, deixando apenas as cláusulas e regras que são realmente relevantes e importantes. E, como não poderia deixar de ser, os três elementos: *risco, mutualidade e boa-fé* não só persistem, mas foram ainda mais prestigiados e destacados, porque se esses elementos não forem prestigiados o seguro passará a ser absolutamente inviável.

Entretanto, o que me parece merecer destaque é o novo conceito que o Código deu ao seguro. O conceito anterior ensinava cada definição que, ***data venia***, era de chorar. Costumava-se dizer que o seguro transfere o risco do segurado para o segurador. Isso é um absurdo do ponto de vista jurídico e fático. Com ou sem seguro, quem continua em risco é o assegurado, é o seu carro, é o operário que está pendurado em algum lugar. O seguro não transfere o risco. Também não é absolutamente correto dizer que o carro foi segurado, que a pessoa foi segurada, é uma maneira de se dizer, mas não é isto que foi segurado. Então, qual é realmente o objeto do seguro? O que é o segurador?

Temos, no novo Código, uma definição que me parece muito bem colocada; está no artigo 757, que dispõe: “*Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*”. Aqui, fico realmente em dúvida, pois quem irá pagar o prêmio? Quem paga o prêmio é o segurado, por isso eu colocaria “*mediante o recebimento do prêmio*”, mas, como assim está disposto, vamos entender que onde se diz *pagamento*, leia-se *recebimento*; quem paga é o segurado e quem recebe é o segurador. Depois diz: “*garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa, contra riscos predeterminados*”. Primeiro ponto que o conceito destaca é: o segurador é um garante, por isso digo que ele é um prestador de serviço.

Os senhores vejam que, sabiamente, o Código do Consumidor, sabendo que haveria muita reação, colocou expressamente no conceito de serviço a ativi-

dade bancária, securitária etc. Inicialmente, os seguradores quiseram sustentar que não eram prestadores de serviço porque afinal de contas não prestavam serviço algum. Mas, na realidade, eles prestam serviço, eles são garantes. Mas o segurador garante o quê? Ele não garante a vida do segurado, pois com ou sem seguro, o segurado pode falecer; ele não garante que o carro estará sempre com o segurado. O que ele garante é o *interesse legítimo* que o segurado tem em relação a coisas e em relação a pessoas. Normalmente será um interesse patrimonial. O que eu quero quando faço um seguro? Quero, se o meu carro for roubado, ter o patrimônio necessário para comprar outro, para repor o meu prejuízo. É um interesse econômico. A mesma coisa ocorre com o seguro de vida. O que se quer quando se celebra um seguro de vida? A pessoa não quer morrer, ela quer viver o máximo possível, mas com a garantia, a certeza de que, se morrer, aqueles que dependem dela não ficarão ao abandono, é um interesse econômico. Quando a pessoa faz um seguro de saúde, não pretende passar dias internado na UTI, ninguém quer isso, ninguém está interessado em obter a indenização do seguro, pelo contrário, o que se quer é garantia, segurança, tranqüilidade. É isso que devemos entender por interesse legítimo.

Agora, então, o Código estabelece que o que é segurado, o que é garantido é o interesse, mas há que ser um interesse legítimo. Logo, qualquer interesse ilícito, ilegítimo, ainda que celebrado com o seguro, contraria o princípio da boa-fé, contraria a própria razão de ser do seguro. Esse conceito está perfeito no meu entender. E mais ainda, destaca aqui que o interesse legítimo é garantido contra os riscos predeterminados. Há uma tendência nossa, inclusive dos magistrados, de fazer do seguro o segurador universal – “Há seguro, então paga tudo, cobre tudo”. Isso viola o princípio da mutualidade. O contrato foi celebrado tendo em vista determinados riscos, o prêmio calculado é sobre

esses riscos específicos. Aqui está o equilíbrio. A partir do momento em que se começa a incluir, no outro lado, riscos que não foram levados em consideração no momento da celebração do contrato, se está quebrando o princípio da mutualidade. Pois agora o Código, apesar de já o fazer o anterior, diz que *os riscos devem ser predeterminados*, que são aqueles que foram previstos no contrato, na apólice. Essa mesma regra é enfatizada no artigo 760, que dispõe: “A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e *mencionarão os riscos assumidos*, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário”. Mencionar os riscos assumidos é vital para se manter a mutualidade, o equilíbrio. Quanto ao *início e o fim de sua validade*, há uma discussão muito grande, em certos seguros, sobre em que momento começa ou não a obrigação do segurador; se é no momento em que celebrou a apólice, se é no momento em que se fez o primeiro pagamento ou se é depois. Essa é uma questão bastante controversa e que nos traz muita dificuldade na vida prática, quase sempre nos inclinamos em favor do segurado, segundo uma tendência natural.

O novo Código diz expressamente que vai valer aquilo que está escrito na apólice. É claro que se aquilo que está escrito violar o princípio da boa-fé, se for uma cláusula abusiva, vamos entender que isso não vale nada, é como se não existisse. Mas, se for uma cláusula razoável, como, por exemplo, que o seguro vai valer a partir de 24 horas ou após o primeiro pagamento, coisas desse tipo, nós juízes e profissionais de direito devemos respeitar porque é isso que está escrito aqui na lei. Se não houver colidência com um princípio maior, como a boa-fé, deve prevalecer aquilo que foi estabelecido na apólice para o início e fim da validade do contrato.

Temos, no artigo 763, uma cláusula que colide de frente com a jurisprudência

dência do Superior Tribunal de Justiça. Ainda não é uma jurisprudência pacífica, mas pelo menos um acórdão já vi que me deixou até bastante preocupado. O caso dizia respeito a um segurado que estava em mora, até inadimplente porque estava sem pagar o prêmio há vários meses e precisou do seguro. O segurador negou-se a pagar a indenização, levando o segurado a ingressar na Justiça, na qual teve ganho de causa. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que, mesmo estando o segurado atrasado, se pagou o prêmio terá direito à indenização. É isso que preocupa, pois onde fica a boa-fé? Então, faço um seguro de automóvel e espero; se roubarem o meu automóvel, vou lá e pago o que devo, apesar de já ter ocorrido o sinistro?! Isso viola o princípio da boa-fé, isso é má-fé pura. Não vejo nenhum brilhantismo nesse entendimento, contraria a estrutura do seguro.

O artigo 763, agora *habemus legis* expressa, dispõe o seguinte: “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”. Se essa norma não viola um princípio de boa-fé, um princípio maior, creio que ela deverá ser respeitada, e, no meu entender, é uma norma até moralizadora porque impedirá em muitos casos exatamente esta posição: do indivíduo aguardar se e quando ocorrer o sinistro para só então fazer o pagamento do prêmio. Aí ele não quer, evidentemente, um seguro, pois o contrato de seguro é aleatório, ele quer uma indenização mediante um pagamento insignificante porque a indenização é muito maior do que aquilo que ele pagou.

O artigo 765 é a repetição daquilo que está no Código atual: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. Já nos referimos a isso quando dissemos que a boa-fé é alma do seguro, o seu elemento jurídico, mas é também uma via de

mão dupla porque tanto tem que haver boa-fé do segurador como do segurado.

O parágrafo único do artigo 766 é que me preocupa porque a jurisprudência é tranqüila no sentido de que o segurado só perderá o direito à indenização se de má-fé, intencionalmente, fizer afirmações que não correspondem à realidade, omitir informações que deveriam ser prestadas, informações que teriam relevância na formação do contrato. Vamos ao exemplo do seguro de saúde: faço um seguro de vida ou de saúde e não informo que sofro de uma determinada doença, ou seja, uma doença preexistente. Então, tem-se entendido que isso é uma afirmação falsa, fraudulenta e conseqüentemente violaria o princípio da boa-fé. Mas, se eu não souber que tenho uma doença, se eu não souber que tenho um problema anterior? Aí, nesse caso, não estaria de má-fé e, por isso, a jurisprudência consagrou o entendimento de que a afirmação que não corresponde à verdade só tira o direito à indenização se ela for feita de má-fé, ou seja, se o segurado, conhecendo o problema de saúde, conhecendo a doença, não a informa. Então, a boa-fé é presumida e caberá à seguradora provar a má-fé do segurado para só assim não pagar indenização. Agora o parágrafo único do artigo 766 dispõe: “Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado (pois se resultar de má-fé ele não terá direito a nada), o segurador terá o direito de resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”. Aqui, em outras palavras, está dizendo que se o segurado estava de má-fé perderá tudo, se estiver de boa-fé, mas fizer uma afirmação, por exemplo, que estava sadio e, depois, constatou-se que ele tinha uma doença, o segurador pode dizer que não quer mais o contrato, que este está rompido, que não pagará a indenização e ainda irá cobrar do segurado o prêmio que este devia. Quer dizer, trata-se de uma cláusula feroz, violenta contra o segurado. Já devemos ir pensando na interpretação que lhe vamos dar.

Aqui, me parece, houve um retrocesso, mas a doutrina e a jurisprudência saberão dar o trato adequado à questão a fim de que não haja maiores prejuízos em matéria de tal importância. O Código disciplinou melhor a questão do agravamento do risco. Esse é outro ponto importante: se quando celebramos o contrato de seguro, estabelecemos um equilíbrio entre risco e prêmio, isso é mutualidade e este contrato de trato sucessivo irá perdurar, será necessário que as partes, na medida do possível, mantenham o **status quo**. O segurado não deve agravar os seus riscos, não deve aumentá-los sob pena de, eventualmente, causar um desequilíbrio no contrato. O Código de 1916 fala no agravamento do risco e a doutrina e jurisprudência consagraram o entendimento de que esse agravamento só exclui a indenização do segurado se for de má-fé, intencional. Por exemplo, moro em uma cidade pacata do interior, e tenha o meu carro segurado lá. De repente mudei-me para o Rio de Janeiro, onde o roubo e furto de automóveis são muito grandes. Aumentei o risco, mas, por qualquer razão, esqueci-me e não comuniquei à Seguradora e, de repente, o meu carro é roubado. A Seguradora vai alegar que se me mudei para o Rio de Janeiro e não comuniquei este fato, perdi o direito por ter agravado o risco. Há entendimento jurisprudencial no sentido de só admitir a perda da indenização quando o agravamento do risco for intencional. O certo será imediatamente comunicar o agravamento do risco, mas este só excluirá a indenização se houver intencionalidade.

Agora o artigo 768 é claro:: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Não havendo agravamento intencional, evidentemente não haverá que se falar em perda da indenização.

Uma outra norma importante, e que de certa maneira bate de frente com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é a do artigo 781. Os senhores se lembram da questão con-

trovertida com relação a seguro de automóvel: se a indenização deveria ser pelo preço de mercado ou se pelo valor da apólice. Essa questão foi muito discutida e há razões para os dois lados. A alegação principal é esta: a indenização não pode ser maior do que o valor da coisa. Quando foi feito o seguro do automóvel o seu valor era cinquenta mil – esse é o valor da apólice – mas quando ocorreu o sinistro só valia quarenta mil. Qual deve ser o valor da indenização? Cinquenta ou quarenta mil? Para a seguradora quarenta porque este é o valor atual do bem. Mas o segurado pagou o prêmio sobre cinquenta. Isso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que, inicialmente, entendeu que era o valor do mercado e depois deu uma guinada em embargos de divergência em um acórdão em que havia estabelecido o valor do mercado. O relator foi o nosso estimado Ministro Waldemar Zveiter. A partir desse momento, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que deverá ser o valor da apólice.

Agora, temos aqui o artigo 781 que me parece ser um obstáculo a esse entendimento. O artigo 781 dispõe: “A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”. Em caso de mora do segurador, manda-se pagar juros e correção monetária. Ao que tudo indica, a discussão será reiniciada no sentido de saber se essa posição do Superior, a partir do Código novo, está em vigor ou não.

Temos outra norma importante no artigo 785 e que também consagrou o entendimento predominante. **A** tem o seu automóvel segurado, vende-o para **B**, transferindo-lhe o seguro. Depois que o automóvel já está em poder de **B**, é roubado ou furtado. Aí o **B** vem pedir o seguro mas a seguradora alega que tinha seguro com **A**, e que este ao transferir o automóvel sem nada avisar, agravou o risco, razão pela qual não pagará a indenização. Há no Código de 1916, uma certa dúvida se era ou não possível essa transferência do seguro. Hoje, o artigo 785 consagra o entendimento que prevaleceu na

doutrina e jurisprudência: “salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado”.

Outra questão que foi construção da doutrina e da jurisprudência está consagrada no artigo 786: a sub-rogação. Quando ingressei na magistratura, uma das questões tormentosas era se o segurador tinha ou não o direito de sub-rogar-se nos direitos do segurado depois de pagar a indenização. Havia teses para todos os lados. Finalmente a jurisprudência do STF, cristalizada na Súmula nº 188 consagrou o entendimento de que o segurador sub-roga-se no direito do segurado. Essa súmula está hoje positivada no artigo 786 que dispõe: “Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”. O parágrafo primeiro tem uma certa exceção que não nos interessa no momento. Os artigos 787 e 788 trataram de duas questões tormentosas: no seguro de responsabilidade civil, há uma corrente que há muito tempo vinha defendendo a admissibilidade da ação direta do terceiro contra o segurador. Uma pessoa tem seguro de responsabilidade civil, com relação ao seu automóvel, bate em alguém e, de repente, esse que causou o acidente não tem condições de reparar o dano, mas o segurador tem. Então, a questão é essa: se a vítima, se o terceiro que sofreu o prejuízo poderia mover ação indenizatória diretamente contra o segurador. Há muito tempo que essa idéia vem sendo trabalhada no sentido de que pode. O Código do Consumidor deu um passo avançado; embora não permita a denúncia da lide ao segurador, porque senão ele vem para complicar o processo, permite, todavia, o chamamento ao processo. E se ele é chamado, a execução pode ser feita diretamente contra o segurador. Era a oportunidade de se dar um passo e de se estabelecer a ação direta contra o segurador no caso de responsabilidade civil. O artigo 787 não o fez, dispondo o

seguinte: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º estabelece uma série de exigências para que o segurado não perca esse direito.

No artigo 788, entretanto, admitiu a ação direta, no caso de seguro obrigatório, mas não no caso do seguro de responsabilidade civil. “Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistros será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”. E essa é a norma que me parece deveria estar lá no artigo 787 também. Seria um avanço, eliminaria uma carrada de ações que ainda hoje acontecem, o que de certa maneira, na prática, muitas seguradoras já fazem. Quando ocorre o acidente o veículo é encaminhado para uma oficina autorizada e ali consertado diretamente.


Com relação ao seguro de pessoas, gostaria de destacar apenas dois dispositivos: o primeiro deles é o artigo 793, que também é uma consagração na lei daquilo que foi construído pela jurisprudência. Quando entrei na magistratura, se alguém fizesse um seguro de vida para a sua concubina (que era um palavrão), não teria validade. Construiu-se, debateu-se, discutiu-se e a jurisprudência praticamente só não admite como beneficiária do seguro a amante. Mas no caso de companheira, de convivência, admite-se tranquilamente o seguro em seu favor. O artigo 793 agora consagra essa regra: “É válida a instituição do companheiro como beneficiário se, ao tempo do contrato, o segurado era separado judicialmente ou já se encontrava separado de fato”. Não precisa nem ser a união estável. Se houver separação de fato, será válida a instituição, vai desaparecer do novo Código Civil, portanto, o artigo 1.474 do Código de 1916 que dispõe: “não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida e receber a doação do segurado”.

Por último, gostaria de destacar o artigo 798, muito curioso pois agora va-

mos ter suicídio com prazo de carência. Os senhores sabem que, com relação ao suicídio, a jurisprudência, tanto do Supremo como do Superior Tribunal de Justiça entendeu que só não é devida a indenização, se se tratar de suicídio premeditado. É raríssimo o caso de suicídio premeditado. Quase sempre é fruto de depressão e por isso a indenização é sempre devida, até porque provar a premeditação não é fácil. Essa prova caberia ao segurador. O artigo 798 dispõe o seguinte: “O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”. Se a finalidade aqui era afastar a premeditação, acabou-se estabelecendo apenas um prazo maior de premeditação. Agora, será preciso planejar um suicídio com no mínimo dois anos de antecedência. Se é curioso ou não, é o que está escrito aqui. O legislador entendeu que ninguém vai premeditar um suicídio com dois anos de antecedência, de sorte que se o suicídio ocorrer dois anos após o seguro, presume-se que não foi premeditado. Mas se ocorrer antes, ainda que seja um infeliz, com profunda depressão, em um estado de alucinação etc, mesmo assim, se aplicarmos a lei, como está escrito, não haverá indenização. É claro que aqui também vamos ter que fazer distinção, cada caso é um caso. Se evidenciado que o suicídio decorreu de uma situação de angústia, de aflição, de perturbação, de depressão devida será a indenização. Talvez será caso de se inverter o ônus da prova. Durante esses dois anos, terá que se provar que o suicídio não foi premeditado. Depois de dois anos, haverá uma presunção absoluta de que o suicí-

dio não foi premeditado. A interpretação que faço, desde agora, é que nesse período de dois anos será preciso provar que o suicídio não foi premeditado. Depois dos dois anos haverá presunção absoluta de que não houve premeditação.

Encerro, relatando a história de um menino, que morava no interior de Minas Gerais, e que um dia veio passear no Rio de Janeiro, com a sua mãe, onde teve a oportunidade de conhecer o mar. Foi um deslumbramento. Brincou na praia, catou conchinhas, pulou ondas e quando retornou a sua cidadezinha natal, relatou empolgado ao seu avô a sua nova aventura. E terminou o seu relato fazendo uma pergunta: vovô, você também conhece o mar? Ele que era um velho marujo, com mais de trinta anos de navegação, ao se lembrar, em um instante, das suas profundas experiências com o oceano, respondeu com certa insegurança que também conhecia o mar.

Um novo Código Civil é um oceano, pois aqui está toda a estrutura da ordem jurídica brasileira. Estou querendo dizer que esse oceano que está aqui diante de todos nós pode ser conhecido de duas maneiras: pode ser conhecido como por aquele menino que brincou na praia e imaginou que conhecia o mar, e pode ser conhecido como por aquele marujo, que navegou trinta anos no oceano, enfrentou todo tipo de tempestade e ainda tinha certa insegurança ao dizer que conhecia o mar. Todos nós teremos que navegar nesse novo oceano, e isso começará no dia que esse Código entrar em vigor. Poderemos ficar na praia, brincando, ou poderemos iniciar uma viagem fantástica e que não terá fim. O objetivo da EMERJ é estimular a todos a que conheçamos profundamente esse Código e posamos assim dar a ele a aplicação que ele merece. Obrigado pela atenção. 

Princípios Básicos do Direito Contratual no Novo Código Civil

ADALBERTO DE SOUZA PASQUALOTTO

Professor da Universidade do Rio Grande do Sul

O tema que abordarei nesse encontro diz respeito aos princípios básicos do Direito Contratual no novo Código Civil. Quero dizer que vou tratar dessa matéria com um certo acanhamento e confesso isso sem nenhuma vergonha ou receio de que interpretem como um exagero.

Tenho a impressão de que o Direito das Obrigações de um modo geral, mas muito particular, dentro do Direito das Obrigações, os contratos, e ao lado deles, a Parte Geral do Código Civil, encontram-se dois dos pontos mais relevantes desse nosso novo Estatuto Civil. O Professor Miguel Reale costuma dizer que o Código Civil se distingue por três grandes diretrizes: a da eticidade, a da operabilidade e a da socialidade.

Acho que poderíamos colocar essas três diretrizes em perspectiva: 1) de meios - à ética; 2) de uso desses meios - a operabilidade, 3) de fins: a socialidade. Isso quer dizer que usando adequadamente meios éticos, através deste Código Civil, haveremos de atingir os fins sociais a que se propõe o nosso país, nos termos, aliás, da nossa Constituição.

Então, falar dos princípios básicos do Direito Contratual no novo Código Civil é ir ao âmago do novo Código Civil, é exatamente tocar no seu espírito, na sua parte mais sensível. Quais seriam esses princípios, ainda um pouco introdutoriamente,

para que possamos nos entender quanto ao núcleo daquilo que vou abordar? Sem prejuízo, como disse, de que outros possam dar a essa matéria enfoque diferente, e talvez parecendo até um pouco conservador na maneira de enunciar esses princípios, eu diria que eles não mudaram muito. Os princípios, na verdade, são os da *autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, da função social do contrato, da boa-fé, da equivalência material*. Talvez em um plano secundário, porque eles poderiam ser deduzidos de alguns que já foram enunciados, mas também gostaria de ressaltar a relevância que têm a *confiança e o valor dado aos usos e costumes*. Não vou falar sobre a confiança e os usos e costumes porque provavelmente isso exigiria mais tempo, de vez que eles estão em uma área mais residual do tema principal que me traz aqui. Vou me deter naquelas que são as grandes diretrizes do Código Civil, os princípios que enunciei inicialmente.

No entanto, antes de falar diretamente sobre esses princípios, parece-me necessário tratar basicamente da técnica legislativa do novo Código Civil para que compreendamos como é que se conjugam os princípios e as cláusulas que estão colocadas no novo Código e, só depois de tratarmos dessa técnica legislativa, faríamos então uma apreciação desses princípios, dentre os quais gostaria de me fixar mais detidamente na **fun-**

Palestra proferida no Seminário realizado em 14.06.2002.

ção social do contrato. Então, vou dividir essa minha abordagem nesses dois pontos: primeiro a técnica legislativa do novo Código Civil e segundo, o exame dos princípios, particularmente o princípio da função social do contrato.

Com respeito à técnica legislativa, encontramos aqui exatamente a diferença básica que existe entre o Código de 1916 e o de 2002. O Código de 1916, é claro que vinculado aos princípios do liberalismo, do voluntarismo jurídico, adotou uma técnica legislativa casuística, que se notabiliza pela determinação especificativa da matéria que é objeto da lei. Essa determinação especificativa significa que se procura prestigiar a segurança jurídica e em busca da mesma, os preceitos legislativos são mais rígidos. O legislador procura deixar a mínima margem possível à interpretação e à criação judicial. Tudo está na lei, e esse é o conceito que nos veio das grandes codificações: a pretensão de hegemonia dos Códigos. Justamente em razão disso, durante muito tempo se debateu se não estávamos entrando na era da descodificação. Aliás essa é uma crítica que ainda hoje muitos fazem ao fato de estarmos abrindo um novo Código Civil, em uma era de microssistemas, em uma era de particularismos legislativos. Um país como o Brasil, pretendendo atualizar-se com os tempos, meio que volta atrás um ou dois séculos para editar um novo Código Civil. Evidentemente que esse novo Código Civil exerce uma função de centralidade jurídica, sem qualquer prejuízo às leis especiais, às quais de resto ele se refere em diversas passagens.

Mas, o Código de 1916 certamente se notabilizou por essa técnica legislativa casuística, que se caracteriza então

pela determinação especificativa da matéria que ele regula. Qual é a orientação do Código de 2002? É a de cláusulas gerais. O novo Código abandona essa determinação especificativa e se detém em cláusulas que na verdade apresentam uma vagueza semântica, ou seja, uma definição que nada define porque é uma norma em aberto, que permite então a incorporação à norma jurídica de princípios, de diretrizes e de máximas de conduta. Temos, portanto, uma técnica exatamente oposta à casuística, uma técnica constituída basicamente, na sua articulação geral, sobre cláusulas gerais.

Há ainda uma outra questão que precisa ser enfrentada - a da conceituação entre princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e diretrizes. De que forma poderíamos nos haver com correção quanto à compreensão da articulação desses conceitos? O princípio, como se sabe, é uma norma pressuposta ou implícita que permite a partir dela a dedução de outras normas. Um princípio portanto é a fonte de outras normas jurídicas. Quanto ao conceito jurídico indeterminado, o que é indeterminado é seu conteúdo e não o conceito jurídico. Este se notabiliza, se distingue da cláusula geral especialmente pelo fato de que a inobservância do seu conteúdo geralmente implica a existência de uma sanção. A cláusula geral, por seu turno, constitui uma moldura legal que permite a introdução de um juízo de valor sobre o fato apreciado, independentemente da existência da sanção. A cláusula geral permite o juízo de valor e, a partir dele, dar-se-á evidentemente a interpretação, e via de regra, a decisão judicial.

O problema é saber quais são os juízos de valor que deverão orientar a

interpretação. Eles estão presentes nas diretrizes, que são extraídas de uma espécie de norma jurídica, que não são nem normas de conduta nem normas de organização. Temos aí, então, na verdade as *três espécies básicas de normas jurídicas*.

As *normas de conduta*, que são aquelas que objetivamente impõem ou proíbem uma conduta, sob pena de uma cominação; as *normas de organização*, que são normas estruturadoras de uma instituição por exemplo, como a Lei de Sociedades Anônimas, certamente é uma lei de organização e finalmente as *normas-objetivo*, que são intenções legislativas colocadas pelo legislador como um programa a ser implementado. A implementação desse programa só pode se feita pelo intérprete, portanto, em última análise, só pelo Poder Judiciário.

O Código do Consumidor, por exemplo, que tem grande afinidade com o Código Civil em razão de também se estruturar sobre cláusulas gerais, contém no inciso III do artigo 4º a diretriz de que as relações entre consumidores e fornecedores devem ser harmônicas e equilibradas. Como é que se podem obter, no plano sociológico da efetividade do direito, relações harmônicas e equilibradas entre dois pólos econômicos antagônicos? Em uma relação de consumo temos a empresa de um lado, que evidentemente está presente no mercado em busca da realização do lucro e, do outro lado, o consumidor, que vai em busca do produto ou do serviço apto a atender o seu interesse ou a sua necessidade. Temos, então, o conflito de interesses típico das relações econômicas. Como é que se pode então assegurar que essa relação jurídica venha a

se tornar equilibrada e harmônica, se cada um vai tratar evidentemente da proteção do seu próprio interesse?

Tendo a empresa a frente cronológica e valorativa no sentido econômico do negócio, evidentemente ela procura impor ao consumidor a preponderância do seu próprio interesse. O equilíbrio e a harmonia dessa relação só podem advir da interpretação judicial. Portanto, concretizando o valor colocado na lei pelo legislador, o juiz, frente a uma relação concreta entre consumidor e fornecedor, vai dizer como se constituem naquela relação em concreto o equilíbrio e a harmonia.

Então, o que temos aqui é a sincronicidade entre princípios, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e diretrizes. Vamos nos fixar mais propriamente na questão das cláusulas gerais, porque vamos acabar examinando detidamente a cláusula geral da função social do contrato. A cláusula geral, seja ela qual for, apresenta três funções bem características.

A primeira função da cláusula geral é uma função restritiva. Quando ela se apresenta como condicionante dos efeitos de uma regra jurídica. Por exemplo, ainda para citar o Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas consideradas abusivas no artigo 51 são cláusulas gerais condicionantes do efeito das cláusulas contratuais que configuram o abuso contra o consumidor, porque essas cláusulas assim abusivas são nulas, portanto o efeito delas fica condicionado.

A segunda função da cláusula geral é uma função regulativa. Nesse passo, a cláusula geral integra a um determinado conceito jurídico um princípio estranho a esse conceito para determinar o campo da sua aplicação. Por exem-

plo: no Código Civil, temos uma cláusula geral de responsabilidade civil no artigo 159, que fica submetida à culpa. Só haverá responsabilidade civil se o ato que causar dano a alguém for cometido com culpa. Portanto a culpa integra-se à cláusula geral para regular a sua aplicação.

E finalmente, uma cláusula geral com função extensiva que significa a ampliação de uma regulação jurídica mediante a inclusão de outros conjuntos normativos. Voltando ao Código de Defesa do Consumidor, para exemplificar, diz o artigo 7º, *caput* que são direitos do consumidor todos aqueles elencados no Código, mais os que decorrerem de outras leis, de regulamentos, de tratados internacionais de que o país seja signatário etc. Portanto incorporam-se aos Direitos do Consumidor, ampliando-os, todos aqueles que decorrerem ampliativamente desses conceitos jurídicos inicialmente estranhos à lista de direitos do consumidor.

Essa é a técnica legislativa usada pelo legislador no Código de 2002, ou seja, uma sinfonia de conceitos jurídicos indeterminados, princípios, cláusulas gerais e diretrizes, que se harmonizam para criar um novo panorama normativo das relações civis, sendo que, particularmente naquilo que pertine às *cláusulas gerais*, temos então a *tríplice função: a restritiva, a regulativa e a função extensiva*.

Passo então, à apreciação daqueles que a meu ver enumerei como os principais *princípios do Direito Contratual* no novo Código Civil. O primeiro que mencionei foi a autonomia da vontade. Há um grande destaque dado na Parte Geral do Código Civil ao negócio jurídico, que é o fato jurídico em princípio de

maior relevância social e por isso colocado em posição central da Parte Geral. Os atos de vontade são negócios jurídicos e aqueles que não constituem em si mesmos negócios jurídicos são regulados, tanto quanto possível, pela disciplina dada aos negócios jurídicos. Podemos citar como exemplo do valor dado aos negócios jurídicos e portanto à vontade expressada no sentido da produção de efeitos jurídicos - e aqui farei destaque de alguns artigos do Código novo, que evidentemente não estão presentes no Código de 1916 - o artigo 110, que trata da subsistência da manifestação de vontade, ainda que tenha havido reserva mental do manifestante. Também o artigo 111, que dá relevância ao silêncio como sinal de anuência, quando o silêncio é autorizado pelos usos e quando não seja necessária a manifestação expressa de vontade. Então, o que temos, então, aqui é o prestígio da autonomia da vontade.

Ainda, no artigo 144, temos a irrelevância do erro, quando o declaratório se oferecer para executar a vontade real do declarante. O erro é causa de anulação do negócio jurídico, mas quando ocorrer essa possibilidade e essa manifestação no sentido de execução da vontade real daquele que alega erro, não há porque anular o negócio realizado. Portanto, prestigiam-se novamente a vontade e a autonomia que as partes têm em produzir efeitos jurídicos a partir de suas manifestações de vontade.

Ainda o artigo 170 dispõe que a conversibilidade do negócio jurídico, quando o negócio nulo contiver os requisitos daquele que as partes teriam querido realizar. A conversão do negócio jurídico evidentemente também já é aplicada pela jurisprudência, mas ago-

ra recebeu reconhecimento legislativo no artigo 170.

Trago ainda como sinal de prestígio do Código à autonomia da vontade, o artigo 740 que trata de transporte, dizendo o seguinte: “O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada”, ou seja, temos aqui novamente a possibilidade de adaptação de determinadas circunstâncias como a impossibilidade de realização da viagem, mantendo-se a prevalência da vontade.

Um outro aspecto e agora se chega mais próximo ao Direito das Obrigações, mas que decorre evidentemente desse grande prestígio que o Código atribui à autonomia da vontade é a valorização do contrato como fonte de obrigações. O que quero dizer com isso é que no plano da responsabilidade, ou seja, quando tratamos de responsabilidade, tratamos de efeitos, portanto, no plano dos efeitos que decorrem de determinadas fontes, ainda podemos, me parece, cogitar de dois amplos campos bem distintos, não obstante evidentemente a unificação das fontes da responsabilidade civil em alguns aspectos, como ocorre por exemplo no Código de Defesa do Consumidor através da Teoria da Qualidade.

Mas, o que quero dizer é que podemos ainda falar de responsabilidade contratual e extracontratual não apenas quando, especialmente no primeiro caso, que a responsabilidade decorre de um contrato, mas quando outras fontes formais ou até informais, que não necessariamente o contrato, acarretam efeitos iguais aos de um contrato. Portanto po-

demos admitir fontes não literalmente contratuais, que têm efeitos iguais aos de um contrato. Esse é um ponto que considero particularmente muito sedutor, porque lida com a categoria de atos-fatos de conduta sociais típicas. A nomenclatura é muito vasta. Talvez fosse hora de a doutrina se entender melhor sobre essa nomenclatura, para melhor precisão dos conceitos e de identificação dessa categoria de fontes.

Alguns falam de conduta social típica, outros falam, como se falou há muito tempo, de relação contratual fática. Ainda hoje em acórdãos do STJ, como por exemplo na questão da responsabilidade das empresas pelos danos causados aos veículos dos seus clientes estacionados nas empresas de comércio, em mais de um acórdão do STJ se encontra exatamente essa expressão. Trata-se de uma relação contratual fática. Os efeitos que decorrem de relações contratuais fáticas de condutas sociais típicas e de outras fontes, por exemplo atos unilaterais, são efeitos contratuais, são efeitos iguais aos que se sucedem de um contrato.

O Código então valoriza o contrato como fonte de obrigações, tratando equiparadamente ao contrato fontes outras, que não são negócios jurídicos formalizados entre duas ou mais pessoas. Portanto não seriam literalmente contratos. E aí dar relevância às manifestações de vontade mediante declarações ou comportamentos concludentes. Estaríamos aqui tratando de manifestações como gênero e declarações e comportamentos concludentes como espécies, ou seja, manifestamos vontade através de declarações ou de comportamentos que permitem concluir a existência da mani-

festação. Então, o Código, prestigiando e valorizando a fonte contratual, dispõe no artigo 421 essa regra póstica do tema contratual, que é a seguinte: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Deixando a segunda parte para depois: a função social do contrato; a autonomia da vontade se manifesta aqui sob a forma de liberdade contratual. O artigo 425 dispõe: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. É claro que também não há nenhuma novidade na fixação de contratos atípicos, mas o que há de novo é o expresse reconhecimento legislativo da possibilidade de criação deste tipo de contratos. O artigo 427, ao seguir os passos do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, equipara a oferta ao público à promessa. O Código Civil de 1916 só regula a promessa no artigo 1.080, atribuindo-lhe efeito vinculativo. A promessa já cria obrigação para o proponente, mas a promessa no Código Civil de 1916 é um negócio jurídico bilateral entre pessoas certas e determinadas, enquanto que o grande fenômeno da nossa época é a oferta dirigida ao público. A oferta ao público, pelo menos a meu juízo, é um negócio unilateral porque do mesmo modo que uma promessa de recompensa é formulada por um agente, por um declarante que se compromete perante pessoa indeterminada, o comerciante que faz oferta se compromete também perante o público, portanto perante pessoas indeterminadas. A obrigação nasce da declaração, a aceitação corresponde ao plano dos efeitos e não ao plano da existência da relação obrigacional, que se constitui portanto por vontade unilate-

ral, porém o efeito no plano da responsabilidade é contratual, é igual ao de um contrato, portanto me parece importante distinguir fonte de responsabilidade, causa de efeito. As fontes podem ser várias, que conduzam todas ao mesmo efeito: à responsabilidade contratual.

Os artigos 463 e 464 versam sobre a generalização do efeito adjudicatório no contrato preliminar, o que também não é novo e tem regulação atualmente no Código de Processo Civil, mas que está agora aqui no Código Civil. O art. 463 dispõe: “Concluído o contrato preliminar, com observância no disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”. O artigo 464 dispõe: “Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”.

Ainda uma última questão com relação à valorização do contrato, o artigo 735, que dá relevância às condições gerais dos contratos, atento ainda à questão dos contratos ou dos negócios massificados. Dispõe o artigo 735: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. A responsabilidade contratual do transportador (tratando especificamente de transporte) por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

O segundo princípio que gostaria de abordar é o da Supremacia da Ordem Pública. Talvez eu pareça um pouco

conservador falando da supremacia da ordem pública. Eu não sei se sou conservador em relação a que momento da história, porque a história evolui e as posições se nos afiguram diferentes conforme o quadrante em que nós a contextualizamos. Então talvez eu seja conservador ao me referir a uma posição Welferista, colocando-me ao lado do Estado de bem-estar social. Mas é essa a posição do Código, e alguns que o chamam de conservador exatamente por isso, pretendiam, talvez, um Código pós-moderno, o que ele não deixa de ser em muitas das suas apreciações, em muitos dos seus tópicos, mas, fundamentalmente, é um Código solidarista. Falo de supremacia de ordem pública exatamente nesse sentido, de que a autonomia da vontade, não obstante seja o cerne dos efeitos jurídicos negociais, não pode se sobrepor à ordem pública estatal, a qual portanto é suprema e condiciona a autonomia da vontade. Um exemplo, o parágrafo único do artigo 2.035, parágrafo único diz o seguinte: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Não precisaria cláusula mais clara. Esse artigo 2.035 está lá nas disposições finais do Código, mas ele é extremamente representativo do espírito do Código e exatamente da vigência desse princípio que não me parece suficiente ser enunciado como princípio da ordem pública, mas sim como o princípio da supremacia da ordem pública.

Temos ainda como exemplos da supremacia da ordem pública o artigo 735, que citei há pouco, e que consubstancia em norma legislativa o enunciado de

uma Súmula do STF, a de nº 187, sobre a responsabilidade contratual do transportador ainda que haja fato ou culpa de terceiro, contra quem o transportador terá, então, ação regressiva.

Ainda no contrato de transporte, o artigo 739 dispõe: “O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado justificarem”. O artigo 741 dispõe: “Interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria ou com a anuência de passageiro por modalidade diferente à sua custa, correndo também por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário, durante a espera de novo transporte”. Isso agora está na lei, e portanto afasta as condições gerais fixadas nos bilhetes de transportes, em tabuletas afixadas no local de compra de passagens e assim por diante - a supremacia da ordem pública sobre as condições gerais e sobre, portanto, a autonomia da vontade. Não vou me alongar muito até em razão do tempo, quanto à boa-fé que desses princípios todos talvez seja o que vem sendo tratado com maior frequência nesses últimos tempos. Gostaria apenas de fazer um destaque em relação à boa-fé e é aquele trazido pelo Prof. Clóvis do Couto e Silva que muito contribuiu à doutrina nacional, através do seu livro **A Obrigação como Processo**.

Mas qual é a contribuição dele? Quanto ao conceito básico - que parece estar no livro **A boa-fé como processo**, na parte introdutória - em que, ele diz

que através da boa-fé, o contrato passa a ser uma relação de cooperação entre as partes. Já se esgotou a tratativa da boa-fé quanto as suas funções, ou muito já se falou, embora talvez não se tenha esgotado ainda. Não vou abordá-las porque já falei das cláusulas gerais, sempre se falou que a boa-fé cria deveres anexos, cria limitação de determinados direitos, é cláusula geral na interpretação dos contratos, mas me parece que essa dicção, a de que pela boa-fé o contrato se torna uma relação de cooperação, sintetiza tudo isso.

O contrato, enquanto regulamento de uma operação econômica é, na verdade, a grande conciliação de interesses antagônicos. O italiano Enzo Rocco tem essa definição do contrato como regulamento de uma operação econômica. O que interessa aos contratantes, evidentemente, não é o instrumento jurídico e sim a operação econômica que vão realizar, é o que cada um vai obter como resultado daquela transação. Os interesses materiais de cada um dos contratantes - como exemplifiquei ainda há pouco em relação ao equilíbrio e à harmonia das relações de consumo - são antagônicos, pelo menos como questão de princípio, pelo menos no momento das tratativas.

Quanto à conclusão do contrato, a expressão do artigo 422 que trata da probidade e boa-fé na conclusão do contrato dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Essa conclusão do contrato é exatamente a formação do vínculo contratual. Então os contratantes são obrigados a guardar probidade e boa-fé na conclusão, ou seja, para formar o vínculo e para

executar as obrigações que dele decorrem. Ora, no momento em que o contrato se conclui, no momento em que o vínculo se forma, não há outra maneira de entender isso. Se as partes estão de boa-fé, desaparecem os interesses materiais antagônicos, porque a prestação de uma das partes vai ser a satisfação do crédito da outra e também não interessa descer a particularidade como: o contrato é bilateral ou é unilateral nos seus efeitos, se é gratuito ou é oneroso porque o vínculo tem uma razão de ser, de se formar e a partir disso é que as obrigações unilaterais ou bilaterais deverão ser executadas. Então a relação obrigacional, o contrato torna-se uma relação de cooperação se as partes estiverem de boa-fé, não há outra maneira de enxergar o vínculo que une as partes se não como relação de cooperação baseada na boa-fé.

O outro princípio é o da equivalência material, que demandaria talvez uma apreciação mais ampla, mas quero chegar à função social do contrato. Então serei breve, tanto quanto possível, na equivalência material. Temos aqui vários exemplos no Código. O que seria a equivalência material? Evidentemente que é uma aplicação do princípio da igualdade.

As relações são igualitárias, do ponto de vista formal, porque os homens são iguais. Sabemos, no entanto, que essa igualdade existe apenas no plano abstrato, pois no plano concreto, as partes em uma relação obrigacional frequentemente são profundamente desiguais. Tanto é assim que a versão do princípio da igualdade no Código de Defesa do Consumidor é a vulnerabilidade. O consumidor é vulnerável, então a lei compensa essa vulnerabilidade atribuindo-

Os determinados direitos e prerrogativas e impondo à parte mais forte determinados ônus. No Código Civil, não podemos falar de desigualdade ou de vulnerabilidade porque o Código Civil se destina, em princípio, a regular relações jurídicas paritárias. Mas essas relações jurídicas paritárias atendem apenas ao princípio formal da igualdade ou ao princípio da igualdade na sua perspectiva formal. Na sua perspectiva material, embora não haja necessariamente nessas relações civis reguladas pelo Código Civil, o mesmo grau de desigualdade que justifica no Código do Consumidor o princípio da vulnerabilidade, é certo que haverá uma disparidade que precisará ser observada nos casos concretos e em favor de quem, ou contra quem, essa disparidade pode se manifestar.

O que o Código traz na verdade é o corretivo da desigualdade material - o princípio da equivalência material. Enuncia diversos artigos em que se percebe o valor que o legislador deu à consideração das desigualdades, ou seja, o valor com que o legislador imantou o Código Civil, para tratar efetivamente da equivalência material. Por exemplo, o artigo 317 que dispõe: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. Chamo a atenção para o fato de que esse artigo 317 está lá na disciplina do pagamento na Parte Geral do Direito das Obrigações, portanto tem uma aplicação generalizada. É realmente um princípio o que está no artigo 317 e ele substancia a equivalência material. O artigo 473,

ao tratar de rescisão unilateral, forma de extinção do contrato dispõe que nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia, notificada por uma parte a outra. Não interessando mais o contrato, uma das partes, aquela a quem esse contrato deixa de interessar havendo a possibilidade de fazê-lo, notifica a parte contrária quanto ao interesse na extinção do vínculo. Mas, diz o parágrafo único: “Se porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Ou seja, ainda que o contrato e a lei assegurem a possibilidade de extinção, ninguém pode ser prejudicado, pela extinção do vínculo ao qual aderiu, sem a oportunidade de recuperar os investimentos necessários para aderir àquele vínculo.

O artigo 478 dispõe: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. É a cláusula de onerosidade excessiva, e aqui temos um problema bastante complicado porque a onerosidade excessiva também está no Código de Defesa do Consumidor e não exige a vantagem do credor; nas relações de consumo basta a desvantagem do devedor. O Código Civil trata bilateralmente dessa questão, mas, de qualquer modo, possibilita em razão dessa onerosidade excessiva, desde que pro-

veniente de acontecimentos extraordinários imprevisíveis, que o devedor peça a resolução do contrato.

O artigo 479 dispõe: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato”. Aqui, novamente uma consideração importante do Código no sentido da conservação dos vínculos contratuais, desde que seja possível ao credor adaptar-se às novas circunstâncias evitando portanto a resolução solicitada pelo devedor. Ainda o artigo 480 dispõe: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Há ainda dois reflexos importantes do princípio da equivalência material quanto aos contratos de adesão, em matéria de interpretação desses contratos. O artigo 423 dispõe: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. O artigo 424 dispõe: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Aqui duas observações: a primeira é a de que me parece que o artigo 424 está melhor redigido do que o seu correspondente no Código de Defesa de Consumidor. Mas evidentemente, o artigo 423 não é tão satisfatório quanto o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, porque neste a interpretação mais favorável ao consumidor não se dá em razão de ambigüidade ou obscuridade da cláusula mas sim em razão do desequilíbrio, que nas relações de consumo é estrutural entre fornecedores e

consumidores. O que poderia levar a pensar então, de acordo com a regra do artigo 423, é que quanto mais explicitamente leonina for uma cláusula mais aplicável ela será. Se a cláusula não for ambígua nem contraditória, ela pode ser leonina? Condicionar a interpretação mais favorável ao aderente, à ambigüidade ou a obscuridade da cláusula me parece que é ficar a meio do caminho. A ambigüidade ou a obscuridade pode ocorrer, mas no contrato da adesão a cláusula pode ser prejudicial, em prejuízo da eqüivalência material, é disto que se está tratando no fundo, ainda que não haja ambigüidade ou obscuridade, ainda que a cláusula seja claramente leonina.

Finalmente, gostaria de falar da função social do contrato. Em uma palavra, função social do contrato, significaria dizer que a dimensão do contrato deve ultrapassar os meros interesses individuais dos contratantes. No Liberalismo, o contrato era autonômico, ou seja, estava vinculado basicamente à vontade dos contratantes. A liberdade contratual, o cumprimento obrigatório e a eficácia relativa dos contratos apenas aos contratantes eram os três postulados básicos da Teoria da Autonomia da Vontade. Agora, temos que prestar atenção à funcionalidade do contrato, ou seja, será funcional, cumprirá portanto a sua função no plano social o contrato que, sem desservir aos interesses individuais, (porque evidentemente ele está a serviço dos interesses individuais) também não discrepe dos interesses sociais que justifiquem a existência daquele contrato. Portanto, a função social do contrato integra-se ao conceito de contrato.

Também não se pode pensar em função social do contrato em um caso, sem se pensar na função social da propriedade, porque contrato e propriedade integram-se na mesma função do ponto de vista dos interesses coletivos na medida em que o contrato instrumentaliza a circulação da propriedade. Vou me servir, então, do disposto no artigo 1.228, que trata da propriedade, para exemplificar uma disposição de cláusula geral regulativa e uma disposição de cláusula geral restritiva nos termos daqueles conceitos que emiti no começo dessa minha participação.

No *caput* do artigo 1.228 não difere muito da redação atual do artigo 524 do Código de 1916. Diz o Código novo: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Mas o parágrafo 1º tem um cláusula geral com função regulativa desse direito de propriedade ao dispor: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Ou seja, só se pode pensar em aplicação do direito de propriedade deste modo, neste campo de consideração dos interesses a ele relativos. Portanto, temos aqui uma cláusula geral regulativa (função social da propriedade com função regulativa) e o parágrafo 2º, que contém uma restrição e dispõe: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou

utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. Uma situação que foi desenvolvida longamente no Direito Brasileiro sob a égide do artigo 160 do Código atual, ao tratar do abuso de direito.

Um outro exemplo que encontro no Código Civil a este propósito é o do artigo 303, que é o último dispositivo legal sobre assunção de dívida, modo de transmissão das obrigações que não é tratado no Código de 1916, onde só encontramos a cessão de contrato. Como regra geral da assunção de dívida é facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor com o consentimento expresso do credor, sendo que qualquer das partes pode assinar ao credor prazo para que consinta na assunção de dívida, interpretando-se o silêncio do credor como recusa, o que é absolutamente correto porque evidentemente o credor tem direito ao crédito e esse direito é um direito subjetivo que ele exerce contra o devedor, portanto ninguém pode impor a ele que mude de devedor, que dirija a sua pretensão compulsoriamente contra outra pessoa diferente daquela com quem ele contratou. Então, as partes podem assinar o prazo para que ele se manifeste, mas se ele não o fizer o silêncio só pode ser interpretado como recusa. No entanto, diz o artigo 303: “O adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido: se o credor, notificado, não impugnar em trinta dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento”. Este artigo 303 é uma exceção à regra geral de que o silêncio do credor significa recusa de assunção da dívida porque nesse caso está presente a função social da propriedade. O adquirente do imóvel hipotecado é, no

mais das vezes, exatamente aquela situação existente no Sistema Financeiro de Habitação, do contrato de gaveta, em que ele vai ocupar o imóvel que já não interessa ao mutuário originário e ele deseja assumir a dívida frente ao banco mutuante, ao agente financeiro. Se o agente financeiro, a se seguir a regra do artigo 299, não se manifestar em trinta dias, ele estaria, pelo menos do ponto de vista formal, impedido de realizar o negócio. No entanto, aquele imóvel tem uma função social, ele foi financiado por um sistema de captação de poupança exatamente para contribuir com a existência de moradias no país. Portanto a função social se manifesta claramente aqui no artigo 303.

Parece-me que em relação a esse princípio da função social seria necessário que tentássemos encontrar alguma forma de melhor visualizá-lo em concreto, porque um dos problemas que facilmente perturbam o entendimento é a dificuldade de transpor idéias, nesse plano de princípios e cláusulas gerais, para situações mais concretas.

A função social vista sob esse ângulo, como disse há pouco, significa que o contrato não pode dar prevalência apenas aos interesses individuais sem levar em conta os interesses sociais. Há uma velha discussão no Direito Civil a respeito da relevância da causa nos negócios jurídicos. Duas concepções de causa são debatidas na doutrina: uma concepção subjetivista e outra, objetivista.

A concepção subjetivista propugna no sentido de que a causa deve ser pesquisada na vontade ou nos elementos psicológicos daquele que realiza um ato jurídico. Portanto a vontade ou o fator psicológico serviria de explicação, de justificativa para o ato jurídico e nesse caso, o conceito de

causa seria coincidente com o fim procurado pelo agente, pelo praticante do ato jurídico ou com o móvel com a razão pela qual o ato jurídico foi praticado. Teríamos aí que levar o fim ou o móvel aos conceitos diferentes de contratos sinalagmáticos, contratos reais e contratos gratuitos. Nos contratos sinalagmáticos; a causa vista como um fim ou como um móvel, e portanto causa no sentido subjetivista, seria a vontade do agente em obter a prestação da outra parte. O contrato de compra e venda é sinalagmático; por exemplo, o fato de eu pagar o preço significa a minha vontade de obter a mercadoria adquirida e vice-versa em relação ao vendedor. Nos contratos reais, a obrigação decorre do recebimento da coisa: vou pagar juros e devolver a quantia recebida se o dinheiro, objeto do mútuo me for entregue. O contrato é real e portanto a justificativa está no recebimento da coisa, a justificativa da minha obrigação. Nos contratos gratuitos, a causa coincide com o espírito de liberalidade.

No entanto, essa pesquisa da causa nas intenções foi criticada por alguns doutrinadores que então acolhem uma concepção objetivista de causa, dizendo que a causa é a função prático-social do negócio jurídico, ou seja, por que razões de ordem prática a sociedade admite a realização de determinados negócios. A compra e venda existe para transferência da propriedade, assim como a doação. A locação existe para permitir o uso de coisas alheias, a função econômico-social de um lado e do outro, do negócio jurídico, e não mais da obrigação das partes. Na concepção subjetivista, a causa se explica não apenas pelo fim, ou pelo móvel do negócio jurídico praticado, mas sim pela obrigação da parte.

No contrato sinalagmático, de acordo com a concepção subjetivista, a causa é exatamente a vontade de obter a prestação contrária; no contrato real, a causa é o recebimento prévio da coisa, portanto obrigação. Então, na concepção subjetivista o conceito de causa está na obrigação; na prestação, na concepção objetivista, o conceito de causa está no negócio. Por isso a importância, que me parece absolutamente fundamental destacar, é a que o Código dá à idéia de negócio jurídico, que tem íntima relação com essa principiologia dos contratos. O conceito de causa do ponto de vista objetivo está no negócio jurídico, que existe para servir aos interesses das partes, aos interesses da sociedade. Mas os interesses da sociedade, portanto, é que devem prevalecer no sentido da validação desse negócio jurídico. Temos, aqui, portanto, uma questão que atinge o plano da validade do negócio jurídico. Posso ter um determinado negócio jurídico que examinado apenas do ponto de vista do cumprimento das obrigações, se justifica plenamente, mas, do ponto de vista da função, ele deixa de se justificar, portanto ele não pode ser produtor de efeitos jurídicos. Um determinado negócio, cujo objeto seja lícito, não seria impugnável do ponto de vista formal das causas postas como fatores de nulidade, no artigo 145 do Código Civil de 1916. No entanto, se a finalidade do negócio não se justificar do ponto de vista social, este negócio cujas obrigações foram cumpridas na perspectiva do seu objeto lícito não pode ser convalidado, não pode ser aceito. Não se pode, portanto, fazer compra e venda de material que venha a ser usado consabidamente para fins ilícitos. O negócio em si é lícito,

pode se transacionar negócio com objeto lícito, mas se o objetivo final, fora do negócio realizado, é ilícito e se isso é do conhecimento das partes, perde-se, portanto, a funcionalidade do negócio porque não foi para essa finalidade social, não foi para cumprir essa função desaconselhável socialmente, que aquele negócio jurídico foi instituído e tem existência no plano da ordem jurídica.

Nesse ponto o Código de 2002 inova porque, ao tratar das nulidades, diz no artigo 166, III: “É nulo o negócio jurídico quando: III- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”. O Código de 1916 diz que o falso motivo não invalida, não vicia o negócio. Dispõe o artigo 90: “Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”. O que se está vendo aqui é apenas o negócio em si. O que vê o inciso III do artigo 166 é muito mais amplo na perspectiva social. Há aqui a relevância do motivo como causa objetiva. O inciso VI do referido artigo dispõe: “É nulo o negócio jurídico quando: VI- tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Qual é a consequência dessa disposição? A simulação deixa de ser causa de anulabilidade e passa a ser causa de nulidade do negócio jurídico. O artigo 167 dispõe: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”. Portanto, se é nulo o negócio jurídico simulado, diferentemente da anulabilidade atual, é porque o Código de 2002 retira do alvedrio das partes a instrumentalização do ordenamento jurídico para fins não coincidentes com a teleologia social do ordenamento jurídico. Não há, portanto, como admitir-se mais (e isto é

uma cláusula geral com função integrativa porque isso se incorpora ao conceito de contrato) a instrumentalização do ordenamento jurídico para fins que este rejeita. Parece-me que essa é a grande inovação que o Código de 2002 traz.

DEBATES

Dr. Werson Rêgo

No curso da exposição, Vossa Excelência fez menção ao chamado **Welfare State**, o Estado do bem-estar social ou Estado providência que na visão do Prof. Eric James, sempre lembrado pela Prof^ª Cláudia Lima Marques está a impor uma nova reflexão da sociedade a partir daqueles conceitos que ele chama de pós-modernidade. Entre esses, o resgate de valores e dos quais faz parte a questão da função social muito bem colocada durante a sua exposição, que é o que legitima o intervencionismo do Estado nas relações privadas, aquilo que conhecemos como dirigismo contratual. Nesse aspecto, há uma crítica muito forte daqueles que se opõem a essa visão dizendo que estaríamos a experimentar o fim da era dos contratos, que a intervenção do Estado no domínio das relações privadas seria uma forma de derrocar, de diminuir a eficácia do princípio da autonomia das vontades. Então a primeira pergunta que formularia a Vossa Excelência é: O senhor entende que a busca do **Welfare State**, com a possibilidade de o Estado intervir no negócio jurídico para segurar o equilíbrio substancial ou material do contrato, seria a derrocada do princípio da autonomia das vontades?

A segunda pergunta está dentro daquilo que o senhor colocou com muita propriedade que é a questão da abordagem

dinâmica que deve ser conferida ao estudo dos contratos. Isso, no meu entender, representa uma mudança de paradigma, uma mudança no paradigma contratual. A pergunta que faço (parece-me que o senhor já respondeu, mas gostaria de ter uma questão mais aprofundada sobre ela) é a seguinte: essa abordagem dinâmica que a nova concepção contratual parece impor ao exame dessa questão, estar-se-ia também a impor ao aplicador, ao intérprete final da lei uma nova mentalidade, afastando-se talvez dos dogmas tradicionais e conferir à interpretação daquilo que foi contratado, uma nova visão também, isto é, abordá-lo de maneira dinâmica e cumprindo com outras finalidades?

A terceira e última pergunta, não poderia deixar de ser, envolve a matéria de relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor parte de uma premissa expressa na lei, que é a vulnerabilidade do consumidor, o reconhecimento do seu estado de fragilidade em relação ao fornecedor, ao passo que o Código Civil, nesta relação contratual, parte de uma premissa de igualdade de forças das partes contratantes. O novo Código Civil contém diversas disposições que se estenderiam ou poderiam ser estendidas às relações contratuais de consumo. A pergunta que faço é a seguinte: o senhor vê a existência de algum conflito entre as normas do novo Código Civil e as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, em existindo, qual seria o critério hermenêutico que o senhor sugeriria para resolver essa antinomia?

Dr. Adalberto Pasqualotto

As três questões são bastante instigantes. O problema da eventual der-

rocada da autonomia privada frente ao intervencionismo estatal. Gosto muito de ler os textos do Prof. Orlando Gomes naquele livro **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**, e em dois outros livros que são coletâneas de textos avulsos que ele produziu, em que menciona as modificações que o tempo veio determinando quanto ao modo de formulação dos negócios.

O fenômeno da industrialização trouxe a massificação dos negócios, evidentemente alterou a relação de forças existente em um contrato. Por razões de ordem eminentemente práticas, surgiu o contrato de adesão. O contrato de adesão é apenas o efeito da racionalidade econômica e até antes dela, da razão humana. Portanto, ninguém pode esconjurá-lo enquanto instrumento ágil de realização de negócios. O que se pode objetar é com relação aos seus efeitos perversos. A sociedade se acostumou com eles, cujos efeitos evidentemente têm que ser administrados, têm que ser limitados, regulados juridicamente. Ora, não há outro modo de regulação adequada das atividades sociais, pelo menos imagino que ainda não se inventou solução melhor, do que a do Estado, a da imposição da lei, que afinal de contas é uma criação nossa, da sociedade. A mim, portanto, não preocupa, ao contrário, conforta muito o fato de haver um Estado Interventor, porque não há Estado sem intervenção. Agora é evidente que o Estado deve exercer a sua intervenção nos limites do razoável, e o razoável é o necessário. Não mais do que isso.

Tenho uma preocupação muito acentuada com a forma pela qual o Estado brasileiro vem intervindo na socie-

dade atualmente, mas isso já é uma questão de modelo. Poderíamos colocar aqui, em perspectiva de discussão bem rápida, dois modelos alternativos. O Estado poderia regular determinadas relações socioeconômicas e obrigacionais pontualmente. Por exemplo: como defender o consumidor? Poder-se-ia defendê-lo com uma lei específica sobre planos de saúde, uma sobre fato do produto, ou o consumidor pode ser defendido sob um ponto de vista sistemático, sendo o que o Estado fez: o Código de Defesa do Consumidor ao criar um microssistema, que tem uma abrangência muito grande para a relações de consumo. O que vem me preocupando é que, de acordo com esse ponto de vista sistemático, o Estado regulador adotou a política de regular os mercados através das agências. Não considero que seja um mau modelo, o problema é como isso vem sendo instrumentalizado pelo Estado. As agências deveriam ser mais democráticas na sua formação. Essa expressão democrática acaba se tornando suspeita de tanto que foi empregada em contextos às vezes erráticos. Diria, então, que as agências deveriam ser mais plurais na representação da sociedade, ou seja, não é preciso que fiquemos em uma posição dicotômica, de que só exista o Estado de um lado e a sociedade de outro. É preciso fazer, de algum modo, a fusão desses conceitos. O Estado tem que **ser** a sociedade, a sociedade tem que **estar** no Estado. Na medida em que houvesse, então, representatividade social nas agências, teríamos um Estado regulador mediante consensos sociais, ou seja, um Estado auto-regulador.

Portanto, a intervenção do Estado é uma questão de política, não é uma

questão de sim ou de não, é fatal a intervenção do Estado, ou então acabe-se com ele, com aliás muitos querem, mas me parece que não é o caso. O problema então é de moderação, o problema é de meios e não, de fins. O fim regulativo é absolutamente essencial, como regular é uma outra questão. Não vejo derrocada da autonomia privada, ao contrário, acho que o Código Civil a prestigia. O problema é que o Código Civil não é tudo, e o Estado interventor não se dá apenas através de leis como o Código Civil, mas sim, hoje de modo muito particular através de leis de caráter econômico, que parecem não estar consentâneas com o espírito do Código Civil. Este é muito melhor do que as nossas leis econômicas, pelo menos é muito melhor do que as nossas agências de regulação econômica e, afinal de contas, a ordem econômica é uma ordem civil.

Quanto à segunda questão, se é necessária uma nova mentalidade do juiz? Dr. Werson, a nova mentalidade do juiz está aqui presente em Vossa Excelência, na Dr^a Cristina e nos outros Magistrados que conheci hoje, para não falar nos mais antigos na carreira, como o Des. Cavalieri e os que estão aqui à Mesa. A nova mentalidade do juiz é uma necessidade dessa regulação genérica e geral que o Estado tem que fazer porque não é mais possível fazer regulação de interesses miúdos, de interesses localizados. A regulação tem que ser ampla porque a sociedade se tornou complexa e portanto os particularismos não têm mais lugar, a não ser nas leis especiais, mas mesmo elas são particularistas tanto quanto. Sempre digo que o Código de Defesa do Consumidor, nesse aspecto tem uma posição de ambi-

güidade porque se olharmos o Código de Defesa do Consumidor do ponto de vista da totalidade do nosso ordenamento jurídico, não há dúvida nenhuma de que ele é uma lei especial, mas ele o é para uma grande generalidade de relações jurídicas.

As nossas leis especiais são especiais porque se distinguem pelo objeto. Na Lei de Locações, o objeto é o contrato de locação. No Sistema Financeiro da Habitação, o objeto é a aquisição de moradia. Agora quando tratamos de relação de consumo, a especialidade da lei não está mais no objeto, a especialidade da lei está nos sujeitos. Tem que haver um fornecedor e um consumidor, o objeto pode ser uma compra e venda, pode ser um plano de saúde, pode ser um acidente com um produto defeituoso, o objeto varia, é indeterminado, determinados são os sujeitos.


Então para reger essa grande generalidade de casos, embora com um certo particularismo no sentido de que não é possível que haja uma lei hegemônica, conforme o conceito antigo de codificação, o conceito oitocentista, é preciso que haja leis que se articulem com uma lei central, mas que tenham em vista situações particulares e dentro delas exista um grau de difusidade muito considerável. O juiz, portanto, tem que estar apto para lidar com a complexidade social. De que modo fazer isso? Aplicando em suas decisões os valores prestigiados pela sociedade. Em uma sociedade constituída pelo sistema representativo, os valores são os da lei e nesse ponto me declaro radicalmente positivista, no sentido do prestígio da lei enquanto manifestação estatal, mas suficientemente aberto para que

a aplicação da lei seja feita pelo juiz de acordo com valores consagrados em diretrizes estabelecidas pelo legislador, programas legislativos que se consubstanciam em normas-objetivo como o equilíbrio do contrato, a função social do contrato da propriedade.

Quem vai avaliar isso? O juiz. Que valores o juiz aplicará? Não poderá aplicar os valores da sua individualidade. Terá que aplicar os valores sociais colocados na lei pela sociedade representada pelos seus legisladores. Os órgãos de composição dinâmica ou de prevenção de conflitos (falo agora do plano administrativo e volto, então, às agências, que não deveriam ser mais do que isso) deveriam, então, regular conflitos do ponto de vista administrativo e aí sim, com permeação social, com maior representatividade social, onde então irão se estabelecer valores, de acordo com diretrizes previamente impostas. O juiz, evidentemente, não pode criar valores, ele tem que aplicá-los e isso não é pouco porque ele deve ter a acuidade de perceber as situações e para cada uma delas a solução valorativa adequada para cada uma daquelas situações.

Finalmente, com relação ao Código Civil e ao Código do Consumidor, parece que vamos ter vários encontros ainda, nos quadrantes dessa discussão porque o Brasil com certeza contará, como já disse Vossa Excelência, com a parceria da Escola da Magistratura para discutirmos as relações entre Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Para responder mais objetivamente à pergunta do Dr. Werson, não vejo incompatibilidade; ao contrário, o Código Civil, ao dispor sobre o novo livro “O Di-

reito de Empresa”, no artigo 966, tem a meu ver uma regra que é uma conciliação entre o Código do Consumidor e o Código Civil. O artigo 966 dispõe: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Por conseguinte, empresário é objeto de regulação do Código Civil, direito de empresa; consumidor é objeto de regulação do Código do Consumidor. Se lermos o artigo 3º do Código do Consumidor comparativamente com esse artigo 966 do Código Civil, algumas palavras são coincidentes e outras não, mas o conceito é o mesmo. Empresário é fornecedor. O Código do Consumidor chama empresário, que está aqui no artigo 966, de fornecedor, ele é um dos sujeitos da relação de consumo, o outro é o consumidor.

Voltando ao que disse há pouco, como a relação de consumo se distingue pelo seus sujeitos e não pelo seu objeto, o objeto a ser apreciado pelo juiz será regulado pelo Código Civil ou pelo Código do Consumidor. Será pelo Código Civil quando não estiver presente na relação jurídica um consumidor e, pelo Código do Consumidor, quando um consumidor estiver presente na relação jurídica e do outro lado o fornecedor ou um empresário. Só vejo portanto convergência, ou seja, há uma centralidade jurídica no nosso ordenamento ocupada amplamente pelo novo Código Civil de 2002 e há uma órbita jurídica, há leis e microssistemas que orbitam ao redor desse núcleo, dentre os quais está lá o Código de Defesa do Consumidor. Não vislumbro, portanto, nenhuma incompatibilidade, ao contrário, vejo convergência. 

A Evolução do Contrato e o Novo Código Civil

ARNOLDO WALD

Professor e Procurador do Estado /SP

Decidi falar aos senhores a respeito do contrato. O conceito de contrato é um pouco paradoxal. Há livros recentes que falam do declínio, do desaparecimento do contrato, das dificuldades da sua manutenção e, por outro lado, há toda uma política mundial dizendo que é preciso, em muitos casos, substituir a lei pelo contrato, que precisamos de uma sociedade contratual, de uma democracia participativa baseada no contrato. Então, que contrato é este que alguns entendem estar desaparecendo e outros dizem ser o início do renascer de uma sociedade, da sua grande transformação no mundo moderno?

Na realidade, é um conceito que se caracteriza, já desde o início da história do Direito, pela sua flexibilidade e adaptação às várias épocas e pela possibilidade de ser sempre um instrumento do relacionamento humano. Ou seja, vai desde o acordo típico, desde a distinção que os romanos faziam entre pactos e contratos, até a idéia que vamos encontrar na Idade Média e, depois, na Revolução Francesa, de acordo com a qual o contrato faz lei entre as partes. E para chegar, em seguida às concepções que estão nos nossos Códigos Civis de 1917 e 2002 respectivamente. A lei é importante e deve prevalecer, mas o contrato também tem a sua relevância, mas não pode fazer tudo, pois a vontade humana tem as suas restrições. Por exemplo, no direito brasileiro, não transfere a propriedade; do mesmo modo, o casamento não é contrato. Quer dizer que tem havido, no decorrer da história, uma revisão dogmática do contrato. E quando chegamos no século XXI, na fase da economia planificada, temos contratos “esqui-

sitos”, em países onde não existe mais a autonomia da vontade. Na Rússia soviética, da época do planejamento total da economia, não havia autonomia da vontade no contrato, mas um plano de Governo, cuja ratificação era o contrato. Aquele que não obedecesse ao contrato, que decorria do plano, poderia ser punido, não com uma sanção econômica, mas pessoal, podendo até ser preso por sabotagem. Assim, a concepção do contrato realmente evoluiu muito. Hoje, a grande discussão da crise brasileira é saber se vamos rasgar os contratos ou não, se vamos respeitá-los ou não. É, portanto, um instrumento da maior importância e nós, juristas, devemos lembrar aos economistas que é um instrumento que tem a sua razão de ser e a sua regulamentação, e, que não é estéril. É o contrato que, na realidade, faz com que a economia se subordine à ética, ou seja, que a palavra dada seja respeitada pois as relações entre as pessoas devem ter um conjunto de regras que são, basicamente, as regras jurídicas.

Podemos até dizer que o contrato é o grande instrumento do desenvolvimento da sociedade moderna e que, em certo sentido, o capitalismo e a sociedade mais evoluída, a sociedade industrial, basearam-se em dois princípios básicos: de um lado, a autonomia da vontade, que também poderíamos chamar a iniciativa privada, e, do outro lado, as restrições que a ordem pública estabeleceu em relação à liberdade contratual. Lembrem-se os senhores de que no Código de Napoleão, que data do início do século XIX, há um artigo que diz que o contrato é lei entre as partes. Aos poucos, entendeu-se que é uma vinculação, mas que se deve obedecer à ordem pública política, econômica, social e ética, ou seja, aos princípios que regem a socie-

Palestra proferida no Seminário realizado em 14.06.2002

dade, como a boa-fé que se pretende exigir de cada um, e, ao mesmo tempo, do mesmo modo, a finalidade social que o contrato tem.

Essa mudança da estrutura do contrato, que ocorreu com dinamismo e velocidade maior a partir do início do século passado e, em particular, após a Segunda Guerra Mundial, transformou a estrutura simplista do contrato, que era um acordo de vontade entre duas pessoas, que poderiam, em tese, estabelecer todos os seus efeitos e regulamentar, com uma liberdade ampla, todas as conseqüências do contrato.

Passamos a ter o que se chamou o “contrato dirigido”, ou seja, o contrato em que alguns direitos e deveres das partes deixaram de ser decorrentes da vontade das mesmas e foram impostos pela lei. Então, nesse contrato, que era um ato de vontade tivemos a inclusão de cláusulas, deveres e direitos que inicialmente as partes não previram. Em seguida, tivemos também a convenção coletiva, que não era mais o contrato individual, mas um contrato de vários grupos de pessoas, obrigatório para todos os membros do grupo, como, por exemplo, a convenção coletiva de trabalho. Posteriormente, tivemos o contrato de adesão, em que também há a possibilidade de aderir-se ou não a um contrato, mas, na realidade, as cláusulas contratuais, a regulamentação do contrato é estabelecida, a grosso modo, pelo legislador ou aprovada por uma agência administrativa.

Fez-se, então a distinção entre duas liberdades decorrentes da autonomia da vontade: a liberdade contratual e a de contratar. A liberdade de contratar ou de não contratar é a de aceitar ou não o contrato, de fazê-lo ou não. Já a liberdade contratual é a liberdade de fixar as cláusulas do contrato, o seu conteúdo. Então, é possível que haja (e muitas vezes há) uma liberdade de contratar, ou não contratar, sem que haja uma liberdade contratual com uma ou outra empresa concessionária. Quando contratamos com uma sociedade concessi-

onária, em matéria de telefone, por exemplo, temos a liberdade de fazer ou não o contrato com uma ou outra empresa concessionária. Porém, o conteúdo do contrato não é mais dependente da vontade de ambas as partes e decorre de uma imposição, que é um misto de regras estabelecidas pelo concedente, pelo concessionário e outras decorrentes da proteção que é devida ao consumidor.

Do mesmo modo tínhamos, inicialmente, uma obrigação contratual completa, absoluta, que era o dever de respeitar o contrato em todos os seus termos e de fazer com que ele seja imutável, ou seja, o contrato, lei entre as partes, obriga, enquanto em vigor, com todos os termos e condições inicialmente estabelecidas. Aos poucos, entendeu-se que, num mundo em mudança, algumas vezes era necessário ou devia ser possível rever o contrato. Então, de obrigatório, de modo absoluto, tornou-se obrigatório de modo relativo, ou seja, eventualmente sujeito a uma revisão. Também, se entendeu, no início, que o contrato só poderia vincular aqueles que o haviam firmado, ou seja, somente as partes poderiam estar vinculadas. Depois, admitiu-se que, em alguns casos, o contrato poderia ter determinado efeitos em relação a terceiros que nele não foram partes mas que sofrem os seus reflexos por determinados motivos, especialmente quando se trata de um contrato registrado para conhecimento de todos.

Finalmente, admitimos que poderia haver a inclusão, pelo legislador, de determinadas cláusulas gerais, ou seja, as partes estabeleceriam um conjunto de normas, mas tinham que obedecer, também, a cláusulas gerais que surgiram em vários Códigos e leis, e que estão ingressando no Direito brasileiro como verdadeiros princípios gerais do direito contratual, que se aplicam e se concretizam em todos os contratos, quer as partes inicialmente aceitem essa cláusula ou não, pois elas são impositivas ou imperativas.

Tivemos nova regulamentação em determinados contratos que têm um sis-

tema próprio, como, por exemplo, os contratos internacionais, que têm atualmente uma regulamentação específica, e que obedecem, além das leis nacionais envolvidas, também a princípios próprios que integram a *lex mercatoria*. Esses contratos têm, muitas vezes, modos próprios de solução, adotando normas de arbitragem ou juízo arbitral, que é aceito quando as partes, de modo específico ou explícito, adotarem a cláusula compromissória para a solução dos seus conflitos e que não pode ser, em caso algum, meramente presumida.

Por outro lado, temos contratos de caráter específico pela forma. Ultimamente, saímos daquela rigidez do contrato assinado, tradicionalmente, pelas partes para admitir o contrato eletrônico, com todas as suas peculiaridades em virtude da sua forma. Tivemos, ao lado da assinatura individual, que é um ato de vontade indiscutível, a possibilidade de usar a assinatura eletrônica, cujos efeitos podem, algumas vezes, não parecer exatamente os mesmos em relação ao agente, do que aqueles que decorrem da assinatura pessoal.

Como tudo isso surgiu? Como ocorreram essas transformações? Na realidade, são mutações que decorreram, de um lado, de uma transformação econômica e, de outro lado, de uma evolução filosófica, de uma escala de valores que foi se modificando num mundo que não é mais em nada aquele que conhecemos no início do século passado. Estamos, até 10 de janeiro de 2002, com um Código Civil que foi elaborado em 1899 e um Código Comercial que data de 1850, mesmo sendo poucas as suas disposições ainda em vigor. O Brasil de 1850 era um país completamente distinto do que o que temos hoje. Mesmo o Brasil, quando Clóvis Beviláqua elaborou o projeto do Código Civil, não tinha nada a ver com o país que conhecemos hoje. Surgiu, assim um atraso, uma mora do direito em relação aos fatos, daí a necessidade de novas normas legais e de construção jurisprudencial para podermos fazer as adaptações necessá-

as, especialmente no comércio, ou seja, nas relações contratuais em geral.

Podemos dizer que, no plano econômico, estivemos vivendo num mundo da relativa certeza e segurança, para o qual Clóvis Bevilacqua elaborou seu código numa fase (fim do século XIX e início do século XX) na qual nada se modificava abruptamente. Na época, não se pensava sequer na Primeira Guerra mundial, mas cogitava-se de um mundo estável, em que nada iria mudar. Ora esse mundo da segurança transformou-se naquilo que os economistas denominaram a “era da incerteza” e da “descontinuidade”, que também afetaram alguns valores, que se pensava ser estáveis, que não poderiam mudar. Antigamente dizia-se que o litro era o litro, o quilo era o quilo e a moeda econômica de um país era perene e estável. A partir de 1920, começou-se a falar na ilusão da moeda estável. Posteriormente, chegamos, no Brasil, a ter 5.000% de inflação num ano. Hoje, graças a Deus, voltamos a números um pouco mais racionais, mas que, de qualquer modo, não representam a estabilidade monetária completa.

Imaginemos que as outras medidas, como o quilo e o litro, pudessem sofrer essas variações e pergunta-se como poderíamos continuar vivendo num mundo sem medidas estáveis. Essa situação da moeda não é uma peculiaridade dos países em desenvolvimento, nos últimos meses, vimos nos Estados Unidos e na Europa, uma grande volatilidade de todos os valores, de ativos de todos os tipos, o que não existia antes da globalização. Por outro lado, passamos a sentir, em virtude dessa evolução tecnológica, da chamada nova economia, e de alguns dos seus efeitos, uma concentração cada vez maior das empresas, das indústrias e do comércio. Tudo isso criou, de um lado, as megaempresas, que têm a dimensão de um verdadeiro Estado, e, de outro, as megacidades, que são verdadeiros países. O Rio de Janeiro e São Paulo são, hoje, centros urbanos maiores que muitos países da Europa que

nunca alcançaram essa dimensão. Estamos enfrentando os problemas decorrentes dessa concentração econômica e urbana.

Também passou a haver uma mudança nos valores com os quais lidamos na sociedade. Por exemplo, até o início do século XX, o imóvel era o bem mais importante. Vemos, no Código Civil, referências ao bem imóvel como aquele que representa a estabilidade, que não se pode alienar sem outorga uxória e que goza de uma proteção especial da lei. Hoje, o imóvel não é tão importante quanto as ações, os valores mobiliários, os papéis que estão na sociedade, os títulos do Tesouro etc. Não é só a propriedade imobiliária que não tem a mesma importância que lhe era dada no passado, mas também a propriedade em si. Há uma obra recente que define o mundo atual como a “idade do acesso”, em que não se pretende mais ser proprietário, ter o título de propriedade. O que as pessoas querem é poder utilizar o bem, é ter a facilidade para utilizá-lo, quer sejam ou não proprietários, quer se trate de contratos típicos como, entre nós, o arrendamento mercantil, quer de outras fórmulas em que se tem a divisão de um imóvel para a utilização de determinada forma, uma série de contratos típicos e atípicos nos quais, na realidade o contrato cria não mais um direito de ser titular, de usar, gozar e dispor, mas o direito ao acesso. Quem é o proprietário da Internet? Ninguém! Mas o que há de mais importante na Internet é poder utilizá-la. Então, o contrato, na sua antiga feição, teve que se adaptar a essas novas situações.

Lembro-me de um eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que, em um belo voto, disse que não queria ser globalizado. Talvez todos nós não queiramos ser globalizados. Nós somos globalizados porque vivemos em 2002. Não escolhemos a época em que nascemos e vivemos. É preciso aceitar o mundo como ele é. Se pudermos transformá-lo, melhorá-lo, será ótimo, mas, para tanto, precisamos aceitá-lo e conhecê-lo como é atualmente.

Chegando ao plano contratual, e saindo das discussões metajurídicas, podemos dizer que o contrato, que era um acordo de vontades em que se pretendia estabelecer um acordo perene, prestações que não iriam ser modificadas, num mundo de segurança, esse contrato não mais tem condições de sobreviver num mundo que é diferente daquele para o qual ele foi concebido. Então, ao equilíbrio que existia no passado e que era fruto de um acordo entre os contratantes para ser perene, perpétuo, ou ao menos vigente durante todo o tempo em que estivesse em vigor, esse acordo passou a não ter mais um equilíbrio estável, mas sim um equilíbrio que deixou de ser estático, rígido, fixo, tornando-se dinâmico e flexível.

Daí surgem os problemas, pois enquanto era rígido e fixo todos sabiam quais eram os direitos e as obrigações. Ao se tornar dinâmico e flexível é preciso saber que tipo de dinamismo e flexibilidade estamos aceitando. Alguns juristas dizem que o contrato não tem mais a finalidade de resguardar os direitos dos contratantes na forma que estabeleceram. É um instrumento social de lealdade, solidariedade e fraternidade, segundo um autor francês. Talvez se assim o fosse, o mundo estivesse melhor do que está. Entre este ideal, que é muito válido, e um contrato em que também é preciso salvaguardar determinados interesses e situações, especialmente porque os contratos hoje não são feitos mais entre indivíduos, mas, muitas vezes, entre grupos. São também contratos de repasse: alguém recebeu um direito e o repassa. É muito difícil reexaminar cada uma das facetas do contrato sem examinar toda a cadeia de produção e comercialização. É preciso ver o que se admite, o que se estabelece em matéria jurídica. Antigamente, havia, em Direito Comercial, a idéia de que o comerciante poderia ter o dolo bom. Havia o dolo bom e o ruim, o dolo aceitável e o inaceitável, o tolerado e o intolerado. O tolerado era aquele do comerciante que queria vender a sua mer-

cadoria e criava em relação a ela uma imagem determinada. Essa idéia da licitude do dolo bom também se admitia em matéria de casamento. No dolo bom, cada um tentava mostrar suas qualidades e não tinha a obrigação de exhibir, necessariamente, todos os seus defeitos, se os tivesse.

Hoje, a idéia não é mais essa. Na realidade, não há dolo bom, não pode haver dolo. A sociedade estabeleceu uma escala de valores distinta, na qual ela quer que o comerciante e o cidadão, nas suas relações jurídicas, ambos dentro da mesma linha, tenham, necessariamente, uma plena boa-fé.

O Código Civil brasileiro, nesse particular, diz que devemos ter a boa-fé na contratação. A partir dessa idéia, a jurisprudência evoluiu e determinou que não só deverá haver boa-fé na contratação, mas também na execução do contrato. É verdade que em relação a determinados contratos, como o de seguro, tínhamos cláusulas especiais. Mas, houve uma construção jurisprudencial dizendo que, quando o legislador refere-se à contratação, refere-se à globalidade do contrato, abrangendo desde os atos preparatórios, a assinatura do contrato, a sua execução e até a sua resolução, enfim, todo o ciclo contratual; do nascituro até após a morte deve ser inspirado na boa-fé. Essa boa-fé foi também desenvolvida, de um modo um pouco mais amplo, dando-se-lhe um sentido econômico para se criar um conceito ligado à boa-fé, que é a manutenção do que se denominou, no Direito Administrativo, como sendo o equilíbrio econômico e financeiro.

O Brasil talvez tenha sido - além do Uruguai, que copiou a nossa Constituição - o único país no mundo a ter estabelecido como princípio constitucional, a partir de 1946 (a atual Constituição adotou outra terminologia), a idéia de que é preciso manter no contrato administrativo, especialmente nas concessões, o equilíbrio econômico-financeiro.

Essa idéia do Direito Administrativo é interessante em dois aspectos: em

primeiro lugar, na sua presença constitucional, e, em segundo, na utilização dos dois adjetivos econômico e financeiro. Diz-se que o legislador não utiliza sinônimos desnecessários. Entende-se, então, que, no Brasil e equilíbrio econômico não é o financeiro. O equilíbrio econômico é o equilíbrio da rentabilidade do negócio. Já o equilíbrio financeiro é o equilíbrio da entrada (receita) e da saída de recursos (despesas, investimentos). Exemplo: é possível que o negócio seja muito bom, mas que uma das partes vá à falência porque o dinheiro não entrou no momento oportuno e ela foi à falência. No fim, o negócio seria rentável se a empresa não tivesse ido à falência.

Essa idéia do equilíbrio econômico-financeiro, que surgiu no Direito Administrativo, e também se desenvolveu em algumas legislações estrangeiras, passou também a inspirar o nosso legislador no sentido de se determinar que é preciso que o contrato mantenha o equilíbrio econômico-financeiro. Há também, duas versões, porque as coisas nem sempre são simples em Direito. A primeira, é dizer que o equilíbrio econômico-financeiro é uma equação em que a relação inicial deve ser mantida. Se, inicialmente, tínhamos um equilíbrio entre duas prestações e as coisas mudaram, o equilíbrio existente no início, bom, pior ou melhor, deve ser mantido. Não vamos transformar o contrato de justo em injusto, nem o contrato que era bom para um dos contratantes em melhor para o outro. Vamos manter o que se contratou em termos reais, manter a equação, ou seja, a relação entre as duas prestações, que será simplesmente atualizada, mesmo ocorrendo fatos imprevistos, supervenientes etc. A outra idéia é de que haveria um poder maior, dado ao legislador e ao juiz de dizer quando um contrato é injusto, e de transformá-lo em contrato mais adequado e mais justo. Esta é a diferença entre o que podemos chamar o contrato da idéia jurídica tradicional e, de outro lado, o contrato mais eqüitativo, o contrato que vai pre-

tender ser o contrato providência, o contrato confiança, o contrato social, o contrato solidário que une as pessoas.

Então, temos aqui, em relação àque-la primeira idéia de que o contrato deve ser cumprido – ***pacta sunt servanda***, uma série de limitações que vão aumentando com o tempo. Em primeiro lugar, a ordem pública, a qual já aludimos. Em segundo lugar, a idéia de que é preciso manter o contrato. Do mesmo modo que falamos na ***affectio societatis***, haveria uma espécie de ***affectio contractus***, a idéia de que é preciso preservar o contrato não apenas na sua letra, mas também no seu espírito. E finalmente, a idéia de que o contrato tem algumas cláusulas implícitas, que seriam as cláusulas de garantia do equilíbrio econômico e a cláusula também de dever de cooperação das partes. As partes devem cooperar para que essa ***affectio societatis*** garanta a continuidade do contrato de modo justo e equitativo, mesmo num mundo muito diferente daquele em que ele foi firmado inicialmente.

E quais são as conseqüências dessas novas idéias? Em primeiro lugar, a necessidade de um diálogo e de uma negociação constantes. As partes não podem ter rigidez, não podem tentar usar só a palavra do Código, nem mesmo alegar o espírito, a intenção de um dos contratantes no momento em que foi elaborado. É preciso encontrar soluções dialogadas e soluções menos onerosas para a outra parte. Não é só a rígida execução do contrato, não é só a obediência à lei, não é só a boa-fé subjetiva, mas sim é uma boa-fé objetiva que envolve um dever de cooperação, um dever de negociar, um dever de facilitar a manutenção do contrato.

Quando falamos no contrato, falamos no contrato assinado, mas também em todos aqueles contratos que estão conexos, contratos acessórios, de tal modo que temos hoje não mais a idéia do contrato único, mas, muitas vezes, a idéia do conjunto de contratos. Essa idéia de conjunto entrou um pouco pelo mundo afora – na matemática temos as

noções de conjunto - e também temos hoje os conjuntos e as cadeias de contratos, contratos conexos, contratos interdependentes. Lembro-me de uma expressão que me pareceu interessante e que surgiu no Supremo Tribunal Federal, na qual se dizia que certos contratos são verdadeiros irmãos siameses, não é possível separar um do outro, eles estão tão ligados um ao outro de modo que é preciso, sempre que se mexe em um deles, também examinar e rever a posição do outro.

Daí também a idéia de que a boa-fé é importante na contratação e na execução. Deve ser considerada ilícita a conduta que se nega a minimizar os prejuízos do outro contratante e também, finalmente, uma nova concepção do que seja o abuso contratual, e que não consiste apenas em beneficiar-se da fraqueza alheia, mas em recusar toda negociação racional, todo acordo equitativo, e aí, novos conceitos, como o de razoabilidade e de proporcionalidade que já existem no Direito Constitucional, passam a ser introduzidos no Direito Privado.

Podemos, pois, dizer que, em vez daquela unidade fechada, que era o contrato no passado, nós concebemos hoje o contrato como um ente vivo, como um ente que tem um conteúdo variável, que tem uma evolução normal, pode ser renegociado, complementado, seja pelas partes, seja pelo árbitro, seja pelo juiz. Então, o contrato deixa de ser uma ilha perdida e passa a ser esse ente vivo, uma verdadeira equação dinâmica entre dois blocos de direitos que são condicionados uns pelos outros, mas também pela evolução tecnológica, econômica e social.

Daí, admitir uma relativa indeterminação das prestações. Não apenas uma indeterminação inicialmente aceita, mas uma indeterminação decorrente da própria evolução, dentro dos limites em que se faz prevalecer o espírito do contrato sobre a letra, a sua função social sobre o interesse de cada um dos contratantes. E tudo isso leva a que se permita a intervenção judicial no con-

trato, que deve ser moderada, que deve ser equilibrada para manter a segurança jurídica, mas que tem, em primeiro lugar, a idéia de manter a vontade das partes como ela foi estabelecida, dentro daquela equação a que me referi: dar uma interpretação sempre de boa-fé, atendendo aos princípios gerais. Esse movimento nos leva ao que podemos chamar a democratização e a socialização do contrato. O contrato não é mais a sujeição do devedor ao credor, o contrato é uma parceria, na qual procuramos conceber, na realidade, um instrumento adequado de colaboração e cooperação dentro de um contexto razoável, proporcional e flexível.

Tudo isso nos leva à Constituição de 1988, que deu um passo importante quando declarou a propriedade concebida como tendo uma função social. E quando se fala em propriedade, não se fala apenas no direito de usar, gozar e dispor, considera-se como propriedade tudo o que pertence a alguém, tudo que é relação jurídica. No fundo, a Constituição, ao considerar a função social da propriedade, também definiu a função social do contrato. Função social que acaba de ser consagrada explicitamente no nosso novo Código Civil, que vai entrar em vigor em 2003.

Na realidade, o que encontramos na revolução contratual que temos a partir do Código de 2002? Em primeiro lugar, uma nova conceituação do abuso de direito. O abuso de direito conceituado socialmente, e não mais individualmente, não mais apenas em relação à ordem pública, mas sim, também, ligada a um fim econômico e social. É o artigo 187 do novo Código Civil, que substitui o artigo 160 do Código Civil de 1916. O abuso de direito não consiste mais em deixar de usar regularmente o direito. É definido como exceder manifestamente os limites estabelecidos pelo fim econômico-social, ou pela boa-fé ou pelos bons costumes. É uma nova conceituação do abuso de direito que atende não só ao elemento puramente jurídico, mas ao elemento econômico-social.

Também, o Código de 2002 determina que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme a intenção das partes, mas dá um alcance muito maior à boa-fé nos artigos 113 e 422, referindo-se também aos usos e costumes locais, no artigo 113.

No fundo, a idéia é que os contratantes devem, tanto na contratação como na execução do contrato, ter uma conduta leal, que tenham lealdade, probidade e boa-fé. Essa idéia que encontramos no Código já estava na jurisprudência. Cabe lembrar vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal e de várias decisões dos Tribunais de Justiça que citavam até o Direito alemão e, em particular, o artigo 252 do BGB para dizer que, na realidade, a boa-fé devia ser entendida no seu sentido mais amplo. O Código Civil de 2002 atribui essa função social ao contrato, e é em virtude dessa premissa que admite que nós possamos ter a anulação do contrato por lesão, porque a lesão é contrária à boa-fé. É o artigo 157. E, finalmente, admite – e talvez seja um dos aspectos mais importantes e mais discutíveis – o que a resolução ou a revisão do contrato por onerosidade excessiva, quando há – diz o legislador – “extrema vantagem para uma das partes e empobrecimento da outra”. E quando ocorrem, acontecimentos extraordinários e imprevistos. É o artigo 478 do novo Código Civil.

A teoria da imprevisão surgiu no Direito brasileiro a partir dos anos 30. Um dos nossos mestres, Professor Arnoldo Medeiros da Fonseca, que gosto sempre de reverenciar, defendeu essa tese a partir dos anos de 1930 e a jurisprudência a adotou, inicialmente nos contratos de empreitada e, em seguida, também, em uma série de outros contratos. Ele diz que quando há o empobrecimento de uma das partes, o enriquecimento da outra e um fato não previsto, os riscos contratuais exigem que haja uma revisão no contrato ou, se não houver a possibilidade de revisão, a resolução. Sempre é melhor rever do que desfazer o contrato.

Na realidade, essa visão é importante, porque a visão do Código Civil não é, no particular, a do Código do Consumidor. A imprevisão tem, nesse aspecto, duas facetas distintas. O Código do Consumidor admite a revisão contratual independentemente da existência de enriquecimento de uma das partes. Entende que basta o empobrecimento de uma delas, a excessiva onerosidade para uma das partes, enquanto no Código Civil de 2002 essa idéia, que se baseia na jurisprudência, tem como fundamento o equilíbrio contratual, parte do pressuposto de que ao empobrecimento de um dos contratantes deve corresponder o enriquecimento de outro. Se houver um empobrecimento unilateral, é uma situação que decorre de condições que não dependeram das partes e não é justo que haja um ônus maior para um dos contratantes. Ao contrário, o Código do Consumidor entende que há o princípio da vulnerabilidade, e que o consumidor é uma parte mais fraca e que esse risco eventual de empobrecimento deve recair sobre a outra parte. Aquele que sofre o empobrecimento deve ser compensado, independentemente do fato de o outro não ter enriquecido. E, em algumas vezes, chegamos a soluções que, se não são salomônicas, parecem sê-las e, recentemente ainda, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a partilha dos riscos: um percentual para o credor, e outro para o devedor, porque embora não tivesse havido enriquecimento, haveria uma atividade profissional de um e o outro teria apenas uma atividade civil não devendo sobre ele incidir o risco profissional. Então, quem sabe, uma fórmula dessas seria mais eqüitativa.

O que podemos dizer é que atualmente estamos discutindo um novo conceito, um novo conteúdo do contrato, e que ele exige uma verdadeira redefinição. É que talvez nós tenhamos que admitir a possibilidade de fazer distinções, de entender que a norma de Direito Civil é uma, e que a norma de Direito Administrativo é outra, como também é diferente da norma

de Direito do Consumidor, porque, na realidade, a cada situação deve corresponder uma justiça própria, dentro dos limites em que, algumas vezes, devemos dar determinadas proteções especiais a algumas pessoas. Ou na fórmula de Rui Barbosa, dizer que a igualdade, algumas vezes, consiste em tratar desigualmente os desiguais, ou seja, favorecer alguns num determinado momento, porque eles precisam ser favorecidos, enquanto que, em outros casos, não existe a mesma situação.

O problema do Brasil nesse momento, e, na realidade, nos últimos anos, é que fizemos essa dupla revolução: da modernização industrial, que queríamos fazer, e da globalização que nos impuseram de fora para dentro, o que nos leva realmente a um mundo de grande incerteza. Há uma frase que começou sendo dita por empresários e acabou sendo dita pelo Ministro da Fazenda. É a seguinte: “em todos os países o futuro é imprevisível, mas o Brasil tem uma vantagem: não é só o futuro, até o passado é imprevisível”.

Esta afirmação, que começou com um empresário, depois retomada por uma autoridade monetária, significa o seguinte: os fatos que ocorreram no passado tinham, no momento em que ocorreram, uma determinada regulamentação e os efeitos decorrentes, que eram previstos para ocorrerem de um determinado modo, acabaram sendo totalmente outros. Então, é um problema para os juristas, porque em nenhum país se entende que o passado é imprevisível. Precisamos ter a coragem de enfrentar a vida e de dizer que algumas vezes a economia faz essa maldade conosco e nos obriga a reconhecer que não só o futuro, mas também o passado é imprevisível.

Dizia San Tiago Dantas, algum tempo atrás, que o jurista se encontra hoje um pouco como o astrônomo dos séculos das grandes navegações: ele procura novos caminhos e não sabe o que vai encontrar, nem aonde, nem como, nem quando. O que é certo é que nós temos uma dogmática, temos uma ciência jurídica que ensinamos nas faculda-

des, que queremos simplificar para que seja compreendida, mas a complexidade da vida, a globalização, que não gostaríamos de aceitar, nos obriga a conhecer e conviver com uma complexidade cada vez maior. Não é possível admitir a solução de avestruz, não podemos dizer: a norma é essa, vamos continuar a aplicá-la, pouco importa o que esteja acontecendo. Nós temos um engajamento, uma responsabilidade com os resultados da técnica jurídica, que não é uma técnica meramente acadêmica, mas uma técnica humana, em favor do homem e da sociedade.

Dentro dessa conceituação, podemos dizer que devemos ter a coragem de um certo pragmatismo e, ao mesmo tempo, devemos fazer com que esse pragmatismo atenda necessariamente aos valores éticos, conciliando o mercado e o Direito. E dentro dessa conceituação, podemos dizer que admitimos que o contrato tenha uma nova fisionomia, em que ele surge engrandecido, ampliado, embora um pouco mais desvinculado das suas origens romanas. Não tem a mesma segurança que tinha no passado, é mais ou menos obrigatório, é mais ou menos oponível a terceiros, é mais ou menos sujeito à revisão, é mais ou menos uma série de outras coisas, algumas vezes formal e outras, informal. Mas, o contrato tem que ser justo, tem que ser ético, e tem que poder exercer a sua função social e econômica. Deve ser um instrumento de parceria, de cooperação entre as empresas e entre os homens, numa nova sociedade que deve ser baseada na confiança recíproca, na eficiência da justiça e na moralidade dos negócios abrangendo tanto os negócios públicos como os negócios privados.

Assim, o contrato poderá ser o meio dinâmico de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade negocial, ambas importantes, sem as quais não há planejamento econômico, comercial e industrial possível. E tudo isso é relevante para o desenvolvimento do país. Mas deve ser conciliado de forma mais ou menos intensa com a proteção dos contratantes

mais fracos e a equidade, pois sabemos que não há justiça sem equidade.

É essa revolução jurídica que vivemos cada dia e dela participamos, não se devendo permitir o atraso do Direito em relação aos fatos, à economia, à tecnologia, às novas formas de convivência da sociedade. Devemos fazer com que o Direito, muitas vezes considerado como uma camisa de força que impedia o progresso, se transforme, ao contrário, num catalisador do desenvolvimento.

Ao lado do Direito Econômico, temos, hoje, um Direito do Desenvolvimento e é preciso que com ele cooperem não apenas juristas, mas, também, economistas e sociólogos, não apenas privatistas, mas, também, publicistas. Só assim poderemos fazer com que o contrato atenda àquela velha fórmula romana de acordo com a qual se pretende dar, a cada um, o que é seu, permitir que ninguém seja lesado e atribuir a cada um tudo o que lhe cabe, num clima de honestidade, de confiança mútua.

DEBATES

Desembargador Celso Guedes

Eminente Professor Arnaldo Wald. Não serão indagações, a rigor, mas meras considerações à guisa de exercer um grau de catalização na sua vibrante palestra.

Indago a V. Exa, quanto ao instituto da lesão, tratada agora no novo Código, quais os critérios que poderão ser utilizados para aferir a desproporcionalidade da prestação, a inexperiência do contratante e a sua premente necessidade?

Prof. Arnaldo Wald

O artigo 157 do Código Civil trata dessa matéria. Na realidade, acho que vamos ter que analisar cada situação concreta, porque a lesão comporta duas vertentes: é uma desproporção no contrato - uma prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, uma condição que não existia, um vício que não existia na contratação do Código Civil de 1916 - sendo gerada ou por e inexperiência ou por

premente necessidade. Basicamente, considero que o que se estabeleceu no texto e em seus parágrafos foi a idéia de uma desproporcionalidade objetiva, considerados os valores no momento em que o negócio foi realizado. É o que diz o parágrafo primeiro. A idéia da premente necessidade não deixa de ser ligada a uma espécie, de legítima defesa econômica, uma situação em que, para a sobrevivência, um contrato deve ser feito (o que até no passado poderia ensejar uma anulação por coação, embora não coação física). Há a inviabilidade de sobreviver sem ter um determinado artigo. Vamos imaginar alguém no deserto que vai comprar água a um preço completamente descaído.

Com relação à idéia da inexperiência, esta é, no fundo, a proteção do elemento vulnerável em relação ao elemento profissional – liga-se um pouco ao Código do Consumidor, já que a igualdade formal nem sempre corresponde à igualdade material; duas pessoas podem ter uma igualdade formal, a condição de pessoa física habilitada a contratar, mas podem não ter o mesmo conhecimento da estrutura do contrato. Então, a venda de um imóvel a um profissional por um décimo do preço por parte de uma pessoa que não tem conhecimento de mercado imobiliário seria uma dessas hipóteses.

Na realidade, já tínhamos a lesão na Lei de Economia Popular, com uma repressão penal. Considero a lesão um instituto muito importante, mas que não vai ser generalizado, devendo ser usado moderadamente, em situações onde haja, realmente, manifesta desproporcionalidade. Caso contrário, vamos ter que rever todos os contratos e será um pouco difícil conciliar a segurança e a justiça. É preciso que haja justiça e equidade, e é preciso que haja também um mínimo de segurança jurídica, porque, senão, podemos criar um mundo caótico. Como a justiça não precisa de mais processos para atender adequadamente o trabalho dos seus magistrados, não faz

sentido multiplicar os processos quando não há uma razão efetiva para tanto. Acredito que é preciso que isso seja aplicado com certa moderação para que o contrato possa continuar a ter um sentido real. Mas acho que é, em casos de desproporcionalidade manifesta, um ato de justiça e de equidade, e que terá também uma função de dissuasão, que é quase mais importante do que a repressiva.

Desembargador Celso Guedes

Prof. Wald, quais as vantagens proporcionáveis pelo instituto do estado de perigo na anulação dos contratos?

Prof. Arnaldo Wald

De acordo com o artigo 156 do novo Código Civil:

“Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido de necessidade de salvar-se ou a pessoa da sua família, de grave dano conhecido por outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

“Parágrafo único: Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

A situação não é tão distinta da existente na lesão e também aqui a necessidade de salvar-se deve ser premente, quer dizer, na realidade é uma situação **sui generis**. Nos dias de hoje, o seqüestro, conforme o caso, pode nos levar a configurar uma situação de estado de perigo.

Desembargador Celso Guedes

Quais as perspectivas aplicáveis à teoria da imprevisão no campo negocial pelo novo Código Civil? V. Exa. entende que a teoria da imprevisão poderá assegurar a manutenção e o equilíbrio econômico, considerando a própria democratização do contrato?

Prof. Arnaldo Wald

Eu acho que sim. Lembro-me de que a Teoria da Imprevisão foi o tema do meu concurso para a faculdade há alguns anos, e já naquela ocasião, Regina Gondim, Clóvis Paulo da Rocha e eu tratamos do assunto, já reconhecendo, há

mais de quarenta anos, a sua importância, devendo destacar-se sua ampla aplicação pela jurisprudência.

Confesso que gosto muito de manter os requisitos que foram estabelecidos pelo Código Civil, porque considero que, em certo sentido, o problema da imprevisão deve estar ligado, na medida do possível, a uma tripla condição: uma objetiva, que é uma mudança importante de circunstâncias, e duas subjetivas - o empobrecimento de um dos contratantes e o enriquecimento sem causa do outro. Acho que, a não ser por via legislativa (e isso já se fez no passado), não se deve estabelecer uma verdadeira redistribuição de riquezas ou de riscos contratuais. Se as partes aceitaram o que não deveriam convencionar, se houve pressão, temos a lesão, o erro ou o dolo para anular o negócio jurídico. Nas relações de Direito Civil, parece-me que essa tripla condição é útil, necessária e será importante, tendo, no fundo, se limitado a consagrar o que a jurisprudência já tinha consolidado de modo quase manso e pacífico especialmente a partir de 1945. Considero a imprevisão um instituto importante, um progresso. É bom quando o legislador explicita o que a jurisprudência decide e a jurisprudência pode continuar aplicando o que o legislador diz, dando a flexibilidade que o contrato está precisando ter num momento de grandes mudanças.

Desembargador Semy Glanz

Gostaria de fazer apenas umas pequenas observações rápidas e, depois, ouvir o mestre, que já deve ter pensado no assunto. Não gostaria de chocar o auditório e não vou fazer pergunta alguma a respeito desse ponto. Estou imaginando uma teoria, e pretendo escrever em breve, que talvez nos obrigue a mudar tudo o que sabemos a respeito de contratos. Por exemplo, estou imaginando escrever um trabalho intitulado “Mas houve alguma vez uma autonomia da vontade?” Esse é um primeiro aspecto. Toda teoria do contrato é baseada nisso. Lembro-me de que foi Charles de

Moulin que falou em *autonomie de la volonté*, em aproximadamente 1500 e poucos, quando o Brasil acabara de ser descoberto. Indo ao caso concreto do novo Código, os artigos 505 a 508 cuidam de retrovenda como está no Código antigo, com pequenas alterações. Cheguei a uma triste conclusão, através da minha experiência como juiz, pois como advogado nunca tinha tido ocasião de lidar com isso (fui advogado muitos anos, inclusive ao lado do Prof. Arnoldo). Como juiz isso me chamou atenção pois levantei uma jurisprudência, tive que lidar, julguei uma série de casos. O que descobri? A retrovenda é um instituto arcaico que só é usado hoje para fins de usura, ou seja, é um contrato usado para dissimular um outro contrato e para lesar a outra parte. Geralmente, a retrovenda é usada para garantir um empréstimo, especialmente de pessoas que não têm crédito bancário. Essas pessoas dirigem-se a um agiota, que faz um contrato e quer uma garantia. Qual a garantia que ele quer? Uma coisa que tenha valor, que geralmente é um terreno, um imóvel, um prédio, um apartamento.

Julguei processo com esse tipo de contrato e o Tribunal, aqui no Rio de Janeiro, especialmente, confirmou essa sentença, não só minha, mas também de outros colegas. Hoje, como desembargador, não vejo mais este tipo de ação, nunca mais julguei contratos de retrovenda. A jurisprudência se firmou de tal forma, na época, que os agiotas arranjaram outro tipo de contrato. Portanto, até para os agiotas, esse contrato começou a ser desusado. Para espanto meu, descobri no jornal, certo dia, que um certo banco estava usando o contrato da retrovenda. Talvez não seja propriamente um banco, mas um tamborete, como diziam na minha época de bancário.

Ora, não sei se sabem todos que a retrovenda é um instituto consagrado no Código Civil, mas nenhuma pessoa de bem, nenhuma pessoa de boa vontade o utiliza. Alguém vai vender um apartamento para recomprar daqui a seis meses a título de quê? Uma pessoa precisa

de cem mil reais e tem um apartamento que vale trezentos mil reais. Ela, então, “vende” esse apartamento, por cem mil mais os juros ao agiota, e levanta um empréstimo de cem mil, devendo pagar aquilo em três ou seis meses, conforme o prazo em que ele supõe que poderá devolver o mútuo ao agiota. O que acontece? Se ele devolver dentro do prazo, muito bem. Se ele não devolver, terá recebido cem mil mas vai perder um imóvel de trezentos mil, ou seja, vai pagar o triplo, o que é um absurdo, é o tipo da lesão enormíssima. Então, vejam bem, esse contrato de retrovenda permite que o agiota use de uma simulação. Por que se deixou isso no Código Civil novo, se toda a jurisprudência, aqui no Rio de Janeiro, por exemplo, já considerou aquilo nulo completamente? É muito interessante.

Lembro-me de que sugeri a alguns deputados e um dia participei de um debate, ao lado do Prof. Josafá Marinho, e até creio que fui um pouco indelicado com ele, porque alguém me perguntou alguma coisa: o que o senhor acha da retrovenda e eu, com licença do Prof. Josafá Marinho, saudoso professor, que foi o relator geral do Código Civil e estava do meu lado, disse: “peço *venia* ao professor Josafá mas se fosse eu colocava um único artigo a respeito no Código Civil”. Ele me perguntou qual era e eu respondi: “fica proibida a retrovenda”. Esse é o problema. Eu hoje, faria uma sugestão mais técnica. Poria, no artigo 505, que é o primeiro que trata disso, que se aplicam à retrovenda os artigos 166 e seguintes desse Código, considerando-se nula a sua contratação.

Prof. Arnoldo Wald

Concordo plenamente. Acho que há aí uma situação que não deve permanecer. Não entrei em todos os detalhes porque tinha um tempo mais ou menos preestabelecido e preferi ficar na Parte Geral. Mas não há dúvida de que cabe uma discussão do que eu chamaria de parte especial dos contratos. Vou lhe dizer, em defesa do Prof. Josafá Marinho, que houve uma espécie de acordo, em um

determinado momento, para que o novo Código, que já levava quase trinta anos de discussão fosse aprovado logo. Tenho a impressão que Josafá Marinho, na realidade, se convenceu da sua afirmação, mas apenas não pôde adotá-la, porque a política tem algumas peculiaridades que não se compatibilizam com o Direito.

Desembargador Semy Glanz

Vou falar a respeito da doação. A doutrina aconselha que as leis não devem dar definições, mas o nosso Código dá uma definição do que seja doação. O novo Código manteve o mesmo critério. Descobri, nesse artigo 538 do novo Código, que não se mudou nada: considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. O Código velho diz que os aceita. Fui o autor de uma pequena introdução no livro do Prof. Arnoldo (e parece que, como isso é feito a quatro mãos, ele não me criticou), dei um outro conceito, dizendo o seguinte: doação é o ato jurídico pelo qual alguém se obriga a transferir, por liberalidade, bens do seu patrimônio para outra pessoa. E por quê? Porque no nosso sistema, contrato não transfere a propriedade. E o nosso Código Civil, do Clóvis Bevilacqua, diz: considera-se doação o contrato em que uma pessoa transfere por liberalidade. Se é um contrato, não transfere. É o primeiro erro. O Código atual manteve isso, não fez nenhuma mudança.

Outro aspecto, mais importante, é o artigo que trata da representação e mandato. No Código velho não havia nada sobre representação. No Código italiano já tem. Então, o que fez o novo Código? Ele introduziu (até quase “copiando”, permitam-me sem nenhuma crítica), um capítulo na Parte Geral sobre o instituto da representação, o que é muito bom. O que aconteceu? Quando o Código fala de mandato, repete o que já estava no velho Código, onde aparecem umas coisas curiosas. O nosso Código velho confunde procuração com mandato e penso que deve ser corrigido. Essa é a crítica.

O artigo 653 atual, do novo Código, diz que a procuração é o instrumento do mandato. Eu dizia, no livro do Prof. Arnoldo, que não é verdade. A procuração pode ser e pode não ser instrumento do mandato. Pode ser instrumento de corretagem, ou de qualquer outro contrato que se preste a isso. A procuração é um negócio jurídico unilateral e o contrato, como sabemos, é bilateral.

Então, há uma série de críticas e deixaria isto para uma indagação do mestre, para saber se ele concorda ou não.

Prof. Arnoldo Wald

Quero dizer que me parece realmente que nessa Parte Especial, todas as suas ponderações são plenamente válidas.

Há um consenso hoje quanto ao fato de haver algumas imperfeições no Código Civil. A idéia foi aprová-lo porque não se podia mais deixar o tempo passar e, depois de trinta anos, ele começou a envelhecer um pouco, ficando cada vez mais obsoleto. Mas penso que a partir da sua vigência haverá um esforço no sentido de aperfeiçoá-lo. Acho que seria importante fazer chegar ao Congresso Nacional essas suas ponderações. Outros magistrados e professores poderiam também fazê-lo. Mas, de qualquer modo, considero que o Código foi importante porque, no todo, na globalidade, acertou. Os problemas secundários vão ser aprimorados com o tempo e com a colaboração de mestres, desembargadores, professores, como Vossa Excelência. ☰

Das Cláusulas Abusivas e o Código Civil

CLÁUDIA LIMA MARQUES

Professora da Universidade do Rio Grande do Sul

A boa-fé (**Treu und Glauben**)¹ deve estar presente em todas as relações contratuais, de consumo, civis e entre empresários. Nesta Escola Superior da Magistratura, gostaria de relembrar que o tema da boa-fé tem íntima relação com a sua construção pela Jurisprudência (**Richterrecht**).² Assim, antes de que o princípio da boa-fé incida ainda com mais força no Brasil, através do novo Código Civil, gostaria de tecer algumas observações sobre a boa-fé no Código de Defesa do consumidor, tendo como base a pesquisa jurisprudencial que realizamos no TJ/RS sobre o uso do princípio da boa-fé de 1991 a 2001.³

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) está em vigor a mais de 10 anos no Brasil, com seus princípios de boa-fé e equilíbrio nas relações contratuais de consumo e pode servir de manancial de jurisprudência, inclusive para a aplicação do novo Código Civil, Lei 10.406/2002 (a seguir CC/2002).

Palestra proferida no Seminário realizado em 14.06.2002.

¹ A autora agradece o gentil convite do Desembargador Sergio Cavaliere e as interessantes reflexões do debate, realizado em tão boa hora na EMERJ. A forma oral foi preservada, com adição de textos e notas.

² Veja, por todos, TEPEDINO, Gustavo (Coord.), **Direito Civil-Constitucional**, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 11 e 12: “as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor..., vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores. Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina...”

³ Veja decisão do TJRS, APC 70000037408, j. 18.10.2000, Des. Paulo Augusto Monte Lopes, 16ª Câm. Cível.: “Em qualquer negócio, seja qual for a natureza, seja qual for o regime jurídico aplicável, o direito protege a boa-fé. Proteger a boa-fé significa preservar os contratantes de artimanhas e subterfúgios. Como o contrato é lei entre as partes, e uma delas pode – por sua vulnerabilidade ou hipossuficiência diante da outra – ter assinado o instrumento sem compreender por completo tudo o que nele se dispôs ou mesmo por vício, o direito ampara os interesses desse contratante fazendo prevalecer sobre a literalidade do contrato os reais objetivos pretendidos na contratação.” (p. 4 do original)

A pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo foco da análise foi a utilização do princípio da boa-fé, levantou as decisões de março de 1991, quando o Código entrou em vigor, até agosto de 2001, analisando estes mais de dez anos do Código de Defesa do Consumidor na prática. O resultado da pesquisa foi o seguinte: encontramos 2.779 decisões, que utilizam o princípio da boa-fé. O mais interessante foi a evolução dessa aplicação ‘massificada’ do princípio da boa-fé. Em 1991, apenas cinco decisões usavam o referido princípio, sendo que dessas cinco, duas delas utilizavam-no ainda numa visão subjetiva: a má-fé ou a boa-fé do indivíduo naquele contrato específico ou naquela relação da vida.⁴

Já em 2001, pelo menos até agosto, encontramos 72 decisões usando o princípio da boa-fé, sendo que 55 das 72 citavam expressamente os princípios e as normas do Código de Defesa do Consumidor, demonstrando que o juiz brasileiro tem muito mais facilidade quando a lei expressamente prevê a possibilidade de uma decisão aberta, através de uma cláusula geral. As cláusulas gerais do CDC permitem que o magistrado utilize a boa-fé ou mesmo, excepcionalmente, a equidade, a revisão dos contratos por onerosidade excessiva, figuras agora presentes no CC/2002.

Em outras palavras, não se diga que o magistrado brasileiro tende ao exagero ou a não aplicação das cláusulas gerais. Quando a norma e seu mandato de concretização da justiça contratual são claros, o juiz brasileiro realmente atende a essa idéia e a apli-

⁴ Veja detalhes sobre esta pesquisa em meu livro, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4ª ed., RT, São Paulo, 2002, p. 175 e seg.

ca. Em nosso levantamento, 55 decisões expressamente se baseavam nas normas do Código de Defesa do Consumidor, e em seus princípios. Dentre os princípios mais citados nestes 55 casos estão: o princípio da função social do contrato (16 casos), o princípio da equidade contratual (16 casos). O mais interessante é que desses cinquenta e cinco casos que citam o Código de Defesa do Consumidor, em trinta e sete, a decisão foi a favor dos consumidores, mas em 17 casos o consumidor não obteve ganho de causa, a demonstrar que o princípio da boa-fé, ou a valoração através do princípio da boa-fé não significa um ganho de causa para o consumidor em cem por cento dos casos. O importante aqui é a procura da justiça no caso concreto (**Vetragsgerechtigkeit**). A concretização da boa-fé é, pois, um instrumento válido e útil para a procura da Justiça no caso concreto ou **aequitas**.

Como ensina o Prof. Paulo Neto Lobo, o princípio da boa-fé objetiva vem refuncionalizado no Direito do Consumidor, otimizado na sua dimensão de cláusula geral, e assim serve de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente para as condições gerais de consumo e os contratos de adesão, hoje também regulados, se puramente civis ou puramente empresariais no CC/2002, que unifica as regras sobre obrigações civis e comerciais.

Parece-me que essa experiência que tivemos de dez anos de Código de Defesa do Consumidor pode nos ajudar, agora, a imaginar essa revolução do contrato, essa sociabilização da teoria contratual tão mencionada. O uso do Código de Defesa do Consumidor como parâmetro, como oxigenação do Direito Civil foi muito comum, tendo sido até mesmo mencionado em decisões pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. No REsp. nº 80036, de 25.03.96, ao explicar esta surpreendente ‘oxigenação’ (expressão do também magistrado Antônio Janyr Dall’Agnol), que o CDC pôde realizar no Direito Civil clássico, o Min. Ruy Rosado de Aguiar ensina: “O Código de Defesa

do Consumidor traça regras que prescindem a situação específica de consumo, além disso define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho, a lei do microsistema enunciar princípios gerais para o sistema como um todo, mas isto é o que está acontecendo no caso, por várias razões, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislativo normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o atual estado da ciência, introduzindo na relação obrigacional a idéia de justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé.”⁵

Então, de um lado, temos a experiência de dez anos de aplicação do CDC e de sua cláusula geral de boa-fé e de outro lado, essa pergunta: o que muda no Direito civil em matéria de cláusulas abusivas, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, mesmo frente ao próprio Código de Defesa do Consumidor?

Para bem responder esta pergunta gostaria de dividir minha exposição em duas partes, uma mais teórica analisando o ‘diálogo’ das fontes legislativas novas e velhas, isto é, os ‘diálogos’ possíveis entre o CDC e o CC/2002, para em uma segunda concentrar-me em um destes diálogos possíveis, o de influências recíprocas, onde a jurisprudência brasileira já desenvolvida sobre as funções da boa-fé objetiva, podem nos ajudar a entender como se dará este diálogo, artigo por artigo do CC/2002.

I – Os ‘diálogos’ possíveis entre o CDC e o CC/2002: a superação do ‘conflito’ pelo ‘diálogo’ entre fontes

Segundo o § 2.º do art. 2.º da LICC, a lei nova, que estabeleça disposições gerais ‘a par das já existentes’, como o CC/2002, ‘não revoga nem modifica a lei anterior’, no caso, o CDC. Segundo o § 1.º do art. 2.º da LICC, a lei posterior revogará a anterior quando: 1) expressamente o declare; 2) regule in-

⁵ Assim, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *in voto* no Resp. 80.036, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.03.1996.

teiramente a matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível.

Os dois primeiros casos não parecem ocorrer na prática; nem o CC/2002 revogou expressamente o CDC, nem tratou da relação de consumo ou incorporou normas sobre as ‘relações de consumo’, e entre as duas leis há uma divergência fundamental de campo de aplicação subjetiva. Uma é lei especial anterior e hierarquicamente superior outra, o CC/2002, é lei geral posterior, lei entre iguais. O CDC uma lei especial voltada para a equidade (*aequitas*), já o CC/2002 é uma lei voltada para a igualdade geral (*aequalitas*),⁶ tanto que unifica as regras sobre obrigações civis e comerciais, mas não regula as relações de consumo (relações entre diferentes, um expert, o fornecedor e outro leigo ou vulnerável, o consumidor).

A) A idéia de ‘diálogo das fontes’ legislativas a superar a idéia de ‘conflito’ entre leis

Em seu curso Geral de Haia de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, face ao atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.⁷ Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporânea. A expressão usada comumente era a de conflitos de leis no tempo⁸, a significar que haveria uma ‘colisão’ ou conflito entre os campos de aplicação destas leis. Assim, por

⁶ BERTHIAU, Denis, **Le principe d'égalité et le droit civil des contrats**, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 3 e seg.

⁷ JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne” - in: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1995, II, p. 60 e p. 251 e seg.

⁸ Preferível é a expressão neutra Direito intertemporal, já usada por FRANÇA, R. Limogi, **Direito Intertemporal Brasileiro**, 2. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 9 e seg.

exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e uma lei posterior, como o novo Código Civil Brasileiro de 2002, estariam em ‘conflito’, daí a necessária ‘solução’ do ‘conflito’ através da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão da outra do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação).

Em outras palavras, nesta visão ‘perfeita’ ou ‘moderna’, teríamos a “Tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a conseqüente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico). Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam assim apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se, segundo Bobbio, a hierarquia.⁹ A doutrina atualizada, porém, está a procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema),¹⁰ do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée ou restaurée*),¹¹ que em um momento posterior a decodificação, a tópica e a micro-recodificação,¹² procura uma eficiência não só hierárquica,¹³ mas funcional¹⁴ do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo,¹⁵

⁹ Veja BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, Ed. Pollis/Universidade de Brasília, S. Paulo, Brasília, 1990, P. 92 e BOBBIO, Norberto, “Des critères pour résoudre les antinomies”, in PERELMAN, CH. (Coord.), **Les antinomies en Droit**, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1965, p. 255.

¹⁰ Veja SAUPHANOR, Nathalie, **L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique**, Paris, LGDJ, 2000, p. 23 a 32.

¹¹ Expressão de SAUPHANOR, p. 32.

¹² Mencione-se aqui que a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm, **Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito**, Gulbelkian, Lisboa, 1989, constroi sua idéia de sistema justamente criticando a tópica, p. 255 e seg. Sobre tópica veja WIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**, trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.

¹³ Veja sobre a crise ou neutralização do critério da hierarquia e a utilização de outros critérios, GANNAGÉ, Léna, **La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé**, LGDJ, Paris, 2001, p. 25 e 26.

¹⁴ SAUPHANOR, p. 30.

¹⁵ Veja sobre a necessidade de ‘coordinamento con altre disposizioni’ do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor, ALPA, Guido et alii, **La disciplina generale dei contratti**, 8. ed., Giappichelli Ed. Torino, 2001, p. 613 e seg.

a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não-coerência’.¹⁶

Costumava-se afirmar, quanto ao tipo de conflitos de leis no tempo, que poderiam existir: ‘conflitos de princípios’ (diferentes princípios presentes em diferentes leis em conflito), ‘conflitos de normas’ (conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’, conforme o resultado da interpretação que o aplicador das leis retirasse), e ‘antinomias’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto).¹⁷

Erik Jayme¹⁸ alerta-nos que os tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do ***droit à la différence*** (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*,¹⁹ a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja Art. 2.043 do novo Código Civil), há por fim a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo.²⁰ Não deixa de ser um paradoxo que o ‘sistema’, o todo construído, seja agora plural...²¹

¹⁶ SAUPHANOR, p. 31.

¹⁷ Veja detalhes em meu livro, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, RT, São Paulo, 2002, p. 515 e seg.

¹⁸ JAYME, **Recueil des Cours**, p. 60 e p. 251.

¹⁹ GANNAGÉ, p. 17.

²⁰ Do grande mestre da USP, vem a expressão sistema hiper-complexo, veja AZEVEDO, Antonio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in **Revista Direito do Consumidor**, v. 33 (2000), p. 124 e seg.

²¹ Veja a favor do pluralismo jurídico a bela análise de BELLEY, Jean-guy, “Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit”, in **Pour un Droit**

O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes.²² Uma coordenação flexível e útil (***effet utile***) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ***ratio***, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (***dialogue de sources***),²³ a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plurimas fontes legislativas convergentes.²⁴ ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mes-

Pluriel-Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, Helbing & Lichtenhahn, Genbra, 2002, p. 135 e seg. O autor constata a pouca tolerância que temos para o plural e cita expressamente Perrin (“Les relations entre la loi et les règles de la bonne foi: collaboration ou conflit internormatif?”, p. 42, nota 4), BELLEY, p. 136: *La théorie du droit doit assumer souvent la délicate mission d’exprimer en termes généraux ce qui se pratique déjà légitimement mais silencieusement. Le discours pluraliste n’est pas encore maîtrisé. Le dire fait plus peur que le faire.*” No Brasil, veja Fachin, Luiz Edson, “Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo”, in **Diálogos sobre Direito Civil-Constuindo a Racionalidade Contemporânea**, Org.. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 43.

²² JAYME, **Recueil des Cours**, 251 (1995), p. 60.

²³ JAYME, **Recueil des Cours**, 251 (1995), p. 259: “*Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.*”

²⁴ Como ensina SAUPHANOR, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto. No original: “*En droit, l’absence de cohérence consiste dans la constatation d’une antinomie, définie comme l’existence d’une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet.*”

mo caso, seja complementarmente,²⁵ seja subsidiariamente,²⁶ seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos)²⁷ ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.²⁸ Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Aceitando a definição de sistema de direito, consolidada por Natalie Sauphanor, como ‘um todo estruturado

²⁵ Veja sobre a aplicação simultânea de várias leis, o CC, o CDC e inclusive as leis administrativas sobre o SFH, duas recentes decisões do STJ. Na bela decisão no Resp. 436.815-DF, Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2002, DJ 28.10.2002, a ementa ensina: “Processual. Civil....Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. empréstimo concedido por associação ao associado. Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário...” E a igualmente bela decisão do Resp. 387.581-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.05.2002, cuja ementa ensina: “Cartão de crédito. Prestação de contas. Mandato. A administradora deve prestar contas sobre o modo pelo qual exerce o mandato que lhe concedeu o usuário para obter financiamento no mercado a fim de financiar as vendas a prazo. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.”

²⁶ Veja aplicação simultânea e subsidiária do CDC, como lei geral, face à existência de lei especial sobre prêmios, na jurisprudência do STJ: “Publicidade. Concurso. Prêmio. Numeração ilegível. Código de Defesa do Consumidor...O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora - que se beneficia com a publicidade - exonerar-se do cumprimento da sua promessa apenas porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa. A regra do Art. 17 do Dec. 70.951/72 apenas regula a hipótese em que o defeito tiver sido comprovadamente causado pelo consumidor.” (STJ, Resp. 396.943-RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2002, DJ 05.08.2002)

²⁷ Veja por exemplo o artigo 1 do Tratado de Olivos do Mercosul, o qual prevê a opção possível pelo sistema de solução de controvérsias do Mercosur ou de outro *forum* internacional (como a OMC etc.) e a prevalência da fonte escolhida pelas partes em conflito. Veja ARAÚJO, Nádia, “Dispute resolution in Mercosur: The Protocol of Las Leñas and the case law of the Brazilian Supreme Court”, in **Inter-american Law Review** (University of Miami), Winter-Spring 2001, v. 32, nr. 1, p. 25-56.

²⁸ Veja sobre o tema a obra de BRIERE, Carine, **Les conflits de conventions internationales en droit privé**, LGDJ, Paris, 2001, em especial, p. 266 e seg.

hierarquicamente²⁹ e funcionalmente,³⁰ visto hoje como ‘um complexo de elementos em interação³¹ ‘coerentes’ ou ‘orgânicos’,³² de ‘normas, princípios e jurisprudência’,³³ parece importante frisar esta visão sistemática do ordenamento jurídico, como um ‘conjunto de elementos diversos cuja organização e interação fornece a todo a ordem jurídica positiva reconhecida como tal os meios para alcançar sua coerência e seu funcionamento’.³⁴

Por fim, repita-se que o novo Código Civil Brasileiro, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, traz ao direito privado brasileiro geral os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor (como a função social dos contratos,³⁵ a boa-fé objetiva³⁶ etc.). Realmente, a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam a harmonia nas relações, civis em geral e nas de consumo ou especiais. Como ensina a Min. Eliana Calmon: “O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que já se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como, boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações.”³⁷

B) Os três tipos de diálogos possíveis entre o CDC e o CC/2002 e a aplicação subsidiária do CC/2002 em relação às relações de consumo

Seguindo os ensinamentos de meu caro mestre alemão, Erik Jayme, cabe

²⁹ SAUPHANOR, p. 23.

³⁰ SAUPHANOR, p. 30.

³¹ SAUPHANOR, p. 24.

³² SAUPHANOR, p. 27.

³³ SAUPHANOR, p. 28.

³⁴ SAUPHANOR, p. 32.

³⁵ Assim o texto aprovado: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

³⁶ Assim o texto aprovado: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

³⁷ CALMON, Eliana, “As gerações dos direitos e as novas tendências”, in **Revista direito do Consumidor**, v. 39 (jul.-set. 2001), p. 45.

agora refletir quais seriam os ‘diálogos’ possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor-CDC, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (veja mandamento expresse sobre sua criação no sistema jurídico brasileiro no Art. 48 ADCT/CF 1988 e como incluído entre os direitos fundamentais, Art. 5, XXXII da CF/88)³⁸ e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública, que a lei nova mesma considera de aplicação imperativa a contratos novos e antigos (veja art. 2035, parágrafo único da Lei 10.406/2002).

Em minha visão atual, três são os tipos de ‘diálogo’ possíveis entre estas duas importantíssimas leis da vida privada:

1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema³⁹ e a outra um microsistema específico,⁴⁰ não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no microsistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos Art. 2,17,29 e 3 do CDC), terão sua definição atualizada pelo entrada em vigor do CC/2002;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu

³⁸ Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 e seg. conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direito humanos, o que se pode transpor para o direito privado como valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

³⁹ Veja detalhes *in* PASQUALOTTO, Adalberto, “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”, **Revista Direito do Consumidor**, n° 43 (jul-dez..2002), p. 106.

⁴⁰ Veja detalhes sobre o CDC como microsistema, *in* PASQUALOTTO, p. 106 e seg.

campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja art. 777,⁴¹ 721⁴² e 732⁴³ da Lei 10.406/2002, ou pelo juiz no caso concreto do **favor debilis** do Art. 7 do CDC) daquela que vai “complementar” a **ratio** da outra (veja também art. 729⁴⁴ da Lei 10.406/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais);

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor **stricto sensu** e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores

⁴¹ O texto é o seguinte: “Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias.”

⁴² O texto é o seguinte: “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.”

⁴³ O texto é o seguinte: “Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

⁴⁴ O texto é o seguinte: “Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial.”

entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do **Richterrecht** (Direito dos Juizes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de **double sens**⁴⁵ (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).

Assim, em resumo, haveria o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*.

Mister refletir aqui, ainda que rapidamente, sobre a noção de igualdade em direito privado e como esta noção irá influenciar a aplicação casuística do Código Civil de 2002, *um Código para iguais!* E ainda, como esta visão da *igualdade* e do tratamento igual/desigual para os iguais/desiguais, no caso concreto, está intrinsecamente ligada a noção moderna – tão importante em matéria contratual – da *eqüidade* (*Justiça para o caso concreto*)! Mister frisar como, em seu espírito e teleologia, o CDC está ligado a um novo paradigma de diferença, de tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de eqüidade, em uma visão mais nova do moderno ou pós-moderna. Face ao atual pluralismo de fontes no direito privado brasileiro, esta reflexão pode ser útil para o aplicador da lei, ao determinar o campo de aplicação do CC/2002.

Repita-se aqui o que ensina Berthiau,⁴⁶ em sua magnífica obra sobre o princípio da igualdade e o direito civil dos contratos: há uma ambigüidade original entre as expressões/e/ou noções modernas de igualdade e de eqüidade. Vejamos. A estrutura moderna da noção de *igualdade* advém do latim

⁴⁵ Veja a obra de SAUPHANOR, p. 32.

⁴⁶ BERTHIAU, Denis, **Le principe d'égalité et le droit civil des contrats**, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 3 e seg.

aequalitas (igualdade, supondo a comparação com outro objeto), derivada por sua vez da expressão **aequalis** (igual) e de **aetis**. A partir das evoluções lingüísticas na Idade Média estas expressões perderam, em francês e português, a partícula “qua” (**égalité-égalité-égal**, *igualdade-igualdade-igual*). A evolução da expressão *eqüidade* é semelhante, do latim **aequitas** (também **aetis**),⁴⁷ que significava, segundo pesquisas de Berthiau⁴⁸, justamente *igualdade* e, mais precisamente, ‘igualdade de alma, equilíbrio, calma’ (**égalité d'âme, calme, équilibre**), era derivada por sua vez justamente da expressão **aequus** (igual-adjetivo).⁴⁹

Esta proximidade etimológica, e a distinção (**distintio**) de níveis de pensamento, levam a conclusão que tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com ‘equilíbrio e calma’, é mais do que o princípio da igualdade, é eqüidade, uma solução justa para o caso concreto!

Igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso.⁵⁰ A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação.⁵¹ Eis aqui o desafio maior do Direito Civil brasileiro atual, face a unificação do regime das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002, e face ao mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (art. 5, XXXII da CF/88), também em suas relações civis. Assim, em um só tipo contratual (por exemplo, o contrato de mandato ou de seguro), podem estar presentes várias *naturezas*, vários *sujeitos de direito*, *iguais* ou *diferentes* na compara-

⁴⁷ Veja STOWASSER, J.M. et alli, **Der Kleine Stowasser**, G. Freytag ed., Munique, 1980, p. 18: “*aequitas, ätis, aequus - 1 Geduld, Ruhe, Gleichmut, Gelassenheit, animi. 2. Gleichheit [vor dem Gesetz], Gerechtigkeit, Billigkeit...aequitas est iustitia maxime propria.*”

⁴⁸ BERTHIAU, p. 3.

⁴⁹ Veja STOWASSER, J.M. et alli, **Der Kleine Stowasser**, G. Freytag ed., Munique, 1980, p. 18: “*aequus - gleich...Subst. aequum, Recht, Billigkeit: amantior aequi, aequi cultor, ex aequo bonoque.*”

⁵⁰ Assim conclui BERTHIAU, p. 3.

⁵¹ Frase de BERTHIAU, p. 3.

ção entre si, comparação necessariamente *casuística e finalística*, comparação no caso, no papel econômico representado por cada um naquele contrato em especial, a constatar o seu *status* (empresários, *civis*, consumidores) daí derivado. Determinar o campo de aplicação do Código Civil de 2002 aos contratos é, pois, tarefa hercúlica, neste sistema jurídico altamente complexo, micro-codificado, plural e fluído, pois os papéis que os sujeitos de direito representam no mercado e na sociedade modificam-se de um ato para outro. Por exemplo, o profissional liberal é empresário (Art. 966 do CC/2002) em um momento e, no próximo, pode ser consumidor de um serviço para sua família e um *civis* perfeito, na sua relação de condomínio...⁵²

O mestre da USP, Antônio Junqueira de Azevedo⁵³ alertou para este problema antes da aprovação do CC/2002, ponderando que introduzir no sistema jurídico brasileiro, já hiper-complexo, uma regulamentação unitária (igual) para as relações civis e comerciais poderia resultar em um retrocesso. E apontou a solução: a procura de uma igualdade com *aequitas*, a necessária distinção entre o que é igual e o que é diferente, na sociedade pós-moderna atual.

Observando-se o mandamento constitucional expresso de criação no sistema jurídico brasileiro (Art. 48 ADCT/CF 1988) de um CDC e o fato da proteção do consumidor ter sido incluída entre os direitos fundamentais (Art. 5, XXXII da CF/88),⁵⁴ não deve surpre-

⁵² Segundo a jurisprudência majoritária dos Tribunais superiores, a relação de condomínio não é de consumo: “II - Não é relação de consumo a que se estabelece entre condôminos para efeitos de pagamento de despesas em comum. III - O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável no que se refere à multa pelo atraso no pagamento de aluguéis e de quotas condominiais.” (STJ, RESP 239578/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08/02/2000).

⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in **Revista Direito do Consumidor**, v. 33 (2000), p. 124.

⁵⁴ Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 e seg. conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direito humanos, o que se pode transpor para o direito privado como valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

ender, portanto, que o CDC tenha hierarquia superior que o CC/2002. Efetivamente, todas suas normas civis são de ordem pública (*ex vi* do Art. 1º do CDC), e de lei especial, a aplicar-se prioritariamente nas relações de consumo. O CDC está a procura da equidade, do tratamento casuístico/tópico da justiça contratual, com calma e equilíbrio, não voltado para o ‘igual geral’, mas para o ‘diferente’ a relação civil diferente, entre fracos e fortes, daí sua especialidade.

Por fim, mencione-se que se não houve revogação tácita,⁵⁵ também não houve revogação expressa (Art. 2.045),⁵⁶ nem incorporação do CDC ao CC/2002 (Art. 2.043). O novo Código Civil Brasileiro menciona em apenas uma norma a expressão ‘consumidores’, como sinônimo de fregueses,⁵⁷ e não utiliza a expressão relação de consumo. Nas demais 2.045 normas do CC/2002 são mencionadas apenas as expressões ‘consumo’, em seu sentido clássico de destruição, no Art. 86, 307, 1290 e 1392, bens ‘destinados à consumo’, nos Art. 206 e 592 e crimes ‘contra as relações de consumo’, no § 1 do Art. 1.011. Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do Art. 2.043 do CC/2002. Em outras palavras, podemos concluir que o CDC e o tema de defesa

⁵⁵ Também da história legislativa do projeto podemos retirar esta conclusão. A redação anterior do artigo final do Código (antigo Art. 2040) era mais abrangente e afirmava que ficariam: “revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível...” Mas, como explica o relator, Deputado Fiúza, a “boa técnica legislativa” o levou a Câmara a determinar quais as leis que o CC/2002 revogaria. Veja Câmara dos Deputados, Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiuza, Código Civil, Brasília, 2000, p. 115.

⁵⁶ O texto original é: “Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.”

⁵⁷ Trata-se do inciso I do Art. 1467 que menciona a palavra ‘consumidores’, como sinônimo de ‘fregueses’, dos hospedeiros e dos fornecedores de alimentos e pousada ao regular o penhor legal. O texto é o seguinte: “I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus *consumidores* ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;”

do consumidor não foi “incorporado” ao CC/2002. Ao contrário, é considerado pelo próprio CC/2002 como um tema a ser regulado por lei ‘especial’ (como aliás expressamente prevê a Constituição Federal, Art. 48 dos ADCT).

Em resumo, mister preservar a **ratio** de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente! A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais. Vejamos o diálogo quanto à cláusula geral de boa-fé objetiva nos contratos.

II – Das cláusulas abusivas no CC/2002 e a cláusula geral de boa-fé

A própria idéia de abuso do direito, agora positivada no novo Código Civil de 2002, está relacionada com a boa-fé (Art. 187 do CC/2002). Seguindo-se esta idéia (e retirando-a do campo extracontratual para utilizá-la analogicamente no campo contratual), e unindo-a a do Art. 4, III e Art. 51 IV e § 1º do CDC, poderíamos afirmar, sucintamente, que cláusula abusiva é aquela que viola a boa-fé obrigatória das relações entre iguais (**ex vi** novo Código Civil) e entre desiguais (**ex vi** Código de Defesa do Consumidor, que possui este mesmo princípio da boa-fé e quando a relação civil ou empresarial é desequilibrada pelo contrato de adesão, **ex vi** Art. 424 do CC/2002).

Portanto, podemos dizer que uma cláusula desequilibra um contrato porque ela viola um dever principal, inerente àquele sistema, àquele tipo de contrato (essa idéia está no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor), mas podemos também dizer que determina a cláusula é abusiva, porque viola os

deveres que a própria boa-fé introduziu naquela relação. Como afirmava antes o Prof. Arnoldo Wald: a relação não é só mais aquela que as partes determinaram, havendo também as cláusulas gerais da lei. A cláusula geral da boa-fé faz nascer deveres para aqueles indivíduos, mesmo que tais deveres não estejam escritos, ou haja uma cláusula expressa exonerando a pessoa do dever de informar, do dever de cooperar, do dever de cuidado. Esses três deveres de conduta, portanto, fazeres, nascem diretamente do princípio da boa-fé ou da cláusula geral de boa-fé, e estão hoje na relação contratual, civil, empresarial e de consumo. Estes deveres de conduta de boa-fé vão tornar uma cláusula, uma condição geral contratual, uma cláusula do contrato, ilícita ou nula tanto no CDC como no CC/2002 justamente porque há uma violação dos deveres da boa-fé. Boa-fé é um princípio de repersonalização da relação contratual. Como ensina o grande mestre da UFRGS, Clóvis do Couto e Silva: “...o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o ‘alter’.”⁵⁸ Efetivamente, boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”,⁵⁹ uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁶⁰ Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais.

⁵⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**, São Paulo, Ed. J. Bushtasky, 1976 p. 29.

⁵⁹ Veja nosso livro, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 4. edição, 2002.

⁶⁰ Sobre boa-fé como regra de conduta, como limite à autonomia da vontade e como fonte de novos deveres acessórios, veja a obra de MENEZES CORDEIRO, Antonio M. da Rocha e, **Da Boa-fé no Direito Civil**, v. 1, p. 632 e ss.

Como afirmamos anteriormente, boa-fé é, em resumo, um princípio de materialização da vontade contratual, agora balizada pelas exigências de considerara as expectativas legítimas do outro.⁶¹ Assim ensina o também grande mestre da UFRGS, Ruy Rosado de Aguiar⁶²: “A *boa-fé* se constitui numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se mede somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir *objetivamente* o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes.” (grifo nosso) Para se ter a importância desta visão renovadora dos contratos envolvendo consumidores e fornecedores, afirma Paulo Luiz Neto Lôbo: “O princípio da boa-fé objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos.”⁶³

Os professores Jauernig e Volkommer,⁶⁴ na sua edição nova dos Comentários ao Código Civil alemão, que sofreu uma grande reforma em 2000 e 2001, mencionam que as funções da boa-fé (aquelas clássicas que conhecemos e que foram aqui mencionadas: a de estabelecer os deveres anexos, interpretadora e a limitadora, isto é, a própria idéia de abuso) devem ser vistas hoje com olhos mais voltados para o futuro.⁶⁵ Boa-fé é uma medida objetiva (*objektive*

Masstab), um paradigma de conduta das pessoas, mas ela é, sem dúvida alguma, uma medida de decisão (*Entscheidungsmaßstab*).

Por vezes, visualiza-se a boa-fé apenas como um ‘standard’, uma medida de conduta, uma medida de efeito ‘preventivo’: como devo eu conduzir-me na sociedade do futuro, como devo eu atuar ‘de acordo’ com a boa-fé. O que os referidos professores alemães estão querendo lembrar é que esse é apenas um lado ‘da moeda’, a boa-fé possui outro ‘lado’ que não podemos esquecer: a boa-fé é sempre também uma valoração da conduta. O Direito valora a atuação do outro como um paradigma, não mais subjetivamente (não temos mais a idéia de ‘culpa’) mas como um objetivo. Não podemos discursar sobre a boa-fé como uma idéia, um paradigma de conduta, e deixar de utilizar a boa-fé na prática como um instrumento de decisão do Judiciário (é uma medida de decisão).

Neste ponto, gostaria de dividir a minha exposição justamente nesses dois momentos: 1) a boa-fé teórica (como medida de conduta) e o Novo Código Civil (onde está essa boa-fé, pelo menos na parte voltada para as cláusulas abusivas); 2) e a boa-fé na prática, isto é, a boa-fé como medida valorativa, instrumentário para que o juiz diga se uma cláusula é abusiva de acordo com o cumprimento ou não do paradigma das exigências de boa-fé.

A) As funções da boa-fé e a experiência de mais de 10 anos do CDC

Essa utilização ‘forte’ da boa-fé pode ser dividida em quatro funções, que já foram muitas delas aqui mencionadas pelo Professor Arnoldo Wald, que me antecedeu. A primeira função é essa de fotografia do que é e do que não é relação contratual hoje, chamada de função de complementação ou concretização da relação jurídica. Através do princípio da boa-fé objetiva, o julgador visualiza e precisa quais são os deveres das partes. Se é uma relação entre iguais – iguais civis ou entre comerciantes - há o novo

⁶¹ Assim CANARIS, in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), 200 (2000), p. 277 e seg.

⁶² AGUIAR, Ruy Rosado de, “A Boa-fé na relação de consumo”, in *Direito do Consumidor*, v. 14, p. 24.

⁶³ LOBO, Paulo Luiz Neto “A informação como direito fundamental do consumidor”, in *Direito do Consumidor* 37, p. 67.

⁶⁴ Veja JAUERNIG, Othomar et alli, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. ed, Beck, Munique, 1994, p. 172, § 242, 1 (Vollkommer).

⁶⁵ Veja citações e detalhes em meu artigo, “Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?”, in *RDC* v. 43 (2002), p. 215-257.

Código Civil e aqueles deveres que estão aqui também oriundos da boa-fé. Se a relação é entre consumidores, entre desiguais, um leigo e um profissional, então também o princípio da boa-fé estabelece quais são os deveres de informação, de cuidado, de cooperação.

Trata-se da **função de complementação ou concretização da relação (*Ergänzungsfunktion*)**, podendo o aplicador da lei, através do princípio da boa-fé objetiva, visualizar e precisar quais os deveres e direitos decorrentes daquela relação em especial (por exemplo, incluindo as informações veiculadas em publicidade por uma seguradora ou grupo bancário, Art. 30 do CDC),⁶⁶ também chamada de função interpretativa.⁶⁷ A expressão alemã é de valorar-se e destacar-se, pois bem especifica a função ativa do juiz, uma vez que se trata do **Richterrecht** (Direito dos Juízes), isto é, há uma atividade mais completa e complexa⁶⁸ do que a simples interpre-

⁶⁶ Belo exemplo é a decisão do TJ/RS, já citada: “Propaganda enganosa. Garantia, incondicional, de financiamento para aquisição de unidade imobiliária. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Propaganda enganosa que garantiu, incondicionalmente, financiamento à aquisição de unidade imobiliária. Improvadas as apontadas irregularidades na documentação. Com inversão do ônus sucumbencial, condenação da incorporadora para suportar, às suas próprias expensas, o parcelamento da dívida (conforme garantido na publicidade).” (AC 598435063, Des. Guinther Spode, j. 22.12.98, in **RDC** 36/324). Veja também decisão e as já citadas decisões do TJ/RS sobre embalagem prometendo prêmios (AC 596126037, 5ª Câm. Civ. TJ RS, j. em 22.08.96, rel. Des. Araken de Assis) e sobre publicidade prometendo carros a quem completasse um ‘bingo’ (AC 596116764, 5ª Câm. Civ. TJ RS, j. em 14.11.96, rel. Des. Araken de Assis), todas citadas e comentadas no belo artigo de Guinther Spode, “O controle da publicidade à luz do CDC”, in **RDC** 42 (2002), no prelo. Veja também sobre promessa de recompensa e premiação de tampa de vasilhame de refrigerante Resp. 289.346/MG, DJ 25.06.2001, min. Nancy Andrighi.

⁶⁷ É o que MARTINS-COSTA, Judith, **Boa-fé no Direito Privado**, RT, São Paulo, 2001, p. 428, denomina de ‘a boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo’ e à p. 431, citando Larenz, denomina “interpretação da regulação objetiva criada com o contrato”.

⁶⁸ Belo exemplo pode ser a decisão do TJ/RS, em caso envolvendo seguro de “Condomínio Residencial”, em que cláusula contratual dava direito ao conserto do elevador somente após “comunicação” à seguradora e in APC598002079, j. 03.06.1998, Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior ensinou: “Seguro de dano. Interpretação de cláusula. comunicação imediata, não necessariamente prévia. dano em elevador de edifício de

tação pelo juiz, há, sim, concreção de cláusula geral.⁶⁹ E como ensina a Corte Constitucional alemã desde 1993,⁷⁰ na concreção das cláusulas gerais de boa-fé e bons costumes (em especial, nos contratos bancários, financeiros e de crédito) as cortes civis devem fazer valer os direitos humanos, os direitos fundamentais recepcionados nas Constituições,⁷¹ impregnando o direito privado de seu espírito de proteção da dignidade da pessoa humana, da privacidade, de proteção dos dados, de direito à informação, à escolha livre, de desenvolvimento da sua personalidade etc.

A expressão atual alemã também esclarece de forma pedagógica que a boa-fé é uma nova fonte de deveres (deveres anexos), “descobertos” na complementação, na “fotografia” da relação, que realiza o magistrado: informar, cooperar, cuidar com o outro e, não só, prestar... Aqui, está, pois, a função primeira e mais complexa da boa-fé, que valora o grau de informação, de transparência, de lealdade nas condutas e cláusulas dos fornecedores, de forma a visualizar/fotografar que relação jurídica é esta, complexa, conexa, principal

apartamentos residenciais. Segundo interpretação que se ostenta a melhor, a exigência, em casos como o dos autos, é de comunicação, sim, e imediata, mas não necessariamente prévia, do dano em elevador de edifício de apartamentos residenciais, pois desarrazoado que se aguarde providências da seguradora, para, apenas após, efetivar o conserto, sempre urgente quando se cuida deste meio de transporte de pessoas.”

⁶⁹ Assim também no Brasil, TEPEDINO, Gustavo (Coord.), **Direito Civil-Constitucional**, Renovar, Rio de Janeiro, 201, p. 11 e 12: “as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor..., vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores. Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina...”

⁷⁰ BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 - 1BvR 567/89 u.l.a., in: NJW 1994,36. A ementa original é a seguinte: “Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2,1 GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträge, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.”

⁷¹ Veja meu artigo “Os contratos de crédito e a legislação brasileira de proteção do consumidor”, in **RDC** v. 18, p. 53-76.

ou acessória visando o consumo e se as exigências desta boa-fé foram ou podem ser cumpridas. O objetivo é alcançar a igualdade, o reequilíbrio entre as partes, e a atuação do Juiz conforme a boa-fé é ativa, como ensina o TJ/RS: “Ao analisar o contrato, com suas diversidade, e que se constitui alvo especial do chamado Direito do Consumidor, está o juiz nesse alinhamento bem longe da principiologia clássica do contrato, onde se presumia que as partes eram livres para contratar, e eram iguais, sem qualquer distinção de informação, conhecimento e poder de cada uma. A atuação do magistrado, frente a uma relação de consumo, pode e deve ser mais dinâmica, pretendendo assegurar a igualdade das partes ao mesmo plano jurídico.” (Ementa da APC 197278518, 21ª CC, Des. Francisco José Moesch, TJ/RS, j. 17.06.1998).

Destaque-se que o legislador alemão, ao reformar o seu Código Civil de 1893 em 2002, incluiu uma nova norma de interpretação no § 241 do BGB, aplicável aos contratos de consumo (novo § 13 c/c § 241 e § 242), que é a seguinte: “§ 241- Deveres oriundos das relações obrigacionais- (1)...(2) As relações obrigacionais podem, de acordo com seu conteúdo (tipo), obrigar cada uma das partes a ter em conta os direitos, as coisas/patrimônio e os interesses da outra parte.”⁷² Note-se a beleza desta linha que amplia a visualização da relação, não só faz ‘aparecer’ os deveres anexos ao contrato, como ajuda a valorar as práticas comerciais do fornecedor. “Ter em conta os direitos...e os interesses da outra parte” é visualizar o ‘alter’ e valorar a conduta-conforme a boa-fé- daquele contratante mais forte, tanto na formação do contrato (cláusula abusiva), quanto na execução do contrato (prática comercial abusiva).

Muitos denominam esta função de ‘interpretativa’ ou ‘interpretadora’, entretanto, não quero aqui denominar esta função de ‘interpretação’, porque essa é

uma visão mais clássica da boa-fé e, como afirmei, parece-me que essa idéia de concreção, de fotografia mesmo completa da relação é mais atualizada e mais atualizadora. Essa função de interpretar pode solucionar muitos dos problemas que também podemos fazê-lo através do uso do instrumentário sancionatório das cláusulas abusivas. Isto é, o julgador ao interpretar o contrato ou a cláusula já o faz de acordo com o instrumento valorativo que é a boa-fé (medida de decisão). Então, se pode interpretar o texto de forma que a cláusula examinada não viole a boa-fé e que proteja o mais fraco, ou seja favorável a quem simplesmente aderiu ao contrato de adesão, estarei utilizando todas as idéias principiológicas que estão no Código Civil de 2002 e também, estão mais fortemente presentes ainda, no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. Assim o julgador pode evitar que aquela cláusula, interpretada de outra forma, viole a boa-fé e seja nula. Vejam que dentro dessa função temos dois momentos: a simples interpretação e a identificação dos deveres que objetivamente as partes deveriam cumprir.

A terceira conclusão dos referidos professores alemães e que me parece interessante, é a da bilateralidade dos deveres de boa-fé. Geralmente, não mencionamos muito esta característica em matéria de Direito do Consumidor porque o Código de Defesa do Consumidor positiva que o dever de informar é imposto ao fornecedor, é um dever do profissional e não do leigo, o consumidor. Mas agora, nesse outro mundo, que é o Código Civil de 2002, na relação entre iguais, há bilateralidade dos deveres de boa-fé: um parceiro deve cuidar do outro, um deve informar ao outro. Se são dois comerciantes, obviamente que o dever de informar é bilateral. Há o dever de cooperar, e como mencionava o Prof. Arnoldo Wald, a idéia da parceria é justamente bilateral. A idéia de não levar o outro à ruína, que é uma idéia bastante antiga da boa-fé, uma exceção da ruína, a qual foi aqui mencionada pelo

⁷² No original: “§ 241. Pflichten aus dem Schuldverhältnis. (1)...(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.”

Prof. Arnaldo Wald com a idéia de renegociação dos contratos, é um dever de cooperar para evitar a ruína econômica do outro, é um dever bilateral no Código Civil de 2002, imposto justamente pelo princípio da boa-fé positivado de forma bilateral.

Já no microssistema do Código de Defesa do Consumidor essa bilateralidade se esmaece, porque a própria norma impõe, por exemplo, em matéria de banco de dados (Art. 43 e seg. do CDC), que um (fornecedores) guarde e cuide da informação que detêm do outro (consumidores), que um (fornecedores) informe ao outro (consumidores). Portanto, neste caso, o ônus, o peso do cumprimento dos deveres de boa-fé foi positivado, foi regulado em norma positiva indisponível (Art. 1º do CDC), e somente em poucos momentos existe realmente uma bilateralidade dos deveres de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor. Um exemplo que foi dado pelo Prof. Wald foi justamente o do contrato de seguro, em que há uma relação de consumo, mas em que também os deveres de informação do consumidor estão positivados no Código Civil e mesmo assim são interpretados sempre favoravelmente a eles (art. 47 do CDC em diálogo!). Aqui nessa primeira função da boa-fé, isto é, da concretude, da concretização da relação, está a maior potencialidade para o chamado direito dos juízes, isto é, a verdadeira interpretação dos contratos, a visualização da totalidade da relação que não é só concentrada no cumprimento dos deveres principais, mas nesse novo mundo em que os serviços são mais importantes que os dares. É um mundo tão complexo, cheio de riscos, onde há o dever de informar, de colocar junto com o produto, por exemplo, um manual de utilização ou de colocar junto com o serviço bancário o verdadeiro preço daquela taxa, daquele extrato, daquele talão, ou do envio do talão pelo correio e as possibilidades que teria o consumidor de manutenção da conta de forma diferenciada, esta informação pode ser até mais im-

portante do que o verdadeiro cumprimento da prestação principal, isto é, manter uma escrituração ou de entregar-me um bem que não sei usar, se não tenho um manual de informação. Em outras palavras, os deveres de boa-fé potencializam-se e ganham em importância nos dias de hoje, e aí está a possibilidade de o direito dos juízes evoluir a nossa visão do contrato na prática.

A segunda função da boa-fé, mais típica é a função de controle e de limitação das condutas. Aqui está a proibição das cláusulas abusivas. Temos liberdade de contratar, de estabelecer a liberdade contratual, portanto, de estabelecer o conteúdo do contrato, mas como essa é uma liberdade formal e muitas vezes não material, para reequilibrar a situação em matéria de contratos de adesão - regulados hoje pelo Código Civil de 2002 - a lei limita essa liberdade. Vejamos o que os artigos 423 e 424 do novo Código Civil mencionam sobre isso: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, primeira idéia, primeira função. E no Artigo 424: “Nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Nesta norma temos dois momentos normativos, isto é, limita-se a possibilidade de renúncia por uma das partes, através de cláusulas exonerativas, cláusulas de exoneração de responsabilidade. Assim, no contrato de transportes, por exemplo, a cláusula exonerativa de responsabilidade vai ser considerada nula, vai ser restringida, complementando essa idéia. Em matéria de seguros, também, há artigos especificamente prevendo que determinadas cláusulas não são possíveis nesses contratos ou em contratos de prestação de serviço (na parte especial). Porém, aqui na parte geral do novo Código Civil, a idéia é que a renúncia, se ela é ao principal, se ela é aquela resultante da natureza do negócio, esta renúncia ou

disposição **per se** já é nula. Aqui encontra-se o maior limitador, a melhor definição do que podem ser essas cláusulas abusivas que o Código Civil de 2002 considera nulas.

O Código de Defesa do Consumidor também tem a idéia da cláusula abusiva, só que ali, para a proteção do mais fraco, a potencialização do que é abuso é ainda maior. Considera-se, no artigo 51, parágrafo 1º, como nulas todas as cláusulas que asseguram uma vantagem exagerada para uma das partes, que destroem o sistema em que o contrato está e que, portanto, destroem, em última análise, esse objeto do contrato, a expectativa legítima do consumidor.

É a **função de controle e de limitação das condutas (Schrankenfunktion)**, pois o princípio, de forma imanente, está a limitar as “posições” jurídicas dos contraentes e o exercício de seus direitos, daí, por exemplo, a proibição de cláusulas e práticas abusivas (Art. 39 e 51 do CDC). Como afirmamos, a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.⁷³ O julgador valora a atuação, decidindo se esta ultrapassou ou não a razoabilidade, os limites impostos por esta boa-fé objetiva qualificada, que é a de consumo. Abusiva é a conduta ou a cláusula que viola a boa-fé, os deveres impostos pela boa-fé

⁷³ Neste sentido, veja-se exemplar decisão do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *in* Resp. 158.728-RJ, 16.03.1999, cuja ementa ensina: “Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a eqüidade.”

aos agentes na sociedade, como ensina o STJ, no Resp. 219184/RJ, j. 26.10.1999, Min. Ruy Rosado de Aguiar: “SERASA. Dano moral. - A inscrição do nome da contratante na Serasa depois de proposta ação para revisar o modo irregular pelo qual o banco estava cumprindo o contrato de financiamento, ação que acabou sendo julgada procedente, constitui exercício indevido do direito e enseja indenização pelo grave dano moral que decorre da inscrição em cadastro de inadimplentes. Recurso conhecido e provido.”

A pergunta atual é como vamos realizar a interpretação desse artigo 424 do Código Civil de 2002. A doutrina, em especial os comentaristas começam a fornecer idéias sobre a interpretação desse artigo. Normalmente, porém, costumam concentrar-se não na cláusula geral de boa-fé do Código de Defesa do Consumidor, mas no primeiro inciso do artigo 51. O Art. 51 do CDC, *caput* dispõe: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos...”. Esse inciso I, há que se mencionar, não termina assim, mas possui uma segunda frase que permite, nos contratos entre pessoas jurídicas, em pleno microsistema do Código de Defesa do Consumidor, a limitação da responsabilidade.

Por que mencionar isso? Porque me parece importante para estabelecermos a diferença entre o que é a ‘qualidade’ da boa-fé ou a potencialidade de aplicação da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e a potencialidade de sua aplicação no Código Civil de 2002. O Código Civil de 2002 é um Código para iguais, relação entre civis e relação entre comerciantes. O próprio Código de Defesa do Consumidor, que possui amplas definições de quem é consumidor (veja a linha interpretativa dos maximalistas e dos finalistas, à qual me

filio), já pensando nisso e antes do advento do Código Civil de 2002, previa que em matéria de relacionamento intercomerciantes, portanto, consumidores pessoas jurídicas, era permitida a cláusula de limitação da responsabilidade, se ela não atingia a natureza do contrato, o objeto do contrato, se realmente não violava a boa-fé entre comerciantes, isto é, a cláusula geral do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor. Como podemos interpretar essa exceção à regra? Podemos interpretar através de uma visão de força, de ‘qualificação’. É claro que o princípio da boa-fé atinge tanto o microssistema do Código de Defesa do Consumidor como o Código Civil de 2002, mas aqui, em uma relação entre iguais, a idéia do que é abusivo, do que atinge a natureza do contrato é, de qualquer maneira, de uma valoração mais concreta; porém, para a proteção obrigatória, *ex vi lege*, de uma das partes do contrato, realmente neste caso a boa-fé se ‘ilumina’/qualifica, sendo portanto muito mais exigente e por isso muito mais utilizada.

A terceira função é a função de correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias, que também já foi mencionada aqui pelo Professor Arnoldo Wald. Hoje, essa função é a idéia de que há um direito a uma manutenção do vínculo (pelo menos um direito à tentativa da manutenção do vínculo). Por isso há, dentro da moção de boa-fé, a idéia de um dever de renegociação geral dos contratos comerciais. Este dever não nasceu no direito do consumidor. Essa idéia nasceu nos grandes tratados internacionais, veja-se os princípios do *UNIDROIT*, na chamada *Lex Mercatoria*, isto é, nos contratos internacionais entre comerciantes.⁷⁴ E,

⁷⁴ Veja o estudo de MARTINEK, Michael, “Die Lehre von de Neuverhandlungspflichten- Bestandaufnahme, Kritik...und Ablehnung”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 198 (1998), p. 330 e seg., o qual apesar de negar a existência deste dever geral de renegociação (*Neuverhandlungspflicht*) em todos os contratos de longa duração, concorda que a doutrina majoritária o identifica em muitíssimo deles, em especial os de longa duração de consumo, p. 356 e seg.

foi trazida para o Direito Civil interno a partir daquela idéia antiga da boa-fé, que é a exceção da ruína: no cumprimento conforme a boa-fé dos contratos há de evitar-se a conduta que leve à ruína do outro, do parceiro contratual.

O nossa visão atual do contrato é de uma parceria, contrato é um momento de cooperação. Porque o outro me escolheu e porque eu o escolhi - (repita-se que boa-fé é um pensar refletido), não posso eu permitir que a minha vinculação a uma determinada cláusula contratual leve o outro a ruína, como, por exemplo, no sistema financeiro da habitação. Se eu credor não permito que o indivíduo me devolva o imóvel, se eu não permito que o indivíduo venda-o ou que passe o imóvel e a dívida a uma outra pessoa, se o indivíduo perde a possibilidade concreta de saldar, se há uma impossibilidade subjetiva de pagar (se ele fica desempregado ou doente, por exemplo) e eu o mantenho ‘preso’ como meu devedor, sei que o estou levando à ruína! Eu não renegocio, porque eu credor ‘tenho’ o contrato, ‘tenho’ aquela cláusula, tenho o ‘direito’. Não preciso eu ‘adaptar’, renegociar, mas será que estou agindo conforme a boa-fé? Obviamente, todos sabemos que o paradigma da boa-fé é pensar no outro, nas suas expectativas legítimas, no fato de que ele realmente entrou no Sistema Financeiro de Habitação porque não podia comprar através de outros financiamentos. Trata-se de um contrato massificado, para pessoas mais pobres, para classe média da sociedade (se ele fosse da classe alta compraria à vista ou faria um financiamento direto bancário). O dever de renegociação nasceu nos contratos internacionais do Direito Comercial e agora está chegando nesse direito entre iguais, ou direito entre diferentes, o Direito do Consumidor, e aqui está também - em minha opinião - na noção de boa-fé do Código Civil de 2002.

É a **função de correção e de adaptação em caso de mudança das circunstâncias (*Korrekturfunktion*)**, a permitir que o julgador adapte e modifi-

que o conteúdo dos contratos para que o vínculo permaneça (manutenção do vínculo) apesar da quebra da base objetiva do negócio, por exemplo, com a desvalorização do dólar em contratos de leasing,⁷⁵ ou imponha deveres de renegociação⁷⁶ face à quebra subjetiva da base do negócio, por exemplo, quando o consumidor perde seu emprego. A decisão aqui é casuística, como ensina o STJ, no mencionado Resp. 200.019/SP j. 17.05.2001, DJ 27.08.2001, Min. Ari Pargendler: "Civil. Promessa de compra e venda. Rescisão. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda ajuizada pelo promitente comprador que ficou sem condições de cumprir o contrato. Procedência do pedido, à vista das circunstâncias do caso concreto.. ." ⁷⁷

A quarta função, e com isso termino essa parte teórica, é de autorização para decisão por equidade. No Brasil, costumamos dizer que a decisão por equidade tem que ser autorizada *ex vi lege*. O Código de Defesa do Consumidor é um sistema, um microssistema, que permite a decisão por equidade em seu artigo 7º. Porém, geralmente não concordamos com a idéia alemã de que dentro da boa-fé está uma decisão casuística, uma decisão fora do sistema, uma decisão inovadora. Aqui, realmente, não consegui encontrar nenhuma decisão do Judiciário, do Superior Tribunal de Justiça, para apoiar essa última função da boa-fé. Minha experiência é que realmente essas teorias germânicas, mais dia menos dia, comecem a ser aceitas entre nós. Assim como a terceira, que é o dever de renegociação

⁷⁵ Veja, por todos, Resp. 361.694/RS, j. 26.02.2002, Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2002.

⁷⁶ A doutrina atual está estudando fortemente os deveres de renegociação, tanto na Alemanha (Norbert Horn, Jürgen Baur, Herbert Kronke, Ersnt Steindorff, Gabrielle Fecht, Andreas Nelle etc.), na Itália (Giovanni de Cristofaro, Giuseppe Gandolfi, Franco Anelli, todos sobre cessão dos contratos), nos Estados Unidos (seja nos teóricos da *Lw and Economics - renegotiation-*, seja nos internacionalistas, em virtude dos Princípios da UNIDROIT para os contratos internacionais de 1994), assim relata em detalhes MARTINEK, Michael, "Die Lehre von de Neuverhandlungspflichten- Bestandaufnahme, Kritik...und Ablehnung", in **Archiv für die zivilistische Praxis** (AcP), 198 (1998), p. 330 a 398.

⁷⁷ Neste caso o STJ permitiu ao devedor (inadimplente), que perdera seu emprego, requerer a rescisão do con-

trato, foi aqui mencionado pelo Prof. Arnaldo Wald, parece-me que em breve nós teremos essa idéia de abertura do sistema para uma decisão casuística com base não só na função social do contrato, que seria outra possibilidade, mas com base no princípio geral da boa-fé.

É a função de autorização para a decisão por equidade (**Ermächtigungsfunktion**), pois como cláusula geral sua concreção passa pela ativa participação do julgador e não pode escapar à tópica e à procura da equidade contratual, originando assim um direito de equidade (**Billigkeitsrecht**) adaptado à sociedade e às necessidades atuais. Como relembra Hattenhauer,⁷⁸ a fórmula "boa-fé" exige uma concretização no caso concreto, logo, casuística e com base na equidade (**Billigkeit**).

B) Cláusulas abusivas no Código Civil de 2002 e no CDC: uma visão prática do diálogo das fontes

Iniciando esta segunda sub-parte, a parte concreta, cabe perguntar o que significa essa visão de diálogo e de funções da boa-fé para a prática do Código Civil de 2002?

Em 1993, a Corte Constitucional Alemã, em um contrato bancário, decidiu que a concretização da cláusula geral de boa-fé deveria ser feita de acordo com os direitos fundamentais das pessoas.⁷⁹ A decisão de 1993 abriu uma cri-

trato, que não aproveitou e a devolução das parcelas pagas, mesmo se a outra parte se opunha, citando como precedentes os Resp. 132.903-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19/12/97, Resp. 109.960-RSP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 24/03/97, Resp. 79.489-DF, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22/04/97 e o já citado in Resp. 109.331-SP, DJ 31/03/97.

⁷⁸ HATTENHAUER, Hans, **Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts**, Beck, Munique, 1982, p. 93.

⁷⁹ BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 - 1BvR 567/89 u.l.a., in: NJW 1994,36-39. A ementa original é a seguinte: "Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und §242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2,I GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträge, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind."

se no sistema alemão e levou à modificação do Código Civil, que era de 1896.⁸⁰

Nesse caso concreto de um contrato bancário - que era de milhares de marcos - entre um empresário e um banco, o problema todo se deu com relação ao garantidor, o filho desse empresário, que já era maior, e garantiu (assinando a garantia) num valor absolutamente extraordinário em relação à potencialidade dele (ele, inclusive, era estudante de medicina). O banco na época argumentou que precisava evitar a 'circulação' da riqueza na família, isto é, que se ele não fosse fiador ou garantidor do pai, o pai poderia transferir aqueles valores para ele e com isso fugir à pressão do banco.

No final, no caso concreto, o pai vai à falência, e porque é um comerciante com todas as privilégios de falido, o banco prefere acionar o filho, então já um médico. Só que o valor do empréstimo, que ele obviamente garantiu de livre vontade, era tão grande que ele levaria o resto da vida pagando. O 'filho' perdeu em primeiro grau, sob o argumento da ***pacta sunt servanda***; perdeu em segundo grau - ***pacta sunt servanda***- e chegou à Corte Federal Civil alemã (BGH) e esta novamente afirmou: não, o senhor é maior, o senhor obrigou-se e não temos como reverter essa situação agora, a não ser pelos exames de fato. O filho-garantidor recorre, então, à Corte Constitucional alemã (BVerfG) que faz emitir esta decisão que ficou clássica: "as cortes civis, quando da concretização das cláusulas gerais de boa-fé e bons costumes, deverão considerar os direitos fundamentais do cidadão, inclusive o direito de desenvolvimento da sua personalidade (art. 2º, inciso I da Lei Fundamental de Bonn)."

O que quero aqui destacar é que a Constituição brasileira fundamentou realmente o Código de Defesa do Consumidor, sua origem, no artigo 5º, inciso XXXII, que cria um direito fundamental do consumidor à proteção pelo Estado

(Estado-juiz, Estado-legislador, Estado-administrador). A Constituição também determinou a realização de um Código de Defesa do Consumidor, no artigo 48 dos atos das Disposições Transitórias. Essa Constituição, que privilegia o consumidor, o diferente, o mais fraco, agora deve ser utilizada para guiar a nossa interpretação das cláusulas gerais do Código Civil de 2002. Não é que não conheçamos como aplicar essas cláusulas gerais. O princípio da boa-fé já é muito aplicado na prática, o princípio da função social do contrato é um pouco menos conhecido mas, de qualquer maneira, sua prática existe. Da mesma forma, temos já imbuída entre nós a idéia do Direito Civil Constitucional, que aqui no Estado do Rio de Janeiro a Escola da UERJ, sob a liderança do Prof. Gustavo Tepedino, tem frisado muito: a Constituição, a dignidade da pessoa humana como idéia guia, a diferenciação nos valores da ordem econômica e financeira, a idéia da defesa do consumidor, da defesa do meio-ambiente, da defesa do trabalhador, mas principalmente idéia de que o nosso mercado deve levar ao desenvolvimento e, ao mesmo tempo, não excluir pessoas (idéia da solidariedade social). Todas essas noções encontram-se na Constituição brasileira e podem ser usadas para concretizar (concretude), para essa fotografia que nós vamos fazer do que é realmente a boa-fé na prática contratual.

Na parte prática é de grande importância a interpretação das cláusulas abusivas. Por que a interpretação? Não só porque o artigo 421 do Código Civil começa o capítulo impondo que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" e o 422 afirma: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé", mas também porque a idéia que está no artigo 113 é de que a boa-fé é a maneira, o instrumento da interpretação dos contratos hoje.

Assim impõe o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor: a interpreta-

⁸⁰ Veja a obra de REINICKE, Dietrich e TIETDKE, Klaus, **Bürgerschaftsrecht**, Berlim, Luchterhand, 1995.

ção é a favor do mais fraco, a interpretação é de acordo com a boa-fé. Mas qual seria a diferença entre o que impõe o Código de Defesa do Consumidor e o que afirma o Código Civil de 2002? A diferença pode estar no artigo 423, o qual afirma: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Tal norma não deixa de ter o espírito de proteção do aderente, aquele que não redige as cláusulas, mas o texto exige três detalhes que o Código de Defesa do Consumidor não exige. Primeiro que seja um contrato de adesão. Nas relações entre iguais, entre dois comerciantes ou entre dois civis, como, por exemplo, o condomínio (o próprio Superior Tribunal de Justiça já afirmou que não considera esta uma relação de consumo) ou seja, nessas relações puramente civis e puramente comerciais (parece-me que haverá uma modificação da interpretação do Código de Defesa do Consumidor quando esse código entrar em vigor), voltaremos a uma discussão que era muito comum no Judiciário: se é ou não é um contrato de adesão. Só em caso de contrato de adesão, permite o Art. 423 o controle do conteúdo do contrato e a nulidade da cláusula. Onde encontraremos a definição de contrato de adesão?

Não está no Código Civil de 2002, porém, tal definição pode ser retirada analogicamente do Código de Defesa do Consumidor, do artigo 54. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal negou-se a definir contrato de adesão entre comerciantes com base no Art. 54 do CDC. No caso que eu comento na **Revista de Direito do Consumidor**, o Teka *versus* Aiglon,⁸¹ o Supremo Tribunal Federal, em um contrato de importação entre comerciantes, apesar de ter sido usado um formulário, isto é, condições gerais de venda de algodão da Irlanda para essa tecelagem brasileira, consi-

⁸¹ STF, Pleno, SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, 01/12/99, veja a íntegra da decisão in **Revista Direito do Consumidor**, nº 34 (abr.-jun.2000), p. 253-263.

derou que não se tratava de um contrato de adesão em virtude da igualdade econômica e da possibilidade de recusar e modificar efetivamente as cláusulas.⁸² Já na definição ampla do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor quase tudo é contrato de adesão. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pelo menos nesse caso Teka *versus* Aiglon, ao contrário, possibilita o renascimento da discussão do que é um contrato de adesão entre comerciantes.⁸³ O segundo exemplo é de um caso de São Paulo, de um conflito de competência decidido no STJ.⁸⁴ Discutida é a cláusula de eleição de foro, também uma cláusula comum em qualquer formulário de contrato comercial, que poderíamos denominar de ‘contrato de adesão’. Nesse caso que envolve a empresa Panamá International e uma unidade cardioráxica de Sergipe, tanto o II Tribunal de Alçada de São Paulo, quanto o Superior Tribunal de Justiça (relator Ministro Ari Pargendler), consideraram que aqui não se tratava realmente de contrato de adesão, apesar de ser um contrato-formulário, porque havia uma certa igualdade entre as partes e não aplicaram o Código de Defesa do Consumidor e possibilitaram a eleição do foro nessa relação entre comerciantes.

Parece-me, pois, que nasce aqui uma grande discussão sobre a natureza e talvez a impossibilidade de se usar o

⁸² Veja nossos comentários, MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. “Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC” in **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36 (out.-dez. 2000), p. 221-240.

⁸³ Destaca a importância desta decisão para o diálogo entre o CC/2002 e o CDC, PASQUALOTTO, Adalberto, “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”, **Revista de Direito do Consumidor**, nº 43 (jul.-dez..2002), p. 104

⁸⁴ Conflito de Competência nr. 32.270-SP, j. 10.10.2001, Min. Ari Pargendler, p. 3 (voto), cuja ementa é: “Conflito de Competência. Foro de Eleição. Prevalência. Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível de São Paulo.”

artigo 54, como estão sugerindo os primeiros comentaristas ao Código Civil, como paradigma do que é um contrato de adesão no país, tendo em vista que o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor é um artigo somente para uso nesse microsistema, isto é, frente a um leigo, um consumidor trata-se de um 'contrato de adesão', mas o mesmo contrato frente a dois comerciantes (no caso, frente a dois comerciantes num contrato internacional), talvez não seja considerado como tal.

A segunda diferença é a menção a cláusulas ambíguas ou contraditórias. Na interpretação, obviamente de acordo com a boa-fé, que se faz com força no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor não se exige que a cláusula seja ambígua ou não clara. No CDC não utiliza-se o brocado: *interpretatio cessat in claris*, isto é, se há clareza, não há necessidade de interpretação. Ao contrário, a visão do Código de Defesa do Consumidor é de incluir todas as informações e que a interpretação geral de todas as cláusulas, as claras e as ambíguas seja a favor do consumidor. A idéia aqui defendida pelo Prof. Arnoldo Wald, da necessária proteção da confiança despertada através dos atos do fornecedor. Segundo o CDC, todas as informações e mesmo a publicidade, *ex vi* artigo 30, serão incluídas no contrato celebrado, como 'cláusulas' extras deste contrato. A publicidade, como informação ou promessa que despertou a confiança do consumidor, pode estar em contradição com uma cláusula clara do contrato.

Não existem cláusulas mais claras do que as cláusulas abusivas. Se, por exemplo, o contrato exclui uma determinada doença, AIDS, trata-se de uma cláusula clara, se o contrato introduz uma cláusula penal pesadíssima, uma cláusula quase de decaimento, trata-se de uma cláusula clara, se estipula o preço de uma taxa de administração de 48%, trata-se de uma cláusula clara. Mesmo assim essas cláusulas 'claras' podem e devem sofrer alguma interpretação para evitar que elas sejam cláusulas abusivas, isso segundo o Có-

digo de Defesa do Consumidor. A pergunta é: se no sistema das relações entre iguais, entre comerciantes, vai ser permitida ao juiz a utilização da boa-fé, com toda essa potencialidade que o Judiciário brasileiro utiliza no microsistema do Código de Defesa do Consumidor para beneficiar um dos aderentes, isto é, no caso do contrato inter-comerciantes, beneficiar um dos comerciantes.... Parece-me, a primeira vista, que o artigo 423 não permite esta linha de conclusão. Volta-se ao sistema antigo de interpretação, que exige uma contradição ou uma falta de clareza e, sim, um contrato de adesão, isto é, um contrato onde a liberdade contratual esteja de tal forma reduzida pela simples adesão de um de forma a permitir essa interpretação a favor do aderente. Caso contrário, a interpretação é somente de acordo com o princípio geral de boa-fé e, como afirma o artigo 421, através da função social do contrato. Pode ser que, havendo interesse público (imaginem um contrato de licitação, um contrato de energia elétrica), e não sendo um contrato de consumo, ainda persista a possibilidade de criação do juiz nesse Código, parece-me que, porém, mais reduzida. Além disso, o artigo 112 do Código Civil novo restabelece aquela velha regra do artigo 85 do CC/1916, quanto à intenção das partes. Portanto, não evolui quanto à teoria. Trata-se da teoria da vontade e não a teoria da declaração. No Código de Defesa do Consumidor, a idéia é de expectativas legítimas, de proteção da confiança, que levava à utilização da teoria da declaração, mais especificamente da Teoria da Confiança: declarou, mesmo que na publicidade, deve cumprir.

Os pré-contratos (artigo 48 do Código de Defesa do Consumidor), os avisos, os recibos, qualquer documento, as promessas (artigo 34) dos representantes autônomos, todas essas declarações têm uma importância fortíssima no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Já no Código Civil novo - porque é um código entre iguais, repito -, essa importância diminui. E o pon-

to de maior colisão, entre um sistema e o outro é o artigo 111 do Código Civil segundo o qual o silêncio das partes pode significar aceitação, segundo os usos e costumes locais. Essa norma é uma norma perfeita para uma relação entre iguais, relação entre civis e relação entre empresários, portanto *experts* ou igualmente leigos, mas não pode ser transportada para o microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Portanto (e aí eu retorno a minha idéia inicial), parece que se as normas são semelhantes, se o princípio é o mesmo, isto é, o princípio da boa-fé, a autorização dada ao Judiciário para interpretar o princípio da boa-fé no Código Civil de 2002, através das suas várias normas, é menor e está menos guiada ou indicada do que no Código de Defesa do Consumidor, onde a atuação de controle do conteúdo do contrato, pela própria natureza deste, em uma relação entre diferentes, é maior.

O último ponto a tratar, antes de passarmos à jurisprudência, é o do artigo 424 do Código Civil de 2002, que estabeleceu: “Nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” Aqui destaco a nulidade absoluta. Muito se discutiu, inclusive no Código de Defesa do Consumidor, se as cláusulas abusivas eram nulas de forma relativa, tendo em vista que a nulidade de forma relativa pode ser sanada. O Código Civil, e nesse sentido ele é bastante coerente, transformou algumas nulidades relativas em nulidades absolutas, porque hoje interessa à sociedade como um todo que essas cláusulas abusivas sejam consideradas ilícitas, pelo menos que haja uma sanção - a própria nulidade. Não há apenas um interesse pessoal, individual, das partes que está sendo atingido, mas há também um interesse da coletividade. Essa idéia já estava no Código de Defesa do Consumidor e agora foi repetida no Código Civil. Nesse sentido, a sanção nulidade é a mesma, apesar de o Código Civil novo dar menor possibilidade, na minha opinião, de atuação do Judiciário.

Por fim, o artigo 425, o último que devo mencionar, afirma o seguinte: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. É claro que esse artigo nada menciona sobre cláusulas abusivas, mas permite tratar da idéia da ‘criação’ pelo Judiciário, da identificação do que é ‘de acordo’ com a boa-fé ou contrário a ela, através da concretização que faz caso a caso. Vejamos, a idéia do contrato atípico ou típico na noção de arrendamento mercantil, contrato que por muito tempo não teve lei especial. Quando veio a lei, foi o próprio Judiciário que, não diretamente, mas na prática, fez a referida valoração. Por exemplo, um artigo da Lei do Arrendamento Mercantil permitia a transformação da natureza do contrato e, hoje, após a atuação do Judiciário está mais ou menos consolidada a idéia de que a antecipação do VRG transforma a natureza do contrato. Transforma, porque isso já estava previsto mais ou menos indiretamente na própria lei, mas a potencialização veio através do Judiciário, através da criação e da interpretação judicial.

Para finalizar, veremos como a jurisprudência tem interpretado esta idéia de que a boa-fé é o instrumento valorativo do que é de acordo ou contra, isto é, do que é abusivo ou do que é permitido em matéria contratual. Os deveres de boa-fé principais são: o dever de informar, o dever de cooperar e o dever de cuidado.

No Resp. nº 264562 o Ministro Ari Pargendler, em decisão de 12.06.2001, afirma o seguinte: “*Civil. Seguro de assistência médico-hospitalar - plano de assistência integral (cobertura total), assim nominado no contrato. As expressões ‘assistência integral’ e ‘cobertura total’ são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso não conhecido*”. Aqui a idéia de que o nome do contrato (não é nem uma cláusula, mas sim o título do contrato) já

desperta uma expectativa, já informa. Então, se realmente o contrato se chama 'assistência integral', 'cobertura total', ele não pode ser uma assistência 'não-integral', uma cobertura 'não-total', nas cláusulas do contrato de adesão. A contradição, se fôssemos identificar, estaria entre o título e as cláusulas. O dever de informar é um dever de conduta, um paradigma de conduta leal na sociedade, como mencionava o Prof. Arnaldo Wald, há pouco. Assim como o contrato, a cláusula é um instrumento de informação, que despertará expectativas e a cláusula será abusiva ou o nome violará o princípio da boa-fé, justamente quando a cláusula não informar, o nome não informar. Ao contrário da idéia do **dolus malus ou bonus**, a idéia aqui é a de levar o outro a uma falsa visão da realidade, que passa a confiar que esse contrato realmente assegura uma cobertura total, uma assistência integral. Por que essa cláusula foi declarada abusiva, ou por que essa informação do título foi assim considerada? Justamente pela **valoração** que se fez de uma conduta leal, de um paradigma na sociedade.

Um outro bom exemplo da jurisprudência é o REsp. nº 23.4219/SP, do Ministro Ruy Rosado, de 15.05.2001, com a seguinte ementa: "*Seguro saúde. Doença preexistente. AIDS. Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido*". Aqui observamos uma idéia ainda mais interessante para a prática dos magistrados: de que as cláusulas abusivas são abstratas, intrínsecas, estando no contrato desde o início, obviamente. Mas o importante, às vezes, não é a cláusula, mas a prática, que são atos violadores do princípio da boa-fé, do dever; por exemplo, do dever de cooperar, de bem informar as pessoas de que esse plano não cobre a AIDS, ou, como no caso concreto, os vendedo-

res ainda informavam que era o único plano que cobria a AIDS, o que induziu a erro estas várias pessoas. De qualquer maneira, a prática de não exigir exames prévios persiste até hoje e, nos contratos coletivos, quem preenche aqueles formulários, às vezes, é o empregador ou então o corretor, e não a pessoa consumidor beneficiária. Depois afirma-se que houve 'omissão' de informação por parte do indivíduo. A cláusula sempre esteve no contrato, a prática comercial é que vai 'tirá-la' daquela inércia em que ela se encontra. E cabe ao Judiciário afirmar se esta cláusula é violadora do princípio da boa-fé, da idéia de que as partes devem cooperar e não deixar dentro dos contratos verdadeiras 'armadilhas' para os seus parceiros contratuais. É dever informar quais são ou não os riscos cobertos pelas seguradoras - e aqui o Ministro menciona o dever de assegurar-se que realmente aqueles indivíduos são saudáveis.

Por fim, um exemplo do dever de cuidado. É o REsp. nº 255065/RS, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, de 05.04.2001. O tema é o mesmo: "*Seguro saúde. Cobertura. Cirrose provocada por vírus 'C'. Exclusão. Precedentes. 1. Adquirida a doença muito tempo após a assinatura do contrato, desconhecida do autor que, em outras oportunidades, obteve tratamento com reembolso, diante de situação semelhante, não há fundamento para a recusa da cobertura, ainda mais sendo de possível contaminação em decorrência do tratamento hospitalar, ocorrendo a internação diante de manifestação aguda, inesperada. 2. Recurso Especial conhecido e provido*". Aqui essa cláusula de exclusão de doença, que no caso era preexistente, estava no contrato, genérica, absoluta, e o indivíduo não sabia que era doente, ou pelo menos, na prática comercial ele recebia esse tratamento.

Gostaria de mencionar, nessa linha do seguro-saúde, uma outra decisão que me parece importante, a do Resp nº 229078, do Ministro Ruy Rosado, de 09.11.90, que expressamente considera que as cláusulas podem ser abusivas

mesmo que autorizadas por agências, hoje em dia, ou antigamente por outros órgãos do governo. Conhecemos em matéria de consórcio, o fato das cláusulas serem consideradas abusivas mesmo se previstas em portarias ministeriais. Na referida ementa, ensina o ministro: “*Seguro saúde. Exclusão da proteção. Falta de prévio exame. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. O fato de ter sido aprovada a cláusula abusiva pelo órgão estatal...*” (no caso era a SUNAB ainda), “...*instituído para fiscalizar a atividade da seguradora, não impede a apreciação da sua invalidade*”.

Outro detalhe importante nessa fotografia da boa-fé é o da cadeia de fornecimento, que foi mencionado aqui pelo Prof. Arnaldo Wald, isto é, quando eu vou concretizar quais são as condutas de acordo com a boa-fé, devo concretizar como um todo, em conjunto. Professor Wald usou a figura de linguagem segundo a qual os contratos são como gêmeos siameses, mas a verdade é que as cadeias de produção são muitas e essa complexidade tem que ser vista sob os olhos da boa-fé. Um bom exemplo é de seguro-saúde, assim destaque-se o REsp. nº 138059/MG, de 2001, Ministro Ari Pargendler, sobre a solidariedade. “*Civil. Responsabilidade civil. Prestação de serviços médicos. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso Especial não conhecido*”. Esse **leading case** sobre o que é realmente essa fotografia de acordo com a boa-fé, das relações entre comerciantes, vai ser cada vez mais importante em um mundo em que praticamente tudo é oriundo de franquias, de sistemas de distribuição. Então, esses sistemas, esses modos de relacionamento entre comerciantes e entre a cadeia de comerciantes e dos consumidores devem ser visualizados de acordo com a boa-fé, isto é, uma solidariedade oriunda dessa visão, dessa interpretação da relação interna entre eles.

Por fim, gostaria de focalizar as cláusulas econômicas dos contratos. Como podemos usar o princípio da boa-fé para esta que é uma obrigação principal, isto é, prestar e pagar. Só que estas obrigações principais (não aqueles deveres anexos de informação, cooperação e cuidado, que são deveres de conduta oriundos diretamente da boa-fé) na figura de Karl Larenz, são como um edifício, mas apenas o primeiro edifício. Todo edifício tem uma sombra, na figura de Karl Larenz, isto é, a obrigação primeira (**Schuld**) tem uma sombra (**Haftung**), que é o **respondere**, a responsabilidade, garantia, a obrigação secundária. O que ocorre no contrato, é que geralmente a cláusula abusiva não ataca a primeira obrigação, isto é, a obrigação de prestar (ou raramente). Ela geralmente ataca a “sombra”, isto é, a responsabilidade ou a garantia em matéria contratual. Então, o indivíduo que tem a primeira obrigação e que não nega que tem a primeira obrigação, diminui a sombra, restringe a sombra ou, por vezes, chega mesmo a acabar com a sombra através de cláusulas de desoneração, ou de cláusulas penais, que também relacionam-se com a responsabilidade, ao preverem perdas e danos. Estas cláusulas abusivas, as cláusulas exonerativas ou limitativas, que atingem a natureza do contrato, não atacam a primeira obrigação, mas elas atacam a sombra. Trouxe, então, alguns exemplos para os senhores: EDREsp. 225136/AM, de 2001, Ministra Fátima Nancy Andrighi – “(...)É indevida a retenção de percentual das parcelas pagas, ainda que a título de compensação pelas despesas cartorárias e de publicidade, quando há reconhecimento de inadimplemento da incorporadora, para o qual não contribuiu o consumidor”. E assim também vários outros recursos especiais que, valorando, reduzem a cláusula penal, seja pelo Código Civil antigo (hoje essa permissão existe também no Código Civil novo), seja pelo artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.” Interessante nesse momento é a existência do inadimplemento do consumidor. Então vejamos: a primeira obrigação do for-

necedor foi cumprida, houve a sombra, isto é, a responsabilidade, e o inadimplemento do consumidor ou do outro. Nós temos três exemplos importantes em matéria de consumidor, que eu queria mencionar para os senhores, e que podem ser usados no que nós poderíamos chamar: “as futuras cláusulas abusivas entre comerciantes”.

O primeiro exemplo é quanto à penhora, às garantias. É o do REsp. nº 209410 de 99, relator Ministro Ruy Rosado, mas também seguido no REsp. nº 235410/99, do Ministro Sálvio de Figueiredo. Bem, aqui, se impõe um dever de boa-fé quando o credor utiliza o seu direito, por exemplo, de colocar o bem em penhora para leilão, ou hasta pública. Enfim, cada um tem um direito, e a idéia do STJ é assegurar que o direito de ser informado e o dever de informar, o direito de ser previamente comunicado, a fim de que o credor possa acompanhar a venda e exercer eventual defesa dos seus interesses, é intrínseco no caso da penhora. Uma interpretação, uma criação do juiz. O devedor é inadimplente, ele já não tem mais nada o que fazer, mas aí, mesmo aí, há uma pós-eficácia do direito de ser informado, da idéia da atuação leal, no sentido de que ele tem que ser chamado, e ele tem de poder pelo menos diminuir as suas perdas.

Um caso interessante, também relatado pelo Ministro Ruy Rosado, que me parece mais claro, é o REsp. 250523/00, sobre uma nova espécie de cláusula-mandato ou cláusula de autorização. A ementa afirma: *“Conta-corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista que é uma empresa, em conta destinada a pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula-mandato, pois enquanto esta autoriza apenas a consti-*

tuição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor nos valores e no momento por ele escolhidos”.

E para terminar, eu destaco também em virtude do princípio da boa-fé, a idéia do adimplemento substancial, isto é, quando o devedor fez vários pagamentos, mas ao final, ele não consegue fazer o último; geralmente, mesmo nas relações frente a fornecedores, ele acaba perdendo esta última possibilidade de sanar, de suprir a sua mora. Mencionem-se duas decisões: uma é do Ministro Ruy Rosado e outra do Ministro Sálvio de Figueiredo. São dois casos envolvendo seguro, em que a última prestação é que não foi paga. Parece-me que esse é um exemplo de cooperação, do dever de cooperar para evitar que o outro frustre as suas expectativas, legítimas no caso do consumidor.

Conclusão

Concluindo, qual seria a diferença entre o sistema que temos hoje e o que vamos começar a receber? Vamos receber um sistema muito mais ético, muito mais social, ou pelo menos com cláusulas gerais claras, com princípios belíssimos, como a função social do contrato, a boa-fé. A diferença realmente está na possibilidade do desenvolvimento do Judiciário, deste sistema genérico que é o Código Civil de 2002. Para relações entre iguais, entre comerciantes e entre civis, parece-me um sistema muito positivo, uma evolução, ou uma revolução, como mencionou o professor Arnoldo Wald. Comparando com o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, que já era preparado para uma relação entre diferentes, e que sem dúvida não vai ser afetado pelo Código Civil, mas com o qual dialogará pois esta lhe dá base fundamental, essa linha de cláusulas abusivas do Código Civil é insuficiente, e não deve ser transportada para ser aplicada no microssistema do Código de Defesa do Consumidor.

O que pode haver (o que acho que seria salutar), é que essas conquistas, exemplificadas na jurisprudência que eu trouxe aqui, a maioria delas utilizando

o Código de Defesa do Consumidor, possam sim, ser transportadas para esclarecer toda a potencialidade do princípio da boa-fé, mesmo nas relações entre iguais. Os alemães, agora em 2000 e 2001, introduziram no Código Civil de 1896 a figura do consumidor, parágrafo 13. Imaginam possível um direito civil geral e social, em que uma das partes envolvidas é o consumidor. Na presença de um consumidor haverão normas ainda mais protetivas, mas esta proteção do consumidor está integrada no Código Civil, nessa idéia nova de um direito civil constitucional. A opção brasileira foi diferente: temos um Código de Defesa do Consumidor e um novo Código Civil. Eu espero que se possa colaborar com a experiência do Código de Defesa do Consumidor para interpretar essas normas do Código Civil Brasileiro, e que não seja o contrário, isto é, que não se usem as normas do Código Civil Brasileiro para diminuir a proteção dos consumidores, assegurada no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Brasileira.

DEBATES

Dr. Werson Rêgo

Professora Cláudia Lima Marques, a sua palestra foi por demais abrangente; veio da doutrina à prática, e desaguou na questão jurisprudencial, e a cada pergunta que eu pretendia formular, logo em seguida vinha a resposta. Nós estamos numa Escola de Magistratura, uma Escola de Magistrados, e é importante termos a visão de uma doutrinadora do seu peso, que tanto contribui para as relações de consumo, que fez um estudo bastante detalhado da evolução jurisprudencial nos últimos dez anos, até para a 4ª edição do seu livro específico sobre essa questão dos contratos, e me vem então a seguinte formulação: Durante a sua exposição foi colocada uma questão que talvez não tenha passado tão atentamente pela plateia, que foi a revolução do sistema jurídico brasileiro, com a entrada em vigor do CDC, isto é, o CDC como um instru-

mento, um parâmetro de oxigenação do ordenamento jurídico como um todo, e lembrava esses princípios que estão insertos no Código de Defesa do Consumidor, de justiça contratual, de equivalência das prestações, de boa-fé como medida de valoração de conduta, isto é, como medida de decisão. Em diversos trabalhos que o Professor Thomas Wilhemson já fez publicar na **Revista de Direito do Consumidor** que, antes de tudo é referência necessária na matéria, ele faz uma distinção entre a teoria clássica dos contratos prevista nas legislações civis de maneira ordinária e aquilo que ele vislumbrava como o novo fenômeno da contratação. Ele diz que pelo sistema tradicional, a legislação faz uma abordagem estática do contrato. E a nova sistemática adotada pelo Código do Consumidor procede a uma abordagem dinâmica, que já está reconhecida no novo Código Civil. Diz também que a teoria tradicional procede a uma abordagem atomística, uma abordagem voltada para o indivíduo, ao passo que se deve, hoje, conferir uma interpretação, uma abordagem voltada para o interesse público, para o interesse social e, portanto, mais abrangente.

Ele também vislumbrava no contrato esse instrumento de antagonismo para a relação tradicional, ao passo que, modernamente se vê o contrato como instrumento de cooperação, para que se alcance o resultado útil, ou a sua função social. Pois bem, lembrava também Robespierre, que diz que não se faz uma revolução sem uma revolução, e o Código de Defesa do Consumidor opera esta revolução, muito embora ela não se tenha feito sentir na prática por uma certa resistência inicial dos aplicadores do direito, que, com o passar dos anos, veio a ser vencida.

Diante desta premissa, desta ponderação introdutória, à luz do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, que seria uma norma de extensão da abrangência inicial, da incidência inicial do Código, eu gostaria de ponderar: como ficam os avanços que foram obti-

dos a partir da aplicação dos princípios informadores da teoria dos contratos com o Código de Defesa do Consumidor, diante de alguns retrocessos que foram reconhecidos pela nova legislação civil? Se são normas de ordem pública, à luz do artigo 425 do Código Civil, estaria o Estado, autorizado a intervir numa relação privada, para assegurar e resgatar o equilíbrio eventualmente rompido? E como deve, no seu entendimento, se posicionar a Magistratura de uma maneira geral em relação à aplicação desses princípios do Código de Defesa do Consumidor, à luz desse novo paradigma, estabelecido pelo novo Código Civil, que nos traz os princípios da eticidade, da socialidade e mais importante do que esses dois, o da operabilidade, um caráter pragmático e útil à nova legislação civil?

Dra. Cláudia Lima Marques

Primeiro, quero destacar a idéia de que o Código de Defesa do Consumidor foi muito importante no sistema jurídico brasileiro, uma revolução, mencionada pelo Dr. Rêgo. Realmente foi uma revolução, uma socialização, enfim, um momento novo da teoria contratual, que hoje é consolidado, de certa maneira, por esse Código Civil de 2002. Este, na verdade, vem dos estudos em 69, 73, 75, portanto numa época muito mais intervencionista do Estado nas relações entre pessoas. Eu, particularmente, acho que se esse Código tivesse sido redigido nos últimos cinco anos, ele não seria o que é hoje, porque o espírito atual é um espírito muito mais liberal do que o que está no Código. Basta ler com olhos ‘outros’ o artigo 421, que afirma o seguinte: “A liberdade será exercida em razão da função social do contrato.”. Liberdade é poder, poder é direito. Então, o direito do indivíduo será exercido em razão da função do contrato! O professor Antônio Junqueira de Azevedo critica esta norma, pois considera sua premissa exagerada, uma vez que a liberdade, esta sim, é o poder, é direito, e não poderia estar baseada numa ‘função soci-

al’ de uma instituição. Mas a instituição é considerada tão importante, que a liberdade, aqui no caso, de contratar, só poderá ser exercida com base na função social do contrato, como afirma o artigo 421. Realmente, a época era intervencionista. O Código de Defesa do Consumidor já é de outra época, ele é dos anos 80; foi aprovado nos noventa, mas suas teorias vêm dos anos 80, em que se imaginava um Estado Social, isto é, intervencionista, mas ao mesmo tempo flexível e plural. Por isso, considero que o Código de Defesa do Consumidor regula as duas crises na sociedade: a crise da massificação, que é essa do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, mas também regula a outra crise, que é a da desmaterialização, a crise da pós-modernidade. Nós hoje já não mais ‘desejamos’ apenas bens móveis materiais (automóveis, geladeiras, televisões etc.); nem imóveis (como na Idade Média), na pós-modernidade, o que nós queremos são os serviços e, *data maxima venia*, eu ainda considero que o Código Civil de 2002 não está plenamente preparado para esta realidade. A sorte é que a maioria dos serviços é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas vai ficar bastante complicado atualizar esse Código para o mundo que está advindo, no qual o que realmente importa é a informação, educação, segurança, saúde, seguros, crédito, financiamento, tudo o que é tratado no Código Civil com uma visão ainda moderna.

O Código de Defesa do Consumidor em 90 preparou o Brasil, o mercado, para a virada do século XXI, já o Código Civil (seguindo analogicamente Pontes de Miranda, que afirmou que o Código Civil de 1916 ‘fechou’ o século XIX, sem abrir o século XX), teria ‘fechado’ o século XX, e que o Código de defesa do consumidor, sim, de certa maneira, apesar de seu limitado campo de aplicação, teria aberto o século XXI. Dai minha primeira resposta: particularmente, acredito que, pela grande contribuição que traz em relação ao de 1916, o Código Ci-

vil de 2002 será bem aplicado nas relações intercomerciantes e relações civis, poucas existentes, como a de condomínio e o transporte. Na parte dos contratos de transporte, o Código Civil afirma querer se aplicar antes mesmo dos tratados internacionais e das leis especiais (Art. 732). Normalmente, o CC/2002 'quer' se aplicar depois das leis especiais, sob reserva as leis especiais (a não ser aquelas mencionadas pelo colega Rêgo), que foram incorporadas ao Código Civil, e estão revogadas. Então, não existe revogação tácita no Código Civil Novo, só revogação expressa; isso é uma modificação legislativa, ele revoga expressamente só o Código Civil de 1916 e uma parte do Código Comercial, e as leis que ele incorpora, e preserva segundo o artigo 2.043, que foi mencionado, as normas de natureza processual, administrativa, ou penal das leis especiais incorporadas. Ora, se o Código de Defesa do Consumidor não foi incorporado, não tem nenhuma menção de revogação expressa, então ele continua em vigor. Porém, em matéria de transporte, o artigo específico do contrato de transporte (art. 732) prevê aplicação do CC/2002 na frente das leis especiais, o que quebra um pouco o sistema normalmente de aplicação subsidiária do CC/2002.

Acredito e espero que o Código Civil de 2002 possa dar respostas equitativas às relações interempresariais. O exemplo dado pelo professor Arnaldo Wald serve para contrapor-se ao Direito do Consumidor: o artigo 6º do CDC - quebra da base do contrato - não exige imprevisão, não exige vantagem excessiva, exige apenas onerosidade excessiva para a parte vulnerável, ou consumidor. Já o artigo correspondente no Código Civil, Art. 478 exige imprevisão, exige vantagem da outra parte. No caso do leasing em dólar, não me parece que as empresas tiveram vantagem excessiva, os fornecedores queriam era transferir um risco profissional seu (a variação do dólar) para os consumidores. Mas, se tivéssemos que procurar a imprevisão, seria bastante difícil, e se a comprovás-

semos, mesmo assim, teríamos - no sistema do CC/2002 - de procurar a vantagem excessiva, provar o enriquecimento dessas empresas por terem feito esse leasing em dólar, o que também seria uma prova difícil. Entre comerciantes, parece-me que a possibilidade de revisão é menor, como no Código Civil novo, onde a possibilidade maior é de rescisão dos contratos; já o Código de Defesa do Consumidor assegura tanto a possibilidade de modificação, ou de rescisão, se for de interesse do consumidor. Geralmente o que deseja o consumidor é a modificação para reequilíbrio do contrato e sua manutenção.

Então, respondendo à última pergunta, parece-me que hoje temos de ver o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor com olhos de 2002; nesse sentido, eu trago aqui uma citação sobre a necessidade de visualização nova. Afirma a Desembargadora Elaine Harzheim Macedo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um voto em 1999: "A relação jurídica consorcial reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade, denominada de pós-moderna, reflexiva da globalização e acúmulo de riquezas e bens intangíveis...". "... conquanto reservadas ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação à prestação contratual e mesmo à resolução do contrato...", e conclui, "... se continuarmos a olhar o novo..." - ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, na época - "...com os olhos do velho, seja do Código Civil Brasileiro, vamos passar a ser merecedores da crítica que Pontes de Miranda já fazia: 'O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam'."

Gostaria de terminar assim a palestra, isto é, considero que o artigo 29 deve ser interpretado, hoje, com outros olhos, e olhos finalistas, olhos de proteção dos vulneráveis, especialmente das pessoas físicas. Nas relações interempresariais, em que o Código de Defesa do Consumidor foi de aplicação muito importante nos últimos dez ou doze anos, ele é hoje menos importan-

te: aos comerciantes, o Código Comercial, agora, aos comerciantes, o Código Civil! O CC/2002 traz o princípio da boa-fé, da lesão enorme, da onerosidade excessiva, mas com aquela luz tênue, que tentei mostrar para os senhores, reservando esse “holofote”, que é o Código de Defesa do Consumidor, essa luz fortíssima, para as relações efetivamente desequilibradas. Se um dos comerciantes conseguir provar concretamente que ele está exposto a uma prática comercial abusiva, portanto, que ele é ou foi vulnerável, como os exemplos o STJ demonstram (agricultores, cooperativas, clubes sem fins lucrativos), então, aplica-se o artigo 29 do CDC. Não deve haver generalização, porque hoje ele não é mais necessário. Preserva-se, assim, o microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Essa, particularmente, é a minha idéia, a idéia de que o Código Civil de 2002 vai permitir uma reinterpretação do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e não das normas do Código de Defesa do Consumidor, essas sim, mantêm-se iguais, absolutas e imperativas nas relações de consumo *stricto sensu*, mas o campo de aplicação do CDC tende a diminuir, porque as relações interempresariais terão respostas, acho, justas, eqüitativas e éticas, no próprio Código Civil de 2002.

Des. Luiz Roldão de F. Gomes

Os juízes, a partir do dia 11 de janeiro de 2003, terão diante de si o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Quase todos os contratos que hoje recebem a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em vários aspectos (oferta ao público, proposta, vinculação, resolução por onerosidade excessiva) estão, praticamente todos, no Código Civil. Evidentemente, haverá um problema de eventual superposição, duplicidade de regimes jurídicos.

Então eu faria a V. Exa. a seguinte indagação: É certo que o âmbito de incidência do Código Civil é maior do que o do Código de Defesa do Consumidor, no to-

cante, sobretudo, ao princípio da boa-fé, e de cláusulas abusivas, mas não há dúvida alguma de que, de um modo geral, as diretrizes caminham no mesmo sentido: vinculação da proposta, preservação da validade do contrato sempre que puder, pelo juiz, a própria expectativa da boa-fé e, sobretudo, o sistema de cláusulas abertas. V. Exa. admitiria que o Código de Defesa do Consumidor teria sido apenas uma fluorescência antecipada de toda uma estrutura jurídica que agora emerge, vale dizer, ele é a ponta do iceberg de uma estrutura que agora emerge com o Código Civil e que não estaria absorvendo, mas se adaptaria a essas novas diretrizes, o que facilitaria, e muito, a aplicação pelos juízes do direito vigente?

Dra. Cláudia Lima Marques

Parece-me que a figura de linguagem utilizada é muito boa, isto é, o Código de Defesa do Consumidor foi a ponta do iceberg. Eu tenderia a discordar, no sentido de que - infelizmente - o iceberg do Código de Defesa do Consumidor não é o mesmo do Código de 2002. Apesar da mesma linha ideológica, parece-me que a idéia básica do Código Civil é a idéia da igualdade. Em pouquíssimos momentos, ele preocupa-se com a proteção do mais fraco, e eu tentei dar esse exemplo através do Código Civil Alemão, que é até mais antigo do que o nosso - é de 1896 - em que foram sendo feitas modificações pontuais, até essa modificação revolucionária de introduzir a figura do consumidor dentro do Código Civil, o que para nós já não é mais possível, porque, por ordem constitucional, deveríamos elaborar um Código, logo, um todo construído e visando somente a proteção dos consumidores.

O resultado concreto é que houve uma espécie de divórcio entre a proteção do mais fraco e a proteção dos iguais. Apesar das belíssimas palavras do Professor Miguel Reale, em Direito de Família realmente poder haver a proteção das crianças, se compararmos o Estatuto da Criança e do Adolescente - que, só pela idéia de estatuto, é uma lista de direitos focados na criança - constata-

remos que o Direito de Família do novo Código não está focado na criança, não está focado no mais fraco, mas sim numa certa institucionalização das entidades. Infelizmente, a parte de Direito de Família do novo Código também não está muito unitária, em virtude das várias modificações. E, na parte de contratos, o iceberg que sustentou o Código Civil são teorias dos anos 70 onde, de certa forma, se imaginava que a intervenção se daria de forma igual, no direito civil e no direito comercial.

O Código de Defesa do Consumidor já traz um outro pensamento, que já não mais depende do Direito Comercial. O iceberg do Código de Defesa do Consumidor é a idéia da resposta à chamada Teoria dos Atos Mistos: se temos um comerciante e um civil, a relação do meio não é comercial; a relação tem que ser **sui generis**, é direito do consumidor. Se temos um comerciante e outro comerciante, a relação é comercial. Se temos um civil e outro civil, a relação do meio é civil. Mas se nós temos um comerciante e um civil, a relação do meio é de consumo, de proteção do mais fraco. Por isso que essa linha de proteção dos mais fracos que realmente foi desenvolvida, pelos menos na Alemanha, na década de 80, **data maxima venia**, não foi mais incorporada ao Código Civil de 2002. O que nele foi incorporado - e que vai trazer uma contribuição enorme para a eticidade das relações - foram as teorias da boa-fé da década de 70, teorias essas que imaginavam uma intervenção no Direito Civil e Comercial.

O exemplo maior dessa década é a lei alemã de 1976 sobre cláusulas abusivas, que prevê o princípio da boa-fé sendo aplicado nas relações frente a consumidores e nas relações intercomerciantes; o mesmo princípio aplicado aí com duas ênfases: uma ênfase maior, se trata-se de consumidor, e uma menor, se trata-se de relações entre comerciantes. Ou, por exemplo, a lei portuguesa, também da década de 70, sobre condições gerais contratuais, que apresenta uma lista de cláusulas abusivas,

se a relação é entre consumidores e comerciantes, e uma outra lista de cláusulas abusivas, se a relação é entre dois comerciantes. Aqui é uma visão ainda muito forte do direito comercial, através do qual ocorre a proteção dos consumidores. Mas, infelizmente, apesar da atualização dos eminentes professores (muitos deles germanistas, como o Ministro Moreira Alves, o próprio Professor Reale), autores do novo Código Civil, eles não incorporaram as teorias dos anos 80 e só o Código de Defesa do Consumidor as incorporou. Sendo assim, realmente são dois sistemas estanques, cujo diálogo das fontes, como diz o meu mestre, Erik Jayme, terá de ser construído pela jurisprudência, pois o legislador não o fez.

A pergunta foi no sentido de o Código do Consumidor ter ou não usado a teoria do Código Civil de 2002. Infelizmente não foi verdade, e posso dizer isso de certa forma por interpretação autêntica, porque discuti este tema com o saudoso mestre da UFRGS, o Professor Clóvis do Couto Silva, que inclusive criticava o Código de Defesa do Consumidor, afirmando que essas teorias da década de 80 não estavam suficientemente provadas como boas, e que o importante eram as teorias da década de 70 e o princípio da boa-fé. Ele considerava que todo o Código de Defesa do Consumidor não era necessário, se fosse aprovado o princípio da boa-fé. Parece-me que, realmente, houve no que se refere aos autores do Código Civil de 2002, uma certa aversão ao Código de Defesa do Consumidor, às teorias que ele representa, que são teorias de uma outra década. O contrário também é verdadeiro, isto é, o Código de Defesa do Consumidor não bebeu das boas fontes do Código Civil. E esse diálogo, isto é, esta construção, o Código novo como base do Código de Defesa do Consumidor, como conceitos fundamentais, terá de ser construído pela jurisprudência pois, infelizmente, não foi realizada pelo legislador. Na minha opinião são dois icebergs flutuando lado a lado, infelizmente. ☐