

PROJETO DO CÓDIGO CIVIL – AS OBRIGAÇÕES E OS CONTRATOS

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Revista dos Tribunais • RT 775/18 • maio/2000

A homenagem hoje prestada ao Prof. Clóvis do Couto e Silva causa-me amargura e tristeza, pois me faz recordar a lastimável perda daquela fulgurante inteligência, que nos deixou quando ainda muito tinha a prestar à Ciência do Direito. De outra parte, sinto a alegria de ver o desdobramento do seu trabalho, a continuidade de suas lições a se ampliarem em inúmeros estudos feitos a partir dos seus ensinamentos, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialmente no Curso de Mestrado que ele instituiu, e em outros centros jurídicos. O Prof. Clóvis do Couto e Silva passou pela Ciência do Direito deixando um rastro de luz que justifica esta homenagem*.

Atendendo ao tema que me foi proposto (*As obrigações e os contratos*), desdobrarei o trabalho em três partes: na primeira, serão acentuadas algumas diferenças entre as matrizes do Código Civil de 1917 e o atual Projeto do Código Civil ora em discussão na Câmara dos Deputados; na segunda, serão referidos os institutos de maior relevo para o Direito Obrigacional; e, na última, alguns temas relacionados diretamente com os contratos.

1. O Código elaborado por Clóvis Bevilacqua certamente se distingue, em primeiro lugar, pela sua feição nitidamente *individualista*, expressando a concepção político-filosófica vigorante depois da Revolução

* Texto baseado nas notas taquigráficas da palestra proferida no Congresso Internacional sobre o Projeto do Código Civil brasileiro, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30.04.1999, em Porto Alegre-RS. Revisado pelo autor.

Francesa, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com a sua vontade e a sua razão, de ordená-lo. Por isso, consagrou o primado da vontade e submeteu os contratantes ao que constava da avença, devendo esta ser interpretada de acordo com a intenção das partes. A regra do art. 924, que permite ao Juiz reduzir a pena estipulada para o caso do inadimplemento, é uma luminosa exceção.

O segundo sinal distintivo, que decorre do primeiro, está na quase absoluta ausência de *cláusulas gerais*, o que significou, na prática, o afastamento da possibilidade de aplicação judicializada dos contratos de acordo com uma preocupação de realizar a justiça material. A justiça, segundo o sistema implantado, é o exato cumprimento das cláusulas do contrato. Como cláusula geral, no Código, apenas podemos indicar, com segurança, a regra do art. 159, sobre a responsabilidade civil por ato ilícito absoluto, e a do art. 1.6, sobre a responsabilidade contratual do devedor inadimplente; e, com alguma extensão do conceito, o disposto no art. 964, sobre a obrigação de restituir o indevido, que tem sido usado, à falta de regra sobre enriquecimento ilícito, para casos tais. A mesma tendência levou ao desprezo dos usos e costumes locais, privilegiando a regra racionalmente estabelecida na lei, a evidenciar uma certa arrogância do legislador, que se julgava suficiente para tudo prever e regular. A concepção era a de que se tratava de um sistema fechado.

Em terceiro lugar, é preciso ter presente que o Código de 1917 foi elaborado ao tempo de uma *economia estável*, moeda com valor definido, relações civis centradas na propriedade imobiliária, recém-saído de um regime de escravidão, cuja economia, em vez de dirigir-se para a indústria, investiu na terra para seu fortalecimento e segurança. Esse quadro econômico, bem retratado na recente biografia de Mauá, escrita por Caldeira, forneceu o pano de fundo para que se desse relevo ao aspecto conservador e patrimonialista, não se preocupando o legislador com a possibilidade de alteração da relação obrigacional.

Por último, o Código manteve a separação entre a legislação obrigacional *civil e comercial*, nada dizendo sobre ato de comércio, sociedades comerciais e títulos cambiais, ficando essas matérias reguladas no Código Comercial de 1850 e na legislação esparsa.

O Projeto alterou substancialmente essa matriz.

A comissão adotou uma posição *evolucionista*, como a definiu o Prof. Miguel Reale, Supervisor da Comissão Revisora do Código Civil, tratando de inovar com prudência, o que se constata quando se observa que a estrutura fundamental do Código foi mantida, assim como a maioria de suas disposições sobre os diversos institutos, alterando-se naquilo que

se entendeu conveniente para a compatibilização da lei à nova realidade social, política e econômica (Reale, 1986).

Para isso, cuidou de bem utilizar a possibilidade de, com poucas alterações, atualizar a nossa velha codificação (um trabalho intelectual primoroso) e cambiar a orientação filosófica (Alves, 1986).

Em primeiro lugar, deve ser registrado que o Projeto abandonou a posição individualista para afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*.

Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia.

Deixou-se de considerar o contrato como uma manifestação de vontade, como se o contrato existisse apenas porque houve vontade. A partir dos trabalhos de Emílio Betti compreendeu-se que o negócio jurídico é tão-somente uma oportunidade para a manifestação da autonomia privada (entendida esta como o poder de dispor a respeito de seus interesses nas relações com os outros). A autonomia privada fornece o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhes os efeitos que lhes são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização dos seus fins – garante-lhe a eficácia – não para satisfazer a qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum.

A essa concepção devemos acrescentar a lição do Prof. Jaques Ghestin, segundo a qual a força obrigatória do contrato advém da necessidade de proteção do direito subjetivo, que, por sua vez, decorre do direito objetivo. Como toda a ordem estatal, o direito objetivo há de estar destinado a realizar o bem comum, isto é, a alcançar o que é justo e útil socialmente. Devo concluir que somente se enquadra na sua função social o contrato que, sendo útil, é também justo.

A realização da função social do contrato, portanto, agora prevista expressamente no Projeto, exige que para a sua compreensão e interpretação atenda-se ao valor “Justiça”. As partes devem atender; o Juiz deve procurar a realização da justiça. A liberdade contratual somente é concedida para que seja alcançada a sua função social.

Nesses tempos de globalização – denominação atual do antigo imperialismo – e de privatizações, é bom lembrar que se o Estado cada vez

mais se retira da vida privada e menos exerce a sua função de direção e de intervenção, não pode abstrair do seu dever de proteção, que realiza tanto por meio de suas instituições administrativas como, e muito especialmente, por meio do Juiz, em um país onde tudo é judicializado.

A segunda modificação básica está no uso de *cláusulas gerais*, que são normas jurídicas legisladas, incorporadoras de um princípio ético orientador do Juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso. Pressupõe uma técnica judicial diversa da que usamos comumente para aplicar a regra que tipifica a conduta, feita mediante simples subsunção, para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso. Isso significa certa indefinição quanto à solução da questão, o que tem sido objeto de crítica. É a antiga bipolarização entre a segurança, de um lado, e o anseio de justiça concreta, de outro; do sistema fechado, imune às influências externas, e por isso mesmo estático e facilmente superável pelo evoluir das coisas de acordo com a sua natureza, em contraposição ao sistema aberto, "(...) com janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos, mesmo os extrajurídicos (...) e aos princípios e regras constitucionais", no dizer da Profa. Judith Martins Costa (Costa, 1998, p. 5).

Na verdade, existe essa abertura para o indefinido. Porém, ela decorre da própria alteração de concepção filosófica. Convencido o legislador de que, com a sua razão, não pode organizar o mundo de acordo com a sua vontade – como aconteceu logo depois da Revolução Francesa; convencido de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça, o legislador admitiu, como instrumento para a regulação social, a norma legal que permite a solução do caso concreto de acordo com as suas circunstâncias, ainda que isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõem solução apropriada, embora diferente da outra.

Do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do Juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais.

O Projeto tomou nitidamente partido pelo uso desse instrumento, que é útil, moderno e permite a melhor realização de uma solução ajustada ao caso. Expressão mais apurada dessa idéia, regra quase perfeita, que servirá para iluminar todo o Direito Obrigacional, está no art. 186 do

Projeto, que limita o exercício do direito aos seus fins econômicos e sociais, à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

A terceira modificação matricial está no cuidado que o Projeto teve para com a hipótese de desvalorização da moeda, referindo-se mais de uma vez à *correção monetária* (arts. 883, 417 e 388) e permitindo que a indenização, em caso de descumprimento de obrigação de dar, seja acompanhada também, além dos juros, de outra parcela correspondente a perdas e danos.

Por fim, refiro a *unificação das obrigações civis e comerciais*, passando ambas a integrar o texto do Código Civil. É uma tendência universal, como se vê nos recentes Códigos do Canadá, vigorando desde 1.º.01.1994, e da Holanda, com a vigência, em 1992, dos três últimos livros. No Paraguai, o novo Código Civil, em vigor a partir de 1.º.01.1986, unifica os dois ramos, e nesse caminho também os projetos elaborados ultimamente na Argentina. O Projeto da Comissão ainda contemplava a regulação das sociedades anônimas, excluídas a pedido do Ministério da Fazenda, e também dos contratos bancários, que ficaram dependentes da lei complementar sobre o sistema financeiro. O Prof. Rubens Requião criticou a unificação, considerando “(...) mais razoável permanecêssemos no sistema da codificação dualista, como nos projetos de 1965, inspirado no modelo suíço, de um Código Civil e de um Código de Obrigações, e não com o incômodo sistema colado dos italianos” (Requião, 1975, p. 12).

Ainda nesse nível de comparações entre o Código Civil e o Projeto, lembro que o Prof. Miguel Reale enumerou os “velhos protagonistas do Código Civil: (...) o *proprietário*, que usa e abusa de sua propriedade, causando danos de natureza social e econômica; o *empresário*, que não responde pessoalmente pelos desvios dolosos feitos no uso da personalidade jurídica; o *contratante*, para quem a avença possui irrefragável força de lei, ainda quando sobrevenha onerosidade excessiva para um dos contratantes; o *marido*, armado de poder marital, chefiando a família; e, finalmente, o *testador*, com a faculdade de impor arbitrariamente cláusulas restritivas aos bens que compõem até mesmo a legítima que cabe a seus descendentes” (Reale, 1986, p. 24).

Para o que nos interessa, cumpre dizer que, segundo o Projeto, deixa de existir o *contratante* individualizadamente considerado como o centro de interesses da relação obrigacional, para surgirem os *contratantes*. O contrato torna-se um instrumento que se realiza mediante a cooperação entre os homens, que depende da colaboração conjunta dos que participam da avença (Gandolfi, 1994, p. 1.155), pois somente assim será possível alcançar os diversos objetivos de cada um dos figurantes do contrato.

Contrato é um processo - no ensino do eminente Prof. Clóvis do Couto e Silva - que tem dinamismo e somente chegará ao seu bom êxito se contar com colaboração leal dos dois participantes. Não há mais, segundo o Projeto, o velho protagonista "contratante", mas os contratantes em constante interação, com respeito à posição e aos interesses de cada um.

2. Passo à segunda parte da minha exposição, na qual farei breve referência às disposições constantes do Projeto sobre os institutos de maior relevo para o Direito Obrigacional.

a) O primeiro interesse está no art. 50, que regula o caso de abuso da personalidade. Embora constante da Parte Geral, tem direta influência no Direito Obrigacional: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o Juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

É a teoria objetiva, a prescindir da fraude e se satisfazendo com o "desvio" da finalidade ou a confusão de patrimônios, com ou sem fraude, com ou sem prejuízo a terceiro. O preceito sobre a confusão de patrimônios decorre da idéia de que a pessoa jurídica se caracteriza pela existência de patrimônios diversos; se o patrimônio é um só, pode ser desconsiderada a existência da pessoa jurídica. Essa tese era sustentada no Brasil pelo Prof. Konder Comparato. A disposição do Projeto não é igual à do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 28 assim dispõe: "O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração". O desvio de finalidade está presente nas duas proposições, mas o Código de Defesa do Consumidor não inclui o fato objetivo da confusão de patrimônios como uma causa de desconsideração, ao mesmo tempo em que se refere a outras situações específicas, não contempladas no Projeto.

A nova lei deveria prever também a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica para benefício dos seus sócios. A microempresa é a forma pela qual a pessoa física atua no mercado; a pessoa jurídica, para isso instituída, na verdade, não é mais do que a emanção daquele empresário, seus patrimônios não se distinguem. Por essa razão, também deveria ser permitida a desconsideração da pessoa jurídica em casos tais,

para autorizar a concessão de benefícios estendidos à pessoa física, como acontece com a assistência judiciária (Lei 1.060/50) – que muitos entendem apenas deferível à pessoa física – e com a impenhorabilidade dos instrumentos do trabalho (Lei 8.009/90).

b) Foi regulado o *estado de perigo*, que ocorre quando “(...) alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa” (art. 155), e também a *lesão*, reconhecida “(...) quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (art. 156).

São hipóteses de defeito do negócio jurídico, que levam à anulabilidade.

A lesão é instituto que vem do Direito Romano, manteve-se no regime das Ordenações e constou do esboço de Teixeira de Freitas: “Todos os contratos em que se dá ou deixa uma coisa por outra podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão for enorme, isto é, se exceder a metade do justo valor da coisa” (art. 359). O Código Comercial de 1850 proibiu a invocação da lesão, e o Código Civil de 1917 não contém a regra do esboço de Teixeira de Freitas. A Lei 1.521/50, dispondo sobre a economia popular, definiu a conduta que configura a usura real: “Obter ou estipular em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo” (art. 4.º, b).

No Código italiano é que se fez a distinção entre estado de perigo e lesão, ambos casos de rescisão do contrato.

O eminente Prof. Clóvis do Couto e Silva propôs que as duas hipóteses ensejassem a rescisão do contrato, e não a anulabilidade, conforme consta do Projeto. Os que fazem a distinção consideram que a rescisão não é determinada por falta ou vício de pressuposto ou elemento constitutivo do negócio, mas por um motivo especial de fora do ato, que surge quando da declaração de vontade e que dá ao contratante o direito de rescindir o negócio jurídico. Na França, por razões históricas, conforme observei em Aguiar Júnior, 1991, p. 67, nota 121, manteve-se a distinção, permitida a rescisão do contrato onde existir a lesão. O Prof. Moreira Alves, porém, respondendo à crítica feita, explicou que a lesão e o estado de perigo são “(...) vícios da manifestação de vontade que se aproximam do dolo e da coação, e por isso devem continuar sendo considerados como causa de anulabilidade” (Alves, 1986, p. 61).

O estado de perigo pode ocorrer em qualquer espécie de obrigação, enquanto a lesão pressupõe um contrato bilateral; nele, há a necessida-

de salvar a pessoa de um grave dano (que corresponde ao estado de necessidade do Código Penal), ao passo que a lesão prescinde dessa finalidade. No estado de perigo, o beneficiário deve conhecê-lo, o que se dispensa na lesão (Alves, 1986, p. 110). Passa pelo estado de perigo o naufrago que promete fortuna a quem o salve, esperando do outro um fazer (a situação não se confunde com a coação). No estado de perigo há a necessidade de salvar-se, o que não ocorre na lesão, em que a necessidade pode ser de obter recursos. A situação de perigo será de rara ocorrência na prática, mas a lesão é defeito comum aos contratos.

O Projeto avançou ao dispor sobre esses dois temas, abrindo pequena brecha no princípio *pacta sunt servanda*, atendendo, assim, àquela diretriz de quebra do individualismo. Porém, disse menos do que poderia ter dito quanto à lesão. Depois da elaboração do Projeto, o Código de Direito do Consumidor veio permitir a decretação da invalidade de cláusula que coloque o contratante em desvantagem exagerada, ou que exija vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V, e art. 51, IV), o que significa atribuir à lesão um conceito eminentemente objetivo, que se satisfaz com a quebra da equivalência do contrato em razão de prestações exageradamente desiguais, independentemente das condições pessoais das partes e das circunstâncias do negócio. No Projeto, porém, exige-se que exista premente necessidade, o que deverá ser avaliado de acordo com o interesse da pessoa, dado que não está no contrato, ou que decorra o contrato da inexperiência do contratante, condição pessoal igualmente de natureza subjetiva. De qualquer forma, bem fez ao não incluir no texto referência à intenção da contraparte de abusar da necessidade ou da inexperiência para beneficiar-se com o contrato, acrescentando, como elemento subjetivo, apenas a necessidade e a inexperiência.

Ao dispor sobre o aproveitamento do negócio, permite-se a sua continuidade se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. Ficou fora da previsão, embora, penso, compatível com o sistema, a hipótese geral de revisão judicial do contrato para modificação da cláusula a fim de recompor a equivalência e reduzir a vantagem.

c) O art. 186 do Projeto prevê: "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".

Essa talvez seja, do ponto de vista do Direito Obrigacional, a cláusula mais rica do Projeto. Reúne, em um único dispositivo, os quatro princípios éticos que presidem o sistema: o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos à vista.

O abuso de direito. Tem sido dito que o ato ilícito é o contrário à norma, enquanto o abuso de direito surge no comportamento que vai além dos limites autorizados. Segundo o Projeto, porém, o abuso não é uma nova categoria; é, também ele, um ato ilícito que se caracteriza pelo exercício que o titular de um direito faz além dos limites permitidos pelo fim econômico e social do contrato, pela boa-fé e pelos bons costumes. É uma nova hipótese de responsabilidade civil, mas não uma categoria autônoma de ilicitude, pois se entende que o direito deixa de existir quando excedidos os seus limites. No Projeto, desaparece o elemento que até hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso de direito (o que explica a inutilidade atual do instituto), que seria o da intenção de causar o dano, o “sentimento mau” a animar o agente. O Projeto prescinde desse elemento subjetivo, contentando-se com a culpa social que está no comportamento excessivo.

d) Sobre o princípio da função social, aplicador da idéia de “socialidade” que inspirou a Comissão, e seus reflexos no Direito Obrigacional, já me ocupei na primeira parte.

O tema relacionado com a boa-fé objetiva será versado pelo Prof. Antônio Junqueira de Azevedo, e nada direi sobre ele.

e) Devo aqui realçar o que está no par. ún. do art. 2.049 do Projeto: “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”.

A *ordem pública* é também uma cláusula geral, que está no nosso ordenamento por meio do art. 17 da LICC, regra de direito internacional privado que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública. O Prof. Irineu Strenger aceita a distinção entre ordem pública nacional e internacional e esta existiria, na lição de Catellani, quando interessar ao Estado “(...) não só que uma determinada relação jurídica seja regulada com certeza, mas que tal certeza se concretize numa regra determinada no seu conteúdo, com exclusão de qualquer outra. Em tal caso, nenhuma vontade contrária das partes e nenhuma disposição contrária de uma lei estrangeira poderá substituir-se, no território de cada Estado, à disposição correspondente da lei territorial” (Strenger, 1978, p. 515).

O Projeto dispõe sobre as relações internas, para as quais também passa a vigorar, expressamente, o princípio de ordem pública. Seu conceito corresponde ao da ordem considerada indispensável à organização estatal, constituindo-se no estado de coisas sem o qual não existiria a sociedade, assim como normatizada pelo sistema jurídico.

O Prof. Tercio Sampaio Ferraz disse tratar-se de um instrumento regulativo para a aplicação do sistema, permitindo-lhe preencher normas, afastar algumas, adaptar outras, limitando ou estendendo direitos, equilibrando desigualdades. Não há uma norma que seja, por sua natureza, de ordem pública, mas o será aquela que permita aplicar outras normas, ou que realize um princípio ético que deva ser respeitado.

É um *topos*, um lugar comum, com o qual se faz ou: a) a *classificação das leis*, para os mais diversos sentidos (no Brasil, tem sido usada para classificar as normas instituidoras dos planos econômicos e para lhes dar aplicação retroativa, o que tem sido objeto de crítica do Min. Moreira Alves, pois o direito adquirido tem proteção constitucional e está infenso à lei posterior, seja ou não de ordem pública), ou b) a *avaliação de cláusulas contratuais*, afastáveis na medida em que forem contrárias à ordem pública. O par. ún. do art. 2.049 do Projeto dá, a título de exemplo de preceitos de ordem pública, aqueles estabelecidos para assegurar a função social do contrato. Outros existem. Assim, tenho que são de ordem pública os preceitos legais sobre a igualdade entre as partes e a equivalência entre as prestações, sendo contrárias a ela as cláusulas legais que dispõem sobre a isenção de responsabilidade do estipulante do contrato de adesão, a que dificulta sobremodo a defesa de um dos contratantes, a violadora da boa-fé objetiva, e assim por diante.

Os direitos também devem ser exercidos no limite ordenado pelos *bons costumes*, conceito que decorre da observância das normas de convivência, segundo um padrão de conduta social estabelecido pelos sentimentos morais da época. Serve para definir o comportamento das pessoas.

3. Examino agora os temas relacionados diretamente com os *contratos*.

Princípio por anotar o que deixou de ser regulado no Projeto:

- os contratos de *consórcio* hoje constituem forte ramo de negócios para aquisição de bens móveis duráveis e tendem a se estender para a aquisição de bens imóveis. Seria conveniente que algumas normas viessem tratar do assunto porque interessam diretamente a grande quantidade de pessoas e servem para a imposição de regras em contratos de adesão;

- o *factoring* tem sido amplamente utilizado no comércio, seja para a pura cobrança de débitos, seja como verdadeira atividade financeira, cuja regulação está a exigir manifestação do Estado;

- a franquias - ou *franchising* - serve hoje de instrumento para o desempenho das atividades das pequenas empresas, cuja instalação é incentivada e apoiada pelo Estado. É um contrato misto, em que há obri-

gação de fornecimento de mercadoria, prestação de assistência, uso de marca etc., que poderia ter sua feição principal definida na lei, ainda que fosse para mandar aplicar algumas regras da concessão;

- os *contratos bancários* ficaram de fora, a despeito de sua presença e importância na vida econômica. É certo que oferecem particularidades e especificidades cambiantes, mas o cerne dos principais contratos bancários poderia ficar desde logo definido, especialmente na limitação do uso do poder econômico, uma vez que em poucas situações contratuais fica tão evidente a debilidade de um dos lados;

- nada foi dito sobre o *leasing*, negócio de utilização diária e que hoje está na ordem do dia;

- os *contratos de saúde* restaram sem menção e agora foram regulados mediante lei especial - ao que parece, de forma mais favorável às companhias seguradoras do que o assegurado pela jurisprudência predominante e pelo Código de Defesa do Consumidor. O Código Civil deveria conter regras básicas orientadoras de contratos dessa natureza;

- o contrato de *adesão* mereceu pouca atenção do legislador;

- faltou referência ao *Código de Defesa do Consumidor*, para ressaltar a prevalência de suas disposições no que se refere à relação de consumo. Certo que se trata de lei especial, reguladora de um microsistema, mas certamente haverá de ser alegado, contra o que está no Código de Defesa do Consumidor, que a nova lei revogou o que nela não se contém.

Vejamos algumas inovações.

Na Parte Geral, vê-se que o Projeto define como ilícito o ato culposos que viola direito e causa dano a outrem, embora exclusivamente moral. Essa previsão sobre o dano moral é a adequação ao que já estava sendo deferido pela jurisprudência, ao tempo da elaboração do Projeto, que depois a Constituição de 1988 acabou por consagrar. Nada disse, porém, sobre o tormento da quantificação da indenização, matéria que continuará sendo reservada à apreciação do Juiz. Se é difícil regular abstratamente os limites, mínimo e máximo, em razão da imensidão de hipóteses, seria conveniente a indicação dos parâmetros a considerar para a definição do valor (situação econômica e posição social das partes, gravidade da culpa, diligência para a redução dos efeitos, necessidade de repressão de condutas que tendem a se repetir etc.) e condicionar o resultado ao princípio da razoabilidade.

A *prescrição* está definida como sendo a extinção da pretensão que nasce para o titular do direito violado. Com isso foi explicitamente aceita a tese de que a prescrição se refere aos direitos armados de pretensão, fi-

cando a decadência reservada para os direitos potestativos ou formativos. A preclusão ficou excluída de consideração, por ser conceito de Direito Processual (a perda de via recursal), sendo considerada desnecessária a definição de decadência.

Houve substancial redução dos prazos de prescrição. Se não houver prazo menor, todas as pretensões prescrevem em dez anos. Especialmente importante é a regra do art. 205, § 3.º, que fixa em três anos a prescrição da pretensão de reparação civil, sem especificar se proveniente de ilícito absoluto ou contratual. Logo, o direito de promover a ação de indenização deve ser exercido em três anos a partir do dano, salvo quando o fato depender de apuração em juízo, quando então correrá o prazo da respectiva sentença definitiva.

A interrupção da prescrição, que hoje acontece, dentre outras causas, pela citação pessoal, passa para o momento do despacho do Juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual. Nesse ponto, e apreciando o Código de Processo Civil, a jurisprudência predominante se contenta com o ajuizamento do pedido e o pagamento das custas. Do ajuizamento, e não do despacho, porque não depende da parte que o despacho do Juiz seja exarado ainda em tempo útil.

Dispondo sobre as *provas*, deixou de ser feita referência à documentação gerada pelo uso do computador e transmitida por e-mail. Sabe-se que em alguns países já está regulada a utilização de documentos criados e enviados por via eletrônica, com o uso da Internet. Um centro de autenticação serviria para garantir a autenticidade do documento, que a partir dali teria plena validade. Trata-se de caminho por onde a maioria dos negócios será celebrada em breve futuro e deveria estar previsto no Código Civil, ainda que mediante simples menção. Registre-se que o art. 888, § 3.º, do Projeto permitiu a emissão de título de crédito criado por computador ou meio técnico equivalente.

Os *juros* servem para a indenização pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro (mais correção, custas e honorários). A regra, que já existe no nosso ordenamento, tem sido considerada insuficiente pela doutrina. Daí a introdução do par. ún. do art. 403: “Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o Juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

Os *juros remuneratórios* – os juros-frutos – devidos pelo uso do capital, e também chamados compensatórios, devidos desde quando o devedor dispõe do capital, podem ser fixados segundo a taxa que estiver em

vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (arts. 590 e 405). A capitalização poderá ser somente anual (art. 590, última parte).

Os juros *moratórios*, que são devidos em razão do inadimplemento e correm depois da mora, podem ser convencionados sem que para isso exista limite previamente estipulado na lei; se não houve convenção, ou se decorrerem da lei, a taxa será a que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 405).

A regra dos juros convencionais é mais restritiva do que a do Código Civil em vigor: segundo o art. 1.262, é permitido convencionar juros, que podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal, com ou sem capitalização (sem limite temporal para o anatocismo). O Dec. 22.626/33 veio proibir a estipulação de juros acima do dobro da taxa legal (6% x 2 = 12% a.a.), proibiu contar juros dos juros e permitiu a elevação pela mora em mais 1% a.a. e não mais (arts. 1.º, 4.º e 5.º). O art. 1.062 do CC prevê a taxa de 6% a.a., quando não convencionada. Nos termos da Lei 4.595/1964, art. 4.º, IX, as instituições financeiras podem praticar os juros no limite estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional. Por isso é que há de estar provada essa autorização para a cobrança de juros acima do permitido na lei.

No Projeto, temos os juros moratórios, tratados no capítulo *Juros legais* (art. 405), cuja taxa pode ser convencionada, estipulada em lei ou corresponder aos juros de mora na cobrança de impostos pela Fazenda Nacional; e temos os juros compensatórios ou remuneratórios, previstos na seção *Do mútuo* (art. 590).

Há dois artigos para os *contratos de adesão*: havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação será a mais favorável ao aderente (art. 422). É nula a cláusula de renúncia antecipada do direito que resultar do contrato (art. 423).

A experiência tem mostrado que o contrato de adesão, com as suas condições gerais, tem servido para muitos abusos, e se impunha regramento mais específico para excluir ou diminuir o impacto de estipulações sobre multas e outros acréscimos devidos pela mora, eleição de foro quando significa negativa de acesso à defesa em juízo, perda das prestações pagas, dificuldades para a purga da mora ou para as providências tendentes à conservação do negócio, direito de prévia interpelação, limitação de responsabilidade, imposição de mais deveres a um do que ao outro etc. Daí que melhor teria sido ampliar a regulação dos contratos de adesão.

A partir do art. 461, o Projeto passa a tratar do *contrato preliminar*, o que é de aplaudir. Decorre do princípio da boa-fé atribuir eficácia à simples tratativa, por isso a conveniência de regular-se o contrato preliminar,

que já é uma fase mais adiantada, se bem que ainda não represente o contrato na sua perfectibilização.

Exige-se que o contrato preliminar contenha todos os requisitos do contrato definitivo, salvo quanto à forma. O par. ún. do art. 462 exige que o contrato preliminar seja levado a registro. Penso que essa exigência é exagerada. Sabemos que as pessoas, quanto mais simples, menos atenção dão à forma e à exigência de regularizar seus títulos. A experiência revela que os contratos de promessa de compra e venda de imóveis normalmente não são registrados. Não há nenhum óbice em atribuir-lhe eficácia entre as partes, possível mesmo a ação de adjudicação, se o imóvel continua registrado em nome do promitente vendedor. O Código de Processo Civil (art. 639) não exige o registro do contrato para o comprador ter o direito de obter do Juiz uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Ademais, em se tratando de bens imóveis, a jurisprudência atribui ao promissário comprador a ação de embargos de terceiro, mesmo que o documento não esteja registrado; para os móveis, exclui o primitivo proprietário, promitente vendedor, da responsabilidade civil pelos danos causados com o veículo pelo promissário comprador.

No art. 474, o Projeto trata da *resolução do contrato*, espécie de extinção quando há descumprimento por parte do devedor. Foi mantida nos termos da atual legislação (art. 1.092, par. ún.), apenas acrescentando que o credor pode escolher entre exigir o cumprimento do contrato, por meio da ação de adimplemento, e sua extinção, com perdas e danos. Faltou referir em que casos pode o credor exigir a extinção do contrato, o que deve sempre ser afastado quando há o cumprimento substancial. Nada disse sobre a necessidade de serem as partes restituídas à situação anterior, com devolução das quantias pagas e indenização pelos danos sofridos pelo adimplente, e os casos em que isso ocorre.

A extinção do contrato por *oneriosidade excessiva* (art. 477) constitui regra nova, uma vez que o Código Civil vigente omitiu o ponto. Na Argentina, desde a reforma introduzida pela Lei 17.711, a matéria está prevista no Código Civil (art. 1.198).

A necessidade de extinção ou modificação do contrato, quando há a superveniência de fatos novos que tornem insuportável o contrato para uma das partes, decorre do princípio da boa-fé. Por isso, pode ser hoje aplicada pelos Juízes, o que vem ocorrendo há muito e cada vez com maior intensidade, especialmente para a revisão dos contratos e nas hipóteses de contratos para aquisição de imóvel destinado à casa própria.

A regra inserida no Projeto, porém, é bem mais limitativa do que a doutrina recomenda e a prática forense tem admitido. Assim, nos contratos de execução continuada ou diferida, se houver acontecimento extraordinário e imprevisível, tornando extremamente onerosa a prestação para uma das partes, e com extrema vantagem para a outra, é possível ao devedor pedir a resolução do contrato (art. 477). Ora, há aí duas exigências que não têm sido feitas: a imprevisibilidade do fato futuro e a extrema vantagem para a contraparte. A inflação é um fato previsível, mas poderá muito bem tornar-se causa de elevação insuportável da prestação, e por isso mesmo não poderia deixar de ser considerada como razão para a resolução por onerosidade excessiva. Além disso, é possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir a onerosidade excessiva que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor.

Nesse ponto, a reforma veio introduzir uma inovação que se fazia sentir, mas disse menos do que poderia ter dito. Afastou-se da teoria da alteração da base objetiva do negócio, que melhor satisfaz a exigência de justiça contratual, pois permite a intervenção judicial ainda quando inexistente a imprevisibilidade e a vantagem excessiva para o credor, e está fundada no exame das condições concretas do negócio, o que exclui o perigo de um julgamento fundado apenas em considerações de ordem subjetiva.

No art. 499, há disposição sobre a venda de imóvel por medida certa (venda *ad mensuram*), permitindo ao comprador, em caso de falta de área, em princípio, exigir seu complemento (ação *ex empto*). Não sendo isso possível, pode pedir para abater o preço (*actio aestimatoria*) ou resolver o contrato (*actio redhibitoria*). Deixou de prever a possibilidade de ser concedida a indenização, em lugar destas duas últimas alternativas, uma vez que o prejuízo pode não justificar a extinção do contrato, nem ficar satisfeito com o abatimento proporcional do preço. Assim pode ocorrer, por exemplo, na venda de apartamento com área de estacionamento em dimensão insuficiente para o fim a que se destina.

Ainda na compra e venda, o Projeto regula a venda com reserva de domínio de coisa móvel (art. 520), da qual o Código Civil não tratava. Hoje, o seu uso está reduzido, substituído pela preferência dada ao contrato de alienação fiduciária em garantia (Dec.-lei 911/1969; Lei 4.728/1965, art. 66).

Também introduz a espécie de venda sobre documentos (art. 528), prevista no art. 1.527 do Código Civil italiano. A regra está destinada a ter

maior uso "(...) no comércio marítimo, na venda de praça a praça, entre países distantes" (Trabucchi, 1974, p. 767). Nesse tipo de compra e venda, o vendedor, entregando os documentos, se libera da obrigação e tem direito ao preço, e o comprador, na posse justificada de tal documento, pode exigir do transportador (*vettore*) a entrega da mercadoria. Se estipulada intermediação de banco, este efetuará o pagamento mediante a entrega dos documentos, não respondendo pela coisa vendida.

Ao versar sobre a compra e venda, o Projeto manteve a cláusula especial da retrovenda (art. 504), com o direito de o vendedor recobrar o imóvel no prazo de três anos, restituindo o valor recebido e reembolsando as despesas do comprador. Reginaldo Nunes criticou a manutenção "(...) de instituição arcaica que só tem servido no Brasil para dissimular contratos usurários de mútuo" (Nunes, 1972). Permanecerá a possibilidade de anulação do contrato sempre que se verificar dos fatos e das circunstâncias do negócio (sendo revelador disso ter permanecido com o vendedor a posse do bem, após a celebração do negócio) que ocorreu um empréstimo garantido pelo imóvel.

O art. 1.401 do CC italiano contempla a hipótese do contrato com pessoa a nominar, que o Projeto repete no seu art. 466, e que lá tem sido de grande freqüência para evitar despesas com novo trespasse. Aplica-se aos casos de bens adquiridos com o propósito de revenda, com a simples intermediação do que figura como comprador. Feita validamente a *electus amici*, a pessoa nominada adquire os direitos e assume as obrigações do contrato com efeito retroativo. Somente a experiência poderá dizer da sua utilização futura no Brasil.

A partir do art. 692, o Projeto dispôs sobre os contratos de *comissão, agência e distribuição, corretagem e transporte*. Decorre a idéia de unificação das obrigações, com inserção no Direito das Obrigações do Código Civil, muitos dos contratos regulados no Código Comercial ou em leis esparsas. Na verdade, houve apenas a definição de alguns preceitos gerais, ficando a matéria regulada por leis especiais, como acontece.

Quanto ao contrato de *transporte*, há uma boa disposição que altera o nosso sistema:

"É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização" (art. 733, par. ún.).

Atualmente, se o passageiro não fizer a declaração, aplica-se a indenização tarifada. Como nunca é oferecida ao passageiro essa possibilidade, ele não exerce o direito de declarar e, quando reclama, em caso de perda ou extravio, é alegado contra ele o fato da sua omissão.

O art. 762, no capítulo destinado ao contrato de *seguro*, reafirma a regra de que não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

Pode assim acontecer que, em contrato de seguro cujo prêmio tenha sido pago durante muitos anos, a mora de um dia determinará a perda da indenização.

Não vejo nenhuma razão para que não se permita a purgação da mora, ainda depois do sinistro, quando for o caso de cumprimento substancial do contrato.

O art. 771, ainda sobre os seguros, determina que a mora do segurador implica pagar a indenização com correção monetária e juros moratórios. Mas nada disse sobre a indenização suplementar, a que os demais devedores de obrigação de pagamento em dinheiro estão obrigados.

O art. 801 excluiu do âmbito do Código o seguro saúde.

O art. 883 veio dispor expressamente sobre o *enriquecimento sem causa*, preenchendo uma lacuna do nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida. É, no entanto, uma ação subsidiária, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo (art. 885).

Não gostaria de encerrar essas observações sem breve referência à *responsabilidade civil*:

Permanece o princípio geral da responsabilidade com culpa (teoria subjetiva – responsabilidade subjetiva), mas o par. ún. do art. 926 atribui a responsabilidade independentemente de culpa nos casos de lei (responsabilidade objetiva por força de lei – da Administração Pública, por acidente de trabalho etc.) e também – aí a novidade – “(...) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem”. A regra atinge o empresário e o profissional liberal e, nesse ponto, contraria a regra do Código de Defesa do Consumidor, que exige, para a responsabilidade do profissional liberal, a demonstração da culpa.

Também foi regulada, e com exemplar correção, a responsabilidade por ato de incapaz (art. 927). O incapaz arcará com os prejuízos que causar se as pessoas que por ele respondem não tiverem a obrigação de o fazer (se eles não tiverem culpa pela prática do ato) ou não dispuserem de meios suficientes. Nesse caso, a indenização será eqüitativa.

O dano da coisa está previsto apenas na modalidade já existente no atual Código Civil: o dono do edifício responde pelos danos decorrentes de sua ruína (art. 936), e o habitante do prédio, pelas coisas que dele caírem.

Nada foi dito sobre o uso de coisas perigosas, como do automóvel dirigido pelo filho ou pelo amigo, fato de todos os dias, fora dos casos de preposição (pelos quais o preponente responde). Também passou em branco a causalidade alternativa.

O tema da indenização dos danos decorrentes de atos ilícitos, contratuais e extracontratuais, mas principalmente destes, é de muito difícil solução, como revela a divergência que lavra nos tribunais. Assim, as ocorrências mais repetidas deveriam ser reunidas para o traçado de algumas normas mais específicas e adaptadas à realidade com relação ao dano moral e ao dano à pessoa, hoje tema cada vez mais abrangente, calculando-se não apenas a dor, como a ofensa à estética, à integridade psíquica ou à perda de um projeto de vida.

A regra do art. 944 determina que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. Na verdade, esse confronto é dispensável, basta considerar a culpa concorrente da vítima, pois bem pode acontecer que o autor do dano responda independentemente de culpa. A norma geral que está no dispositivo, porém, vem em boa hora.

Em conclusão, aplaudo o Projeto no que representa de inovador na visão geral do contrato como um ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes, da ordem pública. Para o Juiz civil forneceu os instrumentos necessários para a realização da justiça material. Aplaudo-o também no que tem de apuro técnico. Apenas observo que, nesse propósito de atender àqueles princípios gerais antes enunciados, ao elaborar as normas de conduta, deixou de lhes dar plena aplicação – ou lhes deu em extensão aquém da possível e desejada. De qualquer forma, na Teoria Geral do Direito e na matéria obrigacional, constitui um avanço do qual não podemos mais retroceder. Por isso, faço votos de que venha a ser aprovado, malgrado as críticas que possam ser feitas a este ou àquele ponto, já não mais reparáveis na fase legislativa em que se encontra o Projeto, porque o seu abandono significará a perda daquela visão de “socialidade” que o inspirou e que, certamente, já não mais estará presente em futuros trabalhos, a prevalecer os princípios hoje dominantes.

Agradeço pela oportunidade de examinar esses conceitos e me congratulo com os organizadores deste Congresso, dedicado ao esquecido estudo do Direito Civil.

Bibliografia

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção do contrato por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro : Aide, 1991.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- GANDOLFI, Giuseppe. “Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, n. 4, p. 1.155-1.178, dic./1994.
- MARTINS-COSTA, Judith. “O direito privado como um ‘sistema em construção’ – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.
- NUNES, Reginaldo. Separata, *Revista do Instituto do Açúcar e do Alcool*, Rio de Janeiro, 1972.
- REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- REQUIÃO, Rubens. “Projeto de Código Civil – Apreciação crítica sobre a Parte Geral e o Livro I (Das obrigações)”. *RT*, v. 64, n. 477, jul. 1975.
- STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 20 ed. Padova : Cedam, 1974. (Manuais di Scienze Giuridiche).

Revista dos Tribunais • RT 352/25 • jan./1963

Parer

1. A doação de 31 de agosto de 1937, efetuada por F.T.C. e sua mulher M.C.M.C., aos dois filhos do casal, W.T.C. e R.M.T.C., subordinou-se às seguintes cláusulas e condições:

a) “a eles ou orgãos doadores fica reservada a renda de todos os imóveis ora doados, enquanto viverem, passando em seguida aos donatários na forma da cláusula seguinte”;

b) “no caso de falecimento de um dos doadores passará a renda dos imóveis doados aos donatários, com exceção apenas da renda dos seguintes: 1. prédio da R.C.F.; 2. prédio da R.L.O. ns. 511 e 503; 3. prédio da A.C.G. ns. 176, 178, 180 e 180A; 4. terreno da R.T.A., com a construção a ser nele feita; 5. terreno da R.T.M., com as construções que nele foram feitas; sendo que a renda dessas imóveis continuará a pertencer ao cônjuge sobrevivente, só passando aos donatários por sua morte”;

EDIÇÕES ESPECIAIS
REVISTA DOS TRIBUNAIS
100 anos

DOCTRINAS ESSENCIAIS

DIREITO CIVIL
PARTE GERAL

Volume IV

ATOS, FATOS, NEGÓCIOS
JURÍDICOS E BENS

- ATO E FATO JURÍDICO
- NEGÓCIO JURÍDICO
- ATO ILÍCITO E ABUSO DO DIREITO
- BENS

GILMAR FERREIRA MENDES

RUI STOCO

Organizadores

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil - As obrigações e os contratos. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). **Direito civil**: parte geral: atos, fatos, negócios jurídicos e bens. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. (Doutrinas essenciais). p. 515-533.

Texto também publicado em:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 19-35, set./dez. 1999.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Informativo Incijur**, Joinville, ano 1, n. 9, p. 3-7, abr. 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 775, p. 18-31, maio 2000.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil - As obrigações e os contratos. In. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Obrigações e contratos**: obrigações: estrutura e dogmática: relação jurídica e o trânsito de bens e interesses, direito das obrigações, relações obrigacionais, fatos, atos e negócios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. (Doutrinas essenciais). p. 509-527.