— 1 —

O Direito das Obrigações na contemporaneidade[1]

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

1. A distinção que me confere a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul é honra que está muito além do que poderia pensar ou esperar, e muito além do razoável, considerando a diferença que existe entre a importância da homenagem e a desimportância do homenageado.

Estou em um dos maiores centros de ensino e pesquisa do país, prestigiado no exterior e orgulho da nossa terra.

Sou extremamente grato por esta oportunidade, especialmente considerando que não pertenço ao quadro docente da Faculdade, embora aqui tenha participado de cursos e palestras.

Agradeço a generosidade do Prof. Plinio Melgaré, ilustre Coordenador do Departamento de Direito Privado, que teve a gentileza de me formular pessoalmente o convite, e bem percebo que, na origem deste evento, também está a figura do jurista maior da nossa magistratura, o Prof. Eugênio Facchini Neto.

Lembro e agradeço a disponibilidade dos eminentes Professores que abrilhantarão o encontro com suas palestras, Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Adalberto de Souza Pasqualotto, Claudia Lima Marques e Luis Renato Ferreira da Silva, e a todos peço escusas por ser a causa do encargo que assumiram: eles que são luminares da nossa ciência, ocupados com seus trabalhos e com esplêndida produção intelectual.

2. Reservaram um espaço para minha fala. Em princípio, penso que tudo poderia se resumir no agradecimento que fiz.

Porém, não posso deixar de dizer algumas palavras a respeito do tema: o direito das obrigações na contemporaneidade.

3. Entre os anos 1980 e 2000, isto é, no curto espaço de vinte anos, ocorreram no Brasil acontecimentos de profunda significação para a nossa ordem jurídica, tanto pública como privada: a Constituição de 1988 configurou um novo Estado e uma nova Sociedade; o Código de Defesa do Consumidor, em

[1] Texto de palestra proferida no Curso promovido pelo Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), em 23 de setembro de 2013.

1990, reconheceu o direito do hipossuficiente; e o novo Código Civil de 2002 instituiu claramente um sistema aberto, com seus princípios éticos e suas cláusulas gerais.

4. Até o final dos anos 80, o nosso Direito Civil – naquilo que não era a continuidade das disposições das Ordenações do Reino e da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas – expressava as ideias que nos vinham da Revolução Francesa e do conceitualismo germânico.

O homem, ser racional, livre e igual, podia ordenar a vida social pela lei, que deveria ser seguida na sua literalidade; o indivíduo poderia determinar a sua vida pessoal, assumindo deveres e obrigações por meio da manifestação da sua vontade, no âmbito da autonomia privada.

Produto da razão e da vontade, o contrato deveria ser cumprido.

Tinha-se que o sistema era fechado, suficiente em si, sem lacunas, a ser aplicado pelo método da subsunção, isto é, cabia simplesmente ao juiz verificar o fato e fazer incidir sobre ele uma regra legal.

5. A realidade social, política e econômica mudou profundamente desde o tempo em que fora pensado o nosso Direito Civil – no século XIX – ao tempo posterior à Segunda Grande Guerra. O positivismo mostrou-se insuficiente para resolver os litígios que surgiram. Não era mais aceitável o extremo patrimonialismo da velha ordem, mais preocupada com os bens do que com as pessoas; a liberdade meramente formal e a igualdade apenas jurídica consagravam situações de extrema injustiça; o arcabouço legal não se ajustava às necessidades do dinamismo da vida econômica. A família de duzentos anos atrás não era a família da pós-modernidade.

Aqueles grandes protagonistas do Código de 1916, a que se refere o Prof. Miguel Reale, o proprietário, que podia usar e abusar do bem, o empresário irresponsável pelas dívidas que contraía, o marido, de autoridade incontrastável, o testador, que podia impor restrições até mesmo à legítima, essas figuras estavam sendo contestadas.[2]

6. É nesse ambiente que foi promulgada a Constituição da República de 1988, que estabeleceu como princípio maior a dignidade da pessoa humana, definiu como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, protegeu o consumidor, redefiniu a família, deu à ordem econômica um viés social. Atribuiu ao Estado (isto é, à ordem jurídica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

7. Surgiu então, no país, irresistível movimento dos aplicadores do direito de se voltarem para a Constituição, com o surgimento da Escola do Rio de Janeiro, capitaneada pelo Prof. Gustavo Tepedino, em Curitiba, pelo Prof. Luiz Edson Fachin, em Recife e pelo Prof. Paulo Luiz Neto Lôbo.

---

[2] REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 14.

Partindo da ideia de que os princípios constitucionais reguladores da vida privada não podem existir para o nada – como se fossem conceitos de conteúdo vazio a sobrepairar a uma realidade, para apenas regular o Estado, sua organização e suas relações com os particulares –, ao contrário disso, sustentou-se que a Constituição deveria ter aplicação direta e imediata, atingindo horizontalmente também as relações privadas, as familiares e as negociais.

Essa orientação enfrentou (e ainda enfrenta) um sério obstáculo de ordem jurídica: é que se tem a Constituição como uma ordem normativa cujos destinatários são o Estado, seus órgãos e os cidadãos, nas relações com o Estado. Com isso, seria inviável a incidência direta da Constituição à situação de ordem privada, sem a intermediação de uma lei ordinária, esta, sim, a ser elaborada de acordo com a Constituição e tendo por destinatários os particulares.

A questão se pôs inicialmente na Alemanha, perante a Corte Constitucional, que, em várias oportunidades, aplicou o princípio constitucional, sob o argumento, exposto por Canaris, de que, embora a Constituição tenha por destinatário o Estado e seus órgãos, estes têm o dever de tutelar os direitos fundamentais; quando isso não acontece, o juiz deve intervir para efetivar a proteção prometida pela Constituição.

O Prof. Pietro Perlingieri afirma categoricamente que não existem argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode – também sozinha – ser a fonte da disciplina de uma relação de direito civil.[3]

No Brasil, em virtude daquela defasagem entre o sistema legislado e a realidade dos casos concretos, houve franca aceitação da incidência imediata.

8. O princípio da dignidade da pessoa, pelo qual se repersonalizou o nosso direito, é tão valioso e tão fecundo que fica sem sentido permitir que uma relação ofenda a dignidade humana, e não possa o juiz ou a autoridade pública atuar para proteger o direito violado ou ameaçado de violação apenas porque falta uma lei.

Sendo o direito uma criação da realidade, e não o contrário, o jurista não pode ser alheio ao mundo concreto.

Não podemos nos incluir naquele sonho de Ihering. Escreveu o grande pensador que, indo ao céu, dirigiu-se ao paraíso dos juristas, dos pandectistas. Lá encontrou os espíritos da boa-fé, da igualdade, da propriedade, da posse e de tudo o mais de que se necessita para a solução dos mais intrincados problemas da dogmática jurídica. Mas, para isso, seria necessário que o jurista bebesse da água do Rio Letes, a fim de esquecer toda a realidade vivida, o mundo concreto da vida humana. Ihering reparou que os grandes juristas estavam dispensados da bebida: eles não tinham o que esquecer.[4] Isto é, não conheceram a realidade.

---

[3] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

[4] BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Apresentação.

9. Quando menciono o princípio da dignidade da pessoa humana, fico a me perguntar a que estou me referindo.

Em primeiro lugar, o homem tem dignidade por ser racional. Para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão.

Em segundo, sendo racional, há igualdade entre todas as pessoas, porque todos os homens são dotados de razão. Mas essa igualdade não significa que os homens entre si sejam iguais. Entre si, todos são desiguais. Cabe à lei enfrentar essa desigualdade, seguindo a lição de Rui Barbosa na *Oração aos Moços*: tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Por último, para exercer a sua racionalidade, o homem deve viver em ambiente de liberdade. Quero dizer: o que ofender a racionalidade, a igualdade e a liberdade atinge de algum modo a dignidade da pessoa humana.

A doutrina – ainda refiro a lição da Profª. Maria Celina Bodin de Moraes[5] – tem incluído, no princípio da dignidade, o da integridade psicofísica, compreendendo neste diversos direitos da personalidade, tais como a vida, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, a intimidade, o corpo, a identidade pessoal, tudo podendo ser resumido em um direito à saúde e direito à existência digna.

Lembro aqui precedente do Tribunal Constitucional alemão, ao afastar a validade de fiança que implicava excessiva onerosidade à família. E, nesse mesmo caminho, registro decisão do STJ, decretando a nulidade de cláusula de contrato de alienação fiduciária que autorizava cobrança de juros, de pequena dívida, em valores que absorveriam a renda total da devedora, até o final de sua vida provável. Nas duas situações, houve a aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, pois a execução daqueles contratos retirou da devedora a possibilidade de sua razoável sobrevivência.

A extensão desse conceito pode causar certa dificuldade de aceitação, mas a verdade é que ele está lá, no art. 1º da Constituição, e cabe a todos nós zelar pela sua estrita observância.

10. Evidentemente que para isso se exige do operador do direito o bom uso das cláusulas gerais, deixando de lado a simplicidade da subsunção (tão cômoda de ser aplicada), ciente de que o seu trabalho será tópico. Definirá, em primeiro lugar, o fato; depois, procurará compreendê-lo e valorá-lo de acordo com princípios aceitos, lugares comuns com os quais trabalhará, na tentativa de aproximação cada vez mais adequada, com idas e vindas, do fato aos princípios, e destes ao fato, até chegar a uma conclusão ajustada ao caso. Então elaborará uma norma jurídica concreta, que deverá ser explicada e fundamentada, com o que afastará o subjetivismo e a discricionariedade.

Certamente esse método é mais trabalhoso; onera sobremodo o juiz, que deverá encontrar a solução ajustada e fundamentá-la adequadamente; pesa também sobre os advogados, que deverão fornecer os elementos necessários ao julgamento em que será aplicada a cláusula geral.

---

[5] BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28.

Mas penso que é o único método aceitável para a plena eficácia do preceito da dignidade da pessoa humana.

Certamente esse método cria uma sensação de insegurança, que o método exegético procurava (era uma falácia) afastar no pressuposto de que a solução era desprovida de qualquer subjetivismo, meramente técnica, igual para todos, proferida por quem seria um "juiz de pedra". Mas o respeito e a aplicação dos princípios é a única via que permite a realização da Justiça material do caso.

O subjetivismo se afasta na medida em que a decisão é fundamentada e submetida à crítica das partes, dos advogados, da academia e dos doutrinadores.

11. Aquele impulso à Constituição, a que me referi no início, do qual resultaram trabalhos jurídicos que defendiam o que se chamou de "constitucionalização do direito civil", esse retorno à Constituição arrefeceu de algum modo a partir de 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil. Principalmente no que diz com as relações negociais.

É que a nova codificação veio com os ares de prestigiar a socialidade e a solidariedade. Tem princípios e cláusulas gerais que atendem às exigências básicas de uma sociedade que queira ser justa e solidária.

Enumero rapidamente essas normas.

(i) A principal delas é a da *boa-fé objetiva*, que exige de todos os que participar de relação intersubjetiva uma conduta leal e solidária. No contrato, deve ser obedecida na negociação prévia, na contratação, na execução e mesmo após seu cumprimento. É fonte de deveres e de obrigações. É o limite para o exercício dos direitos: quer dizer, ainda que exista norma concedendo ou reconhecendo um certo direito, esse somente poderá ser exercido nos limites da boa-fé. Caberá ao juiz definir, a cada caso, qual o comportamento que atenderia à exigência de boa-fé.

É princípio que hoje tem expressiva utilização no foro. Nos contratos das grandes companhias, já consta a obrigação de os contratantes agirem de boa-fé.

(ii) O contrato deve realizar a sua *finalidade social*. O contrato é emanação da vontade do indivíduo, mas se insere no contexto jurídico (de onde retira sua força) e na vida social (na qual produzirá efeitos). Logo, ele deve atender ao fim social para o qual existe, e não apenas para satisfazer o interesse da parte. Valendo-se desse fim social, entende-se que o contrato perdeu em muito a firmeza do princípio da relatividade, segundo o qual o contrato somente produz efeito entre as partes. Os seus efeitos, seguidamente, atingem terceiros.

Essa constatação permitiu ao prof. Luiz Edson Fachin afirmar que hoje não se contrata só com quem se contrata; e não se contrata só o que se contrata.[6]

O Prof. Jacques Ghestin há muitos anos sustenta que o contrato tem uma finalidade social: a de realizar o valor justiça. E conclui: o contrato só vale se for justo.

[6] FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3.

(iii) O princípio da *equivalência* deve ser respeitado nos contratos bilaterais. A relativa proporcionalidade entre as prestações deve estar presente na celebração do contrato. Se houver grave desproporção, com abuso da situação de premente necessidade da outra parte, há a figura da lesão, cuja cláusula deve ser afastada ou revisada.

(iv) Não se admite o *enriquecimento* sem causa.

(v) Os contratos existem para serem cumpridos, mas circunstâncias supervenientes podem tornar a obrigação excessivamente *onerosa* a uma das partes, não cabendo manter contrato que imponha sacrifício exagerado, o que levará à sua extinção ou revisão.

(vi) O *abuso de direito* se configura sempre que o seu exercício contrariar a boa-fé, os bons costumes, seu fim econômico ou seu fim social.

Penso que esta norma, que está no art. 187 do Código Civil, é a cláusula geral mais importante do sistema jurídico, pois permite o afastamento até mesmo do direito que a lei atribui às pessoas, a fim de resguardar os princípios éticos.

O Tribunal americano, em certa causa, contrariando a lei, foi obrigado a invocar a regra moral para impedir que o autor do homicídio recebesse a herança. Nós temos cláusula geral que, em situações tais, permite a realização da justiça, usando de instrumento e de fundamentação estritamente jurídicos, previstos no sistema. Isso permitiu que, certa vez, o STJ não atendesse a pretensão do pai, que se transferia do Rio de Janeiro para o Acre, e pretendia levar consigo a filha, criança de doze anos, por entender-se que, apesar da lei, melhor seria para a menina ficar como sempre esteve, na casa da avó, na proximidade da moradia da mãe. E me autorizou, em antigo acórdão aqui no TJRS, dizer que o juiz de família julga com a lei, se possível; sem a lei, se necessário.

12. Falei sobre os princípios que o Código Civil contém, e de como podem ser utilizados para a realização dos valores constitucionais.

Mas para isso é necessário fazer a releitura do nosso direito. Deixar de lado a visão do sistema fechado, abandonar o método simplista da subsunção, para buscar a verdadeira realização da justiça material.

É preciso, como disse Fernando Pessoa, desaprender, para aprender de novo.

13. Tive, de minha parte, a rara oportunidade de viver esse período de 1980 a 2003 no exercício da jurisdição civil, quinze anos no Tribunal de Justiça, dez anos no STJ, com a feliz coincidência de ter sido discípulo, no curso de Mestrado da UFRGS, de Clóvis do Couto e Silva, maior expressão da civilística moderna do Brasil, que abriu as portas da ciência jurídica para a sua moderna compreensão.

Atuei, assim, em um tempo de flexibilização de velhos e sedimentados conceitos. Certa vez, em congresso realizado na Argentina, abordei o tema das tendências atuais do Direito Privado e observei que o sistema jurídico, em constante dinamismo, evolui com movimentos de sístole e diástole, de abertura e fechamento. Assim na política, com liberalismo e totalitarismo, assim no

direito das obrigações, com mais ou menos rigor na interpretação e execução dos contratos.

Ora o direito é o direito dos credores, ora é o direito dos devedores. Nenhuma das duas posições antagônicas é aceitável: nem o credor pode estabelecer cláusulas abusivas, especialmente não em contratos massificados de adesão em que figura como estipulante; nem o devedor deve subtrair-se das suas obrigações e deixar de efetuar a prestação, atendendo à justa expectativa da contraparte. Ambos devem contratar e agir de acordo com a boa-fé, que é um caminho de mão dupla.

O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 são diplomas elaborados com esse espírito de abertura, ambos na tentativa de garantir, na medida do possível, o princípio da igualdade e da equivalência, ambos respeitando as exigências da dignidade da pessoa humana.

Os dois diplomas devem ser lidos – e o têm sido, na maioria da nossa experiência jurídica – à luz dos princípios constitucionais.

Para isso contribuíram intensa atividade doutrinária e favorável aplicação pelos tribunais, para o que destaco a participação qualificada do Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.

14. Mas aqueles diplomas não são suficientes nem completos, nem definitivos. Não atendem hoje à multiplicidade das situações que, a todo momento, a vida nos impõe.

Basta um exemplo: o CDC, lei moderna e muito acima da maioria da legislação consumerista de outros países, parte do pressuposto de que a relação de consumo se dá entre o fornecedor e o comprador. No entanto, já observou Guido Alpa, a maioria das operações de compra e venda de produtos, na relação de consumo, hoje se dá entre o comprador, o financiador e o fornecedor; não é mais uma relação bilateral, mas trilateral, com todas as implicações que daí decorrem para a definição de direitos, deveres e responsabilidades dos participantes do negócio.

E ainda na área de consumo, a nossa lei não regulou o comércio eletrônico, que hoje acontece em proporções gigantescas, inimagináveis na década de oitenta. Tanto que está exigindo sua reforma, com projeto de lei em tramitação no Congresso.

15. Com isso quero dizer que a vivência do direito, rente à vida, estando em constante mutação, exige de todos nós a permanente disposição de revisita, de releitura. Pressupõe a disponibilidade para aceitar fatos novos e vencer antigas convicções, especialmente daqueles operadores que foram formados – como eu – sob a ideia de que basta conhecer a lei para aplicar o direito, basta conhecer o texto, sem necessidade de usar a testa.

Nesse ponto, fundamental a participação da Universidade, cujo ensino deve estar voltado para a compreensão da realidade social – o direito é coexistência – e para a pesquisa bibliográfica e de campo, a fim de abrir novos horizontes e fornecer instrumental adequado ao profissional dos modernos tempos.

Já na estruturação do seu curso, a Universidade há de atender ao fato de que a distinção entre direito público e direito privado persiste apenas para fins didáticos, porque hoje a interpenetração de normas que regulam a vida das pessoas – o jardim e a praça – integram um único ordenamento, submetido integralmente aos valores éticos da Constituição, uma vez que o Estado moderno tem o compromisso de realizar o interesse de cada pessoa, nas suas relações com o Estado e nas suas relações com as outras pessoas.

16. Antes de concluir, gostaria de lembrar uma frase de um poema atribuído a Jorge Luis Borges, cuja autoria ele negou ferozmente: "Se pudiera vivir nuevamente mi vida, se pudiera volver atrás – trataría de tener solamente buenos momentos".

Como este.

Muito obrigado.

Plínio Melgaré
(Organizador)

O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE

Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Adalberto Pasqualotto
Anderson Schreiber
André Perin Schmidt Neto
Carlos Alberto Ghersi
Caroline Vaz
Celia Weingarten
Cláudio Luiz Bueno de Godoy
Daniela Courtes Lutzky
Eugênio Facchini Neto
Fabiano Menke
Felipe Kirchner
Flávia do Canto Pereira
Gerson Luiz Carlos Branco
José Bráulio Petry Fonseca
Luis Renato Ferreira da Silva
Luiz Edson Fachin
Marcos Rafael Rutzen
Maria Celina Bodin de Moraes
Maria Cláudia Cachapuz
Mauro Fiterman
Plínio Melgaré
Renan Lotufo
Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Sérgio Cavalieri Filho
Sílvio de Salvo Venosa

livraria DO ADVOGADO editora

Porto Alegre, 2014

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O direito das obrigações na contemporaneidade. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). **O direito das obrigações na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2014. p. 11-18.

Artigo também publicado em:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O direito das obrigações na contemporaneidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 23, v. 96, p. 13-20, nov./dez. 2014.