

**BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO CONTRATUAL NA LEI 10.406/2002
(CÓDIGO CIVIL/2002)¹**

Frederico Eduardo Zenedin Glitz

1. Introdução: o Código Civil de 2002 e o momento histórico.

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) entrou em vigor em janeiro de 2003, um ano após sua publicação (art. 2.045), revogando expressamente o Código Civil de 1916 (Lei 3071/16) e a Parte Primeira do Código Comercial (Lei 556/1850).

Trata-se, nos termos de Miguel Reale, da “constituição do homem comum”², que regula a vida do ser humano antes mesmo de seu nascimento até depois de sua morte.

O Código Civil, antes de sua aprovação, teve longa tramitação no Congresso Nacional. Em 1975 o então Presidente da República, Ernesto Geisel, submeteu à Câmara de Deputados o projeto de Lei 634-D elaborado por comissão de notáveis, coordenada por Miguel Reale³. Suas origens, no entanto, remontam ao Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 (Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães), ao Anteprojeto de Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira e ao Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes ambos de 1965.

O projeto do Código Civil passou por uma série de revisões e recebeu inúmeras emendas nas Casas do Congresso, sendo finalmente aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, no Senado em 1997 e pelo Plenário da Câmara em 2001.

¹ Publicado na Revista Jurisprudência Brasileira, n° 200, 2003, p. 79-100.

² REALE, Miguel. Visão Geral do novo Código Civil. *In* Novo Código Civil brasileiro: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação codificada e extravagante, 3. ed., São Paulo: RT, 2003, p.09.

³ A redação da parte do projeto referente ao Direito das obrigações ficou sob responsabilidade de Agostinho de Arruda Alvim.

Segundo Reale⁴ a demora na aprovação do Projeto se justificou na medida das grandes alterações políticas pelas quais passava o Brasil, em especial a transição do regime militar para o democrático e a promulgação da Constituição da República em 1988⁵. Certamente trata-se de justificativa parcial, na medida em que após a promulgação da Carta, outros 14 anos se passaram até a definitiva aprovação do projeto.

A redação do Código Civil obedeceu a pressupostos, que segundo o coordenador dos trabalhos⁶ foram: a) preservação, no possível, do antigo Código Civil (justificada pelos méritos de sua elaboração e pelo acervo jurisprudencial e doutrinário produzido sob sua égide); b) impossibilidade de simples revisão do CCB/1916 vez que referente a outro momento histórico; c) alteração do CCB/1916 levando-se em conta a eticidade, socialidade e operabilidade; d) aproveitamento das tentativas anteriores de alteração do CCB/1916; e) inserção no CCB/2002 apenas das matérias de comprovada relevância prática, deixando à legislação esparsa para matérias ainda em estudo; f) dar nova estrutura ao CCB/1916 preservando-se a Parte Geral; g) unificação do Direito das obrigações⁷.

⁴ REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *In* Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, Junho 1998, Vol. 752, p.22-30.

⁵ Que teria apenas “confirmado” o sentido social que já impregnava o Projeto de Código Civil, principalmente no que se refere aos Direitos reais e obrigacionais. Em matéria de direito de família, no entanto, as mudanças foram mais profundas. De qualquer maneira, segundo Reale, o Projeto foi facilmente adaptado ao teor da Constituição da República.

⁶ REALE, Visão Geral do Novo Código Civil, p. 11-12.

⁷ Uma das inovações que vem sendo atribuída ao Código Civil de 2002 é a unificação do direito privado brasileiro. Miguel Reale é reticente em fazer esta afirmação (REALE, Visão geral do novo Código Civil, p.12). Para Reale o mérito do Código Civil de 2002 é a unificação do direito obrigacional brasileiro.

A tentativa de unificar o direito obrigacional no Brasil é antiga, remonta a época de Teixeira de Freitas, quando incumbido de elaborar um projeto de Código Civil. O Código de 1916, de autoria de Clóvis Beviláqua, manteve a distinção. Os estudos para elaboração de um Código de Obrigações, entretanto, foram retomados (1941 e 1965).

O legislador ao revogar o Código Comercial entendeu por bem unificar o tratamento do direito obrigacional, disciplinando matérias como os títulos de crédito e parte do direito societário. Algumas dessas matérias, no entanto, há muito tinham deixado de ser reguladas pelo Código Comercial.

A unificação do direito obrigacional já mereceu críticas. Entre elas o fato de o direito empresarial ser dinâmico e que suscitaria novas regulamentações de acordo com as exigências da mobilidade econômica. Trata-se, em verdade, da mesma crítica que se tem feito ao Código Civil de 2002 como um todo. A mobilidade social em pouco tempo demandará a reforma de suas disposições..

Ainda segundo Reale⁸, o Projeto do CCB/2002 obedeceu a três princípios fundamentais, que completariam o pano de fundo de sua elaboração. Esses princípios, essenciais para a futura interpretação da lei, seriam:

a) **Eticidade**: trata-se de reconhecer a importância dos valores éticos no Ordenamento jurídico privado. Essa constatação levou o legislador a adotar as chamadas “cláusulas gerais” atribuindo liberdade hermenêutica ao julgador. Exemplos disso seriam: o art.113 (interpretação de boa-fé dos negócios jurídicos), art. 187 (abuso de direito) e art. 422 (boa-fé nos contratos).

b) **Socialidade**: seria a superação do caráter individualista, com o predomínio dos interesses sociais sobre os particulares, sem deixar de valorizar a pessoa humana. Exemplo seriam o art. 421 (função social do contrato) e o art. 422 (boa-fé nos contratos).

c) **Operabilidade**: buscou-se eliminar as dúvidas do CCB/1916 facilitando a interpretação e aplicação do CCB/2002. Exemplo seria o regime da prescrição e decadência. Os casos de prescrição estariam enumerados exhaustivamente na parte geral do Código (art. 205 e 206) enquanto os casos de decadência estariam previstos juntamente aos dispositivos que criam os direitos.

Reale também destaca, como relevante inovação da nova codificação, a utilização das cláusulas gerais que carregam a “indeterminação do preceito”⁹ e que permitiram “ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes”¹⁰.

O “novo” Código Civil, contudo, não ficou livre de críticas. Em primeiro lugar, apontou-se a grande ausência da participação da sociedade civil (seria segundo Luiz Edson Fachin, portanto, o Código da indiferença¹¹). O prolongado trâmite legislativo teria criado a falsa impressão de que o então projeto jamais se converteria em lei. O contrário se deu, no entanto. O projeto datado de 1975, revisado e atualizado de acordo com a Constituição de 1988, foi promulgado e ora se encontra vigente.

⁸ REALE, Visão Geral do Novo Código Civil, p.12.

⁹ REALE, Visão Geral do Novo Código Civil, p.16.

¹⁰ REALE, Visão Geral do Novo Código Civil, p.16.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. O Código da indiferença. *In* Folha de São Paulo, sábado, 16 de maio de 1998, Cad. Cotidiano, p.03.

A grande justificativa encontrada pelo Legislador para sua iniciativa teria sido a incapacidade de o Código Civil de 1916 responder às demandas sociais. Essa codificação, voltada ao pensamento do Século XIX, teria perdido a capacidade de pacificação social.

Note-se, no entanto, que a própria técnica das codificações é fruto daquele período. Representa o auge do liberalismo econômico e político, e anseio máximo de uma classe em ascensão: a burguesia. A Codificação naquele período representava um avanço, na exata medida em que acabaria com os privilégios de classes (igualando a todos legalmente) e tornaria o direito certo e estável (a não depender da vontade do monarca), por esse motivo buscava regular exaustivamente toda matéria relevante, negando mesmo a existência de lacunas no seio do sistema que criava. O Código é antes de tudo um produto histórico, fruto de uma dada sociedade em um determinado período da história.

A técnica, contudo, não passou incólume pelo agitado e breve século XX¹², principalmente após o segundo conflito mundial. Paulatinamente se percebeu que o Código Civil não conseguia prever (e regular) todas as situações que a rica realidade apresentava. O Estado tornou-se intervencionista e o legislador brasileiro passou a utilizar-se da legislação esparsa para regular as mais variadas matérias.

Há quem identifique nesse fenômeno sinais de descodificação, isto é, “um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil, com a proliferação de leis civis e especiais que reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos. Representa o ocaso dos Códigos Civis e a passagem do monossistema jurídico da modernidade, centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição.”¹³

Se por um lado a produção legislativa se intensificou, por outro passou o intérprete a buscar a harmonização do sistema. Esta harmonização seria

¹² A Era dos Extremos segundo Eric Hobsbawm (HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XIX – 1914-1991, 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1997.).

¹³ AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *In* Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região. Brasília, Vol 8, outubro/dezembro 1996, p.646.

conseguida quando as normas de direito privado passaram a ser lidas de acordo com os ditames constitucionais¹⁴.

"Nesta medida a Constituição – e os princípios nela contidos – funciona como medida normativa das regras e atos jurídicos nos momentos de sua gênese, desenvolvimento, interpretação e aplicação, condicionando a integralidade do processo normativo e transfigurando, por força de sua incidência, os textos anteriores".¹⁵

Também o direito civil deve obediência aos enunciados constitucionais. A proteção da propriedade, da empresa, a execução dos contratos se dá enquanto instrumentos de proteção à dignidade humana e de justiça social.

Se a descodificação ameaçava retirar o fundamento de validade das relações privadas, acabou por demonstrar a imperiosa necessidade da valorização da pessoa humana e do respeito às garantias constitucionais. O Código Civil deixou seu papel central no ordenamento para também retirar sua validade da Constituição. Estaria, então, superada uma fase da história jurídica brasileira.

Nessa medida pode-se questionar a oportunidade da edição de um novo Código e mesmo se a técnica adotada pelo legislador não estaria ultrapassada¹⁶. Francisco Amaral, por exemplo, é categórico: "Com nostalgia, mas também com senso de realidade devemos reconhecer que o declínio do Código Civil está consumado, não subsistindo razões, que não sejam meramente formais, para um novo Código."¹⁷

¹⁴ Renan Lotufo assevera que, na realidade brasileira, esse fenômeno foi especialmente sentido com a promulgação da Constituição de 1988 que teria causado "um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, por passar a lei maior a disciplinar diretamente matéria que, até então, era de exclusivo tratamento pela lei ordinária, muito particularmente por tratar de matéria, até então, objeto de regulamentação exclusiva do Código Civil." (LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil. *In Revista do Advogado*, nº68. São Paulo: AASP, Dezembro 2002, p.25).

¹⁵ COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 1992, v. 3, p.137.

¹⁶ Em recente entrevista, Luiz Olavo Baptista afirmou ser o Brasil um país esclerosado: "É esclerosado no sentido que tem uma rigidez cultural e social imensa, é um país que só faz as mudanças no nível legislativo, não faz mudanças substanciais." e completa: "Vejo que nossa esclerose fez com que inventássemos o exorcismo legal. Todo problema que nasce é demonizado, imediatamente se exige que o Congresso vote uma lei para exorciza-lo." (FRANCO, Célia de Gouvêa. As lições do juiz brasileiro na OMC. *In Valor Econômico*, Segunda-feira, 14 de abril de 2003, p.A-16).

¹⁷ AMARAL, Op. Cit., p.649.

Ricardo Rodrigues Gama vai mais além: “A dimensão do novo Código Civil não reflete o avanço nas relações jurídicas dos brasileiros que dele vão se valer.”¹⁸

As críticas não se resumem ao momento histórico. Há mesmo quem critique o número de artigos adotado pelo legislador¹⁹. Outras objeções foram levantadas, como o fato de o Código não mais refletir a sociedade que pretende regular e mesmo o de trazer retrocessos em diversas matérias, principalmente, no direito de família. A redação de alguns dispositivos também foi criticada como o famoso art. 561 (homicídio do doador) que criou certa comoção na imprensa.

Renan Lotufo, no entanto, entende que é justamente o novo Código Civil brasileiro que permitirá efetividade às normas constitucionais. Entende, ainda, que algumas críticas feitas ao novo Código são apressadas e que a descodificação não refletiria a tendência internacional, uma vez que diversos países, recentemente, teriam adotado novas codificações. Conclui argumentando que “o novo Código Civil é um progresso, apesar de parte dos doutrinadores não verem isso como um progresso e acharem que se deve permanecer como está, sob a alegação que o novo Código não estaria tão moderno quanto desejado. Atualizar o ultrapassado, no mínimo, é evolutivo, e não poderíamos perder esta oportunidade de atualização.”²⁰

Apesar de todas as críticas e ressalvas o projeto foi aprovado e o Código Civil promulgado e já é vigente. Cabe-nos, nos dizeres de Luiz Edson Fachin, proceder a uma “necessária hermenêutica construtiva das relações jurídicas”²¹. Ou, ainda, como defende Gustavo Tepedino²², devemos abandonar a

¹⁸ GAMA, Ricardo Rodrigues. Algumas considerações sobre o novo Código Civil brasileiro. *In* Revista de Direito Privado, nº 9, RT: São Paulo, Janeiro/Março 2002, p.18.

¹⁹ Segundo Ricardo Rodrigues Gama o ideal seria que o novo Código Civil contivesse 4.500 artigos para “tratar abundantemente de todas as matérias que traz” (GAMA, Op. Cit., p.18), principalmente diante da unificação do direito privado.

²⁰ LOTUFO, Op. Cit., p.29/30.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. Código Civil: lei nova e velhos problemas. *In* O Estado do Paraná, Direito & Justiça 16/03/2003.

²² TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In* TEPEDINO, Gustavo (org.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XV-XXXIII.

hostilidade em relação ao seu texto e buscar sua adequação ao texto constitucional, sem abandonar uma postura crítica.

2. As cláusulas gerais

O legislador, buscando dar dinamicidade ao Código Civil, adotou a técnica das cláusulas gerais. Essa não é novidade em termos de técnica legislativa pois já consagrada na Constituição da República e pelo Código de Defesa do Consumidor.

As cláusulas gerais são, nos dizeres de Judith Martins Costa, “as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis”, possibilitando “o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, deveres de conduta não previstos legislativamente (...), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.”²³

As cláusulas gerais diferem da antiga técnica legislativa pois não se limitam a definir geral, uniforme e abstratamente conceitos e conseqüências que pretendem aplicados a todos os casos concretos. A cláusula geral assume a característica da concreção e individualização, ou seja, utiliza-se termos propositalmente vagos e abertos que permitem a atividade criadora dos intérpretes.

Estaríamos, assim, diante de uma das vantagens dessa técnica legislativa: a mobilidade. A intencional vagueza dos termos permitira a abertura constante das normas aos avanços sociais, ao contrário do modelo do CCB/1916 em que a precisão era a nota.

Note-se, ademais, que ao contrário do modelo de 1916 não se está diante de uma resposta pré-formulada ao problema. Este será solucionado

²³ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *In* Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, Julho 1998, p.26/27.

progressivamente pela atividade da doutrina e jurisprudência. A cláusula geral, em verdade, fixa os critérios para a solução desse conflito.

Judith Martins Costa aponta desvantagem desse sistema: criar incerteza até o posicionamento definitivo da jurisprudência. Por esse motivo, segundo a autora, nenhum Código deve ser formulado exclusivamente com o emprego dessa fórmula, sob pena de se criar um elevado grau de insegurança jurídica.

As cláusulas gerais incorporadas merecerão, contudo, atenção do intérprete pois “as cláusulas gerais em codificações anteriores suscitaram compreensível desconfiança, em razão do alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete: ou se tornaram letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhes atribuir um conteúdo menos subjetivo.”²⁴ O legislador contemporâneo, para evitar essas críticas, passou a adotar as cláusulas gerais que “não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativa e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas.”²⁵ Tepedino entende que as cláusulas gerais tal como adotadas pelo Código Civil de 2002 não prevêm esses critérios, assevera, ainda, que elas somente poderão representar uma transformação no atual panorama se lidas de acordo com a Constituição da República.

Mas a que atenderia essa técnica legislativa? A doutrina elenca diversas funções à cláusula geral: criação de normas gerais pelo juiz (pela reiteração de seus pronunciamentos), permitir mobilidade ao Código Civil (pela incorporação de princípios valorativos externos ao Código) e permitir um maior intercâmbio das disposições (conceitos e princípios) contidas nos diversos regramentos (Constituição e legislação esparsa).

Esse tipo de cláusula redefine o papel da jurisprudência, sem contudo, permitir arbitrariedade, principalmente porque “remetem para valoração objetivamente válidas na ambiência social”²⁶. Além disso, a jurisprudência deve

²⁴ TEPEDINO, Op. Cit., p.XIX.

²⁵ TEPEDINO, Op. Cit., p.XIX.

²⁶ GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *In* Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, Abril/junho 2000, Vol. 2, p.18.

limitar sua interpretação de acordo com as garantias constitucionais e a proteção dos direitos humanos.

No CCB/2002 as cláusulas gerais são principalmente encontradas nos Livros referentes ao Direito de Família e ao Direito das Obrigações. Dentre elas nos interessam principalmente: a função social do contrato e a boa-fé contratual.

3. A cláusula geral da função social do contrato.

Os movimentos revolucionários europeus do século XVIII e XIX inauguram o Estado de Direito na Europa e impõem o sistema econômico liberal, baseado nos princípios da legalidade, liberdade individual, igualdade e propriedade. Representavam o crescimento da mentalidade racionalista cujo apogeu se daria anos mais tarde com a edição do *Côde de Napoléon* (1804).

A principiologia contratual, inspirada nessas conquistas burguesas, ressaltou o individualismo e o liberalismo. O direito contratual que, então, tornou-se paradigma, foi aquele que surgiu e se corporificou nas codificações iluministas dos Estados liberais, nos quais constituiu-se como instrumento da autonomia da vontade e liberdade, indispensáveis ao direito de propriedade.

O modelo liberal do contrato foi “estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes”.²⁷ Dando clara ênfase à figura da vontade, e de sua conseqüente vinculatividade. A vontade, desde que livre e isenta de vícios, criaria a relação jurídica e o vínculo obrigacional. Contratantes formalmente iguais estariam vinculados pela manifestação de suas respectivas vontades. Sua pretensa igualdade justificava a obrigatoriedade do contrato celebrado.

A velha máxima de que o contratante é o melhor juiz de seus próprios interesses, passou a desautorizar qualquer intervenção estatal no contrato.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 84, v. 722, dez. 1995.p. 41.

Tratava-se do anseio burguês por certeza e previsibilidade na condução dos negócios, pois o comércio somente poderia prevalecer em um ambiente em que fosse possível prever os custos e calcular os lucros²⁸.

Com o tempo, contudo, este modo de pensar passou a legitimar o abuso e a exploração de um contratante pelo outro.

O incremento tecnológico e a massificação das relações contratuais contribuíram para o agravamento desse estado de coisas. A teoria clássica do contrato, paulatinamente, demonstrou-se despreparada para a contemporaneidade.

O legislador busca, então, através de sua atuação garantir o equilíbrio entre os contratantes, coibir os abusos e preservar os interesses sociais. A contemporaneidade contratual, portanto, é marcada por um forte apelo social²⁹. É nesse cenário que o legislador busca a socialidade que, segundo Reale, marcou toda a elaboração do CCB/2002.

Nesse sentido dispõe o art. 421 do CCB/2002 que a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Trata-se da projeção ao direito contratual das garantias constitucionais previstas no art. 5º, XXIII e art. 170 da Constituição da República.

A função social do contrato não foi criada pelo Código, já possuía existência prévia e independente da lei³⁰. Trata-se de superação do voluntarismo jurídico que não concebia qualquer limitação a livre contratação e exigia o estrito cumprimento dos termos do contrato celebrado.

²⁸ Conforme assevera Antonio Manuel Hespanha: “Sabe-se como a previsão e o cálculo de que dependem o êxito dos empreendimentos econômicos do capitalismo exige uma racionalização da vida e, quanto possível, uma proscricção do acaso e do imprevisto. Racionalizada a vida, as previsões dos empresários tornam-se cada vez mais certas, acresce o rigor do cálculo e, desenvolvendo-se tudo como estava previsto, os lucros tornam-se menos incertos e maiores.” (HESPANHA, Antonio Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX. Separata de vèrtice*, nº340, 341 e 342. Coimbra, 1972, p.10/11).

²⁹ Neste sentido: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10-20.

³⁰ Segundo Arnoldo Wald, por exemplo, a função social do contrato já estaria consagrada no ordenamento jurídico brasileiro quando o CCB/1916 repelia o abuso de direito e quando a Constituição da República (1988) consagrava a função social da propriedade (WALD, Arnoldo. *Um novo Direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, Julho/Agosto 2001, nº12, p.49-50).

As categorias jurídicas são históricas e culturais³¹, nesse sentido o Código, marcado pela socialidade, atribuiu função social ao contrato, ou seja, “atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra em dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.”³²

Tepedino a compreende como “o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.”³³ Para o autor, a função social do contrato está intimamente ligada a noção de boa-fé objetiva.

A cláusula geral da função social exerce, segundo Judith Martins Costa, dupla função: restritiva e reguladora. Restritiva no sentido de ser condicionante do pleno exercício da liberdade contratual, já reguladora no sentido de que a função social é elemento integrante do conceito de contrato, sendo a liberdade de contratar exercida em sua função.

Paulo Nalin, por sua vez, assevera que o Código Civil de 2002 não funcionaliza, propriamente, o contrato, mas a liberdade contratual vez que a condiciona em razão e nos limites da função social³⁴. A norma continuaria, no entanto, tendo sua virtude na medida em que serviria de “chave para a abertura do sistema civil”³⁵.

A noção de função social do contrato que Paulo Nalin³⁶ apresenta é bastante interessante. Ela se verificaria em dois níveis: a) intrínseco que diria respeito à observância, pelos contratantes da principiologia contratual (igualdade material, eqüidade e boa-fé objetiva) e b) extrínseco relativo à

³¹ Nesse sentido: SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In *Revista de Direito Privado*, nº10. São Paulo: RT, Abril/junho 2002, p.18 e 27.

³² COSTA, Op. Cit., p.39.

³³ TEPEDINO, Op. Cit., p.XXXII.

³⁴ NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, Outubro/Dezembro de 2002, nº 12, p.50-60.

³⁵ NALIN, Op. Cit., p.52.

³⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 226-227.

coletividade, consubstanciado na repercussão dos efeitos do contrato nas relações sociais.

Há quem identifique, no entanto, a função social do contrato com a justiça contratual e o equilíbrio das prestações³⁷. Há também aqueles que entendem que a função social do contrato está vinculada a questões de ordem pública³⁸, isto é, teria função meramente limitadora da liberdade contratual³⁹. Ou, ainda, que a função social do contrato equivale a liberdade contratual, limitada pela ordem pública e pelos interesses coletivos⁴⁰.

A função social do contrato, contudo, parece ter maior abrangência. Está ligada a noção de interesse coletivo (mitigando-se o princípio da relatividade dos efeitos do contrato)⁴¹ e que, embora ligada a noção de equilíbrio das prestações, não se limitaria a ela⁴².

Arnoldo Wald entende que o CCB/2002 operou verdadeira “revolução dogmática” na medida em que atribuiu função social ao contrato. Assevera, no entanto, que “a função social do contrato não deve afastar sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade.”⁴³

A força obrigatória dos contratos e a intangibilidade contratual, portanto, não restam simplesmente afastadas, mas devem ser relidas, de acordo com essa nova realidade.

Recentemente a Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, em Brasília-DF, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ elaborou enunciados sobre alguns dispositivos do

³⁷ BARBOSA, Fernando Cabeças. A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil. *In* Repertório de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de Abril de 2002, nº8/2002, Caderno 3, p.201-198.

³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *In* Revista do Advogado, nº68. São Paulo: AASP, Dez/2002, p.86.

³⁹ BRITO, Edvaldo. Nota prévia. *In* GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.XV.

⁴⁰ TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *In* Revista do CEJ, nº19. Brasília, Out/dez 2002, p.96.

⁴¹ NALIN, A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro, p.52 e seguintes.

⁴² “Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral.” (SANTOS, Op. Cit., p. 29).

⁴³ WALD, Op. Cit., p.51.

CCB/2002⁴⁴, a relevância desses enunciados é a possibilidade deles virem a orientar a jurisprudência em relação a interpretação da lei 10.406/2002.

Em relação ao art. 421 do CCB/2002, considerou-se que a cláusula geral de boa-fé “impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato” (enunciado nº 21), que reforça a idéia de conservação do negócio jurídico (enunciado nº 22) e que “não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance deste princípio, quando presentes estejam interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” (enunciado nº23).

O CJF, no entanto, rejeitou a proposta de enunciado que afirmava ser a função social do contrato requisito de validade dos contratos, podendo gerar a anulação do contrato ou de cláusula contratual.

Esse último posicionamento faz-nos indagar, juntamente com Paulo Nalin, qual seria a consequência da inobservância da função social do contrato. Embora afirme que o legislador se omitiu nesse ponto, Nalin considera que se estaria diante de um caso de nulidade⁴⁵. Ressalva, no entanto, que poderia o intérprete, diante do caso concreto, conservar o negócio de acordo com o interesse coletivo, atribuindo-lhe outras consequências.

4. A cláusula geral da boa-fé objetiva

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos⁴⁶, não havia no direito brasileiro regra genérica que positivasse o princípio da boa-fé objetiva. O Código Civil de 1916 previa, no entanto, em algumas situações específicas, o dever de boa-fé, mas por certo se tratava da boa fé subjetiva.⁴⁷

⁴⁴ Podem ser consultados no *site*: <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/Enunciados.asp>.

⁴⁵ NALIN, Do contrato: conceito pós-moderno, p. 233-242.

⁴⁶ Itália, Alemanha, Portugal e França, entre outros.

⁴⁷ Definida por Antonio Junqueira de Azevedo como: "estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A Boa fé na formação dos contratos. In Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 3, p.79).

A boa-fé objetiva ("como regra objetiva de conduta"⁴⁸) foi positivada pela Lei 8078/90 (art. 4º, III e 51, IV). Também a Lei 10.406/2002 (art. 422) incorpora a boa-fé objetiva como regra geral aplicável a todos os contratos.

Essa cláusula geral, inserida no CCB/2002, "tem o mérito de atuar como lei de conexão, para permitir a jurisprudência a reunião, a sistematização e o desenvolvimento das várias hipóteses de conduta contratual."⁴⁹

Sua importância decorre de suas funções: modelo de conduta (cooperação), limite ao exercício de direito, *standard* interpretativo e fonte de direitos e deveres (consideração, cuidado, informação, cooperação, etc.). Esses são deveres que cabem a ambos os contratantes e visam ao cumprimento da relação obrigacional.

O legislador ao estabelecer o princípio da boa-fé, guiando-se pela eticidade, nas relações contratuais, teve como finalidade impor aos contratantes um agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante. Nesse sentido buscou albergar as funções de uma tal cláusula geral: modelo interpretativo (art. 113), limite ao exercício de direito (art. 187) e modelo de conduta (art. 422).

Tepedino⁵⁰ considera que mais uma vez se deixou de prever "balizas hermenêuticas" ao intérprete, mas que este deverá interpretá-la constitucionalmente de modo a adequá-la aos quatro princípios constitucionais fundamentais da atividade econômica: dignidade da pessoa humana, valor social da livre iniciativa, solidariedade social e igualdade substancial.

O legislador, também, deixou de positivizar a função criadora da boa-fé, isto é, como fonte autônoma de direitos e deveres⁵¹.

Além disso, Antônio Junqueira de Azevedo⁵² considera que o art. 422 é insuficiente e deficiente. Seria insuficiente porque não se revela claramente

⁴⁸ AZEVEDO, Op. cit., p.79.

⁴⁹ COSTA, Op. Cit., p.47.

⁵⁰ TEPEDINO, Op. Cit., p.XXXI.

⁵¹ BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O princípio da boa-fé objetiva no novo Código Civil. In Revista do Advogado, nº68. São Paulo: AASP, Dez/2002, p.111-119.

⁵² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In Revista dos tribunais, n.775. São Paulo: RT, Maio 2000. p.11-17.

como norma cogente ou dispositiva e porque limita ao período que vai da conclusão do contrato até a sua execução (não atenderia as fases pré-contratual⁵³ e pós-contratual⁵⁴).

Segundo Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci a redação do art. 422 poderia, em princípio, parecer limitadora, mas considera que a doutrina e jurisprudência desde há muito teriam firmado o entendimento, mesmo ausente o texto legal, no sentido mais amplo, não havendo motivo para a restrição na interpretação⁵⁵. Fato, aliás, reconhecido pelo Conselho da Justiça Federal em seu enunciado nº25 editado por ocasião das Jornadas de Direito Civil.

O projeto de lei para reforma no CCB/2002 (PL nº6.960/2002) de autoria do Dep. Fiúza prevê a alteração da redação do art. 422 para atender as críticas levantadas por Junqueira de Azevedo.

Outra insuficiência, segundo Junqueira de Azevedo, seria fato de que ao se referir a “execução” do contrato teria o legislador deixado de lado a hipótese de a obrigação ter sido cumprida substancialmente e a invocação da cláusula resolutiva (por inadimplemento) ser empregada com má-fé.

O Código, ainda, seria deficiente porque não teria previsto a possibilidade de interpretação de boa-fé para suprir e corrigir eventuais falhas no contrato (integração). Destaque-se nesse sentido o reconhecimento dessa possibilidade definida no enunciado nº26 do Conselho da Justiça Federal.

⁵³ Para ilustrar, Azevedo cita o famoso caso dos tomates. Este caso, também citado por Renata Balbino, se refere ao julgamento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de caso envolvendo a Companhia Cica. Esta teria criado expectativas nos produtores de tomates gaúchos de que compraria a futura produção, tendo se recusado posteriormente a adquirir a safra acabou sendo condenada a indenizar os produtores (Ap. civ. ns. 591.027.818, 591.028.725, 591.028.741 e 591.028.790).

⁵⁴ Balbino explica essa hipótese com o exemplo do contrato de cessão de quotas de sociedade cujo objeto era a prestação de serviços educacionais. As cedentes exploravam o negócio no imóvel de propriedade de seu pai. Uma vez cedidas as quotas, o pai das cedentes vende o imóvel (na verdade já tinha a intenção de vender o imóvel antes da cessão, mas esse fato foi omitido nas negociações), prejudicando as novas proprietárias da escola. Haveria neste caso clara ofensa a boa-fé na fase pós-negocial (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. Civ. 103.025-4/0. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani).

Outro exemplo, também citado por Balbino, é o caso da revendedora de tubos e conexões que mantinha estoque e que foi atingida por sucessivas reduções de preços do material por parte da fabricante. As aquisições dos estoques teriam ocorrido nas vésperas das reduções de preços. O TJSP considerou existente o dever de indenizar frente a abusividade das alterações de preço (TJSP, Embargos Infringentes nº79.589-4/8-02, Rel. Des. José Osório de Azevedo Jr.).

⁵⁵ TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal Cruz e. Teoria geral da boa-fé objetiva. In Revista do Advogado, nº68. São Paulo: AASP, Dez/2002, p.100-110.

5. Negócio jurídico.

O CCB/2002 traz importante inovação a partir do art. 104. Trata-se da disciplina do negócio jurídico. A Lei 10.406/2002 substituiu a expressão genérica ato jurídico, que se encontrava no Código Civil de 1916, pela designação específica de negócio jurídico, pois é a este, e não necessariamente àquele, que se aplicam todos os preceitos ali constantes.

No tocante aos atos jurídicos lícitos, que não negócios jurídicos, o CCB/2002 prevê seu regramento no art. 185 em que se determina que se lhes apliquem, no que couber, as disposições referentes ao negócio jurídico.

Alguns dispositivos previstos nesse capítulo merecem uma breve análise.

O **art. 105**, por exemplo, prevê que a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio para invalidar o negócio. Interessante notar que o antigo art. 83 do CCB/1916 referia-se apenas a “incapacidade”. Segundo Rose Melo Vencelau⁵⁶ é realmente desnecessária a indicação da incapacidade relativa, já que a incapacidade absoluta gera necessariamente a nulidade do negócio, independentemente da vontade das partes (art. 166, I). Destaque-se, ainda, o art. 180 que prevê, justamente, a impossibilidade de o menor, entre 16 e 18 anos, exonerar-se de obrigação assumida quando tenha ocultado sua verdadeira idade.

Já o **art. 108** estabelece que a escritura pública é essencial apenas aos negócios jurídicos que visem a transferência constituição, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis com valor superior a 30 (trinta) salários mínimos. Já está sendo noticiado, no entanto, que alguns Cartórios de Registro de Imóveis do Estado de São Paulo estão defendendo a obrigatoriedade de escritura pública, obedecido o limite do art. 108, para as promessas de compra e venda⁵⁷. Aqueles que defendem a desnecessidade de escritura pública para

⁵⁶ VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In TEPEDINO, Gustavo (org.). A parte geral do novo Código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.187.

⁵⁷ Cf. Valor Econômico, 24/04/2003.

contratos preliminares baseiam-se no disposto nos arts. 462 e 1417. Destaque-se, ainda, que o parágrafo único do art. 463 estabelece a obrigatoriedade de registro dos contratos preliminares.

Interessante destacar, ainda, o **art. 110** que expressamente reconhece a teoria da declaração para a formação do contrato. Determina que a manifestação da vontade persiste, mesmo que o autor tenha feito reserva mental. Rose Melo Vencelau destaca neste artigo a positivação da figura da reserva mental, distinguindo-a em desconhecida e conhecida do declaratório⁵⁸.

O **art. 113**, por sua vez, cria a regra segundo a qual os negócios devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos e costumes do local. Trata-se de dispositivo complexo que consagra, segundo Reale, os princípios da eticidade, operabilidade e socialidade⁵⁹. Sua complexidade permite ampla construção doutrinária e jurisprudencial, principalmente permitindo a adequação do comando normativo a realidade de cada região.

6. O silêncio como anuência.

O **art. 111** prevê hipótese em que o silêncio importa anuência, isto é, quando as circunstâncias ou os usos a autorizarem e quando não for necessária anuência expressa.

Ensina Darcy Bessone que a vontade, por ser ato interno, depende da manifestação ou declaração para produzir efeitos⁶⁰. Essa manifestação pode se dar direta ou indiretamente. É direta aquela que dá conhecimento da declaração ao interessado. Já a manifestação indireta "resulta de atos que, não tendo a finalidade de dar conhecimento da declaração ao interessado, permitem, não obstante, conhecer, claramente, a vontade de quem os pratica."⁶¹

⁵⁸ VENCELAU, Op. Cit., p.190.

⁵⁹ REALE, Miguel. Um artigo chave do Código Civil. In http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2119. Acessado em 1º/07/2003 às 16:00 hrs.

⁶⁰ BESSONE, Darcy. Do Contrato: teoria geral, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.116.

⁶¹ BESSONE, Op. cit., p.117.

Dentre as formas de manifestação indireta da vontade destaca-se a manifestação tácita, ou seja, "quando se praticam atos ou fatos que não se destinam propriamente a exteriorizar uma vontade, mas esta se deduz do comportamento da pessoa."⁶²

É assente na doutrina clássica que o consentimento pode se dar tacitamente, desde que não haja vedação legal expressa. Esta regra foi também consagrada pelo Código Civil de 1916 em seu art. 1.079, sem correspondência no Código Civil de 2002.

Desse modo, poderiam ser consideradas manifestações tácitas de vontade "a atitude do passageiro que se introduz em um veículo de preço tabelado, ou ainda, a execução do contrato proposto. A aceitação assume a forma tácita mais freqüentemente do que a proposta."⁶³

Adverte BESSONE que o silêncio não deve ser confundido com o consentimento tácito, pois enquanto naquele não haveria qualquer tipo de manifestação ou comportamento dos quais se inferisse a intenção em acordar, já neste, os fatos e atos permitem concluir o consentimento.

Neste sentido a contribuição de Serpa Lopes: "o silêncio constitui um elemento capaz de aquisição, modificação e extinção de direitos, como o é, igualmente, para a formação dos contratos. Ao juiz incumbirá examiná-lo, através das circunstâncias que os acompanhem, estudando-as e interpretando-as segundo um critério igualitário e socializador. Tais circunstâncias devem ser complexivamente apuradas, isto é, devem ser tomadas em consideração não somente as que caracterizam o fato interno, psicológico e abstrato, daquele que silencia, como também o fato externo – social e concreto – relativamente àquele que fala."⁶⁴

Deste modo, entende-se que o silêncio (entendido com ausência de manifestação expressa da vontade) pode ser admitido como manifestação de vontade desde que carregue consigo elementos e circunstâncias suficientemente elucidativas do consentimento.

⁶² RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil. 6.ed. Campinas: Bookseller, 1999. Vol. I, p. 323.

⁶³ BESSONE, Op. cit., p.118.

⁶⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria. O Silêncio como manifestação da vontade, 3. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

Deve-se, ainda, averiguar se no caso em concreto não se aplica o disposto no art. 432 (art. 1084 do CCB/1916) do Código Civil, ou seja, a expressa dispensa de manifestação por parte do proponente.

Arnoldo Wald assevera, ainda, que: "A interpretação do silêncio como manifestação de vontade decorre do texto legal ou de costumes ou praxes comerciais ou finalmente da própria convenção existente entre as partes. Deste modo, nos negócios em que não costuma haver aceitação expressa ou quando o proponente a tiver dispensado, o contrato se reputa concluído salvo manifestação de vontade contrária por parte daquele a quem a proposta foi feita (art. 1084 do CC)."⁶⁵ Neste sentido há posicionamento jurisprudencial bastante antigo.⁶⁶

Também há o caso do art. 539 do CCB/2002 que prevê, no caso da doação, a possibilidade de o doador fixar prazo no qual deve o donatário manifestar sua recusa, sendo silêncio sinônimo de aceitação caso a doação não importe em encargo. Outro exemplo é o art. 303 também do CCB/2002.

A Lei nº 8.078/90, contudo, estabelece em seu art. 39, § único que naqueles casos em que o fornecedor de produtos ou serviços enviar, entregar ou prestar ao consumidor, sem prévia autorização, produto ou serviço não poderá dele exigir pagamento. Na hipótese de tratar-se de relação de consumo, restaria prejudicada a formação do vínculo contratual pela manifestação tácita, vez que há previsão legal em sentido contrário.

⁶⁵ WALD, Arnaldo. Obrigações e Contratos. 5.ed. ver. e atualizada. São Paulo: RT, 1979. p. 152.

⁶⁶ "RECURSO – Agravo no auto do processo – Falta de redução a termo – Agravante que a final apela – Não conhecimento. COMPRA E VENDA MERCANTIL – Pretendido não aperfeiçoamento do contrato por falta de aceitação expressa do vendedor – Existência de mero pedido de mercadorias – Remessa, todavia, de parte da encomenda ao comprador – Vínculo contratual caracterizado – Falta de entrega do restante – Inadimplemento havido – Ação de indenização procedente, inclusive quanto a honorários de advogado – Aplicação subsidiária dos arts. 1.079 e 1.084 do Código Civil.

CONTRATO – Compra e venda mercantil – Inexistência de aceitação expressa por parte do vendedor – Início, contudo, de execução pela remessa de parte da mercadoria ao comprador, que não a recusou – Manifestação tácita da vontade – Aplicação dos arts. 1.079 e 1.084 do Código Civil.

(...)

O consentimento pode resultar de ato ou fato inequívoco que faz presumir a anuência do vendedor, como seja, o início da execução do contrato pela remessa de mercadoria." (*In* Revista dos Tribunais 231/304).

Em conclusão, a manifestação tácita (silêncio acompanhado de atos que indiquem a aceitação do contrato) gera efeitos obrigacionais, em especial se da proposta constou a expressa dispensa de manifestação, isso desde que não haja relação de consumo. Já o silêncio, entendido como ausência de qualquer tipo de manifestação, não gera efeitos obrigacionais, salvo as hipóteses legalmente previstas (art. 303, art. 539, etc.)

7. Algumas inovações em relação aos defeitos do negócio jurídico.

O Capítulo referente aos defeitos do negócio jurídico também apresenta algumas inovações.

O **art. 138** vai além do antigo art. 86 e estabelece que são anuláveis os negócios jurídicos quando a declaração de vontade emanar de erro substancial, quando este pudesse ser percebido por pessoa de diligência normal em face às circunstâncias do negócio.

O erro substancial se refere à característica essencial ao negócio (art. 139). O CCB/2002 cria uma limitação a anulação por erro, a necessidade de o erro ser aferível por pessoa de diligência normal diante das circunstâncias concretas, ou seja, reconhecível⁶⁷.

O **art. 139** que define erro substancial admite outra hipótese em que este seria verificado: sendo erro de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, quando for o motivo único do negócio (III). Trata-se do falso conhecimento da norma ou sua interpretação equivocada, ou seja, a pessoa somente contrata porque acredita estar procedendo de acordo com preceito legal. Trata-se “da hipótese em que o agente emite declaração de vontade no pressuposto falso de que procede segundo preceito legal, e que não realizaria o ato se estivesse perfeitamente informado.”⁶⁸ Destaque-se que o CCB/1916 não admitia expressamente essa hipótese.

⁶⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (org.). A parte geral do novo Código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.255.

⁶⁸ NEVARES, Op. Cit., p.262.

No inciso II, o legislador limita o erro substancial em relação à pessoa quando exige que a qualidade da pessoa tenha influído relevantemente na declaração de vontade, ou seja, a pessoa só contrata porque o outro contratante possui característica específica.

O **art. 143** prevê o erro de cálculo que apenas autoriza a retificação da declaração de vontade, preservando-se o negócio. Já o **art. 144** prevê mais uma hipótese de conservação do negócio, isto é, quando a pessoa a quem se dirige a manifestação de vontade (viciada pelo erro) se compromete a executá-la de acordo com a real intenção do manifestante.

Em relação ao dolo, o **art. 148** prevê o dolo de terceiro. Inova em relação ao art. 95 do CCB/1916, pois permite a anulação do negócio quando a parte que se aproveitou do dolo de terceiro dele soubesse ou devesse saber. O prejudicado terá ação de reparação de danos em face do terceiro ainda que subsista o negócio.

O **art. 149** distingue duas hipóteses de dolo do representante. Se dolo do representante legal o representado pode ser responsabilizado até o montante que aproveitou, se caso de representação convencional, o representado responde solidariamente com o representante por perdas e danos. O representado, por sua vez, tem ação regressiva contra o representante.

Em relação à coação, o parágrafo primeiro do **art. 151** prevê que se a coação se referir a pessoa que não seja familiar do paciente, caberá ao juiz declarar a existência ou não da coação.

Já o **art. 154** prevê que a coação de terceiro vicia o negócio se dela conhecia ou devesse conhecer aquele que aproveita. Respondendo aquele que aproveita solidariamente com o terceiro por perdas e danos

Por outro lado, se a parte a que aproveita a coação de terceiro não tomou ou não deveria tomar conhecimento dela, o negócio subsiste (**art. 155**). O coator, entretanto, responderá por perdas e danos.

8. A lesão.

Embora tenha sido apregoada como uma das grandes inovações da Lei 10.406/2002, a figura da lesão não pode ser considerada nova. Trata-se de categoria bastante antiga que, segundo a doutrina tradicional, teria sua origem ao direito romano imperial.

Em Roma ligar-se-ia a idéia de desproporção de prestações, tarifada em metade do valor do bem (*ultra dimidium*). Distinguia-se como figura estritamente objetiva, não havendo necessidade de verificação subjetiva da intenção dos contratantes, isto é, bastava a demonstração da desproporção para anulação do negócio.

A noção da lesão é posteriormente retomada pelos canonistas que, a luz das novas circunstâncias sociais e axiológicas, passam a trabalhá-la como vício do consentimento (presumindo o dolo na própria desproporção), ou seja, com caráter mais subjetivo.

Modernamente a lesão teve sua aplicação, e em alguns casos o próprio reconhecimento, restringido⁶⁹. Tratava-se de um novo cenário, com outros interesses em jogo. Passou-se a valorizar a estabilidade, a segurança e a previsibilidade nas relações contratuais. A nova elite moldava o mundo de acordo com seus próprios modelos.

O direito brasileiro é especialmente paradigmático nesse sentido. Enquanto colônia, aqui vigoraram as Ordenações do Reino. Essas não só reconheciam a figura da lesão, como lhe davam caráter eminentemente objetivo (com a tarifação *ultra dimidium*). Esse regime vigorou mesmo após a independência política brasileira, por força da Lei de 20 de outubro de 1823.⁷⁰

Esse cenário legislativo somente foi alterado em 1832 quando se revogou a legislação anterior e se consagrou a ampla liberdade contratual. O Código Comercial de 1850, seguindo essa mesma tendência, vedou a alegação de lesão pelos comerciantes (art. 220).

⁶⁹ Segundo comenta Luís Renato Ferreira da Silva, por exemplo, o movimento revolucionário francês expurgou a lesão do ordenamento francês por meio da Lei 14 Frutidor, Ano III (31/08/1795). (SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.73).

⁷⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Lesão nos contratos, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.89.

Embora a Consolidação de Teixeira de Freitas retome a lesão aos moldes das Ordenações Filipinas (art. 359), o Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, e posteriormente o Código Civil de 1916, aboliem a figura.

A discussão foi retomada. O Decreto 22.626/1933 previu a figura da usura real como ilícito penal. Alguns autores, como Caio Mário da Silva Pereira, estenderam seus efeitos para o âmbito contratual, passando a defender a nulidade do contrato usurário (já que seu objeto seria ilícito). A mesma disposição foi contemplada pela Constituição Federal de 1946 e pela Lei de Proteção a Economia Popular (Decreto nº869, substituído pela Lei 1521/51⁷¹).

Deve-se destacar, ainda, a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) que previu, nas relações de consumo, segundo parte da doutrina, a figura da lesão (art. 6º, V), estritamente objetiva e sem qualquer tipo de tarifamento.

Mais recentemente, ainda, deve-se destacar a Medida Provisória 2172-32 de 23/08/2001 que estabelece a nulidade absoluta para disposições usurárias.

A Lei 10.406/2002 previu a lesão como defeito do negócio jurídico (**art. 157**), cujo efeito seria a anulabilidade do negócio(**art. 171, II**).

Seu conceito é estabelecido no art. 157, juntamente com os requisitos para sua caracterização: objetivos (desproporção exagerada entre as prestações contratuais) e subjetivo (aproveitamento da situação de necessidade ou inexperiência do outro contratante).

O conceito legal não estabelece um limite para a desproporção, adota a técnica da cláusula geral que deve ser integrada de acordo com o prudente arbítrio do intérprete. A avaliação da desproporção deve se dar segundo os valores da época da contratação (art. 157, §1º)⁷².

⁷¹ "Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida."

⁷² Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o legislador brasileiro deveria adotar a orientação do Código Civil Italiano de exigir que a lesão, para sua invocação, perdurasse até a propositura da ação. Segundo o autor, atenderia a critério de justiça contratual, "Obviamente será injustiça

Deve-se destacar, também, que não é qualquer desproporção que caracteriza a lesão. A lesão entre as prestações contratuais que justifica a anulação do negócio deve ser expressiva, de acordo com as circunstâncias concretas, relevando injustiça naquele contrato específico⁷³.

Em relação ao requisito subjetivo, o art. 157 exige-se a verificação de "necessidade"⁷⁴ ou "inexperiência"⁷⁵ do contratante prejudicado. Conceitos, esses, de difícil definição e de complexa prova, cuja demonstração, aliás, caberá à própria vítima.

Parte da doutrina enxerga⁷⁶, ainda, mais um requisito: a necessidade de conhecimento do estado de inferioridade da vítima⁷⁷. Outros, no entanto, como Humberto Theodoro Junior⁷⁸ e Ruy Rosado de Aguiar Junior⁷⁹ entendem que o legislador não previu a exigência de mais esse requisito para a caracterização da lesão.

contratual, e, pois, infração da equidade, que o contratante possa alegar uma desvantagem quando, no momento em que a invoca, tal dano já é inexistente." (PEREIRA, Op. Cit., p.176.).

⁷³ Nesse sentido esclarece Anelise Becker: "Por isso nem toda desproporção importa juridicamente. Há uma certa margem de tolerância para a desproporção entre as prestações, na qual ingressa o lucro, pois é incontestável a licitude – e por certo também a moralidade – da elaboração ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço da venda ou revenda". (BECKER, Anelise. Teoria Geral da Lesão nos Contratos. São Paulo: Saraiva, 2000, p.110.)

⁷⁴ Segundo Humberto Theodoro Junior "não se cuida de incapacidade nem de falta de discernimento, mas de necessidade que obriga a decidir por uma solução que pode não ser a desejada, ou que, se pudesse ser avaliada em sua justa dimensão, teria sido repelida. O contratante, no entanto, não está em condições de repelir o negócio e, pelo contrário, está compelido a aceitá-lo, ainda que, para tanto, tenha de suportar grave prejuízo." (THEODORO, JUNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios, 2. ed., p.208).

⁷⁵ Neste sentido é esclarecedora a lição de Caio Mário da Silva Pereira: "Também inexperiência não quer dizer incultura, pois que um homem erudito, letrado, inteligente, muitas vezes se acha, em contraposição com o co-contratante arguto, na situação de não perceber bem o alcance do contrato que faz, por escapar aquilo à sua atividade comum. Aqui também, além da inexperiência geral, decorrente do grau modesto de desenvolvimento, ter-se-á de examinar a inexperiência contratual, que se aferirá tanto em relação à natureza da transação, quanto à pessoa da outra parte." (PEREIRA, Op. Cit., p.167).

⁷⁶ Adorno, Luis O. La lesion. *In* Revista de Direito Civil, nº18. São Paulo: RT, Out/Dez 1981, p.28.

⁷⁷ NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, p. 237.

⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato e seus princípios, 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p.209.

⁷⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Projeto do Código Civil – as obrigações e os contratos. *In* Revista dos Tribunais, vol. 775. São Paulo: RT, maio 2000, p.18-31.

Também diverge a doutrina sobre o fundamento da lesão. Autores como Silvio Rodrigues⁸⁰ entendem-na como espécie de vício do consentimento. Outros autores, como Darcy Bessone⁸¹, Caio Mário da Silva Pereira⁸² enxergam-na como ofensa a equidade e a moral.

A Lei 10.406/2002, no entanto, considera-a como vício do consentimento, cuja sanção é a anulabilidade. Permite-se, ainda, a revisão do contrato lesivo, a critério do contratante beneficiado (pois é ele que pode reduzir seu proveito ou oferecer suplemento), a fim de se evitar sua anulação.

9 Estado de perigo.

O Código Civil de 2002 prevê, também, a figura do estado de perigo como defeito do negócio jurídico. Assim como a lesão, o estado de perigo não havia sido recepcionado pelo Código de 1916.

Configura-se o estado de perigo quando alguém premido pela necessidade de se salvar ou a sua família de grave dano contrata obrigações exorbitantes (constatadas no momento da contratação). Esse perigo deve ser conhecido da pessoa com quem se contrata. Além disso, o perigo deve ser atual e grave. Atual no sentido de que o acontecimento que pode gerar o dano já existe e precisa ser afastado (daí a pressão na escolha entre a possibilidade de dano e a contratação em condições desvantajosas). Não se caracteriza estado de perigo se a ameaça é futura ou passada. Segundo Teresa Ancona Lopez⁸³ basta que a vítima acredite estar em perigo para que ele se caracterize. Deve, contudo, a suposição ser do conhecimento do aproveitador. Por outro lado, se a ameaça não é conhecida não se caracteriza o estado de perigo.

⁸⁰ RODRIGUES, Silvio. Dos vícios do consentimento, 3.ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p.205-221.

⁸¹ BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral, 4. ed., p.211.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos contrato, 6. ed., p.75.

⁸³ LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *In* Revista do Advogado, nº 68. São Paulo: AASP, Dez/2002, p.49-60.

O “perigo” também deve ser grave e, segundo Teresa Ancona Lopez, precisa ser verificado de acordo com o caso e as condições físicas e psíquicas do sujeito. O dano que ameaça o contratante pode, ainda, ser físico ou moral.

Prevê o parágrafo único do art. 156 que quando o perigo se referir à pessoa que não seja familiar do contratante caberá ao juiz declarar a existência ou não de estado de perigo. Trata-se de solução semelhante à aventada para a coação.

O Estado de perigo distingue-se da coação porque a ameaça provém de fonte externa à relação contratual, contudo, nela gera efeitos.

Assim como a lesão é constituído de elementos objetivo e subjetivo. O elemento objetivo é a prestação manifestamente onerosa. Já o elemento subjetivo é a situação de inferioridade contratual, caracterizada pela ameaça.

Em relação à parte beneficiada há o chamado dolo de aproveitamento, ou seja, o contratante sabe da ameaça, mas mesmo assim impõe condições excessivas na contratação. Nesse ponto difere do tratamento da lesão, pois o CCB/2002 não exige dolo de aproveitamento para caracteriza-la.

Também ao contrário da lesão, o legislador não previu a hipótese de manutenção do negócio mediante redução do proveito.

10. *Breves apontamentos sobre a revisão do contrato.*

Outro dispositivo de extrema relevância, e que em certa medida vem sendo ignorado pela doutrina, é o **art. 317**. Trata-se da previsão expressa da possibilidade de o juiz revisar o contrato de modo a adequar o valor da prestação em caso de evento imprevisível que altere o valor das prestações.

Parte da doutrina enxerga, neste dispositivo, a expressão da função social do contrato. Interessante notar, como faz Silvio Venosa⁸⁴, que o artigo foi inserido no capítulo referente ao pagamento estabelecendo verdadeira cláusula tácita de correção dos valores das prestações contratuais.

⁸⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Revisão dos contratos e o novo Código Civil. *In* Valor Econômico. Caderno Legislação e Tributos, São Paulo, Sexta –feira, 21 de fevereiro de 2003, p.E-3.

O art. 317 consagra, sem dúvida, a possibilidade de revisão do contrato frente a fato superveniente, da mesma forma como art. 478. Interessante notar, no entanto, que ao contrário do art. 478 o legislador minorou os requisitos para a revisão do contrato. A teoria da imprevisão clássica exigia além da ocorrência de evento imprevisível e da desproporção de prestação, que fosse verificado prejuízo de um dos contratantes em prol do outro e que o contrato fosse de execução diferida no tempo (requisito implícito no art. 317). Sintetiza-os Nelson Borges: “Operacionalmente, os pressupostos indispensáveis para a aplicação da doutrina seriam: execução diferida; imprevisibilidade; ausência de estado moratório; lesão virtual; essencialidade; inimputabilidade e excessiva onerosidade e excessiva vantagem.”⁸⁵

Perceba-se, no entanto, que dos requisitos elencados pela doutrina, apenas a imprevisibilidade e a onerosidade excessiva estão presentes no *caput* do art. 317. Por outro lado, esse dispositivo se distancia do art. 6º, V, do CDC que prevê apenas a quebra da comutatividade do contrato, mais se assemelhando a teoria da quebra da base do negócio jurídico⁸⁶.

A figura criada pelo art. 317, portanto, pode ser entendida como aplicação da teoria da imprevisão mitigada, que não exige a comprovação da vantagem injusta. A preocupação do legislador parece ter sido a manutenção do negócio com a redução do valor da prestação.

O **art. 478**, por sua vez, prevê a extinção do contrato por onerosidade excessiva. Trata-se da consagração da teoria da imprevisão em sede legislativa. Preenche, aliás, os conceitos clássicos: contrato de execução diferida, onerosidade excessiva, lucro exorbitante, acontecimento extraordinário e imprevisível.

Trata-se regra extremamente restritiva. 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

⁸⁵ BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 298.

⁸⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. *In* Revista dos Tribunais, vol. 655. São Paulo: RT, Maio de 1990, p.07-11.

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.

O legislador exclui a revisão judicial desse regramento. Lembremos, no entanto, que o art. 317 prevê expressamente a possibilidade de o juiz revisar o contrato. Nesse ponto cogita-se apenas a resolução, e, nos termos do **art. 479**, a possibilidade de redução do proveito para manutenção do contrato. Essa, contudo, é uma faculdade do réu, assim como acontece na lesão.

11. *Considerações finais.*

Eros Roberto Grau, em texto bastante instigante, defende a idéia de que não há proteção do consumo por mera solidariedade, mas para a própria preservação do mercado. Defende, ainda, que não há necessidade de se buscar um novo paradigma para as relações contratuais já que o contrato viabiliza, e continuará "viabilizando, a fluência das relações de mercado e somente enquanto atender a essa função (e apenas nesta justa medida) a proteção do consumidor (ou do hipossuficiente) encontrará abrigo no sistema jurídico. Os limites são claros e inegáveis, embora devamos lastimá-los."⁸⁷

Por mais inquietante que pode parecer esta afirmação, ela merece ser tomada para análise. Sem querer redundar em um niilismo angustiante, deve-se perguntar mesmo se a adoção das cláusulas gerais e se a introdução de figuras como a lesão, a resolução do contrato por onerosidade excessiva e a função social do contrato, no seio do Código Civil de 2002, também não vêm atender aos mesmos interesses.

Pergunta-se se a consagração das teorias revisionistas dos contratos e mesmo a teoria da lesão, não pretende dar novo fôlego a um voluntarismo já ultrapassado. Ou, ainda, se ao se defender a justiça contratual e a revisão do

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *In* Revista Trimestral de Direito Civil, Vol. 5, Janeiro/Março 2001, p..82.

contrato não se está tentando preservar um contratualismo umbilicalmente enlaçado em nossa tradição?

Se os instrumentos são imperfeitos, talvez as intenções valham mais. As figuras da lesão, do estado de perigo e da revisão do contrato tal como consagradas pelo novo Código Civil refletem conceitos já ultrapassados, e mesmo ligados a um liberalismo já cansado. Entretanto, são, juntamente com a boa-fé e a funcionalização do contrato, ferramentas que dispomos para realizar a justiça contratual.

Servem nesse sentido, mais uma vez, as lições de Fachin e Tepedino. Deve-se construir a partir desse “novo” Código Civil buscando-se, sempre, a justiça social e proteção à dignidade humana. Talvez a adoção das cláusulas gerais, com o devido balizamento constitucional, apontado por Tepedino, seja essencial nesse sentido.