

A Evolução do Contrato e o Novo Código Civil

ARNOLDO WALD

Professor e Procurador do Estado /SP

Decidi falar aos senhores a respeito do contrato. O conceito de contrato é um pouco paradoxal. Há livros recentes que falam do declínio, do desaparecimento do contrato, das dificuldades da sua manutenção e, por outro lado, há toda uma política mundial dizendo que é preciso, em muitos casos, substituir a lei pelo contrato, que precisamos de uma sociedade contratual, de uma democracia participativa baseada no contrato. Então, que contrato é este que alguns entendem estar desaparecendo e outros dizem ser o início do renascer de uma sociedade, da sua grande transformação no mundo moderno?

Na realidade, é um conceito que se caracteriza, já desde o início da história do Direito, pela sua flexibilidade e adaptação às várias épocas e pela possibilidade de ser sempre um instrumento do relacionamento humano. Ou seja, vai desde o acordo típico, desde a distinção que os romanos faziam entre pactos e contratos, até a idéia que vamos encontrar na Idade Média e, depois, na Revolução Francesa, de acordo com a qual o contrato faz lei entre as partes. E para chegar, em seguida às concepções que estão nos nossos Códigos Civis de 1917 e 2002 respectivamente. A lei é importante e deve prevalecer, mas o contrato também tem a sua relevância, mas não pode fazer tudo, pois a vontade humana tem as suas restrições. Por exemplo, no direito brasileiro, não transfere a propriedade; do mesmo modo, o casamento não é contrato. Quer dizer que tem havido, no decorrer da história, uma revisão dogmática do contrato. E quando chegamos no século XXI, na fase da economia planificada, temos contratos “esqui-

sitos”, em países onde não existe mais a autonomia da vontade. Na Rússia soviética, da época do planejamento total da economia, não havia autonomia da vontade no contrato, mas um plano de Governo, cuja ratificação era o contrato. Aquele que não obedecesse ao contrato, que decorria do plano, poderia ser punido, não com uma sanção econômica, mas pessoal, podendo até ser preso por sabotagem. Assim, a concepção do contrato realmente evoluiu muito. Hoje, a grande discussão da crise brasileira é saber se vamos rasgar os contratos ou não, se vamos respeitá-los ou não. É, portanto, um instrumento da maior importância e nós, juristas, devemos lembrar aos economistas que é um instrumento que tem a sua razão de ser e a sua regulamentação, e, que não é estéril. É o contrato que, na realidade, faz com que a economia se subordine à ética, ou seja, que a palavra dada seja respeitada pois as relações entre as pessoas devem ter um conjunto de regras que são, basicamente, as regras jurídicas.

Podemos até dizer que o contrato é o grande instrumento do desenvolvimento da sociedade moderna e que, em certo sentido, o capitalismo e a sociedade mais evoluída, a sociedade industrial, basearam-se em dois princípios básicos: de um lado, a autonomia da vontade, que também poderíamos chamar a iniciativa privada, e, do outro lado, as restrições que a ordem pública estabeleceu em relação à liberdade contratual. Lembrem-se os senhores de que no Código de Napoleão, que data do início do século XIX, há um artigo que diz que o contrato é lei entre as partes. Aos poucos, entendeu-se que é uma vinculação, mas que se deve obedecer à ordem pública política, econômica, social e ética, ou seja, aos princípios que regem a socie-

Palestra proferida no Seminário realizado em 14.06.2002

dade, como a boa-fé que se pretende exigir de cada um, e, ao mesmo tempo, do mesmo modo, a finalidade social que o contrato tem.

Essa mudança da estrutura do contrato, que ocorreu com dinamismo e velocidade maior a partir do início do século passado e, em particular, após a Segunda Guerra Mundial, transformou a estrutura simplista do contrato, que era um acordo de vontade entre duas pessoas, que poderiam, em tese, estabelecer todos os seus efeitos e regulamentar, com uma liberdade ampla, todas as conseqüências do contrato.

Passamos a ter o que se chamou o “contrato dirigido”, ou seja, o contrato em que alguns direitos e deveres das partes deixaram de ser decorrentes da vontade das mesmas e foram impostos pela lei. Então, nesse contrato, que era um ato de vontade tivemos a inclusão de cláusulas, deveres e direitos que inicialmente as partes não previram. Em seguida, tivemos também a convenção coletiva, que não era mais o contrato individual, mas um contrato de vários grupos de pessoas, obrigatório para todos os membros do grupo, como, por exemplo, a convenção coletiva de trabalho. Posteriormente, tivemos o contrato de adesão, em que também há a possibilidade de aderir-se ou não a um contrato, mas, na realidade, as cláusulas contratuais, a regulamentação do contrato é estabelecida, a grosso modo, pelo legislador ou aprovada por uma agência administrativa.

Fez-se, então a distinção entre duas liberdades decorrentes da autonomia da vontade: a liberdade contratual e a de contratar. A liberdade de contratar ou de não contratar é a de aceitar ou não o contrato, de fazê-lo ou não. Já a liberdade contratual é a liberdade de fixar as cláusulas do contrato, o seu conteúdo. Então, é possível que haja (e muitas vezes há) uma liberdade de contratar, ou não contratar, sem que haja uma liberdade contratual com uma ou outra empresa concessionária. Quando contratamos com uma sociedade concessi-

onária, em matéria de telefone, por exemplo, temos a liberdade de fazer ou não o contrato com uma ou outra empresa concessionária. Porém, o conteúdo do contrato não é mais dependente da vontade de ambas as partes e decorre de uma imposição, que é um misto de regras estabelecidas pelo concedente, pelo concessionário e outras decorrentes da proteção que é devida ao consumidor.

Do mesmo modo tínhamos, inicialmente, uma obrigação contratual completa, absoluta, que era o dever de respeitar o contrato em todos os seus termos e de fazer com que ele seja imutável, ou seja, o contrato, lei entre as partes, obriga, enquanto em vigor, com todos os termos e condições inicialmente estabelecidas. Aos poucos, entendeu-se que, num mundo em mudança, algumas vezes era necessário ou devia ser possível rever o contrato. Então, de obrigatório, de modo absoluto, tornou-se obrigatório de modo relativo, ou seja, eventualmente sujeito a uma revisão. Também, se entendeu, no início, que o contrato só poderia vincular aqueles que o haviam firmado, ou seja, somente as partes poderiam estar vinculadas. Depois, admitiu-se que, em alguns casos, o contrato poderia ter determinado efeitos em relação a terceiros que nele não foram partes mas que sofrem os seus reflexos por determinados motivos, especialmente quando se trata de um contrato registrado para conhecimento de todos.

Finalmente, admitimos que poderia haver a inclusão, pelo legislador, de determinadas cláusulas gerais, ou seja, as partes estabeleceriam um conjunto de normas, mas tinham que obedecer, também, a cláusulas gerais que surgiram em vários Códigos e leis, e que estão ingressando no Direito brasileiro como verdadeiros princípios gerais do direito contratual, que se aplicam e se concretizam em todos os contratos, quer as partes inicialmente aceitem essa cláusula ou não, pois elas são impositivas ou imperativas.

Tivemos nova regulamentação em determinados contratos que têm um sis-

tema próprio, como, por exemplo, os contratos internacionais, que têm atualmente uma regulamentação específica, e que obedecem, além das leis nacionais envolvidas, também a princípios próprios que integram a *lex mercatoria*. Esses contratos têm, muitas vezes, modos próprios de solução, adotando normas de arbitragem ou juízo arbitral, que é aceito quando as partes, de modo específico ou explícito, adotarem a cláusula compromissória para a solução dos seus conflitos e que não pode ser, em caso algum, meramente presumida.

Por outro lado, temos contratos de caráter específico pela forma. Ultimamente, saímos daquela rigidez do contrato assinado, tradicionalmente, pelas partes para admitir o contrato eletrônico, com todas as suas peculiaridades em virtude da sua forma. Tivemos, ao lado da assinatura individual, que é um ato de vontade indiscutível, a possibilidade de usar a assinatura eletrônica, cujos efeitos podem, algumas vezes, não parecer exatamente os mesmos em relação ao agente, do que aqueles que decorrem da assinatura pessoal.

Como tudo isso surgiu? Como ocorreram essas transformações? Na realidade, são mutações que decorreram, de um lado, de uma transformação econômica e, de outro lado, de uma evolução filosófica, de uma escala de valores que foi se modificando num mundo que não é mais em nada aquele que conhecemos no início do século passado. Estamos, até 10 de janeiro de 2002, com um Código Civil que foi elaborado em 1899 e um Código Comercial que data de 1850, mesmo sendo poucas as suas disposições ainda em vigor. O Brasil de 1850 era um país completamente distinto do que o que temos hoje. Mesmo o Brasil, quando Clóvis Beviláqua elaborou o projeto do Código Civil, não tinha nada a ver com o país que conhecemos hoje. Surgiu, assim um atraso, uma mora do direito em relação aos fatos, daí a necessidade de novas normas legais e de construção jurisprudencial para podermos fazer as adaptações necessá-

as, especialmente no comércio, ou seja, nas relações contratuais em geral.

Podemos dizer que, no plano econômico, estivemos vivendo num mundo da relativa certeza e segurança, para o qual Clóvis Bevilacqua elaborou seu código numa fase (fim do século XIX e início do século XX) na qual nada se modificava abruptamente. Na época, não se pensava sequer na Primeira Guerra mundial, mas cogitava-se de um mundo estável, em que nada iria mudar. Ora esse mundo da segurança transformou-se naquilo que os economistas denominaram a “era da incerteza” e da “descontinuidade”, que também afetaram alguns valores, que se pensava ser estáveis, que não poderiam mudar. Antigamente dizia-se que o litro era o litro, o quilo era o quilo e a moeda econômica de um país era perene e estável. A partir de 1920, começou-se a falar na ilusão da moeda estável. Posteriormente, chegamos, no Brasil, a ter 5.000% de inflação num ano. Hoje, graças a Deus, voltamos a números um pouco mais racionais, mas que, de qualquer modo, não representam a estabilidade monetária completa.

Imaginemos que as outras medidas, como o quilo e o litro, pudessem sofrer essas variações e pergunta-se como poderíamos continuar vivendo num mundo sem medidas estáveis. Essa situação da moeda não é uma peculiaridade dos países em desenvolvimento, nos últimos meses, vimos nos Estados Unidos e na Europa, uma grande volatilidade de todos os valores, de ativos de todos os tipos, o que não existia antes da globalização. Por outro lado, passamos a sentir, em virtude dessa evolução tecnológica, da chamada nova economia, e de alguns dos seus efeitos, uma concentração cada vez maior das empresas, das indústrias e do comércio. Tudo isso criou, de um lado, as megaempresas, que têm a dimensão de um verdadeiro Estado, e, de outro, as megacidades, que são verdadeiros países. O Rio de Janeiro e São Paulo são, hoje, centros urbanos maiores que muitos países da Europa que

nunca alcançaram essa dimensão. Estamos enfrentando os problemas decorrentes dessa concentração econômica e urbana.

Também passou a haver uma mudança nos valores com os quais lidamos na sociedade. Por exemplo, até o início do século XX, o imóvel era o bem mais importante. Vemos, no Código Civil, referências ao bem imóvel como aquele que representa a estabilidade, que não se pode alienar sem outorga uxória e que goza de uma proteção especial da lei. Hoje, o imóvel não é tão importante quanto as ações, os valores mobiliários, os papéis que estão na sociedade, os títulos do Tesouro etc. Não é só a propriedade imobiliária que não tem a mesma importância que lhe era dada no passado, mas também a propriedade em si. Há uma obra recente que define o mundo atual como a “idade do acesso”, em que não se pretende mais ser proprietário, ter o título de propriedade. O que as pessoas querem é poder utilizar o bem, é ter a facilidade para utilizá-lo, quer sejam ou não proprietários, quer se trate de contratos típicos como, entre nós, o arrendamento mercantil, quer de outras fórmulas em que se tem a divisão de um imóvel para a utilização de determinada forma, uma série de contratos típicos e atípicos nos quais, na realidade o contrato cria não mais um direito de ser titular, de usar, gozar e dispor, mas o direito ao acesso. Quem é o proprietário da Internet? Ninguém! Mas o que há de mais importante na Internet é poder utilizá-la. Então, o contrato, na sua antiga feição, teve que se adaptar a essas novas situações.

Lembro-me de um eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça que, em um belo voto, disse que não queria ser globalizado. Talvez todos nós não queiramos ser globalizados. Nós somos globalizados porque vivemos em 2002. Não escolhemos a época em que nascemos e vivemos. É preciso aceitar o mundo como ele é. Se pudermos transformá-lo, melhorá-lo, será ótimo, mas, para tanto, precisamos aceitá-lo e conhecê-lo como é atualmente.

Chegando ao plano contratual, e saindo das discussões metajurídicas, podemos dizer que o contrato, que era um acordo de vontades em que se pretendia estabelecer um acordo perene, prestações que não iriam ser modificadas, num mundo de segurança, esse contrato não mais tem condições de sobreviver num mundo que é diferente daquele para o qual ele foi concebido. Então, ao equilíbrio que existia no passado e que era fruto de um acordo entre os contratantes para ser perene, perpétuo, ou ao menos vigente durante todo o tempo em que estivesse em vigor, esse acordo passou a não ter mais um equilíbrio estável, mas sim um equilíbrio que deixou de ser estático, rígido, fixo, tornando-se dinâmico e flexível.

Daí surgem os problemas, pois enquanto era rígido e fixo todos sabiam quais eram os direitos e as obrigações. Ao se tornar dinâmico e flexível é preciso saber que tipo de dinamismo e flexibilidade estamos aceitando. Alguns juristas dizem que o contrato não tem mais a finalidade de resguardar os direitos dos contratantes na forma que estabeleceram. É um instrumento social de lealdade, solidariedade e fraternidade, segundo um autor francês. Talvez se assim o fosse, o mundo estivesse melhor do que está. Entre este ideal, que é muito válido, e um contrato em que também é preciso salvaguardar determinados interesses e situações, especialmente porque os contratos hoje não são feitos mais entre indivíduos, mas, muitas vezes, entre grupos. São também contratos de repasse: alguém recebeu um direito e o repassa. É muito difícil reexaminar cada uma das facetas do contrato sem examinar toda a cadeia de produção e comercialização. É preciso ver o que se admite, o que se estabelece em matéria jurídica. Antigamente, havia, em Direito Comercial, a idéia de que o comerciante poderia ter o dolo bom. Havia o dolo bom e o ruim, o dolo aceitável e o inaceitável, o tolerado e o intolerado. O tolerado era aquele do comerciante que queria vender a sua mer-

cadoria e criava em relação a ela uma imagem determinada. Essa idéia da licitude do dolo bom também se admitia em matéria de casamento. No dolo bom, cada um tentava mostrar suas qualidades e não tinha a obrigação de exibir, necessariamente, todos os seus defeitos, se os tivesse.

Hoje, a idéia não é mais essa. Na realidade, não há dolo bom, não pode haver dolo. A sociedade estabeleceu uma escala de valores distinta, na qual ela quer que o comerciante e o cidadão, nas suas relações jurídicas, ambos dentro da mesma linha, tenham, necessariamente, uma plena boa-fé.

O Código Civil brasileiro, nesse particular, diz que devemos ter a boa-fé na contratação. A partir dessa idéia, a jurisprudência evoluiu e determinou que não só deverá haver boa-fé na contratação, mas também na execução do contrato. É verdade que em relação a determinados contratos, como o de seguro, tínhamos cláusulas especiais. Mas, houve uma construção jurisprudencial dizendo que, quando o legislador refere-se à contratação, refere-se à globalidade do contrato, abrangendo desde os atos preparatórios, a assinatura do contrato, a sua execução e até a sua resolução, enfim, todo o ciclo contratual; do nascituro até após a morte deve ser inspirado na boa-fé. Essa boa-fé foi também desenvolvida, de um modo um pouco mais amplo, dando-se-lhe um sentido econômico para se criar um conceito ligado à boa-fé, que é a manutenção do que se denominou, no Direito Administrativo, como sendo o equilíbrio econômico e financeiro.

O Brasil talvez tenha sido - além do Uruguai, que copiou a nossa Constituição - o único país no mundo a ter estabelecido como princípio constitucional, a partir de 1946 (a atual Constituição adotou outra terminologia), a idéia de que é preciso manter no contrato administrativo, especialmente nas concessões, o equilíbrio econômico-financeiro.

Essa idéia do Direito Administrativo é interessante em dois aspectos: em

primeiro lugar, na sua presença constitucional, e, em segundo, na utilização dos dois adjetivos econômico e financeiro. Diz-se que o legislador não utiliza sinônimos desnecessários. Entende-se, então, que, no Brasil e equilíbrio econômico não é o financeiro. O equilíbrio econômico é o equilíbrio da rentabilidade do negócio. Já o equilíbrio financeiro é o equilíbrio da entrada (receita) e da saída de recursos (despesas, investimentos). Exemplo: é possível que o negócio seja muito bom, mas que uma das partes vá à falência porque o dinheiro não entrou no momento oportuno e ela foi à falência. No fim, o negócio seria rentável se a empresa não tivesse ido à falência.

Essa idéia do equilíbrio econômico-financeiro, que surgiu no Direito Administrativo, e também se desenvolveu em algumas legislações estrangeiras, passou também a inspirar o nosso legislador no sentido de se determinar que é preciso que o contrato mantenha o equilíbrio econômico-financeiro. Há também, duas versões, porque as coisas nem sempre são simples em Direito. A primeira, é dizer que o equilíbrio econômico-financeiro é uma equação em que a relação inicial deve ser mantida. Se, inicialmente, tínhamos um equilíbrio entre duas prestações e as coisas mudaram, o equilíbrio existente no início, bom, pior ou melhor, deve ser mantido. Não vamos transformar o contrato de justo em injusto, nem o contrato que era bom para um dos contratantes em melhor para o outro. Vamos manter o que se contratou em termos reais, manter a equação, ou seja, a relação entre as duas prestações, que será simplesmente atualizada, mesmo ocorrendo fatos imprevistos, supervenientes etc. A outra idéia é de que haveria um poder maior, dado ao legislador e ao juiz de dizer quando um contrato é injusto, e de transformá-lo em contrato mais adequado e mais justo. Esta é a diferença entre o que podemos chamar o contrato da idéia jurídica tradicional e, de outro lado, o contrato mais eqüitativo, o contrato que vai pre-

tender ser o contrato providência, o contrato confiança, o contrato social, o contrato solidário que une as pessoas.

Então, temos aqui, em relação àque-la primeira idéia de que o contrato deve ser cumprido – ***pacta sunt servanda***, uma série de limitações que vão aumentando com o tempo. Em primeiro lugar, a ordem pública, a qual já aludimos. Em segundo lugar, a idéia de que é preciso manter o contrato. Do mesmo modo que falamos na ***affectio societatis***, haveria uma espécie de ***affectio contractus***, a idéia de que é preciso preservar o contrato não apenas na sua letra, mas também no seu espírito. E finalmente, a idéia de que o contrato tem algumas cláusulas implícitas, que seriam as cláusulas de garantia do equilíbrio econômico e a cláusula também de dever de cooperação das partes. As partes devem cooperar para que essa ***affectio societatis*** garanta a continuidade do contrato de modo justo e equitativo, mesmo num mundo muito diferente daquele em que ele foi firmado inicialmente.

E quais são as conseqüências dessas novas idéias? Em primeiro lugar, a necessidade de um diálogo e de uma negociação constantes. As partes não podem ter rigidez, não podem tentar usar só a palavra do Código, nem mesmo alegar o espírito, a intenção de um dos contratantes no momento em que foi elaborado. É preciso encontrar soluções dialogadas e soluções menos onerosas para a outra parte. Não é só a rígida execução do contrato, não é só a obediência à lei, não é só a boa-fé subjetiva, mas sim é uma boa-fé objetiva que envolve um dever de cooperação, um dever de negociar, um dever de facilitar a manutenção do contrato.

Quando falamos no contrato, falamos no contrato assinado, mas também em todos aqueles contratos que estão conexos, contratos acessórios, de tal modo que temos hoje não mais a idéia do contrato único, mas, muitas vezes, a idéia do conjunto de contratos. Essa idéia de conjunto entrou um pouco pelo mundo afora – na matemática temos as

noções de conjunto - e também temos hoje os conjuntos e as cadeias de contratos, contratos conexos, contratos interdependentes. Lembro-me de uma expressão que me pareceu interessante e que surgiu no Supremo Tribunal Federal, na qual se dizia que certos contratos são verdadeiros irmãos siameses, não é possível separar um do outro, eles estão tão ligados um ao outro de modo que é preciso, sempre que se mexe em um deles, também examinar e rever a posição do outro.

Daí também a idéia de que a boa-fé é importante na contratação e na execução. Deve ser considerada ilícita a conduta que se nega a minimizar os prejuízos do outro contratante e também, finalmente, uma nova concepção do que seja o abuso contratual, e que não consiste apenas em beneficiar-se da fraqueza alheia, mas em recusar toda negociação racional, todo acordo equitativo, e aí, novos conceitos, como o de razoabilidade e de proporcionalidade que já existem no Direito Constitucional, passam a ser introduzidos no Direito Privado.

Podemos, pois, dizer que, em vez daquela unidade fechada, que era o contrato no passado, nós concebemos hoje o contrato como um ente vivo, como um ente que tem um conteúdo variável, que tem uma evolução normal, pode ser renegociado, complementado, seja pelas partes, seja pelo árbitro, seja pelo juiz. Então, o contrato deixa de ser uma ilha perdida e passa a ser esse ente vivo, uma verdadeira equação dinâmica entre dois blocos de direitos que são condicionados uns pelos outros, mas também pela evolução tecnológica, econômica e social.

Daí, admitir uma relativa indeterminação das prestações. Não apenas uma indeterminação inicialmente aceita, mas uma indeterminação decorrente da própria evolução, dentro dos limites em que se faz prevalecer o espírito do contrato sobre a letra, a sua função social sobre o interesse de cada um dos contratantes. E tudo isso leva a que se permita a intervenção judicial no con-

trato, que deve ser moderada, que deve ser equilibrada para manter a segurança jurídica, mas que tem, em primeiro lugar, a idéia de manter a vontade das partes como ela foi estabelecida, dentro daquela equação a que me referi: dar uma interpretação sempre de boa-fé, atendendo aos princípios gerais. Esse movimento nos leva ao que podemos chamar a democratização e a socialização do contrato. O contrato não é mais a sujeição do devedor ao credor, o contrato é uma parceria, na qual procuramos conceber, na realidade, um instrumento adequado de colaboração e cooperação dentro de um contexto razoável, proporcional e flexível.

Tudo isso nos leva à Constituição de 1988, que deu um passo importante quando declarou a propriedade concebida como tendo uma função social. E quando se fala em propriedade, não se fala apenas no direito de usar, gozar e dispor, considera-se como propriedade tudo o que pertence a alguém, tudo que é relação jurídica. No fundo, a Constituição, ao considerar a função social da propriedade, também definiu a função social do contrato. Função social que acaba de ser consagrada explicitamente no nosso novo Código Civil, que vai entrar em vigor em 2003.

Na realidade, o que encontramos na revolução contratual que temos a partir do Código de 2002? Em primeiro lugar, uma nova conceituação do abuso de direito. O abuso de direito conceituado socialmente, e não mais individualmente, não mais apenas em relação à ordem pública, mas sim, também, ligada a um fim econômico e social. É o artigo 187 do novo Código Civil, que substitui o artigo 160 do Código Civil de 1916. O abuso de direito não consiste mais em deixar de usar regularmente o direito. É definido como exceder manifestamente os limites estabelecidos pelo fim econômico-social, ou pela boa-fé ou pelos bons costumes. É uma nova conceituação do abuso de direito que atende não só ao elemento puramente jurídico, mas ao elemento econômico-social.

Também, o Código de 2002 determina que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme a intenção das partes, mas dá um alcance muito maior à boa-fé nos artigos 113 e 422, referindo-se também aos usos e costumes locais, no artigo 113.

No fundo, a idéia é que os contratantes devem, tanto na contratação como na execução do contrato, ter uma conduta leal, que tenham lealdade, probidade e boa-fé. Essa idéia que encontramos no Código já estava na jurisprudência. Cabe lembrar vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal e de várias decisões dos Tribunais de Justiça que citavam até o Direito alemão e, em particular, o artigo 252 do BGB para dizer que, na realidade, a boa-fé devia ser entendida no seu sentido mais amplo. O Código Civil de 2002 atribui essa função social ao contrato, e é em virtude dessa premissa que admite que nós possamos ter a anulação do contrato por lesão, porque a lesão é contrária à boa-fé. É o artigo 157. E, finalmente, admite – e talvez seja um dos aspectos mais importantes e mais discutíveis – o que a resolução ou a revisão do contrato por onerosidade excessiva, quando há – diz o legislador – “extrema vantagem para uma das partes e empobrecimento da outra”. E quando ocorrem, acontecimentos extraordinários e imprevistos. É o artigo 478 do novo Código Civil.

A teoria da imprevisão surgiu no Direito brasileiro a partir dos anos 30. Um dos nossos mestres, Professor Arnoldo Medeiros da Fonseca, que gosto sempre de reverenciar, defendeu essa tese a partir dos anos de 1930 e a jurisprudência a adotou, inicialmente nos contratos de empreitada e, em seguida, também, em uma série de outros contratos. Ele diz que quando há o empobrecimento de uma das partes, o enriquecimento da outra e um fato não previsto, os riscos contratuais exigem que haja uma revisão no contrato ou, se não houver a possibilidade de revisão, a resolução. Sempre é melhor rever do que desfazer o contrato.

Na realidade, essa visão é importante, porque a visão do Código Civil não é, no particular, a do Código do Consumidor. A imprevisão tem, nesse aspecto, duas facetas distintas. O Código do Consumidor admite a revisão contratual independentemente da existência de enriquecimento de uma das partes. Entende que basta o empobrecimento de uma delas, a excessiva onerosidade para uma das partes, enquanto no Código Civil de 2002 essa idéia, que se baseia na jurisprudência, tem como fundamento o equilíbrio contratual, parte do pressuposto de que ao empobrecimento de um dos contratantes deve corresponder o enriquecimento de outro. Se houver um empobrecimento unilateral, é uma situação que decorre de condições que não dependeram das partes e não é justo que haja um ônus maior para um dos contratantes. Ao contrário, o Código do Consumidor entende que há o princípio da vulnerabilidade, e que o consumidor é uma parte mais fraca e que esse risco eventual de empobrecimento deve recair sobre a outra parte. Aquele que sofre o empobrecimento deve ser compensado, independentemente do fato de o outro não ter enriquecido. E, em algumas vezes, chegamos a soluções que, se não são salomônicas, parecem sê-las e, recentemente ainda, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a partilha dos riscos: um percentual para o credor, e outro para o devedor, porque embora não tivesse havido enriquecimento, haveria uma atividade profissional de um e o outro teria apenas uma atividade civil não devendo sobre ele incidir o risco profissional. Então, quem sabe, uma fórmula dessas seria mais eqüitativa.

O que podemos dizer é que atualmente estamos discutindo um novo conceito, um novo conteúdo do contrato, e que ele exige uma verdadeira redefinição. É que talvez nós tenhamos que admitir a possibilidade de fazer distinções, de entender que a norma de Direito Civil é uma, e que a norma de Direito Administrativo é outra, como também é diferente da norma

de Direito do Consumidor, porque, na realidade, a cada situação deve corresponder uma justiça própria, dentro dos limites em que, algumas vezes, devemos dar determinadas proteções especiais a algumas pessoas. Ou na fórmula de Rui Barbosa, dizer que a igualdade, algumas vezes, consiste em tratar desigualmente os desiguais, ou seja, favorecer alguns num determinado momento, porque eles precisam ser favorecidos, enquanto que, em outros casos, não existe a mesma situação.

O problema do Brasil nesse momento, e, na realidade, nos últimos anos, é que fizemos essa dupla revolução: da modernização industrial, que queríamos fazer, e da globalização que nos impuseram de fora para dentro, o que nos leva realmente a um mundo de grande incerteza. Há uma frase que começou sendo dita por empresários e acabou sendo dita pelo Ministro da Fazenda. É a seguinte: “em todos os países o futuro é imprevisível, mas o Brasil tem uma vantagem: não é só o futuro, até o passado é imprevisível”.

Esta afirmação, que começou com um empresário, depois retomada por uma autoridade monetária, significa o seguinte: os fatos que ocorreram no passado tinham, no momento em que ocorreram, uma determinada regulamentação e os efeitos decorrentes, que eram previstos para ocorrerem de um determinado modo, acabaram sendo totalmente outros. Então, é um problema para os juristas, porque em nenhum país se entende que o passado é imprevisível. Precisamos ter a coragem de enfrentar a vida e de dizer que algumas vezes a economia faz essa maldade conosco e nos obriga a reconhecer que não só o futuro, mas também o passado é imprevisível.

Dizia San Tiago Dantas, algum tempo atrás, que o jurista se encontra hoje um pouco como o astrônomo dos séculos das grandes navegações: ele procura novos caminhos e não sabe o que vai encontrar, nem aonde, nem como, nem quando. O que é certo é que nós temos uma dogmática, temos uma ciência jurídica que ensinamos nas faculda-

des, que queremos simplificar para que seja compreendida, mas a complexidade da vida, a globalização, que não gostaríamos de aceitar, nos obriga a conhecer e conviver com uma complexidade cada vez maior. Não é possível admitir a solução de avestruz, não podemos dizer: a norma é essa, vamos continuar a aplicá-la, pouco importa o que esteja acontecendo. Nós temos um engajamento, uma responsabilidade com os resultados da técnica jurídica, que não é uma técnica meramente acadêmica, mas uma técnica humana, em favor do homem e da sociedade.

Dentro dessa conceituação, podemos dizer que devemos ter a coragem de um certo pragmatismo e, ao mesmo tempo, devemos fazer com que esse pragmatismo atenda necessariamente aos valores éticos, conciliando o mercado e o Direito. E dentro dessa conceituação, podemos dizer que admitimos que o contrato tenha uma nova fisionomia, em que ele surge engrandecido, ampliado, embora um pouco mais desvinculado das suas origens romanas. Não tem a mesma segurança que tinha no passado, é mais ou menos obrigatório, é mais ou menos oponível a terceiros, é mais ou menos sujeito à revisão, é mais ou menos uma série de outras coisas, algumas vezes formal e outras, informal. Mas, o contrato tem que ser justo, tem que ser ético, e tem que poder exercer a sua função social e econômica. Deve ser um instrumento de parceria, de cooperação entre as empresas e entre os homens, numa nova sociedade que deve ser baseada na confiança recíproca, na eficiência da justiça e na moralidade dos negócios abrangendo tanto os negócios públicos como os negócios privados.

Assim, o contrato poderá ser o meio dinâmico de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade negocial, ambas importantes, sem as quais não há planejamento econômico, comercial e industrial possível. E tudo isso é relevante para o desenvolvimento do país. Mas deve ser conciliado de forma mais ou menos intensa com a proteção dos contratantes

mais fracos e a equidade, pois sabemos que não há justiça sem equidade.

É essa revolução jurídica que vivemos cada dia e dela participamos, não se devendo permitir o atraso do Direito em relação aos fatos, à economia, à tecnologia, às novas formas de convivência da sociedade. Devemos fazer com que o Direito, muitas vezes considerado como uma camisa de força que impedia o progresso, se transforme, ao contrário, num catalisador do desenvolvimento.

Ao lado do Direito Econômico, temos, hoje, um Direito do Desenvolvimento e é preciso que com ele cooperem não apenas juristas, mas, também, economistas e sociólogos, não apenas privatistas, mas, também, publicistas. Só assim poderemos fazer com que o contrato atenda àquela velha fórmula romana de acordo com a qual se pretende dar, a cada um, o que é seu, permitir que ninguém seja lesado e atribuir a cada um tudo o que lhe cabe, num clima de honestidade, de confiança mútua.

DEBATES

Desembargador Celso Guedes

Eminente Professor Arnaldo Wald. Não serão indagações, a rigor, mas meras considerações à guisa de exercer um grau de catalização na sua vibrante palestra.

Indago a V. Exa, quanto ao instituto da lesão, tratada agora no novo Código, quais os critérios que poderão ser utilizados para aferir a desproporcionalidade da prestação, a inexperiência do contratante e a sua premente necessidade?

Prof. Arnaldo Wald

O artigo 157 do Código Civil trata dessa matéria. Na realidade, acho que vamos ter que analisar cada situação concreta, porque a lesão comporta duas vertentes: é uma desproporção no contrato - uma prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, uma condição que não existia, um vício que não existia na contratação do Código Civil de 1916 - sendo gerada ou por e inexperiência ou por

premente necessidade. Basicamente, considero que o que se estabeleceu no texto e em seus parágrafos foi a idéia de uma desproporcionalidade objetiva, considerados os valores no momento em que o negócio foi realizado. É o que diz o parágrafo primeiro. A idéia da premente necessidade não deixa de ser ligada a uma espécie, de legítima defesa econômica, uma situação em que, para a sobrevivência, um contrato deve ser feito (o que até no passado poderia ensejar uma anulação por coação, embora não coação física). Há a inviabilidade de sobreviver sem ter um determinado artigo. Vamos imaginar alguém no deserto que vai comprar água a um preço completamente descaído.

Com relação à idéia da inexperiência, esta é, no fundo, a proteção do elemento vulnerável em relação ao elemento profissional – liga-se um pouco ao Código do Consumidor, já que a igualdade formal nem sempre corresponde à igualdade material; duas pessoas podem ter uma igualdade formal, a condição de pessoa física habilitada a contratar, mas podem não ter o mesmo conhecimento da estrutura do contrato. Então, a venda de um imóvel a um profissional por um décimo do preço por parte de uma pessoa que não tem conhecimento de mercado imobiliário seria uma dessas hipóteses.

Na realidade, já tínhamos a lesão na Lei de Economia Popular, com uma repressão penal. Considero a lesão um instituto muito importante, mas que não vai ser generalizado, devendo ser usado moderadamente, em situações onde haja, realmente, manifesta desproporcionalidade. Caso contrário, vamos ter que rever todos os contratos e será um pouco difícil conciliar a segurança e a justiça. É preciso que haja justiça e equidade, e é preciso que haja também um mínimo de segurança jurídica, porque, senão, podemos criar um mundo caótico. Como a justiça não precisa de mais processos para atender adequadamente o trabalho dos seus magistrados, não faz

sentido multiplicar os processos quando não há uma razão efetiva para tanto. Acredito que é preciso que isso seja aplicado com certa moderação para que o contrato possa continuar a ter um sentido real. Mas acho que é, em casos de desproporcionalidade manifesta, um ato de justiça e de equidade, e que terá também uma função de dissuasão, que é quase mais importante do que a repressiva.

Desembargador Celso Guedes

Prof. Wald, quais as vantagens proporcionáveis pelo instituto do estado de perigo na anulação dos contratos?

Prof. Arnaldo Wald

De acordo com o artigo 156 do novo Código Civil:

“Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido de necessidade de salvar-se ou a pessoa da sua família, de grave dano conhecido por outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

“Parágrafo único: Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

A situação não é tão distinta da existente na lesão e também aqui a necessidade de salvar-se deve ser premente, quer dizer, na realidade é uma situação **sui generis**. Nos dias de hoje, o seqüestro, conforme o caso, pode nos levar a configurar uma situação de estado de perigo.

Desembargador Celso Guedes

Quais as perspectivas aplicáveis à teoria da imprevisão no campo negocial pelo novo Código Civil? V. Exa. entende que a teoria da imprevisão poderá assegurar a manutenção e o equilíbrio econômico, considerando a própria democratização do contrato?

Prof. Arnaldo Wald

Eu acho que sim. Lembro-me de que a Teoria da Imprevisão foi o tema do meu concurso para a faculdade há alguns anos, e já naquela ocasião, Regina Gondim, Clóvis Paulo da Rocha e eu tratamos do assunto, já reconhecendo, há

mais de quarenta anos, a sua importância, devendo destacar-se sua ampla aplicação pela jurisprudência.

Confesso que gosto muito de manter os requisitos que foram estabelecidos pelo Código Civil, porque considero que, em certo sentido, o problema da imprevisão deve estar ligado, na medida do possível, a uma tripla condição: uma objetiva, que é uma mudança importante de circunstâncias, e duas subjetivas - o empobrecimento de um dos contratantes e o enriquecimento sem causa do outro. Acho que, a não ser por via legislativa (e isso já se fez no passado), não se deve estabelecer uma verdadeira redistribuição de riquezas ou de riscos contratuais. Se as partes aceitaram o que não deveriam convencionar, se houve pressão, temos a lesão, o erro ou o dolo para anular o negócio jurídico. Nas relações de Direito Civil, parece-me que essa tripla condição é útil, necessária e será importante, tendo, no fundo, se limitado a consagrar o que a jurisprudência já tinha consolidado de modo quase manso e pacífico especialmente a partir de 1945. Considero a imprevisão um instituto importante, um progresso. É bom quando o legislador explicita o que a jurisprudência decide e a jurisprudência pode continuar aplicando o que o legislador diz, dando a flexibilidade que o contrato está precisando ter num momento de grandes mudanças.

Desembargador Semy Glanz

Gostaria de fazer apenas umas pequenas observações rápidas e, depois, ouvir o mestre, que já deve ter pensado no assunto. Não gostaria de chocar o auditório e não vou fazer pergunta alguma a respeito desse ponto. Estou imaginando uma teoria, e pretendo escrever em breve, que talvez nos obrigue a mudar tudo o que sabemos a respeito de contratos. Por exemplo, estou imaginando escrever um trabalho intitulado “Mas houve alguma vez uma autonomia da vontade?” Esse é um primeiro aspecto. Toda teoria do contrato é baseada nisso. Lembro-me de que foi Charles de

Moulin que falou em *autonomie de la volonté*, em aproximadamente 1500 e poucos, quando o Brasil acabara de ser descoberto. Indo ao caso concreto do novo Código, os artigos 505 a 508 cuidam de retrovenda como está no Código antigo, com pequenas alterações. Cheguei a uma triste conclusão, através da minha experiência como juiz, pois como advogado nunca tinha tido ocasião de lidar com isso (fui advogado muitos anos, inclusive ao lado do Prof. Arnoldo). Como juiz isso me chamou atenção pois levantei uma jurisprudência, tive que lidar, julguei uma série de casos. O que descobri? A retrovenda é um instituto arcaico que só é usado hoje para fins de usura, ou seja, é um contrato usado para dissimular um outro contrato e para lesar a outra parte. Geralmente, a retrovenda é usada para garantir um empréstimo, especialmente de pessoas que não têm crédito bancário. Essas pessoas dirigem-se a um agiota, que faz um contrato e quer uma garantia. Qual a garantia que ele quer? Uma coisa que tenha valor, que geralmente é um terreno, um imóvel, um prédio, um apartamento.

Julguei processo com esse tipo de contrato e o Tribunal, aqui no Rio de Janeiro, especialmente, confirmou essa sentença, não só minha, mas também de outros colegas. Hoje, como desembargador, não vejo mais este tipo de ação, nunca mais julguei contratos de retrovenda. A jurisprudência se firmou de tal forma, na época, que os agiotas arranjaram outro tipo de contrato. Portanto, até para os agiotas, esse contrato começou a ser desusado. Para espanto meu, descobri no jornal, certo dia, que um certo banco estava usando o contrato da retrovenda. Talvez não seja propriamente um banco, mas um tamborete, como diziam na minha época de bancário.

Ora, não sei se sabem todos que a retrovenda é um instituto consagrado no Código Civil, mas nenhuma pessoa de bem, nenhuma pessoa de boa vontade o utiliza. Alguém vai vender um apartamento para recomprar daqui a seis meses a título de quê? Uma pessoa precisa

de cem mil reais e tem um apartamento que vale trezentos mil reais. Ela, então, “vende” esse apartamento, por cem mil mais os juros ao agiota, e levanta um empréstimo de cem mil, devendo pagar aquilo em três ou seis meses, conforme o prazo em que ele supõe que poderá devolver o mútuo ao agiota. O que acontece? Se ele devolver dentro do prazo, muito bem. Se ele não devolver, terá recebido cem mil mas vai perder um imóvel de trezentos mil, ou seja, vai pagar o triplo, o que é um absurdo, é o tipo da lesão enormíssima. Então, vejam bem, esse contrato de retrovenda permite que o agiota use de uma simulação. Por que se deixou isso no Código Civil novo, se toda a jurisprudência, aqui no Rio de Janeiro, por exemplo, já considerou aquilo nulo completamente? É muito interessante.

Lembro-me de que sugeri a alguns deputados e um dia participei de um debate, ao lado do Prof. Josafá Marinho, e até creio que fui um pouco indelicado com ele, porque alguém me perguntou alguma coisa: o que o senhor acha da retrovenda e eu, com licença do Prof. Josafá Marinho, saudoso professor, que foi o relator geral do Código Civil e estava do meu lado, disse: “peço *venia* ao professor Josafá mas se fosse eu colocava um único artigo a respeito no Código Civil”. Ele me perguntou qual era e eu respondi: “fica proibida a retrovenda”. Esse é o problema. Eu hoje, faria uma sugestão mais técnica. Poria, no artigo 505, que é o primeiro que trata disso, que se aplicam à retrovenda os artigos 166 e seguintes desse Código, considerando-se nula a sua contratação.

Prof. Arnoldo Wald

Concordo plenamente. Acho que há aí uma situação que não deve permanecer. Não entrei em todos os detalhes porque tinha um tempo mais ou menos preestabelecido e preferi ficar na Parte Geral. Mas não há dúvida de que cabe uma discussão do que eu chamaria de parte especial dos contratos. Vou lhe dizer, em defesa do Prof. Josafá Marinho, que houve uma espécie de acordo, em um

determinado momento, para que o novo Código, que já levava quase trinta anos de discussão fosse aprovado logo. Tenho a impressão que Josafá Marinho, na realidade, se convenceu da sua afirmação, mas apenas não pôde adotá-la, porque a política tem algumas peculiaridades que não se compatibilizam com o Direito.

Desembargador Semy Glanz

Vou falar a respeito da doação. A doutrina aconselha que as leis não devem dar definições, mas o nosso Código dá uma definição do que seja doação. O novo Código manteve o mesmo critério. Descobri, nesse artigo 538 do novo Código, que não se mudou nada: considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. O Código velho diz que os aceita. Fui o autor de uma pequena introdução no livro do Prof. Arnoldo (e parece que, como isso é feito a quatro mãos, ele não me criticou), dei um outro conceito, dizendo o seguinte: doação é o ato jurídico pelo qual alguém se obriga a transferir, por liberalidade, bens do seu patrimônio para outra pessoa. E por quê? Porque no nosso sistema, contrato não transfere a propriedade. E o nosso Código Civil, do Clóvis Bevilacqua, diz: considera-se doação o contrato em que uma pessoa transfere por liberalidade. Se é um contrato, não transfere. É o primeiro erro. O Código atual manteve isso, não fez nenhuma mudança.

Outro aspecto, mais importante, é o artigo que trata da representação e mandato. No Código velho não havia nada sobre representação. No Código italiano já tem. Então, o que fez o novo Código? Ele introduziu (até quase “copiando”, permitam-me sem nenhuma crítica), um capítulo na Parte Geral sobre o instituto da representação, o que é muito bom. O que aconteceu? Quando o Código fala de mandato, repete o que já estava no velho Código, onde aparecem umas coisas curiosas. O nosso Código velho confunde procuração com mandato e penso que deve ser corrigido. Essa é a crítica.

O artigo 653 atual, do novo Código, diz que a procuração é o instrumento do mandato. Eu dizia, no livro do Prof. Arnoldo, que não é verdade. A procuração pode ser e pode não ser instrumento do mandato. Pode ser instrumento de corretagem, ou de qualquer outro contrato que se preste a isso. A procuração é um negócio jurídico unilateral e o contrato, como sabemos, é bilateral.

Então, há uma série de críticas e deixaria isto para uma indagação do mestre, para saber se ele concorda ou não.

Prof. Arnoldo Wald

Quero dizer que me parece realmente que nessa Parte Especial, todas as suas ponderações são plenamente válidas.

Há um consenso hoje quanto ao fato de haver algumas imperfeições no Código Civil. A idéia foi aprová-lo porque não se podia mais deixar o tempo passar e, depois de trinta anos, ele começou a envelhecer um pouco, ficando cada vez mais obsoleto. Mas penso que a partir da sua vigência haverá um esforço no sentido de aperfeiçoá-lo. Acho que seria importante fazer chegar ao Congresso Nacional essas suas ponderações. Outros magistrados e professores poderiam também fazê-lo. Mas, de qualquer modo, considero que o Código foi importante porque, no todo, na globalidade, acertou. Os problemas secundários vão ser aprimorados com o tempo e com a colaboração de mestres, desembargadores, professores, como Vossa Excelência. ☰