

DOS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL*

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

O tema é realmente provocante. Um novo Código Civil é um divisor de águas numa sociedade. Representa uma nova postura ética, o que foi muito bem demonstrado pela Prof^a. Thelma¹, da transformação do papel da mulher e da visão do que ela representa na sociedade e na entidade familiar. O Código de 1916 era machista e falava, a todo o momento, no homem, no poder marital, no marido como chefe da família, na mulher casada, na constrangedora companhia dos silvícolas, dos pródigos e dos menores púberes, porque tinha que se submeter à vontade do senhor seu amo e marido.

No campo dos contratos, a transformação, como disse o Prof. Miguel Reale², foi de cento e oitenta graus. A rigor, passamos de um modelo individualista para um socializante. Não é à toa que a primeira palavra mágica que sintetiza o novo Código é “socialidade”. Por isso, o Presidente Marcus Faver (TJ/RJ) foi muito feliz ao dizer que não temos apenas uma lei nova, mas um repositório de normas jurídicas; temos realmente um novo tempo. Isso porque o nosso atual Código reflete, como não poderia deixar de ser, os princípios que vigoravam no século XIX. Alguns podem imaginar que estou exagerando, afinal, ele foi aprovado em 1916, portanto já é um Código do século XX. Não, ele é um Código do século XIX, já que o seu projeto foi concluído em 1896 e, então, encaminhado ao Congresso, que somente o aprovou em 1916, o que mostra que o nosso Congresso tem uma consolidada tradição de levar mais de vinte anos para discutir e aprovar um Código Civil.

O Código atual, do século XIX, não poderia deixar de refletir aqueles dogmas do liberalismo que varriam a Europa naquela época. O Estado Libe-

* Palestra proferida em 11.06.02, na EMERJ, no seminário “O Novo Código Civil e as Recentes Reformas no Código de Processo Civil”.

¹ Juíza de Direito Thelma Araujo Esteves que discorreu, no mesmo simpósio, sobre “O Papel da Mulher no Novo Código Civil”.

² Palestra de Abertura: “O Sentido do Novo Código Civil”.

ral clássico, emanado da Revolução Francesa, fez do contratualismo uma das suas quatro bandeiras principais. Tudo se resumia sob a forma do contrato, até mesmo a relação entre o cidadão e o Estado era tipificada sob forma contratual. Quem não se lembra de Rousseau, com a sua obra **O Contrato Social**? O Estado Liberal fez do contrato o corolário da autonomia privada da vontade. Os seus pilares de sustentação são, de um lado, a autonomia da vontade, levada quase ao absoluto: *dit contractuel, dit juste* (disse contratual, disse justo), ou seja, tudo o que é contratual é justo, diziam os franceses, desde que se assegure a liberdade das partes no momento de contratar.

Ao Estado Liberal cabia, portanto, uma única tarefa: a de garantir a liberdade das partes para que pudessem ajustar os seus interesses privados como melhor lhes conviesse em termos de contrato. E o outro pilar de sustentação era o princípio da força obrigatória dos contratos, o princípio da imutabilidade dos contratos. O contrato, propositadamente, era explicado como a lei entre as partes. Era uma lei, ainda que relativa às partes, mas tinha a mesma força cogente da lei. Nem o Judiciário poderia interferir nos contratos para modificar o que as partes livremente haviam ajustado. Uma modificação do contrato somente se admitia se resultante de um novo consenso.

Estão aí, portanto, os pilares de sustentação da teoria geral dos contratos no Estado Liberal do século XIX: autonomia da vontade quase absoluta e a força obrigatória dos contratos, resumida na conhecida máxima romana *pacta sunt servanda*, que foi colhida como garimpo num texto antiqüíssimo do Digesto, atribuído a Ulpiano, que perguntava o que podia ser mais compatível com a fé humana do que cumprirem os homens o que pactuaram. Partindo desse texto de Ulpiano, criaram a máxima *pacta sunt servanda*, que Kelsen (a quem o Prof. Miguel Reale já se referiu como o maior de todos os juristas do século passado) fez inclusive ser uma das regras básicas do equilíbrio social.

Ora, um Código do século XIX, profundamente individualista, alicerçado nesses dogmas liberais, não poderia ter uma palavra sequer, por exemplo, sobre a revisão judicial dos contratos; a teoria da onerosidade excessiva; a lesão, porque a possibilidade de o Judiciário modificar os contratos sobre o impacto de fatos supervenientes fragilizava o princípio do *pacta sunt servanda*. Por isso, os códigos do século XIX, dentre eles o nosso, não se referiam à lesão, à onerosidade excessiva e também silenciavam quanto à boa-fé, que naquela época, vigorava como uma mera exortação ética que deveria ficar no coração e na mente das pessoas. Esse era o panorama do atual Código.

O prof. Miguel Reale lembrou que no Código atual não há nenhuma referência expressa à boa-fé, a não ser no artigo 1443, inserido especificamente no contrato de seguro, quando se diz que nesse contrato as partes deverão guardar a mais estrita boa-fé e veracidade, como se somente no contrato de seguro fosse preciso contratar com a boa-fé. Isso, aliás, explica um certo amolecimento ético da sociedade brasileira no campo dos contratos.

Só que o tempo passa, e o passar do tempo tem uma força avassaladora – nada resiste ao passar do tempo. Com a primeira Grande Guerra as economias destruíram-se, não era mais possível entregar as coisas vendidas nem pagar os preços avençados. Por isso começou a surgir o capitalismo financeiro; o Estado percebeu que não mais poderia manter a postura olímpica de mero expectador do processo econômico, o Estado Liberal era um grande Pôncio Pilatos, a lavar as mãos indiferente diante dos fenômenos econômicos, e aos poucos, foi se tornando em um Estado intervencionista. Foi a decadência do liberalismo que caracterizou o século XX, principalmente a partir dos anos 20, após a primeira Grande Guerra, com a derrocada econômica, por exemplo, da República de Weimar. Os sistemas jurídicos redescobriram uma cláusula tão antiga quanto a *pacta sunt servanda*, mas que havia sido sepultada propositalmente pelo Estado Liberal, a cláusula *rebus sic stantibus*.

Não farei um trabalho de arqueologia jurídica, revolvendo o passado para descobrir onde teria surgido pela primeira vez a cláusula *rebus sic stantibus*, embora muitos digam que ela se extrai de uma carta de Cícero a seu filho Marcos, em que diz: “se você entregar uma espada para guardar e se depois de celebrado o depósito, o depositante enlouquecer, não devolva a ele a espada para cumprir o contrato, porque, certamente se o fizeres, a primeira cabeça que rolará será a sua”. Então, alguns vislumbram aí a origem da cláusula *rebus sic stantibus*, dizendo Cícero que aquilo que parece ser ilícito, na verdade, é um bem. Há momentos, dizia Cícero, que é um bem não cumprir o contrato. O código de Hamurabi, em um dos seus artigos, diz que se em um ano não chover e não der trigo, o agricultor não precisará pagar o mútuo a ele concedido ou pelo menos se estancarão os juros. Reparem que foram buscar a cláusula *rebus sic stantibus* e a redescobriram.

As Constituições de Weimar e do México foram as duas primeiras do século XX que inseriram normas econômicas tendentes a temperar o princípio da força obrigatória dos contratos. Foi aí que cresceu a idéia revisionista

dos contratos, a primeira fenda que se abriu na carapaça do século XIX no que tange ao *pacta sunt servanda*. Contudo, continuávamos apegados ao texto do Código de 1916, que, repito, não há sequer uma palavra sobre a onerosidade excessiva, sobre a lesão ou a função social dos contratos. O contrato estava a serviço dos contratantes, era um meio de enriquecimento dos contratantes e o Estado, quanto menos se envolvesse no seu conteúdo, melhor.

O que temos agora, a partir de 10 de janeiro de 2003, é um livro dos contratos profundamente impregnado de uma visão social, que se abre com esses dois artigos lidos pelo prof. Miguel Reale, e que tenho ressaltado pelo Brasil inteiro. São dois artigos comoventes, que por si só justificariam toda a edição desse novo Código Civil, mas tão criticado injustamente.

Ouçõ dizerem que esse código de nada vale, que nada mudou, que não há mais espaço para um Código Civil. Essas críticas somente podem ser explicadas por um hábito muito brasileiro de dizer: “não li e não gostei”. Digo que esses dois artigos redimem todo o projeto do novo Código Civil, ainda que não tivesse avançado em outros pontos.

Dispõe o artigo 421 do novo Código que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Referência expressa à função social do contrato. Indagar-se-á: o que é a função social do contrato? Onde vamos encontrar no Código essa resposta? É evidente que não cabe ao legislador definir o que é a função social do contrato, mas meio minuto de bom senso nos convencerá que função social do contrato é fazer com que o contrato se transforme num instrumento da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade, construindo o que se convencionou chamar o Estado do Bem-Estar. Essa função social dos contratos também está referida no campo dos direitos reais no que tange à posse e à propriedade. Portanto, temos um Código, nesses dois segmentos tão sensíveis; o dos direitos reais e o dos contratos, um Código umbilicalmente compromissado com a função social do Direito.

O artigo 422 do novo Código Civil diz que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Acabou-se a boa-fé subjetiva, a boa-fé romântica, a mera intenção de ser honesto, a simples ignorância de que não se está causando lesão a alguém, aquela boa-fé que era uma mera exortação ética.

O que queremos agora é uma boa-fé objetiva, ou seja, o comportamento de um homem honesto. Não basta que os contratantes queiram ser honestos, que tenham a intenção de ser honestos. O que queremos e os obrigamos é que se comportem, durante toda a vida do contrato, como se comportaria um homem honesto.

O que é mais importante: esses dois dispositivos traduzem, o que se convencionou denominar na moderna doutrina contratual, de cláusulas implícitas, cláusulas gerais, que se consideram, portanto, incluídas em todo e qualquer contrato. Tenho repetido na EMERJ, aos novos juízes, exatamente o que o Prof. Reale falou, sobre a responsabilidade extraordinária dos novos juízes, porque agora eles terão que ser os equilibradores éticos e econômicos dos contratos, não mais poderão ser convivas de pedras, não mais poderão ficar comodamente engessados pelos modelos legais. Terão que descerrar a venda dos seus olhos e mergulhar nos contratos para perceber se o contratante está ou não se conduzindo de acordo com a boa-fé, ou se aquele contrato está ou não cumprindo a sua função social. Essas cláusulas deixam de ser exortações éticas para se transformarem em deveres jurídicos, que cabe ao Judiciário verificar se estão sendo cumpridos. Vejam como se transformará o mundo dos contratos e como a responsabilidade dos juízes e advogados aumentará, porque caberá aos advogados irem ao Judiciário para reclamar essa modificação ou essa resolução dos contratos.

Citarei mais alguns artigos inseridos no Livro dos Contratos que mostram essa extraordinária mudança. O artigo 478 do novo Código Civil diz que qualquer dos contratantes poderá pedir a resolução do contrato se, em razão de fatos extraordinários e imprevisíveis, romper-se a equação econômica do contrato tornando-o excessivamente oneroso para a parte. Reparem que o que era mera construção doutrinária e pretoriana transformou-se, agora, em direito positivo. É a primeira vez que surge no direito positivo brasileiro um artigo no Código Civil que admite a teoria da onerosidade excessiva. É a teoria revisionista mitigando os rigores ultrapassados e individualistas do *pacta sunt servanda*.

O artigo 480 do novo Código Civil determina que se as obrigações forem unilaterais, se só uma das partes suportar obrigações, ela poderá também pedir ao juiz que as reduza equitativamente se elas se tornaram excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis.

O artigo 479 do novo Código Civil diz que a parte que foi beneficiada por essa transformação, pelo rompimento da equação econômica do contrato

pode oferecer-se para restaurar a comutatividade inaugural e, com isso, salvar o contrato. Abre-se, portanto, uma porta de salvação para o contrato, bastando que a parte que se beneficiou com a mudança se ofereça para restaurar o equilíbrio natural. Isso decorre da boa-fé objetiva. Um homem honesto, probo, o *bonus pater familia*, dos romanos, não se sentiria confortável sabendo que a sua riqueza emanada do contrato se construía sobre a desgraça, sobre a ruína do outro contratante. O princípio da boa-fé objetiva exige que os contratos tenham equações econômicas razoavelmente equilibradas. Não que seja pecado ou crime lucrar no contrato, a economicidade continuará sendo inerente aos contratos, pois ninguém contrata por diletantismo ou altruísmo, todos nós contratamos para tirar do contrato um proveito econômico, principalmente numa sociedade capitalista como a nossa. Só que esse proveito econômico agora tem um limite, que é exatamente a função social do contrato e a boa-fé objetiva.

O artigo 478 do novo Código Civil nada mais faz do que reproduzir, no mundo dos contratos, uma outra regra importantíssima que se encontra no Livro das Obrigações, o artigo 317, que também, pela primeira vez inserida num Código Civil brasileiro, diz que se entre o momento da celebração da obrigação e o seu pagamento sobrevier uma desproporção do seu valor, o devedor poderá ir a juízo para pedir ao juiz que reduza eqüitativamente o valor da obrigação para restabelecer o equilíbrio inaugural. Veja a preocupação permanente desse novo Código com relações jurídicas equilibradas, economicamente justas, o que é um imperativo da boa-fé.

O novo Código percebe que é uma contingência inevitável da sociedade de consumo os contratos de adesão. O atual Código não diz uma palavra sobre os contratos de adesão, mas o novo abre o Livro dos contratos dizendo que nos contratos de adesão serão nulas as cláusulas que traduzem renúncia prévia a direitos do aderente e que sejam inerentes à natureza do contrato, como também diz que nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas serão sempre interpretadas em favor do aderente. Há um artigo que parece, à primeira vista, o óbvio ululante, quando se diz que as partes são livres para celebrar contratos atípicos. Ora, sempre foram e não era preciso que o novo Código o dissesse, mas é que o artigo diz que as partes são livres para celebrar contratos atípicos observadas as normas gerais fixadas nesse Código, quais sejam: a função social do contrato, a boa-fé objetiva. É como se dissesse que não adianta criar novas fórmulas com essa capacidade insuperável dos advogados brasileiros, porque por mais atípico que seja o contrato terá que

respeitar esses princípios gerais da boa-fé e da função social.

Chamo a atenção de alguns outros dispositivos. Por exemplo, na Parte Geral surgiram dois novos vícios do negócio jurídico que, conseqüentemente, repercutirão diretamente na teoria dos contratos. Ao lado do erro, do dolo, da coação, da fraude contra credores e da simulação aparecem agora, como vícios do negócio jurídico, o estado de perigo e a lesão. Finalmente, a lesão é recepcionada no nosso direito positivo, com cem anos de atraso. É quando um contratante, aproveitando-se da inexperiência do outro ou da premente necessidade do outro contratar, lhe impõe condições e prestações desproporcionais à contraprestação e aí a parte prejudicada poderá ir ao Judiciário para anular esse contrato que já nasceu maculado pela lesão. A simulação, que no atual código é cláusula de anulabilidade do ato jurídico, transforma-se agora em causa de nulidade. O ato simulado passa a ser nulo quando era até então anulável. Vejam a preocupação ética porque a simulação é uma manifestação enganosa de vontade, dolosa, no precípua objetivo de fraudar a lei ou de causar prejuízo a outrem. Isso é tão grave sob o ponto de vista ético que era um absurdo que fosse causa, apenas, de nulidade relativa permitindo, inclusive, a convalescença desse ato. Agora, sim, é causa de nulidade.

Vários outros dispositivos poderiam ser citados, mas destaco o artigo 2035 do novo Código Civil para encerrar o tema. Esse dispositivo está inserido nas disposições gerais e transitórias. Depois que o legislador elencou todos esses novos princípios, temeroso, por certo, de que não fossem bem percebidos, estabeleceu a seguinte regra transitória: a validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor desse código obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2045 (que é o Código Civil revogado e as leis anteriores). Entretanto, os seus efeitos, produzidos após a vigência desse Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Já se inquinou esse dispositivo de inconstitucional, porque estaria violando a garantia constitucional do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Eu não vejo isso e defenderei até a morte a tese de que não há nada de inconstitucional nesse dispositivo. Isso nada mais é do que a aplicação imediata e geral da lei nova, que Rubbier já defendia no seu antológico trabalho “Os Conflitos de Leis no Tempo”. Rubbier dizia que os efeitos futuros dos fatos passados se subsumem à lei nova. É evidente que o novo Código não pode retroceder para alcançar os efeitos já produzidos pelos contratos celebrados

antes dele, mas poderão perfeitamente esses novos valores oxigenarem os efeitos ainda não produzidos. O parágrafo único desse artigo diz que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por esse código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Nenhuma convenção prevalecerá. O artigo, propositadamente, fala em convenção e não em contrato, porque o conceito de convenção é muito mais abrangente. Portanto, nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os princípios da função social, da propriedade dos contratos e da boa-fé.

Acho que não é preciso dizer mais nada para que recebamos esse novo Código com boa vontade, que não o atiremos ao lixo, como muitos apregoam, com preconceito e às vezes uma ponta de inveja. Ainda há tempo para um novo Código Civil, que continua sendo uma espécie de alicerce ético e filosófico de um povo. É o dique de proteção moral de um povo, a Constituição do homem comum. Os que criticam esse novo Código porque não fala sobre a clonagem, a fertilização *in vitro* e os contratos eletrônicos, esquecem-se de que um Código Civil jamais, seja ele o BGB, seja ele um monumento de juridicidade, poderia nos dar todas as respostas, ainda mais numa sociedade submetida a um tão rápido processo de transformação.

Meus amigos, o Código não pretende ser uma lei exaustiva. Essas relações jurídicas novas sobre as quais ainda não se fez um consenso, quer no mundo do direito, quer no mundo da moral, não podem estar inseridas no Código Civil, mas terão que ser disciplinadas por leis especiais. E nenhum Código Civil do mundo pretendeu exaurir inteiramente o Direito Privado.

Dessa maneira, parece-me que o Código é perfeitamente aceitável, não é certamente o Código de nossos sonhos, pois, como toda obra humana, tem os seus defeitos. Foi tímido, a meu sentir, em alguns aspectos, mas o saldo sempre me pareceu, desde o primeiro momento em que o li, bastante positivo. Basta essa transformação do individualismo para a socialidade para justificá-lo. Basta essa transformação ética da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva para que o recebamos com esperança e entusiasmo.

O momento é histórico e como me animo com o espetáculo comovido dessas platéias repletas, às vinte e uma horas de um dia exaustivo de trabalho! Isso demonstra que a comunidade jurídica percebeu a importância desse momento. Como me orgulho de participar deste momento! Que sorte tivemos de vivê-lo! Não seremos expectadores da mudança, mas atores, agentes. Esse código não irá mudar comportamentos no dia 11 de janeiro;

não tenho nenhuma veleidade nesse sentido. Sei que nesse dia os banqueiros não procurarão os mutuários para comunicar-lhes: “como o código entrou em vigor, ontem baixamos os juros a 1%; o anatocismo está banido das nossas práticas e o lucro, tendo em vista que o novo Código fala de uma função social do contrato, que no semestre passado foi de três bilhões de reais, será reduzido a quinhentos mil e a diferença creditada na conta corrente dos nossos queridos clientes”. É claro que isso não irá ocorrer! A ganância continuará campeando a exploração do mais forte ao mais fraco, pois isso é obra para uma ou duas gerações. Contudo, era preciso dar o primeiro passo e a ferramenta da mudança será o novo Código Civil. Dependerá de nós e somente de nós transformar esse Código num instrumento de redenção ética da sociedade brasileira. Se nos acomodarmos, se não mergulharmos nele para descobrir as suas mensagens e decifrá-las, nós seremos responsáveis perante o Arthur (filho da Prof^a Thelma) por ter deixado estiar mais esse sonho. O que diremos às novas gerações, a esse menino que nascerá em alguns meses, quando se queixar das estruturas sociais de um país de que ele irá se envergonhar? Diremos que nos acomodamos? Mas se nós, ao contrário, nos mantivermos como aqui nesse auditório, responsáveis, atentos, de boa-fé, poderemos transformar esse Código na redenção da sociedade brasileira. Prof^a. Telma, vamos receber o Arthur dizendo: orgulhe-se do seu tempo e do seu país. De mãos dadas, com a tinta dos nossos sonhos, com a argamassa das nossas esperanças, nós construiremos um novo tempo. Muito obrigado. ◆