

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 104 • outubro-dezembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1 • Caixa Postal 678

Tel. (011) 3115-2433 • Fax (011) 606-3772

CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Editorial: AFRO MARCONDES DOS SANTOS

Assistente Editorial: MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: Eurotexto Informática Ltda. - ME. Av. Sete de Setembro, 1000, CEP 18245-000 - Campina do Monte Alegre - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

Noção e objecto da Economia Política – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	7
A definição de controlador na liquidação extrajudicial e em processos análogos – ARNOLDO WALD	35
Os contratos no projeto de Código Civil – CARLOS ALBERTO BITTAR	48
Prescrição Administrativa – RENATO SOBROSA CORDEIRO	58

ATUALIDADES

Depósito elisivo. Levantamento. Decretação da falência superveniente em outro processo – RONALDO FRIGINI	73
A decadência do direito de constituir o crédito tributário – Perigoso precedente jurisprudencial – JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	77
As concessões e o mercado de capitais – JOÃO LAUDO DE CAMARGO	82
Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização – ALFREDO LAMY FILHO	86
Notas sobre a responsabilidade civil dos administradores e do controlador de instituições financeiras sob o regime de administração especial temporária (RAET) – HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA	95

MERCOSUL

A formação do MERCOSUL e a harmonização das regras no campo da propriedade industrial – MAURÍCIO C. DE A. PRADO	100
--	-----

TEXTOS CLÁSSICOS

Perfis da Empresa – ALBERTO ASQUINI, <i>Profili dell'impresa, in Rivista del Diritto Commerciale, 1943, vol. 41, I</i> , tradução de FÁBIO KONDER COMPARATO	109
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Sociedade Anônima – Empresa de radiodifusão e telecomunicação – Exigência do órgão público fiscalizador – Comprovação da nacionalidade brasileira dos acionistas – Deliberação assemblear de venda das ações que não atenderam à convocação – Ilegalidade – RICARDO DE SANTOS FREITAS	127
Sociedade por cotas – Constituição por dois sócios – Morte do majoritário – Continuidade da empresa – Representação – Gerente – Legitimidade – RENATO LUIS BUELONI FERREIRA	141
Responsabilidade da sociedade por dívida de seus sócios integrantes – Desconsideração da personalidade jurídica – RODRIGO RECARTE	146

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	149
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ALFREDO LAMY FILHO

Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro. Co-autor do anteprojeto da atual Lei das Sociedades Anônimas.

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP; Juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Advogado em São Paulo.

JOÃO LAUDO DE CAMARGO

Diretor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais; Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURÍCIO C. DE A. PRADO

Advogado. Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

RENATO LUIS BUELONI FERREIRA

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RENATO SOBROSA CORDEIRO

Funcionário do Banco Central do Brasil.

RICARDO DE SANTOS FREITAS

Advogado em São Paulo. Pós-Graduando pela Faculdade de Direito da USP.

RODRIGO RECART

Advogado em São Paulo. Pós-graduando pela Faculdade de Direito da USP.

OS CONTRATOS NO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

CARLOS ALBERTO BITTAR¹

Debater o Projeto do Código Civil é algo realmente impressionante, é algo gratificante, porque na verdade se trata de diploma que vai modificar as regras básicas de nossa própria vida. Dentro da limitação que me foi confiada, discutirei a parte referente aos contratos. Seguindo a orientação que é comum entre nós, professores por vocação, o trabalho está dividido em partes: na primeira, cuidarei das noções introdutórias, na segunda, destacarei as principais inovações, e na terceira parte, farei algumas sugestões para o aperfeiçoamento do projeto.

Começo, então, dizendo que o Projeto de Código Civil nasceu sob a égide de um grupo de juristas, altamente qualificados, e, a par disso, se baseia estruturalmente no Código Civil italiano. São portanto dois fatores importantes para o nascimento do novo Código. A comissão de juristas, chefiada pelo Prof. Reale, se baseou fundamentalmente em um trabalho anterior, realizado pelo Prof. Orlando Gomes como coordenador, e por sua vez, esse anteprojeto estava inspirado no Código Civil italiano.

Ora, o Código Civil italiano é sem dúvida nenhuma um momento legisla-

tivo do século XX: representa para nossa geração e para o futuro aquilo que o Código Civil Napoleônico representou no século passado. E essa influência que o Código Civil italiano vem exercendo já se faz sentir em códigos promulgados, haja vista por exemplo os Códigos de Portugal e do Peru. Essa inspiração demonstra que o legislador do século XX, está se baseando num trabalho que teve em sua elaboração, como se sabe, os mais importantes juristas italianos. É preciso enfatizar esse ponto, porque o projeto é realmente adequado, tanto na elaboração como na sistematização.

A primeira impressão, portanto, que quero passar aos senhores é de que correta foi a orientação dos projetistas, pois seguiram aquele que hoje é o melhor texto legislativo existente.

O segundo ponto importante nessas introduções é a unificação que o projeto faz do direito privado, unificação legislativa que já vinha sendo proposta desde o século passado e, entre nós, especialmente por Teixeira de Freitas, o grande juristas brasileiro, grande codificador, que acabou contribuindo para a formulação do Código Civil argentino. Com a unificação, matéria contratual que fica sob a mesma base, alcançado-se, assim, contratos tanto comerciais como civis. Anote-se, aliás, que, com essa tendência, não perde o direito comercial sua autonomia: continua, pela matéria, autônomo, mas legislativamente ele é inserido sob os mesmos princípios no Código. Ora, releva destacar esse fato, na medida em que o Projeto, o direito

⁽¹⁾ Conferência especialmente proferida pelo Prof. Carlos Alberto Bittar, no dia 25.05.1995, por ocasião do ciclo de estudos em comemoração aos 20 anos do Projeto de Código Civil – promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli em conjunto com o Instituto dos Advogados de São Paulo e Escola Paulista de Advocacia.

obligacional é um só, e a teoria contratual é uma só. Com isso, faz desfilar e regula contratos que hoje estão considerados na área comercial e contratos que são tratados na área civil.

O terceiro ponto que quero destacar na introdução é aquele relativo à absorção de várias conquistas da evolução do pensamento jurídico. Ou seja, o projeto absorve vários institutos que nasceram da evolução do pensamento científico e da própria realidade e tecnologia presentes. Assim, merecem destaque a adoção da teoria da imprevisão, a adoção do princípio da boa fé, explicitamente colocado como inspirador da teoria contratual, e assim por diante.

O projeto se mostra portanto coerente com o seu tempo, vem sendo adaptado nas próprias comissões; há várias emendas de adaptação, ou seja pelo fato de ter sido apresentado na década de 70, não está desatualizado, ao contrário, está acompanhando a evolução. E esse trabalho é todo coordenado pelo próprio Prof. Miguel Reale, que mantém contato freqüente com o Congresso.

O quarto ponto importante é a disciplinação apartada do direito contratual. Acho esse o ponto mais importante em matéria de contratos do projeto, ou seja, o projeto se liberta da orientação de submeter o direito contratual à teoria obrigacional. Ou seja, o projeto esboça uma teoria contratual, seguindo aquilo que a doutrina moderna vem propugnando, especialmente graças aos trabalhos de doutrinadores como Luiz Diez Picazo na Espanha, Luigi Cariota Ferrara na Itália e Orlando Gomes entre nós, na convicção de que há uma teoria contratual que não necessariamente coincide com a teoria obrigacional.

E foi exatamente nessa linha de pensamento que tive oportunidade de escrever, no curso da Faculdade, livro

sobre direito contratual com teoria separada da obrigação. É assim o meu Curso de direito civil, no qual estudei também todo projeto, discutindo suas principais orientações. Assim tem-se estudo do contrato como fonte da obrigação e não como elemento da própria obrigação.

O sistema anterior que se funda no Código Napoleônico, não desenha a uma teoria contratual autônoma. Com a evolução processada, verificou-se que é insuficiente a teoria obrigacional para explicar os contratos.

Então há hoje uma teoria contratual, ou seja, teoria dos contratos; nomeei a matéria “direito dos contratos e dois atos unilaterais” e a disciplina foi introduzida na faculdade com o nome de “fontes das obrigações”, sendo estudada apartadamente do direito obrigacional. Acho esse o ponto fundamental na parte de estruturação do projeto, pois dá autonomia ao direito contratual, ultrapassando-se, assim, uma série de dificuldades para solução de questões, especialmente, por exemplo, referentes à extinção de obrigações sem extinção de contrato e extinção de contrato sem exaustão de obrigações.

Último passo que quero destacar nessas noções introdutórias é o de que, na separação da teoria contratual, o projeto destaca também a teoria dos atos unilaterais. Tem, pois, o projetista brasileiro nítida noção de que contratos e atos unilaterais são institutos diferentes, e tem também a nítida noção de que os atos unilaterais são fontes de obrigações como os contratos. O projeto isola essas categorias, disciplina-as, dando, portanto, organicidade à teoria das fontes.

Feitas essas observações de caráter sistemático, passemos agora a destacar as inovações do projeto.

A primeira grande inovação do projeto é a adoção da teoria do negócio jurídico. Abraça definitivamente a noção do negócio jurídico, inspirado pela doutrina italiana e resolve o problema da bipartição do ato jurídico, que a doutrina com muito esforço criou para poder explicar o sistema do Código Civil, pois, como sabem os senhores, o nosso Código só regula o ato jurídico. A doutrina criou depois a expressão ato jurídico estrito senso e ato jurídico em geral, para poder explicar um fenômeno, que mais tarde a doutrina italiana capitulou, disciplinou e mostrou como negócio jurídico.

Então, ao adotar a teoria do negócio jurídico, o projeto em primeiro separa o negócio jurídico do ato jurídico, e em segundo lugar permite a compreensão do contrato como negócio jurídico, tomando possível portanto a clarificação de todos esses institutos, ou seja, o doutrinador não precisa mais se utilizar de expressões complementares, ato jurídico é ato jurídico, negócio jurídico é negócio jurídico, e o contrato é uma das espécies de negócio jurídico.

O segundo ponto importante dentro dessas inovações do sistema está na relevância que dá ao aspecto moral nas obrigações. Nesse passo o legislador se mostra bastante preocupado com essa problemática. E está correta a sua posição porque qualquer que seja a postura doutrinária a respeito da teoria contratual, uma coisa é definitivamente certa e indiscutível: toda base negocial repousa em princípios de moral. O respeito à palavra dada continua sendo, na verdade, o fundamento ético do negócio jurídico. Pode-se explicar pela teoria da declaração, pode-se explicar pelo voluntarismo, enfim as explicações podem ser as mais variadas. Mas, em última palavra, todos os autores são concordes numa coisa: é o respeito à palavra dada, o elemento fundamental

na teoria contratual. E aquilo que lhe dá então, toda a sua base.

Ora, fundado nisso o legislador estabelece a inclusão de vários institutos onde é decisiva a influência da moral, a saber: o instituto da lesão; o instituto do estado do perigo; o instituto da imprevisão, ou como querem alguns, da cláusula *rebus sic stantibus*.

Vejamos cada qual: lesão é o aproveitamento indevido na realização do contrato, da inexperiência ou da absoluta necessidade da parte contrária, que faz com que se chegue a um resultado, que conscientemente a parte não desejaria. Ora o instituto da lesão, que foi sempre muito discutido, se caracteriza exatamente assim, inclusive a definição legal é no meu entender perfeita. A lesão ocorre, em primeiro lugar, pelo aproveitamento da inexperiência da outra parte; e, em segundo lugar, da absoluta necessidade que a parte tenha em um contrato. O exemplo clássico é aquele do locatário, que sofrendo uma ação de despejo, deseja alugar imóvel cujo proprietário, tomando conhecimento da sua situação, eleva, de repente, o valor da locação. Premido pela necessidade de não ver, por exemplo, seus objetos ao relento, por ordem e força do despejo, a parte acaba aceitando a contratação. A absoluta necessidade que ele tem de local para se instalar, evitando o vexame de submeter sua família a essa situação constrangedora — que é sempre o despejo — acaba realizando o negócio, negócio esse que, no entanto, se tivesse condição de meditar, de ponderar, jamais faria: pagar, por exemplo, um aluguel de cem para um imóvel que vale dez.

Essa absoluta desproporção nas posições das partes é que autoriza a aplicação da lesão. Pelo projeto isto está explicitamente previsto, como instrumento de extraordinária importância na defesa do economicamente mais fraco.

E essa é uma postura tomada pelo projetista, que merece todo aplauso da doutrina civilista, permitindo-se, com a teoria em questão, quando invocada, chegar ao ajuste do contrato, ou então à rescisão, se for do interesse da parte. Esse mecanismo precioso não está previsto no código atual, por isso é que a jurisprudência vaga a respeito do assunto. A inclusão do fenômeno no projeto vai lhe dar força de lei e, com isso a consagração de importante instrumento de realização de justiça, aliás, previsto já no Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, em vários dispositivos, adota a teoria da lesão, permitindo ao consumidor ajustar os termos de determinado contrato, quando, por exemplo, tenha sido celebrado sem a comutatividade desejada.

O segundo instituto importante é o do estado de perigo, que constitui outro fator que pode levar a desequilíbrio na contratação. O exemplo clássico é daquele que está se afogando, quando alguém aparece, oferecendo-lhe a tábua de salvação. Sabedor de que aquela pessoa preza a sua vida — eu acho que dificilmente algum ser humano deixa de prezar a sua vida — o salvador oferece-lhe a prancha, mediante, por exemplo, a participação em metade de sua fortuna: no desespero, a parte faz a declaração concordando e depois o outro o retira da água e vem cobrar a verba correspondente.

Ora, alegando estado de perigo, a pessoa pode também de um lado obter anulação dessa declaração, ou então obter o ajuste a uma proporcionalidade compatível. Tem-se certeza portanto que a invocação dessa teoria pode resolver inúmeros problemas que ocorrem na prática. É que a pessoa que está em perigo adota conduta, que conscientemente não adotaria: portanto é ela excludente, seja de responsabilidade, seja contratual.

Tive a oportunidade de decidir recentemente um caso onde apliquei a teoria do estado do perigo, e fui acompanhado pelos meus pares no Tribunal — o caso foi o seguinte: havia uma rixa, provocada por certa pessoa, envolvendo-se várias outras, em praça pública.

Ora, na defesa de sua vida e da sua família, o proprietário de automóveis, que estava parado, acionou o veículo para dar movimento normal. Surgiram à sua frente os briguentos, rolando no chão, tendo um deles sido atingido. Apliquei o estado de perigo e resolvi a questão dizendo que a parte não tinha responsabilidade, a rixa tinha sido provocada exatamente pelo lesado. E não se podia exigir da pessoa outra conduta: a família dele estava dentro do automóvel e ia ele dar a partida normalmente, quando os participantes da rixa vieram ter a frente do automóvel em movimento. Está aí portanto a aplicação como excludente, que é admitida pela doutrina universal.

E assim é o código projetado, que prevê expressamente a figura, conferindo-lhe base legal.

A terceira grande posição que quero destacar é a da teoria da imprevisão. Conhecida por alguns como teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, permite revisão de contratos que tenham sido feitos sob determinada base econômica modificada posteriormente em razão de um fato externo. Portanto, pela teoria da imprevisão pode se rever o contexto de um contrato, que tendo sido realizado sob determinada base econômica, venha posteriormente a ser alterado por um fator exógeno, que acaba desequilibrando a posição das partes.

Sempre que um fator externo, interferindo com a economia do contrato, desequilibre as posições das partes, dificultando e às vezes impossibilitando a execução do contrato, aí se aplica essa

teoria. E essa aplicação é discutidíssima na doutrina, e a jurisprudência vaga a respeito.

Trata-se, na verdade, no entanto, de uma figura que tem aceitação desde o direito romano e é inclusive prevista em alguns códigos. Por essa teoria, portanto, pode ser revisto determinado contrato quando há a modificação referida: para isso são necessários os seguintes requisitos: que o fato que modifica seja externo (fator exógeno); segundo, que seja imprevisível à época da contratação; em terceiro lugar, que interfira na economia do contrato, desequilibrando as posições das partes e em quarto lugar que a parte queira cumprir o contrato, porque na verdade não se trata de fator de incumprimento, se trata de fator de impossibilidade de cumprimento.

É por isso que a doutrina atual chama esse fenômeno de onerosidade excessiva. E com esse título o projeto inclui então a matéria no direito contratual. Portanto, onde se diz onerosidade excessiva está-se referindo à teoria da imprevisão. Com base nesses elementos, pode a parte pedir ao juiz que reveja o contrato para torná-lo exequível.

A primeira aplicação dessa teoria entre nós se deu num caso das construtoras no início da década de sessenta. Deflagrou-se no Brasil, à época, uma fortíssima inflação, até então desconhecida entre nós. O desequilíbrio patente foi logo notado, o governo tentou a modificação cambial, mas na prática os preços começaram a subir vertiginosamente. Os contratos de construção de apartamentos eram feitos, naquela época, por preço fixo, reajuste era pela tabela PRICE, aplicando-se juros sobre o financiamento. Os apartamentos eram vendidos a prazo, normalmente de vinte e quatro meses, que as construtoras observavam. A inflação vertiginosa desequilibrou o setor, e as empresas que estavam com apartamentos em constru-

ção entraram no Tribunal e obtiveram o reconhecimento dessa cláusula. Essa cláusula foi no entanto invocada outras vezes sem sucesso: nos planos governamentais, por exemplo, dificilmente os Tribunais aceitam essa cláusula.

Hoje, é claro, ninguém vai invocar mais inflação como causa externa, porque hoje inflação é previsível. Naquela altura era imprevisível, a economia brasileira era instável. Uma greve em país onde não há greves, é fenômeno externo e a jurisprudência francesa consigna por exemplo, casos de greve, casos de cessação, paralisação de empresa, que impedem, por exemplo, a continuação de um fornecimento. No Brasil, é claro, a greve é insucessível de ser invocada, especialmente nos nossos dias.

De qualquer sorte, no entanto, uma brusca paralisação, que interrompa um fornecimento, pode desequilibrar, e a parte pode, na verdade, invocar a teoria.

Nas inovações, outro ponto importante é a adoção de mecanismos técnicos de solução de conflitos ajustados à realidade atual. O projetista brasileiro está muito consciente da realidade nacional e da evolução da doutrina. Digo isso, porque um dos pontos mais importantes do projeto em termos de inovação é a adoção da técnica de prestação de serviços, como sucedâneo da reparação de danos. Isso está inclusive coerente com a Constituição de 88, que adotou vários mecanismos alternativos e solução de conflitos. E é o que venho propugnando há muito tempo.

Com efeito, sempre que o lesante não tivesse patrimônio, a teoria da responsabilidade civil esbarrava com um obstáculo intransponível. A parte lesou, mas não poderia solver a obrigação. Ora, a partir do momento em que se adota a técnica da imposição da prestação de serviços para satisfação de danos então se dá uma enorme abertura

para que o lesante não fique sem sanção, especialmente no caráter moral.

Alguém, por exemplo, atropela outrem, apura-se depois que não tem como pagar o valor da indenização, muito menos pagar o valor correspondente aos danos morais. Nesse caso, impõe-se a prestação de serviço, à vítima, à comunidade – e quem abriu o caminho nisso, tenho aqui que fazer essa homenagem, foi o Juiz Eliezer Rocha, do Rio de Janeiro, um cultor do direito, com grande criatividade – que aplicava sanções alternativas na área penal, exatamente porque entendia, naquela ocasião, como se entende até agora, a inadequação, e, certas hipóteses, do sistema de penas privativas de liberdade. Aplica-se portanto prestação de serviços: dá-se a sanção que o agente merece e o direito portanto fica resguardado no caso concreto, evitando-se todos os subterfúgios daqueles que, ou não tem patrimônio, ou não o mostram. Há outros, inclusive, que transferem patrimônio para terceiro para não ter que pagar indenização.

Decidi recentemente um caso realmente folclórico: a parte transferiu todo o seu patrimônio para os filhos para não pagar indenização. Só que esqueceu que é possível, através de mecanismos outros, obter solução para tais casos. Mas, da prestação de serviços não há como se esquivar, porque está constitucionalmente prevista, e vem colocada no projeto como solução; pode o juiz, por exemplo, determinar, desde que não tenha o réu como pagar indenização, que dê assistência moral à família, que compareça nos fins de semanas aos hospitais, para dar assistência espiritual ou material a quem precisa, e com isso receberá a sanção que merece e a sociedade terá exemplo firme da aplicação do direito.

No Estado de São Paulo já há convênios no sentido de aplicar-se a regra,

na área penal: com certeza, isso vai se estender também à área civil, pois já há algumas decisões neste sentido.

Vejamos, na sequência, quais são as principais colocações na parte referente à estruturação dos contratos. Inicialmente, para que todos tenham uma noção exata da colocação da matéria contratual, está ela dividida em duas partes: o projeto tem uma parte geral, que começa no art. 421, tratando, depois, dos contratos em espécie.

Portanto a disciplinação dos contratos se faz por duas etapas: a primeira é a da teoria geral e a segunda é a do regramento dos contratos em espécies. Nas disposições gerais é que está esboçada, em linhas básicas, a teoria contratual, onde se pode divisar, primeiro disposições sobre o contrato e sua base, depois a formação do contrato, a partir do art. 427, e por fim, a matéria sobre extinção do contrato.

Assim, quanto à teoria do contrato, cuida o Projeto, primeiro, de suas linhas básicas, art. 421 e seguintes; versa, em seguida, a formação do ajuste, art. 427; depois trata da extinção do contrato, art. 472 e seguintes. Vejam, portanto, que já há um esboço de teoria contratual, em que se assenta que é o contrato, como se forma e como se extingue. Daqui a pouco ofereceremos algumas sugestões para o aperfeiçoamento dessa teoria.

Na parte das disposições gerais, o Código continua disciplinando os vícios redibitórios e as arras. E o fez bem, porque as arras no sistema atual estão no direito obrigacional, embora sejam mecanismos do direito contratual. Vícios redibitórios também constituem tema de Direito Contratual. Cuida, dentre outros Institutos, da evicção, da estipulação em favor de terceiros, da cláusula resolutiva, e da onerosidade excessiva. Ou seja, mantém mecanismos que o

Código atual disciplina, introduzindo outros na linha já exposta.

Nessa parte, entendemos que posicionamento mais adequado para às arras seria na parte da extinção. Quando o Código trata da extinção, fica com apenas três figuras: acho que aqui então é restrito.

No meu livro *Direito dos Contratos*, coloco inúmeras outras situações: daí, acho que devia ter tratado aqui das arras, e da onerosidade excessiva.

Outro ponto que merece crítica é que o Código projetado não tem nada sobre a transmissão do contrato e desde que a doutrina moderna colocou e enfrentou com precisão o problema, tem-se que o contrato circula, é possível fazer cessão de posição contratual ou assunção de débito, sendo esta hoje um mecanismo que várias empresas usam para negócios. É técnica que poderia estar na parte da transmissão.

Então, colocaria nessa parte geral, uma quarta divisão antes da extinção, com o título transmissão do contrato, falando da cessão da posição contratual e da assunção da posição de débito. A técnica de assunção da posição de débito por exemplo, é usada muito no direito falimentar, também como instrumento negocial.

Há várias empresas hoje que usam essa técnica como objeto do seu negócio. Por isso, entendo que projeto deveria dar melhor colocação a alguns institutos, conforme indicado, e que deveria ter uma parte sobre a transmissão do contrato.

Nos contratos em espécie, destaco, de início, que o Projeto mantém figuras tradicionais, como não poderia deixar de fazê-lo, tais como compra e venda, depósito mandato... Mas introduz figuras novas, e nisso segue o esquema que também adoto, ou seja, coloca sem qualquer preocupação de caráter didáti-

co, várias espécies de contratos, civis ou comerciais. Vou destacar alguns, que me parecem importantíssimos nessa análise. Lembraria, em primeiro lugar, a introdução da reserva de domínio no código, no art. 571, incluída como dentre as modalidades especiais de compra e venda. Acho perfeita a colocação do projeto: é técnica muito usada nas empresas de departamentos, para venda de bens duráveis. Tem que estar no código para ficar submetida ao esquema princípio lógico do Código. Em segundo lugar, destaquei a venda sobre documento, que está no art. 529, e essa operação é fundamental para o comércio exterior. Tendo em vista a inclusão do Brasil no Mercosul, e o fenômeno da globalização da economia, os negócios internacionais vão se suceder com muito mais frequência, e, como se fazem exatamente com base nessa venda, revela tratar-se no Código de sua disciplinação. Está no art. 529, e a esquematização parece adequada, é modalidade especial de venda, que se faz com base em contrato fechado.

Outro contrato que foi introduzido, e que é também muito utilizado na prática, principalmente tendo em vista agora a proliferação das vendas em feiras, é o contrato chamado estimatório. É a nossa conhecida consignação, que, aliás, nada tem a ver com a consignação em pagamento, é contrato definido no art. 534. Esse modelo alimenta hoje um extenso elenco comercial, que abrange produtos de natureza as mais diversificadas, desde antiguidades, até artigos de decoração, presentes, e outros, é ajuste por meio do qual alguém entrega coisa móvel a outrem, para vendas mediante estipulação de preço (— estimação vem da estipulação do preço —), podendo o consignatário ficar com a res, pagando o valor, ou vendê-la a terceiro ganhando a comissão.

O projeto regula também dois outros contratos comerciais importantíssimos, o contrato de agência, que é o de representação do art. 710, e o de distribuição, também com largo uso, como para automóveis, bebidas, produtos de festas, perfumes e hoje até de direitos intelectuais, por exemplo por meio de licenças. É contrato de largo uso nacional e internacional, art. 710.

Outra figura importante é a do contrato de comissão mercantil, que recebe uma regulamentação mais adequada do que ao do vetusto Código Comercial. A comissão está claramente definida, e servem suas regras, subsidiariamente, para solução de questões de contratos afins, portanto apresenta enorme importância a prática: há comissão, por exemplo, nos negócios de bolsa ou fora de bolsa, tanto de valores, como de mercadorias e futuros. Recebe esse ajuste regulamentação mais consentânea com a realidade, e com a própria evolução, diferente daqueles parcos dispositivos que constavam do Código Comercial.

Destaco, em seguida, o contrato de transporte. Acho de fantástica abrangência, estando muito bem colocadas as duas figuras, a do contrato de transporte de pessoas, e a do contrato de transporte de coisas. Quero elogiar a regulamentação feita, que está plenamente coerente com a jurisprudência, dominante, em especial quanto à adoção da teoria objetiva na responsabilização da transportadora. E é interessante que esse princípio vem do Código Comercial, que tem um dispositivo de extraordinária importância, quando cuida dos trapicheiros e dos tropeiros: o da responsabilidade sem culpa.

O projeto mantém a orientação, e hoje a jurisprudência é tranqüila a respeito. Mas o destaque, na matéria da especificação dos contratos, está para o tratamento que o projeto dá a duas figuras, na concessão de organicidade à

matéria contratual. É o tratamento que ele confere à transação e ao compromisso. O projeto trata a transação e o compromisso como contratos e, é importantíssima essa colocação, porque reflete a natureza desses dois institutos. Como sabem, estão tratados no Código atual como mecanismos de extinção de obrigações. Podem levar a esse resultado, mas pela sua natureza, são contratos.

Transação e acordo feito para evitar-se ou possa se pôr fim ao litígio. As partes que, diante de uma dúvida, de um conflito, querem terminá-lo, fazem um acordo. Ora, acordo por definição é contrato: contrato é acordo de vontades por definição. Portanto, transação é uma espécie de contrato. E a mesma coisa acontece em relação ao compromisso, e o compromisso a que me refiro é o compromisso que dá origem a arbitragem. E chamo atenção nesse passo pela importância que a arbitragem assume hoje, tendo em vista o já falado fenômeno da internacionalização da economia. Porque como não há Tribunais regulares a âmbito internacional, a solução das pendências se faz por arbitragem, e essa arbitragem só é possível se houver contrato de compromisso, ou então cláusula arbitral em contrato regular de negócio internacional. Por isso a regulamentação como contrato confere ao compromisso a sua real posição, e lhe dá então o destaque que deve ter na prática, exatamente porque através do compromisso se estabelece o juízo arbitral.

Levando em conta que o juízo arbitral é o mais importante mecanismo de solução de conflitos hoje no mercado comum europeu, haja visto que todos os países daquela comunidade já editaram leis a propósito, parece-nos relevante a nova postura. Como o Brasil está integrado ao Mercosul, a arbitragem vai ocupar posição de destaque na prática.

Feitas essas observações, que entendi mais pertinentes para dar-lhes uma idéia da filosofia, da metodologia, e do regulamento do Código, ofereço, em conclusão, algumas sugestões para meditação dos senhores e quiçá, eventual aproveitamento nos debates futuros sobre essa temática.

A primeira orientação que quero propor é a de dar-se tratamento mais orgânico aos atos unilaterais e dentre eles os atos ilícitos. Explico: ao enumerar os atos unilaterais, que são fontes de obrigações, o projeto incluiu entre eles a gestão de negócios. Colocou-a no art. 863, inseriu a promessa de recompensa no art. 856, tratou do enriquecimento sem causa no art. 886, e regulou o pagamento indevido no art. 878.

Portanto, identificou como atos unilaterais quatro figuras. Repetindo: gestão, art. 863, promessa de recompensa art. 856, enriquecimento sem causa, art. 886, pagamento indevido, art. 878.

Comete, em meu entender, dois pecados: o primeiro quanto à gestão, que não é ato unilateral, mas contrato.

Nessa parte, o Código atual leva vantagem, porque a regula como contrato e que embora na formação haja uma só declaração, a gestão só produz efeito se houver a conjugação posterior da declaração do dono do negócio. Conseqüentemente, portanto, ela é contrato, como a doação. Com isso, o Projeto confundiu a formação do contrato com o momento de perfazimento: o contrato pode ser formado de imediato, ou paulatinamente, pode ser, pois, integrado de declarações emitidas em momentos diferentes, como acontece na doação, e na gestão. A doação é um ato pelo qual o doador entrega, e o segundo ato é aquele do donatário que recebe; portanto, as declarações não são feitas no mesmo momento. É o que acontece com a gestão; por isso, acho que gestão

não é unilateral, nisso acompanho a melhor doutrina.

A segunda falha que quero apontar é que: o Projeto não colocou todas as figuras de atos unilaterais, pois tratou apenas dos atos ilícitos. Mas há atos que são lícitos, mas que geram também responsabilidade. Então acho, como primeira sugestão, que a gestão deve voltar para o domínio dos contratos em espécie. Em segundo lugar, entendo que deve completar o elenco dos atos unilaterais. E, em terceiro lugar, que não se faça separação entre enriquecimento sem causa e pagamento indevido; essa figura é uma das modalidades de enriquecimento sem causa.

Então, infelizmente, nessa parte, não obstante tenha dado destaque aos atos unilaterais como fonte, considero que tratou a gestão inadequadamente, não previu todas as figuras possíveis de atos unilaterais, por exemplo, os títulos ao portador, que estão no Código atual, e colocou pagamento indevido como categoria diferente do enriquecimento sem causa. Não há nenhuma justificativa para isso.

Outra sugestão que faço é a de que se introduza, na parte geral, um espaço para a transmissão do contrato, e que aí então se regule a cessão de posição e assunção de débito. Pode se argumentar que a assunção de débitos continua regulada no direito obrigacional, mas não é suficiente, nem adequado à diretoria. Não é suficiente, porque não é uma simples cessão, é cessão da posição. É a cessão, por exemplo, de todas as obrigações, de todos os direitos que a parte tem no contrato. É diferente da cessão de direito, de um determinado direito.

Proponho ainda, para encerrar, que ao tratar da extinção do contrato, se prevejam as outras hipóteses possíveis. Lembraria, por exemplo, a questão das arras,

a da cláusula penal, a do distrato e de vários outros mecanismos que fazem com que ocorra a extinção. Assim, como o projeto destacou extinção, e o fez bem, deveria completar o seu estudo com outras e previstas causas de extinção.

Peço vênica para lembrar que a matéria sobre as causas está discutida no meu "Curso de Direito Civil", onde faço um estudo completo dessas fontes, e mostro também as várias causas de extinção do contrato. Podem ser dividi-

das genericamente em extinção do contrato com cumprimento, e extinção do contrato sem cumprimento e, nessa última há várias situações, dentre elas aquelas que acabei de expor aos senhores. Trato dessa matéria na página 433 e, na página 659, volto ao assunto para discutir as várias figuras contratuais, lembrando que, ao versá-las, fiz a necessária comparação com o projeto ora analisado, na certeza que será ele o novo Código Civil.