

Doutrina

O NOVO CÓDIGO CIVIL E A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS*

ARNOLDO WALD

I. Introdução. II. O Brasil no terceiro milênio. III. A evolução do direito privado. IV. Algumas considerações de direito comparado. V. Os contratos no Código Civil de 2002: V.1 Considerações gerais; V.2 As principais modificações: V.2.a A lesão; V.2.b Os contratos de adesão; V.2.c O solidarismo contratual; V.2.d A boa-fé objetiva; V.2.e A função social do contrato; V.2.f A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos. VI. Conclusões.

I. Introdução

1. Queremos, inicialmente, cumprimentar os organizadores do Colóquio Internacional que se realizou, em Roma, a respeito do “Novo Código Civil Brasileiro e o Sistema Jurídico Latino-Americano”, entre 23 e 25 de janeiro de 2003, pela eficiência e oportunidade do seu trabalho, que deu uma nova dimensão ao direito brasileiro e à sua divulgação no exterior. Agradecemos, em particular, ao Professor Sandro Schipani pelo honroso convite que nos fez para participar dos trabalhos do congresso, ao lado de eminentes juristas italianos, brasileiros e argentinos, devendo destacar a extraordinária dedicação que o mestre e sua equipe de colaboradores tiveram em relação tanto à organização do simpósio como no atendimento de cada um dos congressistas.

2. Para nós brasileiros, a vinda à Itália é um retorno às nossas fontes do direito e,

nos últimos anos, foi com grande alegria que vimos se estreitarem os laços entre os juristas dos nossos dois países e o interesse cada vez maior que os professores italianos passaram a ter em relação à evolução do nosso direito. Ao lado dos congressos internacionais nos quais nos encontramos, tanto na Itália quanto no Brasil e em outros centros jurídicos, sedimentando contatos e amizades, passou a haver, a partir da segunda metade do século passado, simpósios binacionais em São Paulo, Rio de Janeiro e Roma, assim como encontros entre professores italianos e juristas da América Latina em geral. Trata-se de importantes trabalhos de direito comparado que estão sendo realizados entre especialistas com a mesma formação e escala de valores, devendo salientar a incontestável influência que a legislação, a jurisprudência e a doutrina italiana tiveram e continuaram tendo no direito brasileiro. Por outro lado, o Brasil também contou, para o seu desenvolvimento, com uma importante colônia de emigrantes de primeira e segunda geração, que fizeram de São Paulo uma das maiores cidades italianas do mundo.

* Relatório apresentado em 25.1.2003 no Colóquio Internacional realizado em Roma a respeito do “Novo Código Civil Brasileiro e o Sistema Jurídico Latino-Americano”.

3. Além da influência genérica que o direito italiano exerceu, com o de outros países europeus, sobre os códigos brasileiros, devemos à Itália a presença de dois dos seus eminentes mestres que lecionaram em nosso país, por longo tempo, durante a guerra, marcando, com as suas lições, toda a geração de professores e advogados brasileiros à qual pertencemos. Trata-se de Tullio Ascarelli, que renovou o nosso direito comercial, e de Enrico Tullio Liebman, cujos ensinamentos transformaram o nosso direito processual, chegando os seus discípulos a constituir o que se denominou a Escola Paulista de Processo Civil.

4. Num momento em que queremos aproveitar os aspectos positivos da globalização, devemos substituir as fortalezas que, no passado, protegiam as cidades, por verdadeiras pontes entre os países e entre as universidades, unindo, assim, os juristas das várias nacionalidades. Cabe-lhes cooperar uns com os outros para a construção de um direito mais justo e de uma técnica jurídica mais aprimorada e utilizada a serviço do homem, concebido, nos termos da filosofia grega, como sendo a medida de todas as coisas.

5. Tendo a honra de falar perante um auditório internacional, no qual estão presentes juristas que não conhecem o nosso país ou o visitaram rapidamente, pareceu-nos útil iniciar a palestra com uma visão rápida do Brasil econômico, político e jurídico do início do terceiro milênio. Em seguida, trataremos do espírito e do sistema do Código Civil de 2002 e examinaremos, mais detidamente, dentro dos limites do tempo que me foi concedido, a evolução dos contratos na nova legislação.

II. O Brasil no terceiro milênio

6. O Código Civil brasileiro promulgado em 10.1.2002 e que acaba de entrar em vigor se aplica num país que, após ter passado por um regime militar, restabeleceu plenamente o Estado de Direito, fazendo funcionar adequadamente o regime re-

presentativo de tal modo que acaba de eleger o seu novo Presidente da República por 60 (sessenta) milhões de votos. Na última década, conseguiu-se combater eficientemente a inflação, que tinha alcançado taxas inconcebíveis, ultrapassando, em determinado momento, 4.000% ao ano, e o Governo pôde assegurar uma relativa estabilidade monetária, cuja preservação tem sido a preocupação da sociedade brasileira nos últimos anos. Trata-se, agora, de conseguir conciliar a manutenção de uma moeda estável com as decisões de combater a fome e a desigualdade social e de superar o *deficit* de infra-estrutura, sem aumentar os tributos que já oneram substancialmente a produção e a circulação de bens.

7. A partir de 1990, o Brasil abandonou uma política econômica de auto-suficiência econômica e de substituição das importações por produtos nacionais, procedendo à abertura dos mercados e desenvolvendo tanto as suas exportações como as importações.

8. Atualmente, o Brasil é um verdadeiro continente, com uma área de 8.500.000 km² e uma população de 170 milhões de habitantes, sendo que a maioria dos quais abandonou o campo para a cidade, ensejando o desenvolvimento de verdadeiras megalópoles como São Paulo e Rio de Janeiro, que, com os seus arredores, têm, cada uma, cerca de doze milhões de moradores.

9. As dimensões brasileiras e as distâncias existentes entre os vários centros do país ensejaram a existência de uma pluralidade de civilizações, que é reconhecida por economistas e sociólogos. Assim, já se disse que o Brasil tem traços de civilizações tão distintas quanto as da Bélgica e da Índia.¹ Um eminente sociólogo francês chegou a intitular a sua obra *Os Dois Brasis*² e outro

1. A expressão é do economista Edmar Bacha, em conferências e entrevistas a respeito da evolução da economia brasileira, que se refere à *Belgíndia*, para caracterizar o nosso nível de civilização.

2. Jacques Lambert, *Os Dois Brasis*, 12ª ed., São Paulo, Editora Nacional, 1984.

escreveu a respeito das *Três Idades do Brasil*.³ Há, assim, um grande desequilíbrio regional que se faz sentir especialmente entre, de um lado, o sudeste e o sul do país, que abrangem as regiões industriais, e, de outro, o norte e o nordeste, com produção agrícola. As diferenças econômicas têm importante relevância social e até jurídica. Assim, as áreas menos desenvolvidas do país mantiveram, por longo tempo, o regime do coronelismo,⁴ constituindo um resquício da sociedade medieval, enquanto São Paulo apresenta os aspectos das grandes cidades modernas como Nova Iorque ou Milão, impressionando pelo número de arranha-céus, possuindo ainda a região numerosas indústrias com as tecnologias as mais modernas.

10. Por outro lado, houve, no Brasil, uma defasagem não só entre o campo e a cidade, mas também entre o progresso econômico e técnico, que refletem as conquistas do século XXI, e o relativo atraso administrativo e jurídico. Assim, num país que produz anualmente seis milhões de automóveis e no qual o uso do computador está se generalizando, a Justiça, até há pouco tempo, ainda não estava informatizada e muitos despachos e sentenças eram batidos à máquina ou até escritos à mão pelo próprio juiz, seguindo as velhas tradições portuguesas, o que já não mais ocorre agora.

11. A atual crise brasileira decorre, pois, tanto da recessão mundial como também dos desequilíbrios internos, das repercussões no país da globalização e da introdução das novas tecnologias que dispensam uma ampla mão-de-obra ainda não preparada para realizar outras funções, provocando assim o desemprego.

12. Quando se examinam os aspectos jurídicos do Brasil de hoje, chega-se à con-

clusão que, durante muitos anos, tivemos, além da inflação monetária, a inflação legislativa e regulamentar, com a superposição de diplomas, algumas vezes contraditórios, mas que não modificavam na totalidade o direito anterior. A Constituição de 1988 é uma das maiores e mais detalhadas do mundo, contando com 250 artigos e um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de mais 85 artigos, ou seja, ao total quase 350 artigos, já parcialmente modificados, em menos de quinze anos, mediante a aprovação, pelo Congresso Nacional, de trinta e nove emendas constitucionais.⁵ Por outro lado, desde a entrada em vigor da Constituição até agora, foram julgadas mais de duas mil arguições de inconstitucionalidade.

13. A Constituição brasileira de 1988 é liberal e social-democrata, inspirando-se nas Constituições americana, francesa, alemã e portuguesa. É uma Constituição que garante muitos direitos sem definir sempre os meios e recursos para garanti-los, especialmente no que se refere à saúde, à educação e à previdência social. Já afirmamos, aliás, que enquanto a Constituição americana garante a todo cidadão o direito à busca da felicidade, o constituinte brasileiro de 1988 tentou ir mais longe, assegurando, a todos, o direito de ser feliz, sem esclarecer como pretendia atender as suas necessidades para que pudessem alcançar a felicidade. Mas devemos reconhecer que, de qualquer modo, foi um diploma que teve o mérito de fixar metas e definir esperanças e ideais, o que também é válido.

14. O Brasil conta com cerca de dez mil magistrados e quinhentos mil advogados inscritos na Ordem dos Advogados. O Supremo Tribunal Federal julga mais de cem mil processos por ano e o Superior Tribunal de Justiça examina o dobro de recursos no mesmo prazo. A totalidade dos demais tribunais, abrangendo a primeira ins-

3. Charles Morazé, *Les Trois Ages du Brésil*, Paris, Armand Colin, 1954.

4. Victor Nunes Leal, *Coronelismo, Enxada e Voto*, São Paulo, Alfa-Omega, 1975, e Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder*, Rio de Janeiro, Globo, 1958.

5. A Emenda Constitucional 39 foi promulgada em 19.12.2002.

tância, julga anualmente mais de dez milhões de processos.

15. Considerando as dimensões do país e as diferenças econômicas, sociais e culturais existentes entre as várias regiões, compreende-se a dificuldade de uniformizar a jurisprudência, não obstante os esforços feitos pelos tribunais superiores para impor o respeito às suas súmulas, tentando torná-las vinculatórias.

III. A evolução do direito privado

16. Até o fim do século XX estavam em vigor, em direito privado, dois diplomas legais evidentemente obsoletos, embora modificados por numerosas leis especiais. Tínhamos o Código Comercial de 1850, inspirado na legislação francesa, mas destinado a um Brasil recentemente saído da fase colonial, que tinha terminado vinte e oito anos antes. Um pouco mais moderno, o Código Civil de 1916 entrou em vigor em 1917, mas o seu projeto, de autoria de Clovis Beviláqua, datava de 1899, tendo sofrido a influência do Código Civil alemão (BGB) e dos demais códigos europeus da época, mas destinando-se ainda a uma sociedade brasileira que acabava de abolir a escravidão (1888) e proclamar a república (1889). Era uma sociedade rural de caráter patriarcal dominada pelo que se denominou o privatismo doméstico.

17. Tecnicamente bem construído e tendo merecido elogios na doutrina nacional e internacional, destacando-se, entre outras, a apreciação de Marcel Planiol,⁶ é um código que reflete o espírito da época na qual foi elaborado. Assim, nele, o contrato é concebido como fazendo lei entre as partes, condenando-se todavia o abuso de direito e exigindo-se boa-fé na contratação. Considera-se a propriedade como direito absoluto, devendo todavia respeitar as normas referentes à vizinhança e os regu-

lamentos administrativos. A responsabilidade civil pressupõe a prova da culpa do autor do dano, que é presumida em determinados casos, como quando se trata do dever de ressarcir que incumbe ao patrão ou comitente em relação aos atos praticados pelo preposto. Não há disposições muito peculiares que tenham afastado o Código de 1916 dos seus modelos europeus e da tradição nacional oriunda das Ordenações Filipinas anteriormente em vigor no Brasil.

18. Durante o século XX, foram aprovados numerosos diplomas de direito privado, sob a forma de leis ou até de decretos-leis e simples decretos, como aconteceu no Estado Novo (1937-1945). Entre outros textos legislativos que modificaram profundamente o direito privado brasileiro, destacam-se os referentes à usura, à proibição de uso das cláusulas ouro e moeda estrangeira, ao divórcio, ao reconhecimento de filhos adulterinos, à proteção da locação comercial, à condenação dos abusos do poder econômico, à união estável, aos loteamentos, às promessas de compra e venda de imóveis etc. Códigos especiais trataram das águas, florestas, minas, caça e pesca. Essas leis modificaram substancialmente todo o sistema jurídico, levando a reconhecer que o Código tinha ficado ultrapassado.⁷

19. Essa evolução foi acelerada com a Constituição de 1988, que também teve importantes reflexos no direito civil, ao introduzir novos princípios a respeito do direito do consumidor e no tocante à própria família, garantindo a igualdade entre homens e mulheres, admitindo os efeitos jurídicos da união estável e não mais discriminando entre filhos legítimos e ilegítimos, além de considerar a função social da propriedade.

20. Assim sendo, podemos dizer com San Tiago Dantas que, desde 1950, tivemos, no Brasil, dois direitos, o do Código

6. Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, I, Paris, LGDJ, 1950, p. 79

7. Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil, Introdução e Parte Geral*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 71 ss.

e o direito constante na legislação extravagante e na jurisprudência.⁸

21. Essas transformações sofridas pelo direito civil se explicam pelo desenvolvimento do país, com a industrialização, a urbanização crescente, a abertura da economia para o mundo e o fim do feudalismo econômico e político que ainda manteve alguns dos seus aspectos residuais no Brasil até o século XX.

22. É assim compreensível que, na medida em que o Brasil teve mais de cinco Constituições (1934, 1937, 1946, 1967 com a Emenda 1 de 1969 e 1988), também se tivesse cogitado da reforma do Código Civil desde os meados do século passado. Sucederam-se o Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1941, o Projeto de Código Civil, de Orlando Gomes, de 1963, e, finalmente, o atual Código de 2002, que levou cerca de trinta anos para ser aprovado. Efetivamente, a partir de 1972, um novo projeto foi elaborado, sob a coordenação do Professor Miguel Reale, pelos Professores José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

23. O projeto sofreu numerosas emendas, tendo ensejado manifestações das classes interessadas e especialmente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

24. O Novo Código Civil modifica sobremaneira nossa lei civil substantiva e unifica o direito privado, na medida em que dispõe sobre os títulos de crédito, o direito da empresa e as várias formas de sociedade, temas até então tratados pelo direito comercial.

25. O texto que foi aprovado pelo Congresso Nacional em 2002 reflete as pre-

ocupações dos seus autores em relação ao aprimoramento técnico dos textos, à eticidade, à sociabilidade e à operabilidade, como bem salientou o Professor Miguel Reale, em vários estudos e artigos que trataram do assunto.⁹ Por outro lado, é um diploma flexível cujos princípios gerais permitem a sua adaptação, no futuro, às eventuais mudanças tecnológicas e econômicas.

26. Entre as principais inovações na Parte Geral, destacam-se o capítulo específico dedicado aos direitos da personalidade e as normas referentes à proteção da boa-fé, à reparação do dano moral e à possibilidade de anulação do negócio jurídico em decorrência de lesão ou estado de perigo e de revisão em virtude da onerosidade excessiva. Por outro lado, o novo texto dá um caráter mais sistemático e coerente ao nosso direito privado, aproveitando a experiência jurisprudencial e as discussões doutrinárias a respeito da legislação então em vigor.

27. O Código vigente, aprovado pela Lei 10.406, de 10.1.2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, contém 2.046 artigos e mantém a estrutura básica do Código anterior, contando com uma Parte Geral, dividida em três livros, e uma Parte Especial, com cinco livros, acrescentando-se àquelas que já constavam na legislação anterior (Obrigações, Coisas, Família e Sucessões) mais uma, que trata do direito da empresa, abrangendo as sociedades, com exclusão da sociedade anônima, que tem legislação especial.

28. O legislador teve a preocupação de manter as terminologias consagradas pela legislação anterior e pela jurisprudência, procurando, outrossim, manter as tradições do direito brasileiro, sem prejuízo do seu aprimoramento técnico e da sua racionalização. Por outro lado, o texto não afetou as normas de direito especial que, na sua quase totalidade, mantiveram-se em vigor.

8. San Tiago Dantas, "Nova dogmática jurídica", in *Revista Forense*, v. XCVIII, 1944, p. 293.

9. Miguel Reale, Prefácio ao *Novo Código Civil Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2003, pp. 12 ss.

29. Pretendeu-se racionalizar, sistematizar e atualizar o direito, cuja nova feição social se revela nas normas referentes à boa-fé, à função social do contrato, às normas sobre usucapião e o direito de superfície, para melhor atender as necessidades específicas do país.

30. As maiores influências sofridas pelo novo diploma brasileiro foram do direito italiano e, em particular, do *Codice Civile*, mas também do Código Civil português e da doutrina francesa e alemã.

31. Em relação aos diplomas nacionais, não há dúvida que o Código Civil se inspirou na Constituição de 1988, como não poderia deixar de fazê-lo, e por outro lado adotou, em parte, alguns princípios que constam no Código de Defesa do Consumidor, embora fazendo a adequada distinção entre as relações de direito civil e comercial e as operações de consumo.

32. Antes de passarmos à análise dos contratos no Novo Código pareceu-nos oportuno fazer alguns comentários sobre a visão do comparatista e o seu método de trabalho, para melhor compreensão da legislação brasileira.

IV. Algumas considerações de direito comparado

33. Cabe salientar que a comparação dos textos legislativos por si só já deixou de ter a importância que tinha no passado, tendo o direito comparado evoluído no sentido de dar maior importância ao contexto dentro do qual a legislação de cada país é aplicada.

34. Neste sentido, coube a Tullio Ascarelli desenvolver o estudo do que denominou as "premissas implícitas"¹⁰ de cada sistema jurídico, abrangendo a realidade econômica, social e política e até a escala de valores nele dominante. Dentro da mesma orientação, o Professor Sacco,¹¹ na Itália,

lia, e André Tunc,¹² na França, deram maior ênfase, no direito comparado, ao estudo das sociedades, das instituições, dos problemas e aspirações do povo, que se refletem na elaboração, incidência e interpretação do seu direito. Até o aspecto idealista do direito comparado tem sido salientado recentemente, ao afirmar-se que, no fundo, era um direito subversivo.¹³

35. A aparente analogia ou identidade dos textos legais entre os países europeus e os da América Latina não deve pois ser sempre entendida como ensejando a aplicação das mesmas normas. Do mesmo modo que, muitas vezes, os caminhos distintos trilhados pelos países do sistema romano-germânico e os da *common law* acabam alcançando resultados semelhantes.

36. Assim, René David assinalou a originalidade dos direitos latino-americanos em relação aos seus modelos europeus, tanto em virtude de razões geográficas e históricas, como em decorrência de fatores sociais, econômicos e políticos. Neste sentido, teve o ensejo de afirmar que não se devia esquecer que a América Latina comportava a presença tanto dos latinos, como dos americanos, enfatizando a influência da legislação norte-americana, especialmente no campo do direito público, mas também em certas áreas de direito privado, como é o caso do direito societário.¹⁴

37. Essa situação talvez pudesse até justificar o reconhecimento de um subsistema dos direitos influenciados pelas legislações européias mas que se aplicam nos países em desenvolvimento. Na realidade, embora o Haiti e a Bolívia tivessem mantido em vigor, por mais de um século, um texto basicamente semelhante ao Código Napoleão, é evidente que pouco havia de

10. Rodolfo Sacco, "La formation au droit comparé", in *Revue Internationale de Droit Comparé* 2/273-277, 1996.

11. Horatia Muir Watt, "La fonction subversive du droit comparé", in *Revue Internationale de Droit Comparé* 3/503-527, 2000.

12. René David, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, LGDJ, 1950, pp. 257 ss.

10. Tullio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 9.

11. André Tunc, *Jalons — Dits et Écrits*, Paris, Société de Législation Comparée, 1991, p. 70.

comum entre a aplicação da legislação francesa e a dos países da América Latina que a adotaram, por serem absolutamente distintas as condições econômicas, sociais e políticas. Embora o direito do desenvolvimento não tenha ainda sido reconhecido amplamente como matéria autônoma no estudo da ciência jurídica, caberia, no campo do direito comparado, um estudo específico da matéria na análise, que se costuma fazer, dos grandes sistemas de direito comparado. Neles, em geral, o exame da legislação da América Latina é feito, nos seus traços básicos, com fundamento exclusiva ou principalmente nos textos legais, que, na realidade, não são plenamente representativos do modo pelo qual a lei é adotada e aplicada nesses países. Tratando-se de um congresso de direito comparado é uma idéia que me parece justificar uma maior reflexão dos juristas italianos e latino-americanos aqui presentes para futura discussão em momento mais oportuno.

38. Examinando o direito brasileiro, é preciso compreender a dificuldade de aplicar a mesma legislação a regiões muito diferenciadas e a populações com grandes desigualdades econômicas. Assim, durante muito tempo, os conflitos familiares e societários, especialmente no interior do país, não chegavam à Justiça e eram resolvidos pelo *pater familias*, com uma autoridade que lembrava a que tinha no direito romano e medieval. Do mesmo modo, a união estável passou a ter um sentido diferente em certos meios das classes mais pobres, para as quais o casamento constituía uma formalidade burocrática onerosa.

39. A visão dos problemas contratuais também não é a mesma para o juiz do interior, cuja comarca abrange dez ou vinte mil habitantes, e para o magistrado das capitais dos Estados, como o Rio de Janeiro e São Paulo.

40. Por outro lado, as grandes desigualdades sociais e econômicas, que induzem o legislador e o executivo a elaborar e aplicar, com maior ou menor sucesso, uma legislação e regulamentação de caráter afir-

mativo, inspiradas no direito norte-americano, também influenciam o Poder Judiciário. Assim, especialmente no Rio Grande do Sul, tivemos a chamada "Escola do Direito Alternativo". Mesmo nos tribunais superiores, algumas decisões se fundamentam mais na equidade do que no direito. Todos esses fatores dão uma importância enorme às recentes modificações legislativas que constam no Novo Código Civil, com repercussões que são elogiadas e festejadas pela maioria dos autores mas criticadas por outros que receiam a criação de um clima de relativa insegurança jurídica.

V. Os contratos no Código Civil de 2002

V.1 Considerações gerais

41. Cabe inicialmente louvar a decisão do legislador de unificar o regime dos contratos civis e comerciais, embora se pudesse admitir a manutenção de algumas normas especiais em relação a estes últimos. Na prática, a distinção entre a legislação referente aos contratos, no direito civil e comercial, perdeu importância, no Brasil, especialmente porque, ao contrário do que aconteceu na maioria dos demais países, tínhamos um direito comercial mais antigo do que o civil. Por outro lado, a diferença de regime jurídico entre bens móveis e imóveis perdeu importância, aplicando-se, outrossim, o direito comercial às empresas imobiliárias quando sob a forma de sociedades anônimas. Houve, no passado, dúvidas para a solução dos problemas de aparente conflito entre o direito comercial e o direito civil, em questões como a da caracterização da mora, especialmente quando se tratava de locação de bens imóveis para comerciantes, tendo o objeto (o imóvel) natureza civil mas a finalidade contratual sendo comercial, destinando-se à defesa do fundo de comércio. Assim, com o Novo Código tais problemas deixaram de ser suscitados.

42. Na realidade, o direito comercial também deixou de ser um direito de classe,

o dos comerciantes, para incidir sobre as operações empresariais. Por outro lado, alguns institutos tradicionais da vida mercantil passaram a ser utilizados em operações que, no passado, se localizavam no direito civil, com a criação de novas estruturas e títulos de crédito ligados ao sistema financeiro imobiliário, por exemplo.

43. Se a unificação do direito privado, segundo o exemplo do *Codice Civile* foi certamente justificada, é discutível a oportunidade da inclusão do direito das sociedades no Novo Código Civil brasileiro. Em primeiro lugar porque a matéria não está englobada na sua totalidade pelo diploma legal, que exclui as normas referentes às sociedades anônimas, que foram objeto de legislação própria. Em segundo lugar, a evolução rápida do direito societário no mundo contemporâneo justificaria que não constasse de uma lei que pretende manter a sua vigência por longo tempo. Finalmente, talvez fosse mais oportuno cogitar-se um verdadeiro Código das Sociedades no qual todas as questões societárias encontrassem as normas adequadas, com a flexibilidade necessária ao setor. Trata-se, aliás, hoje, de matéria que, em virtude da proteção que se pretende dar aos minoritários e ao público em geral, tornou-se também objeto do direito da regulação, exercido no Brasil pela Comissão de Valores Mobiliários, considerada pelo legislador como agência reguladora independente, seguindo o modelo norte-americano.

V.2 As principais modificações

44. Deixando de lado a unificação do direito privado, é preciso distinguir as inovações técnicas e as propriamente substanciais. Assim, no Novo Código, os aprimoramentos de caráter mais técnico são as modificações de efeitos de determinadas situações jurídicas e a inclusão de novos capítulos, sem alteração profunda do direito anterior. Por outro lado, as inovações de fundo representam uma mudança do espírito da lei e até uma evolução em relação à escala de valores que inspirou o legislador anterior.

45. No plano que consideramos mais técnico, cabe assinalar a mudança dos efeitos da simulação, que passa a ensejar a nulidade em vez da anulação, como ocorria anteriormente (art. 167), a introdução oficial na legislação da assunção de dívida (art. 299), que já existia na prática, mas não tinha regime jurídico específico, a nova regulamentação dos juros (art. 406), para vincular o seu percentual ao estabelecido pela União Federal em relação aos débitos em seu favor, abandonando-se o sistema anterior da lei de usura. Também foram incluídas no Código Civil as normas que permitiam a execução específica das obrigações de fazer (arts. 249 e 463), que já constavam tanto de leis especiais como do Código de Processo Civil, e seções específicas em relação ao contrato preliminar (art. 462) e com pessoa a declarar (art. 467).

46. Como alterações de fundo, podemos assinalar seis inovações importantes, que são:

a) a reintrodução, na legislação civil, da lesão (art. 157), que existia no direito anterior ao Código de 1916, mas à qual o mesmo não se referiu, sendo, outrossim, matéria tratada em leis referentes aos crimes de economia popular;

b) o reconhecimento do estado de perigo como motivo de anulação do negócio jurídico quando tenha ensejado a assunção de obrigação excessivamente onerosa (art. 156);

c) a proteção especial ao aderente no contrato de adesão, interpretando-se em seu favor as cláusulas ambíguas ou contraditórias (art. 423) e considerando-se nula a renúncia antecipada a direito resultante do negócio (art. 424);

d) a introdução da boa-fé objetiva como cláusula geral do Código (arts. 113 e 422);

e) o reconhecimento da função social do contrato (art. 421);

f) a adoção da teoria da imprevisão com a conseqüente possibilidade de revisão dos contratos (arts. 478 a 480).

V.2.a A lesão

47. No tocante à lesão, alguns autores lamentaram que não tivesse sido fixado pelo legislador um critério objetivo para a sua caracterização, como acontecia no direito anterior ao Código de 1916. Parece-nos, todavia, que foi feliz o Código deixando ao juiz um certo poder discricionário na matéria, atendendo à natureza do negócio jurídico e à situação das partes para qualificar a operação como contendo prestações “manifestamente” desproporcionais. O mesmo se pode dizer no tocante ao estado de perigo, em relação ao qual caberá ao magistrado analisar as circunstâncias nas quais a obrigação foi assumida e o grau de onerosidade da mesma, para considerá-lo, ou não, excessivo no caso concreto.

V.2.b Os contratos de adesão

48. A proteção especial concedida ao aderente, no contrato de adesão, corresponde a uma conquista jurisprudencial e já se encontra no Código de Defesa do Consumidor, cujos princípios, no particular, foram incorporados pelo Código Civil. Cabe salientar que o conceito do contrato de adesão não é objeto de entendimento uniforme. Se não há dúvida quanto ao caráter dos contratos firmados pelos usuários de serviços públicos com as respectivas empresas concessionárias, o mesmo nem sempre acontece com contratos que não obedecem necessariamente a um padrão único. Assim, não se confundem necessariamente os contratos de adesão com as situações nas quais uma das partes tem uma certa superioridade econômica em relação à outra. Nem toda operação de consumo constitui necessariamente um contrato de adesão e, por outro lado, nem todo contrato de adesão corresponde a uma operação de consumo. É possível que a compra de algumas caixas de vinho da mais alta qualidade e de safra de ano em que a colheita foi especialmente feliz seja longa e minuciosamente discutida entre os contratantes, o que lhe retiraria o caráter de contrato de adesão,

mas não importaria em descaracterizá-la como operação de consumo. Por outro lado, a legislação brasileira faz certas distinções básicas, algumas de natureza ou inspiração constitucional, entre os consumidores, os usuários de serviços públicos e os clientes de bancos, estabelecendo regimes legais distintos. Assim, o contrato de depósito bancário é de adesão mas, no direito brasileiro, não constitui operação de consumo.

49. Mesmo entre as operações bancárias, é possível encontrar algumas que, pelo seu vulto e pela personalidade dos contratantes, não se caracterizam como contratos de adesão, em virtude inclusive da ampla discussão que as precedeu. Do mesmo modo, o contrato de concessão de venda de automóveis e alguns outros contratos de distribuição ou até de representação comercial podem ser, ou não, conforme o caso, de adesão, exigindo-se uma análise da situação específica das partes e das circunstâncias nas quais pactuaram. Mas, de qualquer modo, as normas do Código Civil parecem oportunas e sedimentam um entendimento já pacífico na jurisprudência e na doutrina brasileira, assim como na maioria das legislações estrangeiras.

V.2.c O solidarismo contratual

50. Em relação ao regime legal dos contratos, já modificado em virtude da introdução da lesão, dos capítulos específicos sobre determinadas formas de contrato e sua execução, três novos princípios refletem a evolução constitucional. São, como vimos, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a aplicação da teoria da imprevisão, que se completam, formando o tripé da inovação que se pode chamar de *solidarismo contratual*.

V.2.d A boa-fé objetiva

51. Enquanto o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850 se referiam à chamada boa-fé subjetiva, que é tão-somente a ausência de má-fé, o atual Código introduz, como cláusula geral, o dever de

um comportamento de boa-fé objetiva que incumbe a todos os integrantes da sociedade civil e, em particular, aos contratantes. Trata-se de incluir nos contratos, pela interpretação e pela construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um dever de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio. Confiança entre as partes contratantes, que, uma em relação à outra, devem ter e manter o comportamento do bom pai de família e até, conforme o caso, do parceiro sério e diligente, sob pena de responsabilidade se uma delas não corresponder à expectativa da outra.

52. Enquanto, no passado, entendia-se que o contrato era justo por ter sido definido livremente pelas partes, que gozavam de igualdade jurídica, pretende-se agora que seja verificada e assegurada não só a justiça contratual, que deve ser real e não apenas formal, mas até uma certa solidariedade entre as partes. Anteriormente, admitia-se o chamado “dolo bom” do comerciante e afirmava-se que “os negócios são os negócios”, de acordo com o título de uma peça de Octave Mirbeau (*Les Affaires sont les Affaires*). Pensava-se, pois, que as obrigações contratuais eram tão-somente as jurídicas, expressamente definidas no contrato. E admitia-se até que se aplicasse, no campo negocial, o já ultrapassado adágio do direito francês “*en mariage trompe qui peut*”.

53. Não se trata, pois, tão-somente da boa-fé do art. 131 do Código Comercial, confirmada implicitamente pelo art. 85 do Código Civil, de 1916, que fez prevalecer a real vontade das partes sobre o texto do contrato. Exige-se que o contrato seja justo, com prestações equilibradas, como determinam os arts. 113, 421, 422 e 478 a 480 do Código Civil de 2002.

54. No particular, o Código não inovou em relação à jurisprudência que já exigia a boa-fé e o equilíbrio contratual con-

cebido dinamicamente, ao contrário da posição anterior que só verificava se as prestações eram adequadas no momento da celebração do contrato. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal aplicou, por analogia, o art. 242 do BGB que exigia que os contratos fossem executados de acordo com a vontade real — e dinâmica das partes — e a confiança que depositaram uma na outra. Foi com base no mencionado artigo que, antes de ter uma legislação especial tratando do assunto, os juízes alemães admitiram a chamada revalorização dos créditos em virtude da inflação. O exemplo foi seguido pelo nosso Supremo Tribunal Federal que, no *leading case* referente à indexação das indenizações, invocou a lição do direito alemão e da interpretação que lhe deu a jurisprudência, nos seguintes termos: “Há meio século, bastou a juízes alemães a regra legal de que os contratos executam de boa-fé para que nesse texto firmassem a concessão de revalorização de dívidas, forçando o legislador à disciplina do tema”.¹⁵

55. A boa-fé objetiva é, pois, também, um dos instrumentos para assegurar o equilíbrio contratual, ensejando, inclusive, como em seguida veremos, a revisão dos contratos.

V.2.e A função social do contrato

56. O art. 421 do Novo Código assegura a liberdade contratual, ou seja, a autonomia da vontade, mas tão-somente em razão e nos limites da função social do contrato. Trata-se, no fundo, de aplicação do princípio constitucional que, após assegurar o direito de propriedade privada (art. 5º, XXII), determina que a mesma deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII). Como o texto constitucional se refere à propriedade em sentido lato, considerando-a como abrangendo todos os direitos patri-

15. Voto do Ministro Rodrigues de Alckmin no recurso extraordinário 79.663, in *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* 79/515.

moniais, é evidente que inclui a proteção e a definição das finalidades dos direitos de crédito, entre os quais se destacam os que são oriundos dos contratos.

57. Tem sido criticada, por alguns juristas brasileiros, a expressão usada no art. 421 “em razão e nos limites da sua função social”. Não nos parece que tenha havido uso de terminologia inadequada, tanto mais que o legislador não afirmou que a função social era a única exercida pelo contrato, que também é, evidentemente, um instrumento econômico. Por outro lado, a função social foi entendida, pelo legislador, como a que o contrato exerce na sociedade, abrangendo todos os seus aspectos, técnicos, econômicos e sociais em sentido estrito (de proteção do menos favorecido).

58. A doutrina já discute a matéria desde o início do século XX, quando passou a considerar que o contrato não atende exclusivamente os interesses individuais de um dos contratantes, mas tem a função social de instrumento de cooperação entre os indivíduos no interesse comum dos mesmos e da própria sociedade. É idéia que já encontramos nas lições de autores como Léon Duguit e René Demogue. O primeiro, influenciado pelas idéias socialistas da época e pela sociologia de Dürkheim, assinou, ainda em 1920, a evolução da doutrina em relação ao contrato na medida em que o direito subjetivo passa a ser substituído pela função social exercida pelo indivíduo quando manifesta a sua vontade.¹⁶

59. Por sua vez, René Demogue, escrevendo dez anos depois, define o contrato como sendo “uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua”. E acrescenta que constitui um microcosmo, uma entidade ou sociedade na qual ambas as partes devem trabalhar para atingir um

fim comum, existindo entre eles um dever de colaboração.¹⁷

60. Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a caracterização do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, demos-lhe uma nova conceituação em que prepondera, ou deveria preponderar, sobre a intenção e a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, tanto no momento da celebração do contrato, como em todo o período da sua execução, quando se trata de convenções com efeitos duradouros ou diferidos.

61. No passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou flexibilidade, sacrificando-se alguns benefícios eventuais de cada um dos contratantes ao interesse comum das partes e ao interesse social.

62. Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato era, no passado, uma espécie de bolha ou uma ilha, sendo independente, alheio aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, constituindo um vínculo ou até uma entidade.¹⁸ Passa, pois,

17. René Demogue, *Traité des Obligations en Général*, VI, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 9.

18. J. Mestre, “L'évolution du contrat en droit privé français”, in *L'Évolution Contemporaine des Contrats, Journées Savatier de 1985*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 45 ss.; Cathérine Ghibierge Guelfucci, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 2/357 ss., 1997; Denis Mazeaud,

16. Léon Duguit, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón* (trad. espanhola), Madri, Francisco Beltran, 1920.

a ser um vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, e uma entidade constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes.

63. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, estático e cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos seus interesses, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos, na maioria dos casos, numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais.

64. Trata-se, pois, como vimos, de uma nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário, e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Essas modificações surgiram tanto na jurisprudência quanto em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão que se deu do conceito de boa-fé¹⁹ e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever, imposto às partes, de encontrar uma solução para os eventuais impasses que

possam surgir. Por outro lado, também exerceram importante influência sobre a nova conceituação do contrato as normas extravagantes e as chamadas leis de emergência, assim como a inspiração de certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor e o desenvolvimento que passou a ter a equação contratual no direito administrativo.²⁰

65. Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada. A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação, à oscilação do câmbio e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas que só se tornarão determináveis no momento de sua execução. Ou até prestações inicialmente determinadas mas suscetíveis de serem revistas ou modificadas quanto à qualidade ou quantidade do bem a ser entregue ou ao valor a ser pago.

66. Por outro lado, a eventual necessidade de substituir certas cláusulas contratuais, sem afetar as bases da equação contratual, obrigou os contratantes a realizarem uma verdadeira sintonia fina para distinguir as cláusulas principais ou essenciais das demais, destacando aquelas sem a presença das quais o contrato não teria sido assinado das que foram consideradas, inicialmente, como meramente complementares ou acessórias. Por outro lado, cabe-lhes verificar se as eventuais mutações sofridas pelas cláusulas principais permitem manter

“Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle”, in *L’Avenir du Droit*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 603 ss.

19. Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1999, e Arnoldo Wald, “La bonne foi dans l’exécution du contrat (rapport brésilien)”, in *Travaux de L’Association Henri Capitant, XLIII. La Bonne Foi (Journées Louisianaises)*, Paris, Litec, 1994, pp. 252-264.

20. Arnoldo Wald, “O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do Professor Caio Tácito”, in Carlos Alberto Menezes Direito (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 75-97.

a equação contratual inicial ou se, ao contrário, as modificações surgidas no contexto tornam imperativa a resolução do mesmo.

67. O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira inovação para os juristas, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje que é, como vimos, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança. Assim, autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos se tornaram relativas, pois: “o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível (a terceiros), mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou uma resolução é mais ou menos extensa”.²¹

68. Por longo tempo, manteve-se a estrutura tradicional do contrato, considerando-se como exceções as regras que, aos poucos, estavam alterando a escala de valores em que se fundamentou. A generalização das exceções está agora exigindo uma reformulação do regime jurídico do contrato, pois não houve tão-somente modificações técnicas, mas uma verdadeira mudança de concepção, que exige uma reformulação dogmática. Trata-se de passar do absoluto para o relativo, respeitando os princípios éticos e sem perder um mínimo de segurança, que é indispensável à manutenção da ordem jurídica e ao desenvolvimento da sociedade.

69. Se, há meio século, uma parte dessa evolução já tinha ocorrido, os juristas da época ainda podiam admitir que as modificações e os remendos necessários eram de pequena monta, admitindo soluções cosméticas.

70. Já no início do terceiro milênio, é preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige que se lhe dê uma função

social e uma nova estrutura, dela extraindo as conseqüências necessárias. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade, não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais que antigamente eram consideradas pacíficas.

71. No debate que se realizou, após a nossa palestra, suscitou-se, com razão, o problema da compatibilização da função social atribuída ao contrato com a segurança jurídica, que é essencial para que se desenvolva a economia e se mantenha o Estado de Direito.

72. Em primeiro lugar, essa função social deve decorrer, em tese, da lei e não de atos do Poder Executivo, cabendo ao magistrado decidir a matéria em cada caso concreto, com cautela e prudência, respeitando, na medida do possível, a vontade das partes e a estrutura econômica da operação.

73. Acresce que o sentido social do contrato não deve excluir o seu conteúdo econômico. A função social significa tanto a proteção dos interesses de ambas as partes e especialmente a do contratante mais fraco, quanto a manutenção da função específica do contrato, que deve ser eficiente, assegurando estabilidade à produção e permitindo a eficiente circulação das riquezas. Há, pois, uma relativização do contrato, que não deve significar o seu aniquilamento, nem a distorção do seu espírito.

74. Podemos até reconhecer que a eficiência exige no mundo contemporâneo uma empresa flexível,²² obrigando o direito a uma maior flexibilidade²³ que repercuta no contrato.

75. A flexibilidade tem todavia os seus limites no direito adquirido e na situação jurídica definitiva. O solidarismo contratual não deve desnaturar ou deturpar o contra-

21. P. Malaurie e L. Aynes, referidos por Catherine Ghibierge-Guelfucci, no seu excelente artigo intitulado “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2/363, nota 45, abr.-jun. 1997.

22. Alvin Toffler, *A Empresa Flexível*, São Paulo, Record, 1985.

23. Jean Carbonnier, *Flexible Droit*, 7ª ed., Paris, LGDJ, 1992.

to, afastando-se das suas verdadeiras finalidades.

76. Em excelente ensaio, Denis Mazeaud defendeu três princípios que devem ser aplicados aos contratos: a lealdade, a solidariedade e a fraternidade.²⁴ Se quanto à lealdade não há dúvida alguma e ela se impõe a todos os contratos, já o mesmo não acontece com os dois outros princípios. A solidariedade incide em determinados contratos como os societários, mas não necessariamente em outros, e a fraternidade só excepcionalmente é adotada no direito comercial, podendo ser mais pertinente em certos negócios jurídicos no direito civil.

77. A doutrina brasileira tem defendido a tese de que há zonas ou círculos de maior ou menor intensidade no tocante à aplicação do solidarismo.²⁵ Amplo no contrato de sociedade, já não incide no contrato de compra e venda. A distinção também pode ocorrer conforme o prazo do contrato, havendo maior solidariedade nos de longo prazo, em virtude dos riscos assumidos, no tempo, pelas partes e sendo mais restrita na compra e venda à vista com entrega imediata do bem.

78. Não há dúvida que tudo isso complica a teoria do contrato, justificando uma certa saudade manifestada por René Savatier quando afirmava “Elle était si belle et simple la notion du contrat dans le Code”.²⁶

79. Mas a evolução tecnológica e econômica da sociedade tem as suas grandezas e misérias e obriga a uma renovação do conceito de contrato que não mais pode ser o existente há dois séculos atrás, razão pela qual se justifica a discussão suscitada, em vários países, em relação à crise do contrato.²⁷

24. Denis Mazeaud, ob. cit.

25. Clóvis V. do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, Tese, 1964, p. 32.

26. René Savatier, *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*, I, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1952, p. 19.

27. René Savatier, *La Nouvelle Crise du Contrat*, obra publicada sob a direção de Christophe Jamin e Denis Mazeaud, Paris, Dalloz, 2003.

V.2.f A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos

80. O Novo Código Civil adotou a teoria da imprevisão, numa versão idêntica à do direito italiano, permitindo a resolução do contrato no caso de existência de:

- a) contrato de execução continuada ou diferida;
- b) prestação excessivamente onerosa para uma das partes;
- c) extrema vantagem para a outra;
- d) acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (art. 478).

81. Admitiu-se o acordo das partes para restabelecer o equilíbrio (art. 479) e também a redução da prestação quando se tratar de contrato unilateral (art. 480).

82. Criticou-se o legislador por não admitir a revisão judicial. Na realidade, a revisão já existe no art. 317, que trata do pagamento e admite:

- a) a correção monetária pelo juiz;
- b) de prestações das partes que se caracterizem pela *desproporção manifesta*;
- c) por motivos imprevisíveis;
- d) para restabelecer o valor real da prestação, sendo este valor real o que mantém o equilíbrio contratual.

83. A revisão foi, pois, admitida visando ao equilíbrio econômico-financeiro (art. 317) do qual já trata o direito administrativo brasileiro, há longo tempo, em relação aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão.²⁸

84. Admite-se pois tanto a resolução quanto a revisão, mas sempre com a finalidade de manter o equilíbrio inicialmente estabelecido diante de situações imprevisíveis que o afetam.

28. Arnoldo Wald, “O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro”, in Carlos Alberto Menezes Direito (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 75-97, e Arnoldo Wald, “A revisão dos contratos”, in *Valor Econômico*, 26.12.2002.

85. A solução é diferente da existente no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que admite a revisão do contrato:

- a) no interesse exclusivo do consumidor;
- b) em virtude de fatos supervenientes;
- c) que tornem a prestação do consumidor excessivamente onerosa (art. 6º, V).

86. Não há referência no CDC à vantagem simétrica do outro contratante (o fornecedor), que não é condição necessária a aplicação da revisão nas operações de consumo.

87. O CDC faz, aliás, a distinção entre o equilíbrio contratual, do qual trata no art. 4º, III, e a imprevisão, definida no art. 6º, que a doutrina considera uma espécie de lesão *a posteriori* ou superveniente.

88. A imprevisão no direito civil e comercial foi discutida no Brasil desde 1932, com a obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca²⁹ e a jurisprudência referente à empreitada e às dívidas de valor, constando outrossim em numerosas leis administrativas.

89. Em recentes decisões referentes à correção cambial, nas quais foi considerada a imprevisão, brusca e enorme variação cambial que ocorreu sucessivamente em 1999 e 2002, o Superior Tribunal de Justiça julgou que a mesma devia ser substituída pela indexação, com base na variação do custo de vida, ou que a variação do dólar devia ser um ônus dividido equitativamente entre as partes. Àqueles que divergiam dessas decisões, por serem consideradas salomônicas, os magistrados responderam que se trata de dividir os riscos aceitos pelas partes. A arrendante tinha o seu risco profissional, enquanto o arrendatário, ao contratar a correção cambial, conseguiria juro inferior àquele que pagaria no caso de ser o seu débito corrigido pela variação do custo de vida (correção monetária), assumindo o respectivo risco.

29. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958.

90. Talvez coubesse discutir se a operação financeira, especialmente sendo de repasse, está ou não sujeita ao Código do Consumidor e se não seria o caso de exigir, para fazer a revisão do contrato, que ao empobrecimento do devedor correspondesse um enriquecimento do credor, que não existiu no caso por parte da empresa brasileira de *leasing*. Efetivamente, esta se endividou em moeda estrangeira para poder financiar os seus clientes. É o problema da relação jurídica na qual, no caso de litúgio, não há como trazer ao feito o credor final estrangeiro, que financiou a operação indiretamente, por intermédio da instituição brasileira que repassou os recursos para permitir a aquisição de um bem pelo seu destinatário final.

91. É, pois, preciso ponderar que em determinadas situações a prevalência da função social do contrato consiste em manter íntegras as prestações das partes, mesmo quando são onerosas, para evitar que a vantagem de alguns seja a causa do prejuízo da maioria. É uma situação que tem surgido tanto nos contratos de previdência como no seguro em grupo. Ocorre que as mudanças ocorridas na sociedade e, em particular, o alongamento da vida dos segurados têm ensejado um agravamento das condições na renovação dos seguros em grupo e mudanças radicais na previdência. Se, nesses casos, se mantiver o *statu quo ante* para alguns, o grupo dos segurados sofrerá as consequências e da aparente vantagem de alguns decorrerá a insolvência para todos os demais. Há decisões judiciais tomando em consideração essas situações e entendendo que a função social do contrato consiste em proteger o grupo. O mesmo princípio se aplica em relação às concessões de serviços públicos, não se podendo levar a insolvência a empresa concessionária para garantir a modicidade das tarifas, pois importará em inviabilizar o funcionamento de um serviço público.

92. Verifica-se, pois, a necessidade, em matéria de revisão contratual, de conciliar o econômico e o financeiro, a comutativa

vidade dos contratos e a segurança jurídica, especialmente quando se trata de operações mais complexas nas quais as partes sofrem as repercussões de decisões empresariais de terceiros ou quando as decisões deveriam, para serem justas, alcançar pessoas que não são partes no processo e em relação às quais o magistrado não pode entender as suas sentenças.

VI. Conclusões

93. Já no início do século XX, Duguit assinalava as transformações dos institutos básicos do direito civil: a propriedade, o contrato, a família e a responsabilidade civil.³⁰ Algumas décadas depois, no fim da Segunda Guerra Mundial, numerosas outras obras, como as de Ripert e Savatier, retomavam o assunto indicando o primeiro o declínio do direito³¹ e o segundo as metamorfoses econômicas e sociais,³² enquanto, no Brasil, uma ampla bibliografia tratava da crise do direito, à qual se referia Orlando Gomes,³³ e da sua renovação, analisada por San Tiago Dantas.³⁴

94. No início do terceiro milênio, as modificações econômicas e tecnológicas, se não correspondem ao “fim da história”, certamente evidenciam uma nova fase da evolução jurídica. Nela, os economistas vislumbram uma grande transformação do direito da propriedade que se transforma para dar lugar à prevalência do “direito de acesso”. Por sua vez, o contrato deixa de ser estático e rígido para tornar-se um instrumento flexível e dinâmico de conciliação de interesses e até de parceria entre os contratantes. É o fim de uma “era de segurança” à qual aludia Stefan Zweig³⁵ e o

advento da “era da incerteza” (Galbraith)³⁶ e da descontinuidade (Peter Drucker),³⁷ com ampla repercussão no direito em geral e no contrato em particular.

95. Essas mudanças atingem mais diretamente os países em desenvolvimento, que sofrem simultaneamente os efeitos da globalização e da modernização técnica, sem terem tido tempo de preparar a sua população, dando-lhe a educação e os instrumentos técnicos para enfrentar as vicissitudes do “admirável mundo novo” em que vivemos, para utilizar um título um tanto irônico de Aldous Huxley.³⁸ A imensidão do país e as desigualdades regionais também dificultam a adoção rápida de soluções nacionais e ensejaram uma maior demora na uniformização da jurisprudência.

96. O legislador e o jurista do nosso tempo não mais podem ficar na sua torre de marfim, sacrificando a realidade a determinados princípios que envelheceram ou se tornaram obsoletos. Deve ser ele também construtivo e flexível, adotando uma nova dogmática. Assim, o codificador não mais pode ser, na palavra do Professor Stefano Rodotà, o simples racionalizador do passado, o notário da história, devendo, ao contrário, participar da criação do futuro.³⁹

97. Na realidade, ligado às primeiras manifestações do direito, o contrato sobreviveu por mais de dois mil anos, sempre evoluindo com características próprias, desde o contrato romano até o regido pelo Código Napoleão e o definido pela *common law* e, posteriormente, o contrato soviético da sociedade economicamente planejada até chegar aos nossos dias, que encon-

36. John Kenneth Galbraith, *The Age of Uncertainty*, Londres, British Broadcasting Corporation, 1977.

37. Peter F. Drucker, *The Age of Discontinuity*, Nova York, Harper & Row, 1968.

38. Aldous Huxley, *Admirável Mundo Novo*, trad. brasileira, Rio de Janeiro, Cia. Brasileira de Divulgação do Livro, 1969.

39. Stefano Rodotà, “Ideologia e tecnica della riforma del diritto civile”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1967, pp. 83 ss.

30. Léon Duguit, ob. cit., *passim*.

31. Georges Ripert, *Le Déclin du Droit*, Paris, LGDJ, 1949.

32. René Savatier, ob. cit.

33. Orlando Gomes, *A Crise do Direito*, São Paulo, Max Limonad, 1955.

34. San Tiago Dantas, *Palavras de um Professor*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 9-19.

35. Stefan Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1942, p. 15.

tramos no *Codice Civile* e no Código Civil brasileiro de 2002 e na doutrina mais recente.

98. Refletindo uma escala de valores mas devendo adaptar-se à realidade econômica, social e tecnológica do momento, o contrato é, antes de tudo, um instrumento de liberdade, mas a própria liberdade é um conceito que tem sofrido algumas modificações. Trata-se, hoje, de garantir uma liberdade qualificada, uma liberdade mais densa, inspirada no respeito à dignidade humana, na lealdade e nas aspirações sociais.

99. O grande desafio do nosso tempo certamente é o de conciliar o econômico e o social, submetendo ambos ao direito. Como disse o nosso presidente Fernando Henrique Cardoso: “A economia sem o so-

cial é desumana e o social sem o econômico é mera veleidade, voluntarismo inócuo”.

100. Não podemos aceitar nem a selva econômica, ditada pelo mercado, nem a imobilidade de normas ideais mas inaplicáveis.⁴⁰

101. Trata-se pois de conciliar ambos, de submeter o mercado às regras jurídicas que, por sua vez, devem acompanhar o desenvolvimento da civilização. A missão do jurista se assemelha à do astrônomo ou do navegador, que deve conhecer o mar e continuar olhando para as estrelas, ou seja, não esquecer o passado, conhecer o presente e preparar o futuro, na lição de Savatier.⁴¹

102. Somente assim poderemos dar ao direito a sua verdadeira função, que consiste, na feliz expressão de um jurista italiano, em submeter a economia à ética.

40. Alain Minc, *Capitalisme*, Paris, Grasset, 2000, pp. 54-55.

41. René Savatier, ob. cit., 2ª série, Paris, Dalloz, 1959, p. 45.