

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito civil e processo : estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim / coordenação Araken de Assis... [et al.] ; São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Outros coordenadores: Edlardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier, Thereza Alvim.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3143-9

1. Alvim, Arruda, 1936 - 2. Direito civil - Brasil 3. Direito processual civil - Brasil I. Assis, Araken de II. Alvim, Edlardo Arruda. III. Nery Jr., Nelson. IV. Mazzei, Rodrigo. V. Wambier, Teresa Arruda Alvim. VI. Alvim, Thereza.

07-8575

CDU-347(81)
-347.9(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito civil 347.9(81)
2. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)

Coordenação:

ARAKEN DE ASSIS

EDUARDO ARRUDA ALVIM

NELSON NERY JR.

RODRIGO MAZZEI

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

THEREZA ALVIM

Direito Civil e Processo

Estudos em homenagem ao Professor

Arruda Alvim

ISBN 978-85-203-3143-9

078-85-203-3143-9

078-85-203-3143-9

078-85-203-3143-9

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS



BREVES COMENTÁRIOS AO ART. 473 DO CC BRASILEIRO*

DANIEL M. BÓULOS**

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Preliminarmente; 1.2 Da extinção dos contratos; 1.3 Contratos por prazo determinado e contratos por prazo indeterminado; 1.4 A denúncia (inotivada) dos contratos por prazo indeterminado como direito potestativo (extintivo). O controle do referido direito – 2. O art. 473 do CC: 2.1 A localização do art. 473 na geografia do Código Civil; 2.2 A justificativa e a finalidade da norma contida no parágrafo único do art. 473; 2.3 O parágrafo único do art. 473, 2.4 Os "investimentos contratuais"; 2.5 O "prazo compatível". Qual prazo deve ser fixado pelo juiz? – 3. Outros casos previstos na lei – 4. Conclusão.

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permite, opera-se mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Preliminarmente

A norma contida no art. 473 do CC em vigor – que não possui correspondente no Código Civil

* É especialmente um prazer poder contribuir com esta obra em homenagem ao estimado professor Arruda Alvim. Antes de tudo, trata-se de uma oportunidade de manifestar o meu mais profundo apreço pelo professor Arruda Alvim, a quem tive a felicidade de escolher para ser o meu orientador no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pela extensa obra que o professor possui, seja na seara do Direito Civil, seja no âmbito do Direito Processual Civil (e sem contar a bem da verdade, o que foi realizado nas demais áreas do Direito), trata-se, o presente livro, de uma oportuna homenagem àquela que sempre nos ensinou.

** Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito no IBMEC-Law LLM, em São Paulo. Professor convidado no curso de especialização do CEU. Conselheiro do IBCE. Advogado.

de 1916 – é fruto da evolução do direito civil no último século, particularmente das modificações verificadas no direito das obrigações.¹

Tantas e tão contundentes são as normas que, nos dias atuais, disciplinam as diversas fases do processo obrigacional (desde o período das tratativas preliminares, passando-se pela conclusão do contrato, pelo período de execução, pela extinção do contrato e, inclusive, chegando-se ao período pós-contratual) que se poderia afirmar que o legislador participa ativamente desse processo.²

E, nesse contexto, o princípio da *boa-fé objetiva* ostenta papel de destaque.

Verdadeiramente, a segunda metade do século XX foi sem dúvida marcada por um desenvolvimento considerável da noção de *boa-fé* em praticamente todos os países da família romanogermânica de direito civil,³ sendo o princípio da *boa-fé*, hoje, "um astro de primeira grandeza em todo o sistema dos contratos".⁴

1. A evolução do direito civil: objeto de excelente obra do insigne professor português António Menezes Cordeiro, intitulada *Da modernização do direito civil* – Aspectos gerais, Coimbra: Almedina, 2004, v. I, passim.

2. Faure-Magnan, Mireille, *L'obligation de motivation en droit des contrats: Études offertes à Jacques Ghestin* – Le contrat au début de XXI^e siècle, Paris: LGDJ, p. 301.

3. Expressão essa utilizada por Antunes Varella, *A socialização do direito e interpretação, anulação e integração dos contratos*, Direito econômico, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 129 e ss. e 150.

E a norma contida no art. 473, ora analisada, é fruto desta evolução e resulta da aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase da extinção do contrato (ou, mais propriamente, da relação jurídica por ele criada), limitando o exercício do direito de extinguir o vínculo inerente, por exemplo, aos contratos acordados por prazo indeterminado.

1.2 Da extinção dos contratos

O contrato, negócio jurídico por excelência, é fruto da vontade das partes que, em maior ou menor grau, participam do processo que lhe dá nascimento.⁴ Uma vez existente, válido e eficaz, o contrato gera efeitos no mundo jurídico. Esses efeitos só cessam em razão da vontade das partes, diretamente da lei (e, nesse caso, *ex vi legis*) ou da intervenção do juiz. Trata-se do tema da extinção do contrato.⁵

4 A expressão "em maior ou menor grau" mencionada no texto procura pontuar que nem sempre as partes de um determinado contrato tiveram a mesma participação no processo que lhe deu nascimento. Assim ocorre, precisamente, nos denominados *contratos por adesão*. Essa *técnica de contratação* — hoje tão usual não só nos contratos sujeitos às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas também naquelas do próprio Código Civil — caracteriza-se, justamente, pela existência de um sujeito que predispõe as regras a que ambas as partes estarão sujeitas e, de outro, aquele que simplesmente *adere* a esse esquema pré-formulado. Daí se poder afirmar que os contratos por adesão possuem de um lado o predisponte e, de outro, o aderente. A despeito de possuir essa característica (que de certo praticamente antequa a fase pré-contratual tal como tradicionalmente concebida pela doutrina em que os sujeitos negociam em pé de igualdade os termos e as condições contratuais a que estarão sujeitos), os contratos por adesão (qualquer que seja o tipo contratual escolhido: compra e venda por adesão, locação por adesão, empreitada por adesão etc. ou mesmo um contrato atípico por adesão) são contratos, isto é, são negócios jurídicos tanto quanto aqueles para cuja formação concorrem a vontade das partes que *negociaram* o seu conteúdo. Daí que, se por um lado, o fato de ter sido utilizada, enquanto técnica, a contratação por adesão não retira do contrato a aptidão genérica de gerar os efeitos pretendidos pelas partes, por outro, pelas suas características, os contratos por adesão estão sujeitos a algumas regras específicas que lhes são destinadas pelo legislador (por exemplo, no que se refere ao Código Civil, aquelas contidas nos arts. 423 e 424).

5 A despeito de referir, inclusive pela doutrina, genericamente como *extinção do contrato*, muitas vezes, o que assim se nomina corresponde tecnicamente à *extinção da relação jurídica* que o contrato, enquanto negócio jurídico (espécie do gênero *fato jurídico*), produz.

A extinção dos contratos é matéria em que existe grande dificuldade terminológica que, a despeito das diversas tentativas de sistematização da matéria por parte da doutrina nacional e estrangeira, ainda não foi superada.

Por não corresponder ao objeto específico deste estudo, não serão examinadas as diversas denominações e classificações que a doutrina nacional e estrangeira apresentam acerca desta matéria, sendo certo que adotaremos, em linhas gerais, a que nos parece mais adequada.

Dentre as possíveis causas de extinção dos contratos (a vontade das partes, a lei e intervenção do juiz), interessa-nos especialmente examinar, ainda que de forma breve, a extinção causada pela *vontade das partes*.

A *resilição* é o modo de extinção do contrato pela manifestação de vontade de uma ou de ambas as partes, podendo, por isso, ser *bilateral* ou *unilateral*.⁶ É bilateral quando as partes contratantes, de comum acordo, colocam fim ao contrato (ou, mais propriamente, à relação jurídica por ele criada). A *resilição bilateral* se dá por meio do *distrito*, que nada mais é do que um *negócio jurídico extintivo da relação jurídica* gerada pelo contrato assinado pelas mesmas partes.⁷ É *unilateral* quando a vontade de apenas uma das partes contratantes extingue o vínculo obrigatório.

Interessa-nos, para o presente estudo, a *resilição unilateral* que se opera por meio da *denúncia* dirigida à outra parte e admite, ainda, outra classificação: pode ser motivada (isto é, com um motivo ou causa prevista na lei ou no contrato) ou imotivada (sem qualquer motivo ou causa específica prevista na lei ou no contrato).

A denúncia possui natureza jurídica de *negócio jurídico unilateral, receptício*,⁸ que se propõe

6 Gomes, Orlando. *Contratos*, 17. ed. São Paulo: Forense, p. 183 e ss.

7 Em linha de princípio, o distrito, enquanto negócio jurídico, não possui efeitos modificativos da relação jurídica que ele coloca fim. Em outras palavras, a menos quando haja manifestação expressa de vontade das partes nesse sentido, o distrito não possui efeitos retroativos (*ex tunc*) e, sim, somente efeitos *ex nunc*. Com razão preleciona Orlando Gomes que: "O distrito não é um instituto unitário. Compreende, no parecer de alguns escritores, três figuras: (a) um ato de revogação; (b) um contrato extintivo; (c) um contrato modificativo. Só na última forma possui eficácia retroativa" (op. cit., p. 184).
8 Entende-se por *declarações receptícias* ou *receptivas* aquelas que só ganham eficácia quando comunicadas a uma pessoa determinada ou determinável.

a desconstituir para o futuro (*ex nunc*) a relação jurídica obrigacional derivada do contrato.⁹ Trata-se de uma forma típica de extinção de relações obrigacionais duradouras acordadas por prazo indeterminado.

Examinaremos a seguir, posto que em breves linhas, os contratos por prazo determinado e os contratos por prazo indeterminado.

1.3. Contratos por prazo determinado e contratos por prazo indeterminado

Para o presente estudo, importa destacar, das diversas classificações a que os contratos podem estar submetidos, os *contratos por prazo certo* ou *determinado* dos *contratos por prazo incerto* ou *indeterminado* porquanto é principalmente no que diz respeito aos últimos e que a norma contida no art. 473 ganha maior operatividade técnica e prática.

Entende-se por *contrato por prazo certo* ou *determinado* aquele cuja relação obrigacional dele decorrente está sujeita, no que diz respeito à sua eficácia, a termo (resolutivo) certo de prazo. Ao contrário, existe um *contrato por prazo incerto* ou *indeterminado* quando a relação obrigacional que dele deriva está predisposta, quanto à sua eficácia, a *indefinição*.

Nos *contratos por prazo determinado* os efeitos emanados da relação jurídica que dele deriva estão sujeitos a um *termo ad quem*, vale dizer, a um termo certo final que faz cessar os efeitos até então verificados, deixando inativos, no entanto, os efeitos pretéritos (i.e., aqueles verificados entre o início da eficácia do contrato e a verificação do seu termo final).¹⁰

9 TOMASETTI JR., Alcides. Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual — Parecer. RT 715-87, especialmente p. 89, maio 1995.

10 O termo constitui elemento acessório do negócio jurídico em razão do qual os efeitos de um contrato, ou de outro negócio jurídico, ficam sujeitos a um evento futuro e certo. Existe termo determinado e indeterminado. Ressalte-se que, no termo *indeterminado*, não há incerteza com relação à verificação do evento que o caracteriza, pois ele há de ocorrer, como certo que é. A *indefinição*, que difere o termo determinado do indeterminado está em que, no último, apesar de o evento ser certo quanto à sua verificação, é incerto com relação ao momento da sua ocorrência. Para o assunto tratado nesta nota, GALVÃO TELES, Inocência. *Manual dos contratos em geral*, reprint 3, ed. Lisboa: Lex, 1995, p. 237 e ss.; RAO, Vicente. *Ato jurídico*, 4. ed. São Paulo: RT, p. 309 e ss.

Já nos *contratos por prazo indeterminado*, a eficácia da relação jurídica obrigacional que ele cria não se encontra limitada no tempo estando, ao contrário, indefinida com relação à sua subsistência.

É na extinção destes últimos — contratos celebrados por prazo indeterminado — que a *resilição unilateral* — i.e., a *denúncia* — possui um papel de destaque.

1.4 A denúncia (motivada) dos contratos por prazo indeterminado como direito potestativo (extintivo). O controle do referido direito

No contrato por prazo indeterminado, a relação jurídica que dele provém não está sujeita a termo resolutivo certo. Entende-se que, nesse caso (i.e., *contrato por prazo indeterminado*), qualquer das partes pode, a qualquer tempo, livre e discretariamente — *ad libitum* ou *ad nutum* — promover a *denúncia* do contrato, colocando fim à relação jurídica obrigacional então existente porque dele derivada. Essa prerrogativa (jurídica) é corolário do princípio da *liberdade contratual* e corresponde, tecnicamente, a um *direito potestativo extintivo*.

11 MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*, Milano: Giuffrè, 1944, p. 424; MONTAUDO, Antônio. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 134.

12 A possibilidade de *interferência* (técnica, em princípio) na esfera jurídica de outra pessoa, sem que esta possa validamente se opor, é característica dos *direitos potestativos*. Se do exercício do direito potestativo resultar a extinção de uma determinada relação jurídica (tal como ocorre no caso em questão), diz-se trata-se de *direito potestativo extintivo*. Existem, ainda, *direitos potestativos criativos* ou *modificativos*. A esse respeito, confira: BIANCHI, Giuseppe. *Istituzioni di diritto privato*, 5. ed. Bologna: Zanichelli, p. 21 e ss.; A. VON JURE, *Tratado de las obligaciones*. Reimpresão da 1.ª ed. Madrid: Reus, 1999, t. I, p. 14 e ss.; ANKOWSKI, Manuel. A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Reimpresão: Coimbra, 1997, v. I, p. 12 e ss.; ALMEIDA GOMES, Mário. *Julio de Direito das obrigações*, 6. ed. Coimbra: Almedina, p. 50; ANTUNES VARELA, J. M. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, v. I, p. 55 e ss.; VLADKOV, Louval. *Causalidade e relação no direito*, 4. ed. São Paulo: RT, p. 231 e ss.; MOURA PINHO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 194 e ss., 225 e ss. e 296 e ss.; MENDES CORREIO, Antônio. *Tratado de direito civil português* — Parte geral 2. ed. Coimbra: Almedina, t. I, p. 170 e ss.; ASCENSO, José de Oliveira. *Direito civil* — Teoria geral. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, v. 3, p. 71 e ss. e p. 97 e ss.

Enquanto direito potestativo, verificado(s) o(s) *facto(s)* constitutivo(s) do seu surgimento na esfera jurídica do respectivo titular, o seu exercício se dá sem que a parte contra quem ele é exercido possa se opor porquanto ela se encontra no denominado *estado de sujeição*, ou seja, encontra-se sujeita a experimentar, na esfera jurídica própria, os efeitos (criativos, modificativos ou extintivos) do exercício de um direito potestativo de outrem.

No caso dos contratos acordados por prazo indeterminado, ambas as partes contratantes possuem o direito (potestativo) de promover, mediante denúncia notificada à outra parte, a extinção do vínculo obrigacional por elas (partes) criado.

Este direito decorre do princípio da liberdade contratual e pode ser exercido, em linha de princípio, sem que haja qualquer justificativa, motivo ou causa específica.

No entanto, o fato de o direito potestativo poder, em tese, ser exercido discricionariamente pelo respectivo titular, não significa, em absoluto, que o seu exercício não sofre qualquer controle pelo legislador e pelo juiz. Ao contrário, é senso comum na doutrina que os direitos potestativos, tanto quanto todas as demais posições jurídicas subjetivas (poderes, faculdades, direitos subjetivos, ónus, expectativas etc.), estão sujeitos ao controle do ordenamento jurídico, designadamente, e sobretudo, da norma contida no art. 187 do CC,¹³ que constitui verdadeira cláusula geral.

Com efeito, eis o teor do art. 187: "Também comete ao ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Assim, tanto quanto as demais prerrogativas jurídicas, aquelas decorrentes do princípio da liberdade contratual não são ilimitadas e tampouco incondicionadas no seu exercício, comportando restrições estabelecidas pelo mesmo ordenamento jurídico que as assegura.

Tanto quanto os direitos em geral, os direitos potestativos também sofrem um controle por parte do legislador. Enquanto poderes jurídicos, eles estão juridicamente limitados e devem ser exercidos segundo as regras impostas pelo mesmo

ordenamento jurídico que os garante, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador dentre os quais figuram a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social dos respectivos direitos.

2. O art. 473 do CC

2.1 A localização do art. 473 na geografia do Código Civil

A primeira divisão sistemática que se verifica no Código Civil brasileiro é justamente aquela que divide a disciplina das matérias em duas grandes partes, a Parte Geral e a Parte Especial. A Parte Geral é composta por três Livros ("Das Pessoas", "Dos Bens" e "Dos Fatos Jurídicos"), ao passo que na Parte Especial, que disciplina as relações jurídicas especiais, alinham-se seis Livros ("Do Direito das Obrigações", "Do Direito de Empresa", "Do Direito das Coisas", "Do Direito de Família", "Do Direito das Sucessões" e, finalmente, "Livro Complementar").

Logo no primeiro Livro da Parte Especial do Código Civil, o legislador optou por disciplinar as denominadas *relações jurídicas obrigacionais*, isto é, aquelas travadas entre credor e devedor e nas quais, em razão da existência de um vínculo jurídico que os une, o último deve cumprir uma determinada prestação patrimonial para atender a um interesse do primeiro.¹⁴

Observando a divisão estrutural e geográfica do Livro I da Parte Especial que regulamentará a relação jurídica obrigacional, percebe-se que, primeiramente, foram disciplinadas as obrigações nas suas diversas modalidades: obrigações de dar, de fazer, de não fazer, obrigações alternativas, divisíveis e indivisíveis e as obrigações solidárias (Título I). Em seguida, está a disciplina dos meios pelos quais as obrigações podem ser transmitidas, quer no seu pólo ativo (cessão de crédito), quer no pólo passivo (assunção de dívida) (Título II). Segue, no Título III, com a regulamentação do adimplemento e extinção das obrigações (isto é, com o seu meio extintivo por excelência – o adimplemento – e com os outros meios que, embora tecnicamente sejam distintos desse, também acarretam a extinção das obrigações). Cuida-se,

a seguir, do inadimplemento das obrigações, abordando, nos diversos capítulos desse título, as disposições gerais e os aspectos relacionados ao inadimplemento (Título IV).

Após os quatro primeiros títulos que dizem respeito às modalidades das obrigações e as diversas fases do processo obrigacional, passa-se à disciplina dos "contratos em geral" no Título V. No Título seguinte (o VI), o legislador regulamentou as denominadas *contratos típicos* destinando, a cada uma das vinte espécies de contrato, regras especiais.

Nota-se, portanto, que a exemplo da opção trilhada pelo legislador ao adotar a denominada *sistemização germânica*,¹⁵ dividindo a disciplina das matérias no Código em Parte Geral (que contém regras gerais¹⁶) e Parte Especial (com a disciplina

individualizada das relações jurídicas especiais¹⁷), ele repetiu, em mais de uma oportunidade, a mesma opção sistemática ao estabelecer, primeiramente, as regras gerais aos diversos institutos para, em seguida, discipliná-los de forma especial.¹⁸

Assim que o Título V intitula-se "Dos Contratos em Geral", e o Título VI "Das Várias Espécies de Contrato".

É intuitivo, nesse contexto, que todas as normas contidas no Título V (designadamente aquelas contidas nos arts. 421 usque 480), por dizerem respeito aos *contratos em geral*, aplicam-se, no que couber, a cada uma das "várias espécies de contrato" disciplinadas no Título VI do Livro I da Parte Especial (isto é, precisamente, aos vinte tipos contratuais – daí o nome de *contratos típicos* – regulamentados nos arts. 481 usque 853).¹⁹

No Título V, alinham-se dois Capítulos. O Capítulo I ("Das Disposições Gerais") contém nove seções: Seção I – Preliminares; Seção II – Da Formação dos Contratos; Seção III – Da Espulsão em favor de terceiro; Seção IV – Da Promessa de fato de terceiro; Seção V – Dos Vícios redibitórios; Seção VI – Da Evicção; Seção VII – Dos contratos aleatórios; Seção VIII – Do Contrato preliminar; Seção IX – Do contrato com pessoa a declarar. Já o Capítulo II ("Da Extinção do Contrato") contém quatro seções: Seção I – Do Distrato; Seção II – Da

13 Esta norma, de resto proveniente do art. 334 do CC português de 1966 (que, por sua vez, baseou-se no art. 281 do CC grego de 1940), foi objeto de detida análise em nosso estudo publicado pela Editora Método intitulado *Abuso de direito no novo Código Civil*, 2006, passim, com ampla referência bibliográfica.

14 Particularmente vasta a bibliografia acerca do direito das obrigações. Para os assuntos tratados neste capítulo, apontamos, no direito estrangeiro e em língua portuguesa, as obras clássicas de Mario Júlio de Almeida Costa (op. cit., 9.ª ed.) e João de Matos Antunes Varela (*Das obrigações*, cit., 9.ª ed.).

15 Diz-se *sistemização germânica*, pois, na realidade, o primeiro grande Código Civil a utilizar essa sistematização foi justamente o Código Civil alemão (B.G.B.) de 1896, que entrou em vigor em 1900. Depois dele, outros países também adotaram essa sistematização, tais como, por exemplo, Portugal (o Código Civil português em vigor data de 1966 e contém uma Parte Geral e uma Parte Especial) e a Grécia (o Código Civil grego – elaborado, em grande parte, sob a influência do Código alemão – entrou em vigor em 1946, após a Segunda Guerra Mundial). A despeito das reformas que foram empreendidas no Código Civil alemão em 2002 (quando ele ganhou um novo Livro do Direito das Obrigações), a sistemática inicialmente adotada não foi suprimida. Para uma visão histórica da Parte Geral, confira, por todos: MONSENA ALVES, José Carlos, *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro (subsídios históricos para o novo código civil brasileiro)*, 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3 e ss. e passim. Por questão de justiça, uma ressalva deve ser feita: já em 1857, na Consolidação das Leis Civis, e em 1859, no esboço, o ilustre jurista brasileiro Teixeira de Freitas – cujos ensinamentos ultrapassaram as nossas fronteiras – propunha que a divisão das matérias nos respectivos estatutos se desse entre uma Parte Geral e uma Parte Especial.

16 A Parte Geral contém a disciplina das relações jurídicas em geral, quer no que diz respeito aos sujeitos (i.e. pessoas, às quais é dedicado o Livro I), quer ao objeto (i.e. bens, aos quais é dedicado o Livro II), quer, ainda, aos elementos propulsores das referidas relações (isto é, os fatos jurídicos, disciplinados, nas suas mais variadas modalidades, no Livro III). Demais disso, a Parte Geral também contém a disciplina dos elementos estruturais do direito civil e, por que não dizer, do direito privado como um todo. Desenvolvemos em outra sede, com maiores detalhes e com indicação bibliográfica, as características e a função que a Parte Geral do Código Civil possui e deve desempenhar (vide o nosso *Abuso de direito no novo Código Civil*, São Paulo: Método, 2006, § 3.3, p. 93 e ss. e § 9.4, p. 145 e ss.).

17 No que toca à Parte Especial, nela o legislador disciplinou, em cinco Livros, as relações jurídicas especiais. Isto é, aquelas que apresentam contornos técnicos próprios (e, portanto, especiais) quando comparadas às demais. Daí que o Livro I da Parte Especial é dedicado à disciplina das relações jurídicas obrigacionais. O Livro II, as relações dos empresários e das sociedades empresárias. O Livro III destina-se à regulamentação da relação jurídica real. O Livro IV disciplina as relações familiares e o Livro V as relações de direito sucessório. Existe, ainda, um Livro VI denominado de "Complementar".

18 Assim ocorre, por exemplo, na disciplina das pessoas jurídicas, em que existe um capítulo específico para as "disposições gerais" atinentes indistintamente às associações e às fundações. Assim também ocorre no "penhor, da hipoteca e da antecessão" cuja disciplina específica é precedida de um capítulo das "disposições gerais" aos três institutos.

19 Em razão disso, pode-se afirmar, por exemplo, que a liberdade contratual está condicionada ao atendimento da função social do contrato, qualquer que seja ele (típico, regulado nas suas diversas espécies no Título VI, ou atípico, fruto da autonomia privada das partes, por força do art. 425). Da mesma forma, por força do art. 422, os contratantes (qualquer que seja o contrato entre eles estabelecido) deverão observar, assim na sua conclusão, como na sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

Clausula Resolutiva; Seção III – Da Execução de contrato não cumprido; Seção IV – Da resolução por onerosidade excessiva.²⁰

Interessa-nos, para fins de análise neste estudo, a norma contida no art. 473, pertencente à primeira Seção ("Do Distrato") do Capítulo II ("Da Extinção do Contrato") do Título V ("Dos Contratos em Geral").

2.2. A justificativa e a finalidade da norma contida no parágrafo único do art. 473

Imagine-se o seguinte caso: após o período de tratativas preliminares, duas empresas resolveram firmar um contrato de distribuição por prazo indeterminado por meio do qual a empresa distribuidora compromete-se a distribuir os produtos fabricados pela outra empresa contratante em toda a região sul do País. A fim de possibilitar a distribuição, nos termos contratados, de uma quantidade considerável de produtos por mês, a empresa distribuidora investe um montante elevado de suas reservas em infra-estrutura, locação de imóvel para construção de depósito de armazenamento, logística etc. Todos estes investimentos foram feitos tendo-se em vista a excelente oportunidade de retorno financeiro que o contrato iria proporcionar ao longo dos anos e os planos feitos em conjunto com a empresa fabricante dos produtos no decorrer das tratativas que precederam a assinatura do contrato. Ocorre que, passados poucos meses do início da execução das respectivas obrigações pelas partes contratantes, a empresa fabricante dos produtos promove a denúncia, por meio de notificação, do referido contrato, extinguindo, sem aviso prévio, a relação jurídica que o referido contrato criou. Logicamente que esta atitude, embora formalmente lícita – na medida em que, por ter sido acordado por prazo indeterminado, o próprio contrato previa a possibilidade de qualquer das partes, a qualquer tempo, promover a denúncia do vínculo obrigatório –, causou gravíssimos prejuízos à empresa distribuidora, frustrando-lhe a expectativa inicial.

20 Em seguida, o legislador encerrou o Livro do Direito das Obrigações com a disciplina dos "atos unilaterais" (Título VII), dos "Títulos de Crédito" (Título VIII), da "Responsabilidade Civil" (Título IX) e das "Preferências e Privilegios Creditórios" (Título X). Percebe-se, do simples cotejo entre a armadura das matérias dentro do Livro do Direito das Obrigações do Código Civil de 1916 e do Código Civil em vigor, ter, o último, sido muito mais fiel às fases do processo obrigacional, apresentando uma sistematização que se pode dizer mais lógica e racional.

mente criada de que o contrato fosse perdurar por, pelo menos, alguns anos.

A parte denunciante, embora não tivesse apontado qualquer motivo específico para o rompimento precoce do vínculo, sustentou estar exercendo lícitamente um direito que lhe assistia e que, diante disso, não poderia ser de qualquer forma reprimida e tampouco poderia ser ressponsável pelos prejuízos experimentados pela empresa distribuidora. Esta, por sua vez, pretendu imputar os prejuízos à primeira em razão da sua atitude intempestiva que redundou na extinção do contrato (ou, propriamente, da relação jurídica obrigacional dele advinda).

Em casos como este, o legislador se vê diante da seguinte situação: de um lado, uma das partes contratantes a quem assiste o direito de promover a denúncia do contrato assinado por prazo indeterminado e, de outro, a outra parte contratual que experimenta, na esfera jurídica própria, os efeitos (exintivos) advindos do referido exercício do referido direito, muitas vezes frustrando uma expectativa que legitimamente possuía.

Quid iuris?

Como tantas vezes ocorre na disciplina dos institutos de direito privado, o legislador (e, em última análise, o juiz) está diante da necessidade de mediar entre dois interesses contrapostos: de um lado, o interesse da parte denunciante de colocar fim imediato à relação jurídica obrigacional acordada por prazo indeterminado e, de outro lado, o interesse da parte que recebe a denúncia de que a relação obrigacional perdure por mais algum tempo.

A parte que promove a denúncia da relação obrigacional sustenta estar exercendo regularmente um direito que possui (*ato lícito*, portanto, ex vi do art. 188, I, segunda parte, do CC) fruto da regra básica de direito das obrigações segundo a qual ninguém pode ser obrigado a permanecer vinculado a outrem eternamente.

A parte contratual que recebe a denúncia, por seu turno, alega possuir a *legítima expectativa* de que a relação contratual se protrairia no tempo por um prazo razoavelmente maior àquele pretendido pela contraparte, a fim de amortizar os investimentos por ela levados a efeito para que fosse possível o cumprimento do contrato.

Diante desta situação de interesses contrapostos e tendo em vista a impossibilidade de se estabelecer uma regra que autorize, na generalidade dos casos, a denúncia, ou se prova, indistintamente,

que ela ocorra, o legislador optou, a nosso ver de forma correta, por estabelecer os parâmetros do exercício deste direito.

A possibilidade de exercício deste direito – que, como se viu, traduz-se em um verdadeiro direito *potestativo* – não deve ser em si recusada, dado que a autonomia dos sujeitos fica comprometida quando o vínculo obrigatório entre eles estabelecido perdura por um lapso temporal demasiadamente longo. A livre denúncia, portanto, decorre sobrevenido de uma imposição da *ordem pública*.²¹

Ao garanti-la, o direito tem em conta a necessária liberdade que o indivíduo deve ter de escolher, dentre as alternativas existentes, aquela que melhor compete com os seus interesses, dentro de um ambiente de correção e de probidade que deve presidir as relações sociais.

Se, ao exercê-la, entretanto, o sujeito contratante esse fim, o mesmo direito que assegura a liberdade contratual reage contra o seu mau exercício. A reação do direito implica a imposição de limites ao exercício dessa liberdade, nos seus mais variados aspectos, inclusive quando traduzida na prerrogativa de o indivíduo romper o vínculo jurídico existente sem um termo final pré-fixado.

Essa reação justifica-se, pois, não raro, a parte contratante fazia uso desta prerrogativa após um lapso temporal que não havia sido suficiente a que a outra parte obtivesse o retorno dos investimentos levados a efeito visando a contratação ou aqueles que se deram no curso da execução contratual, mormente, e sobretudo, se estes investimentos foram *consentidos*, ainda que *tacitamente*, pela outra parte.

Daí a conveniência da norma contida no art. 473 do CC que, embora garanta o *direito potestativo* extintivo que assiste às partes de um contrato por prazo indeterminado (já que não pode simplesmente tolhe-lo, pois isto atentaria contra a própria natureza do direito das obrigações), atribui *susceptibilidade* a tal direito, fazendo com que a denúncia notificada a outra parte (art. 473, *caput*) só gere o seu regular efeito (*retricus*: a dissolução do vínculo ou a extinção da relação obrigacional que o contrato criou) após um lapso temporal determinado pelo juiz.²²

O que se pretende evitar é que um contratante abuse do seu direito de colocar fim ao vínculo jurídico ao qual está adstrito, fraudando uma *legítima expectativa* do outro contratante.²³ A teoria do abuso do direito desempenha, também na seara da extinção do vínculo obrigatório, papel fundamental.²⁴ Muitas vezes, é por meio dela que será possível estabelecer se a parte prejudicada pelo rompimento unilateral do contrato terá, ou não, direito a indenização.²⁵

na condenação dessa parte a indenizar a outra pelos prejuízos por essa última experimentados. A título de exemplo, pode ser citado o seguinte acórdão: "Civil e processo civil. Concessão comercial. Lei 6.729/79. Rescisão de contrato. Liminar para continuidade da concessão. Ausência de pressuposto. É princípio básico do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno, não podendo nem mesmo o Poder Judiciário impor a sua continuidade quando uma das partes já manifestou a sua vontade de nela não mais prosseguir, sendo certo que, eventualmente caracterizado o abuso da rescisão, por isso responderá quem tiver praticado, mas tudo será resolvido no plano indenizatório (STJ, RSP 334, 103/MJT 2003/0068612-3), rel. Min. Cesar Asfor Rocha". Entendemos, no entanto, que diante dessa nova regra contida no art. 473 do CC, será possível deduzir em juízo pretensão que redunde na atribuição de suspensividade ao direito potestativo extintivo de determinado contratante de colocar fim ao vínculo obrigatório.

23 O professor Miguel Reale faz um paralelo entre as figuras do *abuso de poder econômico* e *abuso do direito*, o primeiro dizendo respeito ao direito público e o segundo ao direito privado. Diz serem institutos que, embora tenham se desenvolvido em esferas distintas, acabam por convergir para uma compreensão complementar. A guisa de exemplo, o eminente jurista conspiciu o art. 472 do então Anteprojeto de Código Civil (correspondente, hoje, ao art. 473 do CC), afirmando ter sido tal artigo incluído no projeto por iniciativa dele, com o fim de "preservar a parte mais fraca contra o abuso do poder econômico, naqueles contratos, como o de agência e distribuição, ou concessão comercial, que grandes empresas impõem aos seus colaboradores, reservando-se o poder de denunciar o contrato, a qualquer tempo, o que tem dado origem a verdadeiras espoliações, em detrimento do agente, representante ou concessionário que, findo na avença, concorda em arcar com os vultuosos investimentos exigidos para a assinatura do contrato" (Abuso do poder econômico e garantias individuais. *Questões de direito*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 37 e ss. e p. 43-44).

24 Martins, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3. ed. Forense, p. 38 e ss.

25 Requeno, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). *Revista de Direito Mercantil* 7/17 ess. ep. 43. Confira, ainda, Azevedo, Álvaro Villaca. Validade da denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório. RT 737/97.

O abuso pode se dar caso a parte denunciante não tenha concedido qualquer prazo de aviso prévio à extinção da relação obrigatória e mesmo se o prazo concedido — esteja ele previsto em contrato ou não — seja insuficiente ou de qualquer injusto.²⁵

Tanto assim que, ainda antes do advento do novo Código Civil, o TJSP julgou caso de rescisão unilateral de contrato de distribuição exclusiva de produtos, tendo concluído que, em tese, este direito é legal, se constituir exercício regular de direito. Concluiu, ainda, que o prazo concedido pela parte denunciante era insuficiente e, portanto, o exercício do direito se deu de forma abusiva. Segue a ementa:

“Contrato de distribuição exclusiva de produtos. Vigência por tempo indeterminado. Legalidade da rescisão desse contrato por meio de denúncia unilateral e imotivada, desde que constitua exercício regular de direito. Abusividade no caso reconhecida tendo em conta o tempo de duração anterior do contrato, de sua importância econômica financeira, da antecedência do aviso prévio ser insuficiente para que a distribuidora redirecionasse os seus negócios sem prejuízo de outras circunstâncias peculiares da espécie. Manutenção da sentença de procedência da ação, com alteração, contudo, das verbas que compõem a indenização e do modo pelo qual serão apuradas. Recursos parcialmente providos para tanto e para carregar igualmente as partes as verbas sucumbenciais” (Ap Civ 104.281-4/4-00/SP).

2.3 O parágrafo único do art. 473

A norma do parágrafo único do art. 473 limita ou condiciona aquela contida no seu caput. O caput do artigo estabelece a forma por meio da qual a rescisão unilateral deve se dar, isto é, mediante denúncia notificada a outra parte. Já o parágrafo único do mesmo artigo complementa essa norma, estabelecendo que, em determinadas circunstâncias, os efeitos provenientes da denúncia poderão ser suspensos temporariamente pelo juiz.²⁷

26 “De todo o modo, o respeito do prazo legal (ou do prazo convencional) não obsta a que o outro contratante, de acordo com os princípios gerais, possa socorrer-se, sendo caso disso, do instituto do abuso do direito (art. 334.º do CC)” (Monteiro, Antônio Pinto. Op. cit., p. 137).

27 Trata-se, ao que parece, de um caso de suspensão legal (na realidade, judicial) dos efeitos do direito de colocar fim ao vínculo obrigatório. Diferentemente, embora com a mesma consequência, é o caso de as partes estabelecerem a suspensão convencional de determinado direito atribuído pelo contrato a uma das partes. Nesse

A suspensão temporária (ou paralisação temporária) da eficácia típica do exercício do direito potestativo deve se dar em caso de abuso desse direito.

Entretanto, uma ressalva há de ser feita. Ao contrário do que se poderia supor, para a caracterização do abuso não é necessária a intenção de lesar, de prejudicar (*animus nocendi*), por parte de quem promove a denúncia. Em realidade, não é necessário, sequer a consciência de que o exercício do direito de colocar fim à relação obrigacional acarreta prejuízos à outra parte contratual em razão de fraudar as suas legítimas expectativas.

Trata-se de um juízo objetivo que impõe às partes contratantes um dever de correção e de probidade. Esse dever de correção e probidade derivado princípio da boa-fé objetiva, que atinge indistintamente todas as fases do processo obrigacional e proíbe, enfaticamente, que sejam frustradas expectativas legítimamente criadas pelo comportamento das partes de um contrato. Trata-se da proibição do comportamento contraditório, proibição essa contida no adágio *nemo datur contra factum proprium* (isto é, “ninguém pode validamente agir contra os seus próprios atos”).

Na linha do que se afirmou, para coibir o exercício abusivo do direito potestativo, de rescindir unilateralmente o contrato, o legislador estabeleceu a possibilidade de o juiz suspender temporariamente a eficácia típica do exercício do referido direito, que seria, justamente, a extinção do vínculo contratual.

Afigura-se, como se viu, *impróprio* — ou ao menos *inadequado* para o caso — que o direito simplesmente subtraísse o direito de uma pessoa que é parte de um contrato, de promover a sua extinção, pois, como é até mesmo intuitivo, ninguém pode ser compelido a participar *ad eternum* de uma relação jurídica proveniente de um contrato. Com efeito, a denúncia, praticamente, apresenta-se como uma forma de “obviar a vínculos perpétuos” o que, se proibido pela lei, “constituiria uma inadmissível limitação à liberdade das pessoas e seria contrária à ordem pública”.²⁸

Assim, o caminho recomendável para cobrir o exercício abusivo desse direito é o de *suspender temporariamente* a sua eficácia típica, obrigando o titular do direito de que se abusou a sustentar o

último caso, estar-se-ia diante de uma condição suspensiva como cláusula acessória do negócio jurídico (de origem, portanto, convencional).

28 MONTENHO, Antônio Pinto. Op. cit., p. 140.

vínculo contratual por um determinado período de tempo fixado pelo juiz. Esse prazo, por certo, irá variar de caso a caso, dependendo, para sua fixação, de alguns parâmetros definidos pelo legislador.

2.4 Os “investimentos consideráveis”

Ao mencionar “investimentos” no parágrafo único do art. 473 do CC, o legislador pretendeu sejam considerados não só o montante, em espécie, diretamente empregado para execução do contrato, mas também todos os esforços com *repertório econômico* direta que tenham sido dirigidos à execução do contrato. Portanto, os montantes gastos com contratação de pessoal, aquisição de materiais e equipamentos, transporte de equipamentos etc. figuram, a nosso ver, dentre os “investimentos” mencionados na lei.

Obviamente, a parte contratual que deduzir pretensão em juízo, com vistas a obter tutela jurisdicional que suspenda a eficácia do direito da contraparte, deverá comprovar ao juiz a existência dos investimentos, o respectivo montante que eles representam em espécie e, outrossim, que eles foram feitos especifica e precisamente para o cumprimento do contrato celebrado com o tén da ação.

De acordo com o *princípio da razoabilidade*, o magistrado deverá atentar para todas as circunstâncias que envolveram o contrato, para a natureza do negócio jurídico celebrado e, principalmente, afetar-se a parte que pretende impedir temporariamente a eficácia do direito da contraparte fez “investimentos consideráveis” no contexto daquele contrato específico.

Ao mencionar “investimentos consideráveis” o legislador deixou para o juiz a tarefa de preencher este conceito legal *indeterminado* na análise do caso concreto. Em outras palavras, cabe ao juiz determinar-se, para um determinado contrato isolarmente considerado, os investimentos levados a cabo pela parte contratante podem ser tidos por “consideráveis”.

Ora, o que são os “investimentos consideráveis” mencionados na lei?

Em primeiro lugar, o investimento há de ter sido feito para possibilitar que o contratante de cumprimento às obrigações assumidas no contrato. Se foram feitos investimentos, ainda que vultosos, mas para outro fim que não especificamente o de cumprir o contrato em questão, tais investimentos, apesar de *consideráveis*, não poderão ser considerados pelo juiz na análise daquele caso concreto para

conceder a tutela pretendida. Há de haver, portanto, um *nexo de causalidade* entre os investimentos e o cumprimento do contrato cujo rompimento precoce ensejou a possibilidade de o autor da ação pleitear a concessão da tutela prevista no parágrafo único do art. 473.

Por outro lado, não é qualquer investimento que autoriza o juiz a aplicar a regra contida no parágrafo único deste artigo, ainda que tal investimento tenha sido diretamente dirigido ao cumprimento do contrato. Não raro as partes contratantes fazem despesas para dar cumprimento ao contrato celebrado, sendo tais investimentos, muitas vezes, de pequeno porte, que pouco significam nas contas da empresa que os fez ou no contexto do contrato entabulado entre as partes. Daí que o valor nominal dos investimentos, *de per se*, não é elemento suficiente a se concluir pela aplicação ou não do parágrafo único do art. 473. Os investimentos efetivamente realizados e devidamente comprovados deverão ser considerados no contexto econômico da parte autora da ação judicial e do contrato entabulado entre ela e a parte ré da mesma ação.

Somente o dispêndio de quantia *considerável*, dada a natureza do contrato e da parte contratual que os fez, é que importa para o legislador.

Em razão disso e com vistas à preservação da liberdade do indivíduo, que só deverá ser limitada em casos *claramente e comprovadamente* reproáveis, a lei criou alguns “dispositivos de segurança” que tendem a evitar um excesso de subjetivismo por parte do juiz e, ao mesmo tempo, tendem a impedir que a regra seja aplicada de forma indiscriminada, de molde a tornar praxe a intuição do juiz na relação contratual. Ao estabelecer, portanto, que não é qualquer investimento que torna possível a aplicação desta regra, mas sim aquele “considerável”, está a lei dando um recado muito claro ao juiz que irá concretizar esta norma: ele deverá fazê-lo com prudência, atendendo ao princípio da razoabilidade.

Só será *considerável* o investimento quando forem devidamente analisadas as características próprias da situação levada ao conhecimento do juiz, tais como: a condição econômica das partes contratantes, o local em que o contrato foi celebrado, o local em que o contrato está sendo executado etc.

Somente após esta análise, muitas vezes complexa, é que deverá o juiz acolher ou negar a pretensão deduzida em juízo pela parte de que a eficácia do contrato perdure mais um tempo.

2.5 O "prazo compatível". Qual prazo deve ser fixado pelo juiz?

Outra questão de suma importância na interpretação do art. 473 é a de se precisar qual o prazo de suspensão da eficácia do direito potestativo extintivo da parte denunciante do contrato.

A lei não estabelece prazo e, nesse caso, nem poderia fazê-lo, dada a multiplicidade de situações e a disparidade de circunstâncias que, no caso concreto, poderão ser verificadas. Em casos como o presente, em que não há propriamente como estabelecer, de antemão, um prazo adequado para todos os casos, parece mais conveniente que o legislador formeça ao intérprete tão-somente os parâmetros de fixação do prazo, cabendo a este último, à luz dos referidos critérios, estabelecer o prazo adequado para cada situação.

Daí que o parágrafo único do art. 473 estabelece que "(...) a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o valor do investimento" (destaques do autor).

Assim, para que o direito à denúncia possa ser exercido licitamente, ter-se-á que apurar, caso a caso, diante das circunstâncias específicas, qual o período de tempo que deverá transcorrer entre o início e o término pretendido da vigência da relação obrigacional à qual ele deu causa.

Para tanto, isto é, a fim de se apurar o prazo adequado para cada caso específica e individualmente considerado, deverá o juiz levar em conta a "natureza e o valor dos investimentos". A despeito de a lei não mencionar, trata-se, por certo, dos "investimentos" que a parte que recebeu a notificação aporrou para a execução do contrato.

É exigível, portanto, à luz do princípio da boa-fé e da proibição do abuso do direito, que o contrato só possa ser denunciado depois de ter decorrido um período de tempo razoável entre o início da vigência e a denúncia extintiva.

Ora, entre as circunstâncias que deverão ser consideradas, os investimentos levados a efeito por uma das partes ocupam lugar de destaque, mormente se *incumbidos ou consentidos* — expressa ou tacitamente — pela contraparte. Outro fator importante é justamente o tempo necessário para que os referidos investimentos possam ser amortizados. Os contratos de franquia (*franchising*), de concessão comercial e de distribuição, por exemplo, não raro exigem grande investimento inicial que só poderá vir a ser compensado pela vigência contratual por um lapso temporal mais ou menos longo.

Nesse passo, é importante, no entanto, fazer uma ressalva. O ordenamento jurídico não protege, concretamente, a *expectativa de lucro* das partes de um contrato e tampouco se pode levar em conta, especificamente e de forma exclusiva, o fato de a parte que se rebela contra o exercício do direito de denúncia ter obtido, ou não, lucro com o contrato. Em outras palavras, não é qualquer expectativa gerada que é digna de proteção.

No contexto contratual, os prejuízos podem ocorrer por erros de cálculo, má administração, incompetência gerencial nos negócios, prejuízos advindos de caso fortuito ou de força maior e, inclusive, em razão de incúria ou desídia da própria parte prejudicada. Pode ocorrer, ainda, de a parte que alega prejuízo em razão da denúncia precece do contrato por ela entabulado ter superdimensionado o potencial econômico do contrato.

Ora, em todos esses casos, não há que se falar em aplicação da regra contida no parágrafo único do art. 473 do CC.

3. OUTROS CASOS PREVISTOS NA LEI

Em outras tantas oportunidades, o legislador preocupou-se com a extinção da relação obrigatória decorrente de um contrato.

Com efeito, em outros casos, a lei condiciona, limitando, o exercício da prerrogativa de qualquer das partes contratantes colocar fim ao vínculo jurídico que as une. Exemplos podem ser encontrados no próprio Código Civil e mesmo na legislação especial, ora impondo um prazo de "aviso prévio",²⁹ ora, por exemplo, estabelecendo obrigações para a parte que desistir resiliir o contrato por prazo indeterminado.³⁰

29 Como exemplo, podemos citar a disciplina legal da atividade de distribuição de veículos automotores, regida pela Lei 6.729/79, conhecida como "Lei Ferrari". O art. 22, § 2.º, da referida lei, prevê que, "em qualquer caso de resolução contratual, as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações das operações do concessionário, num intervalo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data da resolução".

30 Nesse sentido, por exemplo, o art. 24 da Lei 6.729/79 ("Lei Ferrari") dispõe que: "Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário: I — reeditando-o e o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual; II — efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, II; III — pagando-lhe perdas e danos, à razão de 4% (quatro por cento) do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de 18 (dezoito) meses e uma

O art. 720 do CC, por exemplo, ao disciplinar os contratos de agência e distribuição, dispõe que "se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o valor do investimento exigido do agente". Trata-se de norma reflexa daquela contida no art. 473 acima explicado, que, a rigor, nem precisaria existir, já que aquela, ao figurar em capítulo referente à "extinção do contrato" em geral, também abarca os contratos de agência e distribuição.

Por outro lado, sem contar a regra específica para os contratos de agência e distribuição e aquela geral contida no art. 473 do CC, outras situações de abuso do direito de colocar fim ao contrato poderão ocorrer que, certamente, não poderão ficar imunes à apreciação e interferência do juiz. Um exemplo disso é o caso de cumprimento substancial do contrato (denominada teoria do adimplemento substancial) que, em última análise, encerra o impedimento de rompimento do contrato em razão do inadimplemento irrisório das obrigações de uma das partes.

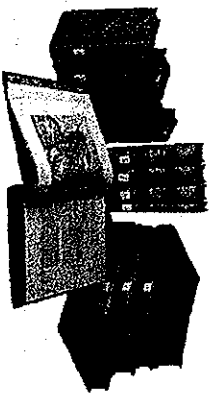
variável de 3 (três) meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes à concessão, que o concessionário tiver realizado nos 2 (dois) anos anteriores à rescisão. IV — satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição". A esse respeito, assim entendeu a jurisprudência: "Os lucros cessantes também devem ser indenizados. O prazo exigido dado para a rescisão do contrato não permitiu a reorganização da empresa para enfrentar a nova realidade. Pois lhe retirou a oportunidade de venda de produtos da distribuição que representavam a quase totalidade do movimento de vendas da autoria. Para fixá-lo, socorro-me da analogia, ante a inexistência de previsão legal contratual". A Lei 6.729, de 28.11.1979, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtos e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, prevê que: "Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário, entre outros itens, pagando-lhe perdas e danos, à razão de 4% (quatro por cento) do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de 18 (dezoito) meses e uma variável de 3 (três) meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes à concessão, que o concessionário tiver realizado nos 2 (dois) anos anteriores à rescisão (art. 24, III)". Este critério temo como o mais adequado à situação fática vivenciada pelas partes, por isso deve ser o adotado em liquidação de sentença por arbitramento." (TJRS, 5.ª Cam. Civ., Ap. 598040392, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. 23.04.1998).

Outro exemplo é a norma contida no art. 599 do CC, que, na disciplina do contrato de prestação de serviços, prevê o seguinte: "Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbitrio, mediante aviso prévio, pode resolver o contrato". Nota-se, com clareza, a preocupação do legislador em evitar o rompimento abrupto do contrato de prestação de serviços, exigindo que a resolução se dê mediante aviso prévio.

4. CONCLUSÃO

A norma contida no art. 473 do CC está em consonância com os princípios que norteiam o novo Código Civil (em especial, os princípios da eficácia e da socialidade) e visa impedir que se verifique o abuso do direito de se colocar fim à relação jurídica obrigacional advinda de um contrato.

Cabe aos intérpretes do direito extratrem dela, com prudência, todo o potencial que ela possui.



Contratos

CÓDIGO CIVIL DE 2002,

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O PAPEL DA DOUTRINA

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA*

SÍNOPSIS: 1. Introdução – 2. A autonomia da vontade e os demais princípios individuais dos contratos – 3. O direito do Estado Social como fator de mudança – 4. Princípios sociais dos contratos – 5. O art. 421 do CC e a função social do contrato – 6. Função social do contrato e contratação coletiva e obrigatoria – 7. Função social do contrato e economicidade – 8. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O direito das obrigações, mais especificamente o direito dos contratos, apresenta certa estabilidade milenar, uma vez que, "mais que os outros ramos jurídicos, civilísticos, perpetuara os princípios que nos legaram os romanos, assegurando a raiz comum do grande sistema jurídico romano-germânico".¹

Hodiernamente, de forma consciente ou inconsciente, a pessoa ingressa em relações negociais como forma de satisfazer as suas necessidades e desejos para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços.² Mais do que isso, a própria globalização econômica vale-se do contrato como instrumento

de dominação dos mercados e de desafio aos direitos nacionais, "especialmente mediante condições gerais predispostas, que apenas são verdades (quando o são) aos idiomas locais".³

Segundo Enzo Roppo, "a teoria política do 'contratualismo' mostra (...) a evidência como o conceito de contrato (melhor, certo conceito de contrato) pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, com uma função ideológica, quer dizer – uma vez que é este o significado técnico de ideologia – com uma função de parcial ocultamento ou distorção da realidade, operado como fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses".⁴

Percebe-se, pois, que, ainda hoje, o contrato serve como mecanismo a serviço de uma ideologia e que, indiscutivelmente, acaba por refletir a realidade circundante.⁵ Como bem acentua Arruda Alvim, o instituto do negócio jurídico, do qual é espécie o contrato, é uma maneira de aprender a realidade e discipliná-la, sendo que, para tanto,

há influência das coordenadas ideológicas e axiológicas presentes em dado momento histórico.⁶ No período do liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX, o contrato era reputado fonte de direito por excelência, sem que houvesse qualquer indagação metafísica atrelada às noções de justiça, bem comum ou interesse geral, baseando-se na filosofia da autonomia da vontade no ideário do individualismo então triunfante.⁷

Em cada época, o contrato é chamado a desempenhar funções. Para Rosalice Fidalgo, o contrato desempenha os seguintes papéis: "No âmbito das relações sociais ele se constitui como emanção da personalidade de seu autor na esfera política, ele mostra-se como instrumento de justificação do Estado, como pretendiam esboçar as teses contratualistas; no aspecto econômico, ele reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo-se à ideia de operação econômica".⁸

Os significados e o próprio conteúdo conceitual do contrato modificam-se conforme as mudanças de valores da humanidade, e os princípios contratuais, ao seu turno, espelham tais vicissitudes históricas e evolutivas.⁹ O direito contratual tende a reunir as normas que determinam e orientam "as operações econômicas e a distribuição de vantagens e ônus econômicos entre os diversos grupos sociais", consoante a ideologia e o pensamento dominantes na época e os objetivos politicamente eleitos.¹⁰ Em virtude do exposto, proceder-se-á a uma breve análise

dos princípios individuais dos contratos para, em seguida, analisar o direito do Estado Social como fator de mudança,¹¹ e, por fim, abordar os diversos aspectos dos princípios sociais dos contratos, notadamente o princípio da função social do contrato, que consiste no principal objeto de investigação deste trabalho. Entre outras fontes de inspiração para apresentação deste texto, destaca-se a doutrina daquele que tanto representou e representa a evolução do pensamento jurídico brasileiro no direito civil e direito processual civil, o professor Dr. Arruda Alvim, que, sempre à frente do seu tempo, desenvolveu teses e teorias de inestimável envergadura, contribuindo de modo concreto para o aperfeiçoamento do ensino e das letras jurídicas e, conseqüentemente, do direito.¹²

2. A AUTONOMIA DA VONTADE E OS DEMAIS PRINCÍPIOS INDIVIDUAIS DOS CONTRATOS

O direito contratual que tradicionalmente se toma como paradigma é aquele delineado durante a hegemonia do Estado Liberal, marcadamente não-intervencionista e dissociado da justiça dos resultados das transações.¹³

Os princípios que delinearam a função individual do contrato acabaram por refletir, portanto, um período em que a sociedade organizou-se de

6 ARRUDA ALVIM, A função social dos contratos no novo Código Civil, RT 815/14, São Paulo: RT, set. 2003.

7 BARRER, Henri, La "crise du contrat" esaporté, Archives de philosophie du droit, Paris: Sirey, 1968, p. 13. Claudia Lima Marques registra que "no novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (Vertragsgerechtigkeit) veio a ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas individualistas que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável" (Marques, Claudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 154).

8 PACHEIRO, Rosalice Fidalgo, O abuso do direito e as relações contratuais, São Paulo: Renovar, 2002, p. 136.

9 Claudia Lima Marques apresenta uma visão do contrato na atualidade não reduzida a mero instrumento de circulação de riquezas, mas também "instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, segurança, adequação dos serviços e produtos no mercado" (op. cit., p. 168).

10 MELO, Adriana Mandim, Theodoro L. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro, RF 364/7, Rio de Janeiro: Forense, nov. 2002.

11 Ao tratar da travessia do Estado Liberal para o Estado Social, Cláudio Luiz Bueno de Godoy observa que, no segmento dos contratos, o Estado passa "a invadir a autonomia da vontade para, em primeiro lugar, por meio da lei, garantir uma desigualdade que faça o papel de equilibrar a desigualdade inversa que a situação das partes intrinsecamente envolve" (Função social do contrato, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6).

12 Relativamente à temática desenvolvida no texto ora oferecido, o professor Arruda Alvim profere palestra, reproduzida no v. 815 da RT, sob o título A função social dos contratos no novo Código Civil (p. 11-31).

13 "O liberalismo surge primeiramente na Inglaterra, com a Revolução Gloriosa de 1688, enquanto na maior parte dos países europeus é um fenômeno do século XIX, identificando-se a Revolução Russa de 1905 como a última revolução liberal. Trata-se, portanto, de um fenômeno histórico que se manifesta na Europa moderna, exercendo enorme influência nos países que sentiram mais fortemente a hegemonia cultural do velho mundo, dentre os quais, obviamente, o Brasil. Liberalismo corresponde a individualismo, entendido não apenas como a defesa radical do indivíduo contra o Estado e a própria sociedade, mas também como a rejeição a qualquer forma associativa, que constituisse um corpo intermediário entre estes e aquele" (CARENA, Heloisa, Abuso do direito nos contratos de consumo, São Paulo: Renovar, 2001, p. 13-14).

* Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor adjunto de Direito Civil da UERJ (graduação e pós-graduação). Professor permanente do programa de pós-graduação em Direito da UGF-RJ. Ex-coordenador-geral do programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da UERJ. Ex-Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Ex-Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

1 NETTO LOBO, Paulo Luiz, Princípios contratuais, In: (Coord.), LIMA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.), A teoria do contrato e o novo Código Civil, Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 9.

2 A anunciada "crise dos contratos" deve ser associada às alterações da estrutura, do conteúdo, dos valores e princípios que informam o contrato e as técnicas de contratação. Como já foi dito, "o contrato não está em decadência" (TARTUCE, Flávio, A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil, São Paulo: Método, 2005, p. 35).

forma a permitir que cada indivíduo perseguisse livremente seu próprio objetivo, fazendo suas escolhas independente e autonomamente.¹⁴

Em linhas gerais, podem os referidos princípios ser agrupados do seguinte modo: princípio da autonomia privada (ou da autonomia da vontade, ou da liberdade contratual),¹⁵ princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda* ou da inangrabilidade),¹⁶ princípio da relatividade subjetiva (ou da eficácia relativa às partes contratantes),¹⁷ A tais princípios próprios do direito contratual liberal, acrescentou-se o princípio da supremacia da ordem pública em decorrência dos

14 Como registra Orlando Gomes: "O direito das obrigações concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes" (*Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1973, p. 2).

15 É oportuna a advertência de Orlando Gomes, no sentido de considerar que as expressões "autonomia da vontade" e "autonomia privada" não são sinônimas, sendo que a segunda substitui a primeira em decorrência da derrocada do voluntarismo jurídico, em que a força da vontade deixa de derivar exclusivamente da vontade para passar a decorrer do direito objetivo também (*Contrato de adesão*. São Paulo: RT, 1972, p. 30). Cláudio Luiz Bueno de Godoy considera que o princípio da autonomia privada se relaciona ao estágio do Estado Social em que se costuma reservar à autonomia privada uma espécie de campo residual no trabalho de formação de negócios jurídicos, resultado da prévia incidência das regras e princípios constitucionais e legais, ao passo que o princípio da autonomia da vontade se referia ao paradigma liberal (op. cit., p. 15 e 18).

16 Previsto no art. 1.134 do CC francês, o princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais representa a ideia central de que o contrato faz lei entre as partes.

17 A expressão latina *res inter alios acta teritur neque nocet neque prodest* representa o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, ou seja, a noção de que o contrato apenas vincula as partes contratantes, não prejudicando ou beneficiando terceiros. Com base no princípio da relatividade dos efeitos do contrato, ao terceiro não se poderia exigir: (a) o conhecimento da existência ou do conteúdo do contrato celebrado entre os contratantes; (b) a atuação positiva ou negativa em relação ao contrato, com a ressalva de ter que respeitar a produção regular de seus efeitos desde que não repercutissem abusivamente na sua própria esfera jurídica (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cumplice. RT 821/85, mar. 2004). Augusto Gêraldo Teizen Junior considera que a concepção subjetivista do princípio da relatividade dos efeitos cede perante o princípio da função social do contrato (*A função social no Código Civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 164).

movimentos sociais verificados especialmente no final do século XIX.¹⁸

Revela-se, portanto, importante o primeiro princípio aqui arrolado, pois a partir do reconhecimento de que a vontade deixa de estar voltada apenas para os fins individuais do titular, com o advento do Estado Social de Direito, é que se pode falar em função social do contrato.¹⁹

Todavia, em seus primórdios, a autonomia da vontade encontrava-se vinculada ao próprio direito de propriedade privada e, ao lado deste, transmitiu dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado Liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e atemporalidade.²⁰

Mais do que isso, o princípio da autonomia da vontade surgiu como um espaço de auto-regulação dos interesses privados.²¹ A fase do voluntarismo

18 Azevedo, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. RT 750/115. São Paulo: RT, abr. 1998.

19 Ao tratar dos acontecimentos verificados na Europa com clara repercussão no mundo jurídico, Vital Moreira registra a ruptura ocorrida no "espírito econômico" com a 1.ª Guerra Mundial, que notou a concepção da Constituição no período do auge do liberalismo econômico (Moreira, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974, p. 25). Passa a ser considerado um espírito de solidariedade em oposição à representação individualista liberal, assentando-se numa concepção ética da liberdade econômica que, ao mesmo tempo, responsabiliza social. A economia passa a ser concebida como ao serviço da pessoa humana, independentemente da sua posição no processo econômico-capitalista (empresário, trabalhador, consumidor e fornecedor).

20 "No Estado Liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas indispensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789, proclamou a sacralidade da propriedade privada (Art. 17. Sendo a propriedade um direito sagrado e inviolável...). Tida como exteriorização da pessoa humana ou da cidadania. Emancipada da dignidade essencial da lide Média, a propriedade privada dos bens econômicos ingressou em circulação contínua, mediante a instrumentalização do contrato" (Netto Lobo, Paulo Luiz. Op. cit., p. 11).

21 Como bem pontua Ana Prata: "O atual conceito jurídico de autonomia privada tem o seu surgimento e configuração vinculados às condições históricas, nomeadamente da passagem do feudalismo para o

jurídico situa o homem no centro e como razão da juridicidade. Com Savigny e Bulow, respectivamente, elaboram-se a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*) e, por fim, surge a concepção de Luigi Ferreri,²² que cuida da autonomia como fonte de poder.

Posto isto, resta neste ponto definir a autonomia privada. Na acepção de Pontes de Miranda, "esta não é mais do que ficou às pessoas",²³ ou seja, trata-se de um espaço reservado ao ingresso da vontade humana. Para Fachin, "a autonomia privada é a pedra angular do sistema civilístico, emoldurado para atender ao desenho jurídico clássico (...) é o espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para dispor de seus interesses".²⁴

22 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Coimbra: Almedina, 1962, p. 10.

23 Para a teoria da vontade, "o essencial no exame de um negócio jurídico era a vontade interna. A declaração assunha caráter acessório, devendo-se perguntar a vontade das partes. Para os adeptos da teoria da declaração, mais objetiva a exteriorização deveria sobrepor-se à vontade interna, essência do negócio" (Carreira, Heloisa. Op. cit., p. 18). Como observa Orlando Gomes, consoante a teoria da vontade, havendo divergência entre a vontade e a declaração, decide-se em favor da vontade contra a declaração, ao passo que, para a teoria da declaração, a vontade interna não passa de uma fase passageira da obrigação do negócio jurídico, ou seja, uma causa, mas não um dos seus elementos constitutivos (*Transformações...*, op. cit., p. 12-13). De maneira a abrandar o rigor da teoria da declaração, foi concebida a teoria da confiança que, resumidamente, se baseia na confiança despretada ou obediência pela declaração, com a predominância do elemento social na admissão da autonomia privada.

24 Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. III, p. 55.

25 Fachin, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 119.

Ana Prata considera a autonomia privada como "o poder reconhecido pela ordem jurídica do homem, prévia e necessariamente qualificado como *sujeito jurídico*, de juridizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos".²⁵

Na verdade, indiscutível é que a autonomia privada no campo do direito contratual se expressa em três momentos distintos, envolvendo poderes, a saber: de contratar ou não, de escolher com quem contratar e, finalmente, de determinar o conteúdo do contrato.²⁶ E de acordo com a nova concepção de contrato, o novo modelo da autonomia privada é garantir aos contratantes um poder normativo atrelado aos valores constitucionais, princípios e regras que o ordenamento jurídico impõe para o sucesso do programa axiológico, ou seja, de modo a viabilizar a promoção dos valores básicos, notadamente de índole social.²⁸

O princípio da obrigatoriedade (ou da inangrabilidade, força obrigatória) considera que, uma vez celebrado o contrato, sejam quais forem as circunstâncias em que ele tenha de ser cumprido, os contratantes deverão cumpri-lo, sendo repudiado a pedra angular da segurança jurídica.²⁹ E, finalmente, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, atinente à sua eficácia, propugna que os efeitos do contrato se produzam exclusivamente entre as partes, ou somente se produzam no âmbito interno da relação contratual.

3. O DIREITO DO ESTADO SOCIAL COMO FATOR DE MUDANÇA

"O paradigma em que se fundavam os princípios individuais do contrato era a primazia do interesse individual, corporificado no constitucionalismo liberal, que reduzia a intervenção estatal ao mínimo, e na codificação civil que tutelava essencialmente o patrimônio do indivíduo."³⁰ Sen-

26 Para, Ana. Op. cit., p. 11.

27 Segundo Pontes de Miranda, constitui o princípio segundo o qual "pode, livremente, assumir deveres e obrigações, ou desesquitar-se, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundas de contrato" (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 63).

28 Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 22.

29 Gomes, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 36.

30 Netto Lobo, Paulo Luiz. Op. cit., p. 12. Orlando Gomes, ao cuidar das condicionantes políticas, econômicas e sociais do início do século XX acerca das raízes históricas

do assim, o Estado Social acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, calçada na limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, a dimensão econômica e social, por meio da limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos.³² O Estado Social tem, portanto, como nota marcante, a intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

A partir da década de 80 do século XX, alguns autores³³ começaram a se referir acerca da existência de um Estado pós-social em decorrência do próprio fenômeno da globalização econômica e da crise enfrentada pelo Estado Social.

Para Paulo Luiz Netto Lobbo, "não há, rigorosamente, Estado pós-social, ao menos sob o ponto de vista jurídico. A crise do Estado Social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desempregados, sobretudo), ou do Estado providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica do que real, pois se dirige à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo

legal. Mas, na medida em que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece inalterada a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a mão visível do Estado".³⁴

O paradoxo que hodiernamente se verifica pode, desta forma, ser esquematizado do seguinte modo: a intervenção jurídica cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do consequente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais. O Estado Social, ainda que assim concebido, acaba por impor a função promocional do direito.

Imbuído deste espírito, o Código Civil de 2002, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)³⁵ e da própria Carta Magna de 1988, tem como paradigma a funcionalização do contrato como meio de balancear os interesses individuais e sociais. Como se sabe, o panorama atual do direito civil se caracteriza pela reação ao exacerbado individualismo do período das codificações oitocentistas que, no caso brasileiro, se depreende da direttriz constitucional da solidariedade social.³⁶

4. PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS

O Código Civil de 2002 foi elaborado com critério de preservar, tanto quanto possível, as disposições da codificação anterior, em respeito a um patrimônio de pesquisa e de estudos de um universo de juristas. No entanto, adverte Miguel Reale, sobre o então projeto: "A estrutura do novo código é essencialmente social, ao contrário do contraste individualista do Código Civil ainda em vigor, onde o espírito da época, o individual se sobrepunha aos interesses sociais".³⁷ Arruda Alvim observa que, com o advento do texto codificado de 2002, verifica-se a mutação dos valores que gravitam

em torno do negócio jurídico, com a transição do individualismo para a socialidade, o que justifica e explica alguns pontos-chaves do Código Civil em vigor, como no exemplo da temática da função social do contrato, prevista no art. 421.³⁸

Buscou, deste modo, o referido diploma legal trazer em seu bojo o contexto e a ideologia da terceira fase histórica do Estado Moderno, referente ao já aludido Estado Social e, além disso, acabou incorporando a direttriz da "socialidade".³⁹

Os princípios sociais dos contratos são: princípio da boa-fé objetiva,⁴⁰ princípio da equivalência material do contrato,⁴¹ e princípio da função social

do contrato, sendo que este último será o principal objeto de estudo deste trabalho.

É importante notar que os princípios sociais dos contratos não excluem os princípios individuais do contrato, mas limitaram profundamente seu alcance e conteúdo.

5. O ART. 421 DO CC E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Se antes o interesse individual era o valor supremo e só admitia limites gerais de ordem pública e bons costumes, passou-se a buscar a primazia da justiça social, referida no art. 170 da CF.⁴² A Carta Magna, entretanto, não alude expressamente à função social do contrato. Fe-lo em relação à propriedade em várias passagens, como no próprio art. 170, ao condicionar o exercício da atividade econômica à observância do princípio da função social da propriedade. A propriedade é o aspecto estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular.⁴³

modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais pelo Poder Judiciário, expressamente admitida no art. 6.º, V, da Lei 8.078/90.

41. Augusto Telfer Junior registra que "a função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, o transforma de simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas no mercado em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses da coletividade." (Op. cit., p. 165).

42. No mesmo sentido do texto é o magistrado de Judith Martins-Costa, que, ao analisar o art. 421 do CC/2002, observa que a norma nele contida constitui a projeção do valor constitucional trazido como garantia fundamental dos indivíduos da coletividade (art. 5.º, XXIII), já que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade (Dieritzes-Cobras, cit., p. 157). Em opinião diversa, Antonio Junqueira de Azevedo localiza a ideia da função social do contrato no valor social da livre iniciativa (art. 1.º, IV, da CF), que impõe ao justista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que só interessa às partes, desvinculando de tudo que rodeia (Op. cit., p. 116). Cláudio Luiz Bueno de Godoy considera a função social do contrato como um princípio estruturante da ordem econômica (art. 170, caput, da CF), além de conceber o contrato como um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social (arts. 1.º, III e IV, e 3.º, I, da CF), organizando e desenvolvendo a atividade produtiva, ao lado da empresa (Op. cit., p. 95).

Verifica-se, assim, que a função social do contrato tem status constitucional, independentemente da posição doutrinária que se adote, mas essencialmente deve ser

32 Cf. ARAÚJO, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. Parice Charles Wullaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Em sentido contrário manifestar-se Habermas, ao questionar como é possível conceber-se um "pós" quando se verifica que a humanidade está em pleno "ainda" (cf.: HABERMAS, Jürgen. *The new conservatism*. Cambridge: MIT, 1990, p. 3-5).

33 Cf. ARAÚJO, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. Parice Charles Wullaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Em sentido contrário manifestar-se Habermas, ao questionar como é possível conceber-se um "pós" quando se verifica que a humanidade está em pleno "ainda" (cf.: HABERMAS, Jürgen. *The new conservatism*. Cambridge: MIT, 1990, p. 3-5).

34 NETTO LOBO, Paulo Luiz. Op. cit., p. 13.

35 FÁVIO TARTUCE ressalta que o Código de Defesa do Consumidor adotou a função social do contrato como princípio fundamental (implicou) no âmbito dos contratos de consumo tendo como objetivo central o de "tentar equilibrar uma situação que sempre foi dispar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo" (Op. cit., p. 135).

36 REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*: situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4-6.

O art. 421 do CC/2002, ao seu turno, traz expressa referência à "função social do contrato" e, nesse ponto, foi mais incisivo do que diplomas legais anteriores como o Código de Defesa do Consumidor.

Indaga-se, entretanto, quais são seus limites e possibilidades, ainda que considerado como preceito de ordem pública, na forma do parágrafo único do art. 2.035 do CC.⁴³

O referido art. 421 é uma cláusula geral, "um tipo normativo aberto que permite ao intérprete aplicar o direito um certo grau de latitude na sua concretização dos fatos".⁴⁴

entendido como aspecto relacionado à promoção dos valores fundamentais da pessoa humana sob o prisma de proporcionar vida digna aos cidadãos. Daí não ser possível concordar com a orientação de Flávio Tarnice no sentido de que a função social do contrato constitui "fonte secundária do direito pátrio, pelo que o art. 4.º da LICC prevê" na condição de preceito básico contido no Código Civil de 2002 (op. cit., p. 199).

43 O referido artigo propugna que a validade dos atos e negócios jurídicos em geral, estabelecidos antes de sua vigência, se regem pelas leis anteriores, mas os seus efeitos posteriores se subordinam à lei nova. Seu parágrafo único afirma que nenhuma convenção prevalece se contraria preceitos de ordem pública do Código Civil, "tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Devido à sua condição de preceito de ordem pública, o art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002, impõe ao magistrado sempre observar a função social do contrato, de ofício, cabendo considerá-la retroativamente de maneira motuada (TARUCCI, Flávio. Op. cit., p. 312).

44 FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil* (Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Gama Filho na área de concentração Direito e Economia). Rio de Janeiro, 2005. P. 18. Tomam-se por cláusulas gerais as "normas jurídicas legisladas, incorporadas de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deve ter sido adotada no caso" (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto de Código Civil, as obrigações e os contratos*. Revista de Direito Renovar 15/22, ano 5, Rio de Janeiro, Renovar, set.-dez. 1999). As cláusulas gerais constituem espécie de técnica de redação das leis para o fim de permitir o ingresso de standards, mandamentos éticos de conduta, arquétipos exemplares de comportamentos, de direitos econômicos, sociais e políticos, viabilizando a sua sistematização e constante res sistematização no ordenamento jurídico positivado (MARTINS-CORREA, Judith. *Abogafê*, cit., p. 274). Consoante lição de Adriana Mello, "as cláusulas gerais importam em avançada técnica legislativa de

A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemonismo individualismo jurídico do Estado Liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da Justiça Social e para o traço adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.⁴⁵

Não se pode, contudo, confundir a utilização das cláusulas gerais, em oposição à técnica dos tipos legais cerrados que incidem sobre *faitspecieis* definidas, com a distinção que hoje se faz entre princípios e regras, "embora haja semelhanças, e em alguns casos possa uma cláusula geral ser também um princípio".⁴⁶ No caso da função social do contrato, tem-se uma cláusula geral que também consiste em um princípio.⁴⁷

Além disso, é imprescindível que a interpretação e aplicação das cláusulas gerais sigam diretrizes comuns, "capazes de manter uma unidade isonômica do direito, e impedindo a transformação do processo judicial ou administrativo numa loteria imprevisível, cujo desfecho se torna totalmente aleatório, dependendo de quem é o juiz. Fisicamente, a dizer o que é o direito no caso concreto".⁴⁸

enunciar, através de expressões semânticas relativamente vagas, princípios máximas que compreendem e receptionam a mais variada sorte de hipóteses concretas de condutas tipificáveis, já ocorrentes no presente ou ainda por se realizarem no futuro" (op. cit., p. 4). Nesse particular, com base na técnica das cláusulas gerais, há uma valorização da atuação do juiz, como bem registra Arruda Alvim: "A linguagem passou a utilizar-se de conceitos abertos ou de cláusulas gerais que, justamente por não conterem, deliberadamente, elementos definitivos mais exaurientes, demandam ou exigem o preenchimento de espaços por obra da atividade jurisdicional à luz da conjuntura e das circunstâncias presentes no momento da aplicação da lei, tendo como eixo de gravidade o caso concreto" (op. cit., p. 21).

45 NERIO LOBO, Paulo Luiz. Op. cit., p. 15.

46 FONSECA, Rodrigo Garcia da. Op. cit., p. 19.

47 No mesmo sentido do texto: "Pode-se perfeitamente dizer que a função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigida no novo Código Civil, uma cláusula geral – do tipo restritivo (no caso da liberdade contratual) e regulativo (integrando o próprio conceito de contrato), (...) e também um princípio" (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 108-109).

48 FONSECA, Rodrigo Garcia da. Op. cit., p. 22.

O recurso às cláusulas gerais não é uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 já as possuía, ainda que em uma quantidade mais restrita.⁴⁹ O próprio Código de Defesa do Consumidor também fez uso da técnica legislativa das cláusulas gerais.⁵⁰ Inovou o Código Civil de 2002 na disseminação das aludidas cláusulas ao longo de um texto com incidência e repercussão generalizada em toda a sociedade, isto é, com alcance positivo e prático sem precedentes.

Posto isto, deve-se aludir especificamente à função social do contrato. Para tanto, cumpre, em primeiro lugar, decompô-la em expressão função social. Por função quer-se dizer utilidade, uso ou serventia.⁵¹ Por social, entende-se aquilo que interessa à sociedade.⁵² O conceito jurídico não difere substancialmente do gramatical.

Logo, o princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Mais do que isso, "a obrigação, assim, serve a um reclamo de cooperação entre os homens, surtindo todas as consequências que ultrapassam os meros deveres impostos tradicionalmente ao obrigado, para torná-lo, igualmente, titular de direitos em face do credor, impondo-se a este cooperar para que possa corresponder à sua expectativa e adimplir prestação".

Visão sob esta perspectiva, desempenha o contrato, a par da econômica, nítida função social, ao aproximar os homens (...), em auto-regulamentação de interesses, que sempre são recíprocos, e possibilitando se preencha a necessidade de um dos contratantes, o que interessa a todos".⁵³

249. Como exemplos de cláusulas gerais presentes no bojo do Código Civil de 1916 podem ser citadas: a norma que rege a responsabilidade civil por ato ilícito aqui enunciado (art. 159), a norma da responsabilidade civil por inadimplemento contratual (art. 1.056) e a norma sobre a obrigação de restituição do indevido (art. 964).

250. Aludido exemplificação podem ser citadas as relativas à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, sob os arts. 12 a 14, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, no art. 18 e ss., a desconsideração ao ato de personalidade jurídica, no art. 28, ou às cláusulas abusivas, no art. 51 e ss.

251. FERRAZ, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio de Direito XXII: o dicionário da língua portuguesa*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 951.

52 Idem, p. 1.873.

53 Gomes, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 52.

O contrato deixa de ser encarado como ato exclusivo das partes, desconsiderados seus efeitos sobre terceiros.⁵⁴ A doutrina francesa distingue a relatividade dos efeitos e oponibilidade dos efeitos para esclarecer que a oponibilidade do contrato a todos é a regra, e a inoponibilidade, exceção, o que levou Antonio Junqueira de Azevedo a considerar que "os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse".⁵⁵ Quebra-se a intangibilidade do pacto para, por meio de uma cláusula geral, assegurar a observância dos princípios da boa-fé, justa causa, equilíbrio contratual etc.⁵⁶

54 No sentido do texto, HENRI BAUFIOL considera que o contrato não pode mais ser encarado como um vínculo interindividual que não alcança outras pessoas que não apenas as que manifestaram seus consentimentos (op. cit., p. 27).

55 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 117. A esse respeito, foi aprovado o Enunciado 21, da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, do seguinte teor: "Art. 421. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito". A doutrina do terceiro cumpre fôca na temática referente à interferência do terceiro em um contrato, obstando impedir-lhe a execução plena ou sua extinção normal. "O papel do terceiro, que atua nas sombras, de modo não ostensivo, mas assegurando uma rede de proteção ao contratante seduzido, é que está a necessitar uma correta qualificação jurídica, o que torna possível mediante o uso da doutrina do terceiro cumpre" (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Op. cit., p. 92). Desse modo, considerase possível a reparação do dano decorrente da violação do direito de um dos contratantes pela interferência indevida de terceiro no campo dos efeitos contratuais, sendo tal responsabilidade civil de natureza aquiliana. Há desdobramentos de tal doutrina, no que tange à quantificação da reparação do dano, à possibilidade de instituição de cláusula penal com eficácia extrajudicial (em relação à pena do terceiro cumpre), à configuração das condições subjetivas para se considerar o terceiro como cúmplice da ruptura contratual, à exigência do conhecimento do contrato, ou apenas a possibilidade de conhecimento, entre outras questões atuais (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Op. cit., p. 95-96). Augusto Geraldo Teixeira Junior aponta dois aspectos decorrentes da reformulação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais em razão da função social do contrato: (a) aquele referente ao "terceiro vítima", prejudicado por um dano em consequência do inadimplemento de uma obrigação; (b) o relativo ao "terceiro ofensor" que contribui para o inadimplemento de uma obrigação assumida por um dos contratantes, ou seja, a questão da tutela externa do crédito (op. cit., p. 168).

56 Eduardo Seta dos Santos registra a presença de dois aspectos relacionados à função social do contrato: (a) a

Já no que concerne à contratação compulsória, a razão para tal limitação se radica no próprio risco social inerente a determinada atividade. "É o caso, por exemplo, do seguro obrigatório de responsabilidade civil imposto a todos os proprietários de automóveis, e outras modalidades de seguros obrigatórios".⁶⁹ Verifica-se aqui, portanto, uma imposição do ordenamento jurídico no sentido de compelir as partes à celebração de determinado contrato, cuja não-realização é prejudicial à sociedade.

Percebe-se, deste modo, que a função social do contrato atua de forma direta em tais situações, restringindo a autonomia privada e a liberdade de contratar, nos termos do art. 421 do CC.

7. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E ECONOMIQUIDADE

Embora no aspecto interno ao contrato a função social justifique a proteção da parte economicamente mais fraca na relação e a imposição de normas de ordem pública de resguardo de valores de relevância social, deve ela também atentar para a formação de uma sociedade de massas, com a multiplicação de contratações idênticas de adesão, e a emergência do poder negociador das grandes sociedades empresárias e empresários.

Sendo assim, resta evidente que a preocupação com a economicidade⁷⁰ da decisão a ser adotada em cada caso concreto deve ser uma constante, uma vez que as "repercussões e impactos que poderá causar na economia como um todo, e nos valores eleitos como relevantes pelo ordenamento. Assim, (...) a proteção do economicamente mais fraco nas locações ou aquisições de imóveis não deve ser promovida de forma que sejam prejudicados os investimentos na construção civil, o que, em última instância, prejudica o mercado imobiliário e gera uma escassez de moradias afetando negativamente o direito de toda a sociedade, e principalmente das próprias classes menos favorecidas, a uma habitação digna".⁷¹

Além disso, a atenção da economicidade da decisão estará, mais uma vez, intrinsecamente

ligada ao tipo de contrato sob análise, já que cada contrato tem uma feição específica e, portanto, uma função social e econômica diferente.

Apenas para trazer à colação mais um exemplo, nos negócios celebrados entre sociedades empresárias, a função social do contrato pode servir para reforçar um dos princípios individuais dos contratos, consistente no princípio do *pacta sunt servanda*. À luz do já aludido princípio da economicidade e dos princípios constitucionais econômicos – em especial o da livre iniciativa – pode-se ter situação em que o reforço à obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres redunde na melhor solução, posto que, no caso concreto, poderá refletir também a melhor expressão do próprio princípio da função social do contrato. Deste modo, reafirma-se o que foi exposto anteriormente acerca da não-exclusão dos princípios individuais dos contratos pelos princípios sociais dos contratos.

Nesse diapasão, revela-se pertinente observar que a função social do contrato não pode ser considerada um "valor destrutivo do instituto do contrato", como bem acentuou o professor Arruda Alvim.⁷²

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que a função social do contrato surge como um princípio basilar e contemporâneo do direito dos contratos. Decorre da própria função social da propriedade, afirmada constitucionalmente desde 1934, bem como da verificação da opção constitucional pela diretriz da solidariedade e da realização de Justiça Social.

Pode, portanto, ser identificada como compatível com o valor social reconhecido à livre iniciativa do art. 1.º IV da Carta Magna de 1988, "entendido este valor social como o reconhecimento da importância de que a livre iniciativa se reveste para o bom desenvolvimento e progresso do país, e não como uma socialização ou coletivização deste princípio".⁷³ A funcionalização social do contrato, em seu aspecto interno, se afeiçoa inextricavelmente à idéia de autonomia necessariamente vinculada à produção de efeitos socialmente úteis, em consonância com

os valores sociais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da livre iniciativa.

Atua a função social do contrato como diretriz interpretativa para aplicação de outras normas aos casos concretos, considerado o contexto constitucional brasileiro, e variando o norte conforme as circunstâncias fáticas e os tipos de contrato de cada situação dada.

Por fim, constata-se que a função social do contrato, em seu aspecto externo, significa a consagração da mais ampla oponibilidade a terceiros, além de não atear interesses institucionais (coletivos e difusos) externos ao contrato.⁷⁴ O contrato deve ser vislumbrado como um fato social, que não pode ser ignorado por terceiros,⁷⁵ e os contratantes tampouco podem pretender que não haja repercussões sociais para além dos contratantes.

Mostra-se evidente o rompimento com o espírito individualista das codificações oitocentistas e reforça-se a tutela da pessoa humana em suas várias facetas, notadamente na busca da implementação do objetivo constitucional de proporcionar vida digna a todos os cidadãos. E, nessa atividade, mostra-se fundamental o papel da doutrina como importante instrumento para auxiliar o aplicador do direito na sua tarefa, seja de solucionar eventual conflito, ou viabilizar a retirada de obstáculos à eficácia social do negócio jurídico realizado.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, n. 15, p. 22, set.-dez. 1999.
- ANAUUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. Patrice Charles Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRUDA ALVIM. A função social dos contratos no novo Código Civil. RT, São Paulo: RT, v. 815, p. 11-31, set. 2003.
- AZVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 22. Configura-se, a respeito, alguns exemplos apontados pelo referido autor: "Contratos cuja execução implique risco evidente de dano ambiental, desde que esse seja comprovado, poderão ter sua eficácia contestada ainda que não exista qualquer lesão específica a dispositivo da lei ambiental. O mesmo pode-se dizer do contrato entre empresas que atuem interesses dos consumidores" (idem, p. 23).
- NEGREMOS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248-249.
- NETTO LOBO, Paulo Luiz. Princípios contratuais. In: LIMA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de
- de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. RT, São Paulo: RT, v. 750, p. 115, abr. 1988.
- BATTEUX, Henri. La "crise du contrat" a sa portée. Archives de philosophie du droit. Paris: Sirey, 1968.
- CAEPELA, Hielouisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FRANCA, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FRANCA, Aurelio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FRANCA, Luigi. *Autonomia privada*. Milano: Giuffrè, 1959.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil* (Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade Gama Filho na área de concentração Direito e Economia). Rio de Janeiro, 2003.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*. São Paulo: RT, 1972.
- _____. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Razes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1973.
- HAERMS, Jürgen. *The new conservatism*. Cambridge: MIT, 1990.
- MAQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação". In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro L. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. RF, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 7, nov. 2002.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1974.
- NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado, v. 12, p. 56, maio-jun. 2002.
- NEGREMOS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NETTO LOBO, Paulo Luiz. Princípios contratuais. In: LIMA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de

(Coord.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

Pinheiro, Rosalice Fidalgo. *Abuso do direito e relações contratuais*. São Paulo: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. III.

Prata, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

Reale, Miguel. *O projeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *A doutrina do terceiro com-plíce*. RT, São Paulo: RT, v. 821, p. 85, mar. 2004.

ROPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*, v. 132, p. 21, out.-dez. 2003.

SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, v. 13, p. 109, jul.-set. 2002.

Souza, Washington Peluso Albino de. As teorias do contrato e o direito econômico. *Revista de Direito Civil*, v. 3, p. 67, 1979.

_____. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

TEZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *A função social do Código Civil*. São Paulo: RT, 2004.

Contratos

CONTRATO DE MÚTuo

J. A. PENALVA SANTOS*

SUMÁRIO: 1. O mútuo nos tempos modernos - 2. Obrigações do mutuário - 3. Prazo do mútuo - 4. Aplicação do mútuo à falência e à recuperação judicial - 5. Forma de contrato de mútuo - 6. Empréstimo de firma - 7. Objeto do mútuo - 8. Mútuo civil, mútuo comercial e o comodato - 9. Natureza jurídica do contrato de mútuo - 10. Antecipação do prazo - 11. Lugar da restituição - 12. Mútuo a menor - 13. Empréstimo contratado por menor - 14. Notícia mudança na situação econômica do mutuário - 15. Juros - 16. Tipos - Funções - 17. Interpretação do art. 590 - Garantia de restituição - 19. Art. 586 - 20. Art. 587 - 21. Art. 588 - 22. Caso do abonador - 23. O mútuo e a desvalorização monetária - 24. Direitos e obrigações das partes - 25. Art. 589, III - 26. Hipóteses ligadas aos juros - 26.1 Caso de anatocismo - 27. Contagem dos juros de mora - 28. Juros legais - Art. 406 - 29. Juros moratórios legais - Taxa Selic - 30. Limitação dos juros - 31. Os bancos e o Código de Defesa do Consumidor - 32. Súmulas do STJ - 33. Contrato de mútuo e sua aplicação à Lei 11.101/2005.

O empréstimo de coisa pode ser dividido em: mútuo, empréstimo de coisa fungível e comodato, empréstimo de coisa infungível.

O mútuo é o contrato pelo qual uma pessoa transfere a propriedade de uma coisa fungível a outra, para que esta restitua coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade - *tantundem eiusdem generis et quantitatis* (art. 586 do CC/2002). São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, reza expressamente o art. 85 do novo CC/2002.

A denominação "coisas fungíveis" proveio dos glosadores, na expressão *quae in suam speciem functionem recipient, quarum una alienus vice fungibilis*.

A origem do mútuo no direito romano proveio dos Senatus Consultus Macedoniano (*ins, quo cum eo, filii, prae daus Macedo, 28*) (Spencer Vampré, *Manual de direito civil brasileiro*, III, p. 109-110).

Na obra de J. P. Molitor (*Les obligations en droit romain*, 2. ed. rev. e cor., Paris: Ernest Thorin, 1874, p. 2), trata-se de um contrato real, *stricti iuris*, que

resulta do fato de uma coisa ser dada sob a condição de ser restituída, não na sua espécie, mas in genere, na mesma qualidade e quantidade.

Ela não existe senão em virtude de um *datu*. A promessa de mútuo não tem eficácia de mútuo, senão depois da entrega da coisa. Se um ladrão rouba uma quantia remetida, a qual não chega às mãos do mutuário, não caracteriza um mútuo.

O vocábulo *mutuum* vem do *meo tuum quoniam ex meo tuum fit* (L. 28 22 et 3 D XII, 1), porque há mútuo em seu transporte da propriedade (*point d'intérêt ex-mora e ex-pacto*) (cf. L. 2, p. D XII, 1). Os romanos chamavam-no também de *credittum*, no sentido próprio desta palavra (L. 2 § 1º, D XII, 1).

Mas depois do L. 3 § 2º D XII, 1 a palavra *credittum* teve uma significação mais lata e se aplicava a qualquer outra coisa que é devída por relação com o credor.

Continuado ao título Dig. XII as palavras *res credita pecunia credittum* são sinônimas de *res mutuum data*. O título onde ele é tratado de *mutuum* traz a inscrição *de rebus creditis*.

A palavra implica alienação, e o empréstimo deve não só ser restituído *in eadem quantitate*, se se convencionou que, em lugar de uma quantidade

* Desembargador aposentado do TJRJ. Ex-vice-presidente da 4ª câmara do TJRJ. Ex-vice-presidente do TACIVRJ. Ex-presidente da OAB RJ. Consultor jurídico.

