

Coordenadores

Arruda Alvim
Aquim Portes de Cerqueira César
Roberto Rosas

Colaboradores

Álvaro Villaca Azeyedo
Antônio Carlos Mathias Coltro
Arnoldo Wald
Carlos Alberto Menezes Direito
Carlos Alberto Silveira Lenzi
Carlos Fernando Mathias de Souza
Carlos Mário da Silva Veloso
Daniel Martins Boulos
Débora Gozzo
Domingos Franciulli Netto
Everaldo Cambier
Fábio Maria de Mattia
Flávio Viana Filho
Francisco Amaral
Francisco Landim
Gilmar Ferreira Mendes
Giselda Maria F. Novaes Hironaka
Guilherme C. Nogueira da Gama
Gustavo Tepecino
Humberto Theodoro Júnior
Inocência Mártires Coelho
Ives Gandra da Silva Martins
J. M. Othon Sidou
Jefferson Carus Guedes
João Baptista Villela
João Batista Lopes
José Augusto Delgado
José de Castro Bigi
Luiz Edson Fachin
Luiz Roldão de Freitas Gomes
Marcus Vinícius dos Santos Andrade
Manoel Justino Bezerra Filho
Mauro Rodrigues Penteadó
Netson Jobim
Oscar Dias Corrêa
Paulo Fernando C. Salles de Toledo
Renan Lotufo
Raphael de Barros Monteiro Filho
Ricardo Pereira Lira
Ruy Carlos de Barros Monteiro
Ruy Geraldo Camargo Viana
Véra Jacob de Fradera
Willis Santiago Guerra Filho
Zeno Veloso

ASPECTOS
CONTROVERTIDOS
DO NOVO
CÓDIGO CIVIL

Daniel Boulos

Coordenadores

ARRUDA ALVIM
JOAQUIM PORTES DE CERQUEIRA CÉSAR
ROBERTO ROSAS

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Escritos em homenagem ao
Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

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

Aspectos controvertidos do novo código civil : escritos em homenagem ao
Ministro José Carlos Moreira Alves / coordenadores Arruda Alvim,
Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas ; apresentação Arruda
Alvim. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ISBN 85-203-2433-9

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

ESCRITOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

Coordenadores

ARRUDA ALVIM

JOAQUIM PORTES DE CERQUEIRA CÉSAR

ROBERTO ROSAS

Diagramação eletrônica e revisão: Microart Com. Editoração Eletrônica Ltda., CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento: Prol Editora e Gráfica Ltda., CNPJ 52.007.010/00001-52

003

© desta edição: 2003

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite o nosso site: www.rt.com.br

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

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (08 - 2003)

ISBN 85-203-2433-9

Colaboradores

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo Professor de Direito Civil na PUC-SP e na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Membro da Academia Paulista de Magistrados, Academia Paulista de Direito, Instituto dos Advogados de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Conselho do Instituto Latino-Americano para Defesa de Direitos Humanos e Prevenção da Delinquência, da ONU. Mestrando em Direito Civil na PUC-SP.

ARNOLDO WALD

Advogado, Professor Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da UERJ e Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.

ARRUDA ALVIM

Professor titular do Mestrado e do Doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Co-fundador e vice-diretor da Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. Fundador e diretor da *Revista de Processo* e orientador da Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman.

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor na PUC-RJ. Membro da Associação de Juristas Católicos.

CARLOS ALBERTO SILVEIRA LENZI

Desembargador e 2.º Vice-Presidente do TJSC.

CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA

Professor Titular na Universidade de Brasília.

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Emérito nas Faculdades de Direito da PUC-MG e da Universidade de Brasília, UnB; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

DANIEL MARTINS BOULOS

Mestrando de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Civil. Advogado em São Paulo.

"Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome".

Essa disposição também não tem correspondente no Código velho.

Consagra-se, no art. 16, registra Eduardo Bittar, "direito importante de identificação da personalidade humana (direito moral da personalidade), uma vez que se trata do eio entre o indivíduo e a sociedade".²³ A proteção abarca tanto o prenome (João, Pedro, João Carlos etc.) quanto o sobrenome (nome de família). O nome, pois, constitui o gênero, do qual o prenome e o sobrenome são espécies.

A Lei 6.015, de 1973 - Lei de Registros Públicos - disciplina o registro do nome.

"Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória".

Também essa norma não tem correspondente no Código velho. É ampla a proteção oferecida pelo Código "à pessoa humana em face dos ataques, comuns e quotidianos, contra a honra (subjctiva e objetiva), por meio do uso do nome em publicações ou exposições, mesmo com intenções não difamatórias (*animus jocandi*)", alcançando "toda e qualquer forma de manifestação pública, escrita ou oral", anota Eduardo Bittar.²⁴

O disposto nesse art. 17, que protege o nome, mas, sobretudo, a honra, relaciona-se com as disposições inscritas nos arts. 20 e 21.

"Art. 18: Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19: O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome".

⁽²³⁾ Eduardo Bittar. Ob. et loc. cit.

⁽²⁴⁾ Idem, ibidem.

Esses artigos não têm correspondentes no Código velho.

A preocupação do Código em proteger o nome é significativa. O art. 18 expressa outra proteção e o art. 19 cuida da proteção do pseudônimo, que é adotado, comumente, por intelectuais, na literatura, no jornalismo e como nome artístico.

"Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único: Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes".

O direito à honra é um direito moral da personalidade, cuja proteção se projeta após a morte da pessoa humana. O disposto no art. 20 deve ser interpretado em consonância com o art. 21, que prescreve:

"Art. 21. A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

Tal como ocorre com o art. 20, a disposição inscrita no art. 21 não tem correspondente no Código velho.

Tanto um, art. 20, quanto o outro, art. 21, estão no rumo do que estabelece o inciso X do art. 5.º da Constituição da República: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação".

A matéria - direito à indenização moral - lembra Eduardo Bittar, encontra respaldo, ademais, na norma do art. 186 do novo Código.

8. Conclusão

O novo Código Civil regulou, de maneira sistematizada, os direitos da personalidade, direitos que Eduardo Bittar classifica de físicos (corpo, cadáver, partes do corpo), psíquicos (intimidade, vida privada) e morais (nome, honra). O Código, posto não dispor de modo mais holístico sobre o tema,²⁵ dele cuidou,

entretanto, de forma a permitir que a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência, exercitem, como é da essência de ambas, a sua função criadora no reconhecimento de outros direitos personalíssimos, na linha e no rumo do princípio maior da ordem jurídico-constitucional brasileira, e que fundamenta o Estado democrático de direito, que é a dignidade da pessoa humana, sede e base dos direitos da personalidade.

⁽²⁵⁾ César Flúza. Ob. cit., p. 173.

...a autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil

...a autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil

...a autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil

...a autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil

DANIEL MARTINS BOULOS

A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil

...a autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil

...a autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil

1. Introdução: a autonomia privada e a evolução do direito civil

O Direito Privado em geral e, em especial, o Direito Civil, ordenam e disciplinam as relações travadas, via de regra, entre particulares. Ao ordenar e regular referidas relações, constitui um dos fins do Direito Privado e, designadamente, do Direito Civil, garantir uma esfera de atuação aos particulares imune à interferência estatal. A essa esfera de atuação, dentro da qual os particulares auto disciplinam e auto determinam os seus próprios interesses, dá-se o nome de autonomia privada.

esses operem essa auto-regulamentação de acordo com seus interesses.

Se, por um lado, a ordem jurídica confere poderes e disponibiliza instrumentos para essa auto gestão de interesses dos particulares; por outro, ela própria estabelece parâmetros e limites para o exercício da faculdade de regulamentação. Daí poder-se afirmar que a autonomia privada, enquanto autonomia, não é originária. Ocorre que tais parâmetros e limites variam de país para país e de tempos em tempos. A amplitude da autonomia privada, assim, é essencialmente variável de acordo com a forma pela qual ela é regulamentada por cada ordenamento jurídico ou, ainda, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, em razão das modificações decorrentes, por exemplo, da atividade legislativa.

Nesse contexto, o direito subjetivo (como meio colocado à disposição dos particulares para realizarem seus interesses) e a liberdade negocial ou contratual (como faculdade de celebrar negócios jurídicos que são os meios, por excelência, de adquirir e exercer os direitos subjetivos) apresentam-se como mecanismos jurídicos colocados pela ordem jurídica à disposição dos particulares para que

A evolução do Direito Privado no século XX demonstra que o direito subjetivo e a liberdade contratual sofreram duro golpe dos ordenamentos jurídicos pertencentes à família romano-germânica de Direito Civil, golpe esse que acabou por, praticamente, erradicar a idéia do absolutismo dos brocardos nullus videtur dolo facere qui jure utitur (fr. 55, 50, 17, Gaio) e pacta sunt servanda. Com a fun-

HORSTER, Heinrich Ewald. A parte geral do Código Civil português - Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p. 151.

Sobre o tema, sem prejuízo das obras citadas em notas no presente estudo, consulte: MARTINO, Francesco de. Individualismo e diritto romano privato. Torino: G. Giappichelli; GRISI, Giuseppe, L'autonomia privata - Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia. Milano: Giuffrè, 1999.

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Livraria Almedina, p. 15; HORSTER, Heinrich Ewald. Op. cit., p. 151.

Assim: MENEZES CORDEIRO, António. Direito das obrigações: 1.º vol., reimpressão, § 14, p. 51. Veja nota 36, infra.

cionalização do direito subjetivo (*maxime* da propriedade,⁵ cuja função social é hoje amplamente reconhecida⁶), por meio do ressurgimento da teoria do abuso de direito⁷ e da sua consagração legislativa em diversos países,⁸ bem como diante das crescentes limitações impostas, em nome do interesse da coletividade, à liberdade negocial ou contratual.⁹

⁵ O direito de propriedade, nos dias atuais, possui *status* jurídico substancialmente diferente daquele de outrora. Hoje, o direito de propriedade, longe de ser um direito "natural", "inviolável" e "sagrado" (como preceituavam os arts. 2.º e 17 da "Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789), encontra diversos limites tanto no Direito Privado, quanto no Direito Público. Para uma visão geral dos Direitos Reais, de sua evolução histórica, da comparação com os direitos de crédito (ou obrigações) e, finalmente, de sua estrutura no Código Civil de 2002, consulte o excelente artigo do prezado Professor José Manuel Arruda Alvim, Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais, *Posse e propriedade* - Doutrina e Jurisprudência, coordenação Yussef Said Cahali, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 89 e ss. Veja, ainda, nota 40, *infra*.

⁶ Por exemplo, na Constituição Federal de 1988, dentre outros, nos seguintes artigos: art. 5.º, XXIII; art. 170, III; art. 182, § 2.º; art. 184; art. 185, parágrafo único. No direito comparado, citamos, por exemplo, o art. 33 da Constituição Espanhola de 1978.

⁷ Assim: MAZEAUD, Henri e Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, 11. ed. Tome 1, Première volume, § 50, p. 94 e 95.

⁸ A teoria do abuso do direito, desde o seu "ressurgimento" em França no final do século XIX e começo do século XX, passou a gozar de prestígio em diversas legislações do mundo Ocidental, bem como, crescentemente, na Doutrina nacional e estrangeira. A título de exemplo, citamos os seguintes Códigos que adotaram expressamente a teoria do abuso do direito: Código Civil português, art. 334; Código Civil grego, art. 281; Código Civil japonês, art. 1.º (incorporado pela Lei 222, de 22.12.1947); Código Civil-paraguaio, art. 372; Código Civil argentino, art. 1.071.

⁹ Sobre as limitações impostas a *liberdade contratual* consulte: ALPA, Guido. *Les nouvelles*

a autonomia privada, como reino jurídico dos particulares, perdeu muito em intensidade.¹⁰

2. A autonomia privada e os Códigos Civis brasileiros de 1916 e de 2002: as cláusulas gerais, a função social do contrato e o princípio *pacta sunt servanda*

Assim ocorre em outros países e assim se dá, outrossim, no Brasil. Com o novo Código Civil, que, como se sabe, é a lei geral civil, o "eixo central" do Direito Privado, a identificação, com precisão, de como foi por ele (novo código) desenhada a autonomia privada, constitui tarefa ainda a ser desempenhada pelos juristas pátrios. Tal tarefa só será possível se for analisado o tratamento que o novel Código dispensou ao *direito subjetivo* e à *liberdade contratual*, por serem esses, por excelência, os instrumentos da autonomia privada.

Neste contexto, a evolução do Direito Civil, no último século está amplamente refletida no Código Civil brasileiro de 2002, que, ao disciplinar, de forma inovadora, a figura do abuso de direito e ao estabelecer que o limite da liberdade contratual é a função social do contrato, traçou os contornos da autonomia privada de forma diversa daquela desenhada pelo legislador de 1916. E o fez por meio de *normas de ordem pública* ou de *imperatividade absoluta*¹¹ que constituem o principal

frontières du droit des contrats. *Études Offertes à Jacques Ghestin - Le contrat au début du XXI siècle*. LGDJ, 2001. p. 1 e ss.; BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile 3, il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000. § 10 ess., p. 25 ess.; BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*. ristampa corretta della II edizione. Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 44 e ss.; RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato - As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. Coleção teses.

¹⁰ GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Dos contratos em geral*. Reimpressão da 3. ed., 1965. n. 24, p. 62; CARNEIRO FRADA, Manuel A. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra, 1994. p. 22.

¹¹ Jacques Ghestin, define a *ordem pública* como "a limitação da liberdade contratual em nome

meio de que se vale o Estado para limitar a autonomia privada.¹²

Ao analisar a "nova" autonomia privada vigente desde 11 de janeiro de 2003 não se pode perder de vista, contudo, que as normas de ordem pública são "corpos estranhos" no Direito Privado; razão pela qual a inserção desmedida e despropositada dessas normas no corpo jurídico privado é nefasta para o Direito em geral e para a própria sociedade.

Sublinhe-se, portanto, que, ainda nos dias de hoje, continua a autonomia privada (como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico¹³) e, via de consequência, os seus instrumentos (como verdadeiros direitos fundamentais da pessoa) a, respectivamente, envolver o *poder* e os *meios* de os indivíduos livremente determinarem a regulamentação dos seus interesses, segundo a sua vontade (auto-regulamentação).

A existência de uma esfera de atuação na qual os particulares, eles próprios, possam gerir os seus interesses com eficácia jurídica continua sendo a regra que decorre da própria razão da existência do Direito Privado, devendo ser repudiada, por maléfica, a *intromissão excessiva* do Estado na vida dos privados por meio da *redução exacerbada* do seu poder de autoconformarem relações jurídicas.¹⁴

do interesse da sociedade, em nome do interesse geral" (*Le contrat - Principes directeurs, consentement, cause et objet*. Montréal: Université McGill, 1982. p. 30).

¹² HORSTER, Heinrich Ewald. Op. cit., p. 42. Consulte, outrossim, neste mesmo sentido, os excelentes comentários dos Professores Doutores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ao art. 421 do novel Código Civil (*Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002. p. 180 e 181).

¹³ BIANCA, C. Massimo. Op. cit., § 14, p. 30.

¹⁴ Para uma visão um tanto quanto pessimista acerca do fenômeno de inserção de normas imperativas no seio do Direito Privado (prevenido até mesmo a extinção deste): RIPERT, Georges. *Le déclin du droit*. LGDJ, 1949, § 11 e ss, p. 37 e ss.

Assim, o direito subjetivo, embora limitado, no seu exercício, pela boa-fé, pelos bons costumes e pela sua função econômica e social (art. 187), continua a privilegiar e atender, de forma imediata, ao interesse (privado) do respectivo titular.

Da mesma forma, o princípio da liberdade de contratar continua a envolver a possibilidade de as partes livremente optarem pela celebração ou não do contrato (*liberdade de celebração*) elegerem, segundo os seus interesses, o tipo contratual mais adequado (*liberdade de seleção do tipo contratual*), e preencherem o seu conteúdo da forma que melhor lhes aprouver (*liberdade de fixação do conteúdo do contrato*).¹⁵

Assim, também ocorre com outro princípio do Direito Contratual, designadamente aquele segundo o qual "os pactos devem ser cumpridos" (*pacta sunt servanda*), que, embora muito combatido na Doutrina e limitado por normas e princípios ora existentes na legislação, continua a vigorar como corolário da segurança jurídica, indispensável ao comércio jurídico e ao desenvolvimento da sociedade.¹⁶⁻¹⁷

¹⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 6. ed., Coimbra: Almedina, p. 195 e ss. Assim, por exemplo, o art. 405 do CC português que dispõe: "1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei".

¹⁶ O próprio Jacques Ghestin (em artigo conjunto com Christophe Jamin), um dos maiores conhecedores mundiais do assunto, reconhece, embora com as necessárias ressalvas, que o cumprimento da palavra dada constitui a extensão da própria liberdade de contratar, sendo, referido princípio, indispensável, por exemplo, ao fornecimento de crédito (*Le juste et l'utile dans les effets du contrat. Contratos: actualidade e evolução*. Porto, 1997. p. 124). No mesmo sentido, porém na Doutrina nacional, os excelentes comentários ao art. 421 da

Ocorre que esses princípios, que outrora comportavam raríssimas exceções, hoje em dia e, em especial, no Código Civil de 2002 são excepcionados em diversas oportunidades.¹⁸

Basta referir que no Código de 1916, a exemplo de outros Códigos Civis,¹⁹ o princípio da força obrigatória dos contratos encontrava raríssimas exceções, tais como nos casos de (a) uma das partes não poder manifestar corretamente a sua vontade, quer por não possuir o discernimento para tal (casos de incapacidade), quer em razão de algum motivo especial que fizesse o emitente da declaração de vontade merecedor de proteção (casos de vícios do consentimento) ou mesmo que fosse necessária a proteção de terceiros alheios ao ato volitivo (vícios sociais); (b) inobservância da

nova codificação civil do Professor Marco Aurélio Bezerra de Melo (*Novo Código Civil anotado*, III. *Lumen Iuris*, § 10 e ss., p. 5 e ss.).

¹⁷ Eis o teor do Enunciado 23, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizado entre os dias 11 e 13 de setembro de 2002, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado Aguiar, do E. superior Tribunal de Justiça: "A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana". Veja, ainda, os enunciados de números 21 e 422, nos quais são ressaltadas, respectivamente, a denominada tutela externa do crédito e o fato de a função social do contrato prevista no art. 421, além de reforçar o princípio da conservação do contrato, visar que por meio dele se dêem trocas úteis e justas.

¹⁸ No sentido do texto, ressaltando a vigência atual, mas com limitações, dos princípios contratuais do Estado liberal: LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor* 42/187.

¹⁹ O Código Civil francês e o Código Civil italiano, respectivamente nos arts. 1.134 e 1.372, atribuem expressamente ao contrato "força de lei".

forma prescrita em lei ou utilização de forma nela proibida ou ainda desatendimento de alguma solenidade nela prevista; (c) ilicitude ou impossibilidade do objeto.

Ou seja, o Código Civil de 1916 continha hipóteses taxativas por meio das quais era permitido ao juiz interferir nas relações contratuais travadas entre dois particulares, de modo que o princípio *pacta sunt servanda* restava, praticamente, incólume diante da legislação civil. Esse entendimento é fruto, dentre outros motivos, de o antigo Código Civil ser "filho do século XIX" pois, embora aprovado em 1916, é certo que o Projeto Beviláqua de 1899,²⁰ que deu origem ao Código Civil revogado, experimentou apenas mudanças de caráter formal nos dezesseis anos em que tramitou no Congresso Nacional.²¹ Pode-se afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 foi amplamente influenciado pelos Códigos Civis oitocentistas²² e, dentre eles, com maior relevância, pelo Código Civil francês de 1804 e pelos Projetos do Código Civil alemão.²³

²⁰ Acerca do "Projeto Beviláqua", consulte, por todos, o excelente artigo do Eminentíssimo Ministro José Carlos Moreira Alves, homenageado, com justiça, nesta obra, publicado nas p. 24 e ss da *Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 61, de novembro de 2000, cujo título é o seguinte: O projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua.

²¹ Aspectos detalhados da tramitação legislativa do que veio a se tornar o Código Civil de 1916, foram descritos por Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, vol I, p. 29 e ss. Sobre as raízes históricas do Código Civil brasileiro de 1916: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

²² No sentido do texto: MARTINS-COSTA, Judith, O direito privado como um "sistema em construção" – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *RT* 753/40. São Paulo: RT.

²³ Sobre as influências e as fontes do Código Civil de 1916 consulte: MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *RT* 741/11; PONTES DE MIRANDA, Francisco Caval-

Já o Código Civil brasileiro de 2002, além de alargar as hipóteses por meios das quais a regra (repita-se, ainda vigente) "os pactos tem que ser cumpridos" pode e deve ser afastada, estabeleceu um regime de *cláusulas gerais*²⁴ que contém princípios²⁵ que constituem, cada um dos quais, verdadeira limitação à liberdade contratual e, em maior escala, à própria autonomia privada.

Assim ocorre, por exemplo, com a *cláusula geral* que veda o abuso de direito, contida no art. 187. Assim também sucede com a *cláusula geral* da boa-fé objetiva (art. 422), com aquela que veda o enriquecimento sem causa (art. 884 e ss) e com a que prevê a extensão da responsabilidade objetiva a casos não tipificados na lei, mas segundo critérios por ela fixados (art. 927, parágrafo único).²⁶

canti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981. Acerca dos denominados Códigos oitocentistas, por todos: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno* (tradução). 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, § 19 e ss, p. 365 e ss.

²⁴ Enquanto técnica legislativa, as *cláusulas gerais* caracterizam-se pelo emprego, em determinada norma do ordenamento, de uma linguagem intencionalmente "aberta" na sua semântica, verdadeiramente "vaga", permitindo que o juiz aprecie e julgue o caso, concretizando elementos que podem, inclusive, estar fora do sistema. Pode, ainda, a expressão "cláusula geral" conter um outro significado que é justamente o de se referir às *normas que contêm cláusulas gerais*. No sentido do texto: MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT: 1999. p. 303; da mesma autora: O direito privado..., cit., especialmente p. 27, nota 12; ainda da mesma autora: As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *RT* ant. 680/47. São Paulo: RT.

²⁵ De fato, em notável obra já citada anteriormente, a Professora Judith Martins-Costa, estabelece a necessária distinção entre as *cláusulas gerais* e os *princípios*, esclarecendo que as primeiras, no mais das vezes, contêm os últimos ou, ao menos, permitem a sua formulação (*A boa-fé...*, cit., p. 316).

²⁶ Estas não são as únicas *cláusulas gerais* que podem ser identificadas no novo Código Ci-

3. A cláusula geral da função social do contrato como princípio geral: seu significado e aplicação. A função social do contrato e a cláusula geral do abuso do direito (art. 187)

A novel codificação cuidou de reconhecer, também como *cláusula geral*,²⁷ que a liberdade contratual possui sua *razão de ser* e seu *limite* na função social do contrato.

Ao situar o princípio da função social do contrato no primeiro artigo da Seção I (Preliminares), do Capítulo I (Disposições Gerais), do Título V (Dos Contratos em Geral), do Livro do Direito das Obrigações (Livro I, da Parte Especial) – na posição de verdadeiro "carro abre-alas" da disciplina geral dos contratos no novo Código Civil, o legislador mandou um recado bastante claro: o princípio da função social do contrato é a *pedra angular* do novo Direito contratual brasileiro a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, devendo estar subjacente à interpretação de qualquer contrato (típico e atípico) assinado no Brasil a partir de 11 de janeiro de 2003 e, inclusive, com relação àqueles assinados anteriormente a sua entrada em vigor (desde que continuem a gerar efeitos após essa data).

Quanto a esses últimos (ou seja, com relação aos contratos assinados antes da entrada em vigor do novo Código Civil), ao disciplinar o direito intertemporal, o novo Código estabelece, no art. 2.035,²⁸ que a *regra* é a

vil. São, entretanto, para o presente estudo, talvez as que têm maior relevância. Poderiam ser citadas, ainda, sem prejuízo de outras, a cláusula geral da vida privada (art. 21), a da interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113), a do estabelecimento, pelo casamento, de comunhão plena de vida (art. 1.511) etc.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson e outro. Op. cit., comentários ao art. 421, p. 180; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Op. cit., § 13, p. 9 e ss.

²⁸ Eis o texto do mencionado artigo de lei: "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis

aplicação das normas da nova lei aos contratos que, embora assinados antes de sua entrada em vigor, continuem a gerar efeitos após essa data, sendo tal regra excepcionada somente nos casos em que as partes tiverem previsto "determinada forma de execução" (o que, em tese, abrangeria a esmagadora maioria dos contratos, pois é absolutamente correto que as partes de um contrato convençam determinada forma de execução das prestações contratuais).

Entretanto, o parágrafo único do referido artigo preceitua que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Ou seja, da interpretação do referido artigo infere-se que, quanto aos contratos "em vigor" na data em que o novo Código começou a vigorar, a regra estabelecida pelo referido artigo é bastante clara: via de regra, aplicam-se a eles as regras contidas no novo Código Civil, salvo a hipótese de as partes terem previsto "determinada forma de execução", respeitados, entretanto, os preceitos de ordem pública tais como, exemplificativamente, aqueles estabelecidos pelo novo Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

É importante frisar, ainda, que, bem analisada a norma contida no art. 421 do novo Código, percebe-se que ela está em absoluta consonância com aquela do art. 187 que, ao estabelecer a funcionalização do direito subjetivo, também abrangeu o *direito subjetivo de contratar*.³⁹ Trata-se, em realidade, da aplica-

ção do princípio que veda o abuso de direito no ramo dos contratos, pelo que se infere que a regra contida no art. 421 do novo Código é decorrência lógica (verdadeiro desdobramento) daquela contida no art. 187. Com efeito, se basta que exista uma *liberdade* para que se tenha a possibilidade de *abusar* dela, é plenamente possível identificar, no desatendimento da função social do contrato, um *abuso da liberdade contratual*.³¹

Trata-se da consagração legislativa da idéia de que o Estado reconhece, no grande quadro traçado para a autonomia privada, a possibilidade de os particulares perseguirem (e alcançarem), por meio de manifestação de vontade, desde que atendidos alguns pressupostos,³² seus próprios interesses, mas que esse *reconhecimento* é limitado pelas funções que o contrato está destinado a cumprir na sociedade.

É correto afirmar, portanto, que esse *reconhecimento*, justamente por não se tratar de *liberdade de fato*, mas sim de *liberdade jurídica*, encontra limites no próprio Direito Objetivo, que também tem em conta a fun-

ção social do contrato bem como a sua conformidade com a justiça contratual.³³

³⁰ Assim também entendeu José de Oliveira Ascensão, para quem, no controle do conteúdo dos contratos, há que se considerar, também, "a frustração da função social, segundo a regra do art. 334 (abuso de direito)" (*Direito civil - Teoria geral*. Coimbra: Ed. Coimbra, vol. III, § 131, p. 259). De fato, a rigor, bem aplicada a norma contida no art. 187 do CC brasileiro, o art. 421 do novo CC seria desnecessário embora, por outro lado, reconheçamos a extrema e inegável utilidade de sua existência no Código. Visto de outra forma, o art. 421 do CC de 2002 pode ser encarado como um desdobramento ou aplicação, no ramo do Direito das Obrigações - *maxime* no Direito dos Contratos - do princípio da *funcionalização dos direitos subjetivos* previsto na norma do art. 187 antes mencionado.

³¹ SACCO, Rodolfo, *L'abuso della libertà contrattuale. Diritto privato*, 1997, III. *L'abuso del diritto*. Cedam, 1998. p. 217 e ss.

³² Tais como que seja emanada por pessoa capaz e que esteja despida de vícios.

ção social do contrato bem como a sua conformidade com a justiça contratual.³³

Daí poder afirmar-se que a liberdade contratual encontra-se, hoje, fundamentada na *solidariedade social* como valor constitucional fundamental³⁴ e no "piso vital mínimo" constitucional que é a dignidade da pessoa humana.³⁵ A *razão de ser* do reconhecimento dessa liberdade dos particulares de auto-regulamentação de seus interesses por meio dos contratos se dá não só por motivos de ordem privada (como a necessária liberdade que deve ser assegurada ao indivíduo, imune à interferência estatal), mas também em atenção às funções sociais inerentes ao contrato, funções essas (as últimas) que também constituem os *limites jurídicos* daquela liberdade.³⁶

Diz-se, inclusive, que a função social integra o próprio conceito de contrato,³⁷ estando sempre presente como "pano de fundo" da manifestação de vontade dos indivíduos da sociedade tendentes à geração de efeitos jurídicos. Trata-se, bem analisada a questão, de um meio de que se vale o Estado para reconduzir a autonomia privada à sua *matriz origi-*

nária, desautorizando o seu *exercício abusivo* tendente a gerar, não os efeitos originariamente pretendidos na concepção estatal da autonomia privada, mas outros que o ordenamento jurídico repele.³⁸ Daí o art. 421 mencionar que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

É, em suma, não só em razão da função individual que o contrato possui, como expressão da personalidade dos indivíduos e liberdade da pessoa humana, mas também em atenção a esse feixe de funções sociais atribuídas aos contratos tendo em vista a sua importância no processo de trocas econômicas, de colaboração entre os indivíduos e, em última análise, de desenvolvimento da própria sociedade, que o legislador concede aos particulares essa liberdade.³⁹ Por outro lado, e via de consequência, é em nome dela que o Estado reserva-se o direito de interferir na relação contratual todas as vezes que referidas funções não estiverem sendo satisfatoriamente desempenhadas pelo contrato.

Como já referido, o contrato é o instrumento, por excelência, das trocas (econômicas) de bens e serviços na sociedade, de colaboração entre as pessoas e de promoção do progresso. Trata-se, portanto, de um instrumen-

em busca da "ética da situação". *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 156 e ss.

³⁴ Nesses termos, embora analisando a questão sob o enfoque das cláusulas contratuais gerais, confira: SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 54 e 55.

³⁵ Louis Josserand, em excelente e pioneiro artigo acerca das transformações ocorridas no Direito dos Contratos, ensina que o contrato "socializou-se" e "publicizou-se" de forma que o "*negotium iuris* dos romanos tornou-se, ao mesmo tempo que um negócio privado, um negócio público, e a liberdade deixou de ser o princípio regulador supremo dos contratos" (*Tendances actuelles de la théorie des contrats. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome 36, p. 2 e ss, 1937).

³³ GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe. Op. cit., p. 123.

³⁴ BIANCA, C. Massimo. Op. cit., § 15, p. 32, mencionando a Constituição Italiana. Acerca da *solidariedade social* como valor fundamental constitucional no Brasil, embora focado nas relações de consumo, consulte, por todos, o excelente artigo de Judith Martins-Costa, Mercado e solidariedade social entre o cosmos e tãxis: a boa-fé nas relações de consumo, *A reconstrução do direito privado*, São Paulo: RT, 2002, p. 611 e ss.

³⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Op. cit., § 11, p. 7.

³⁶ Luigi Ferri sustenta que a autonomia privada não é uma "atividade originária", mas, ao contrário, encontra sua "fonte de validade nas normas legais e destas recebe as fronteiras formais e substantivas do seu atuar" (*La autonomia privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. p. 11).

³⁷ Assim, com a proficiência de sempre, Judith Martins-Costa, *O novo Código Civil brasileiro*:

to jurídico que, em última análise, promove e assegura a circulação de riquezas na sociedade. Essas as funções primordiais do contrato. E se a propriedade deve, hoje, atender a uma função social,⁴⁰ também o contrato, como meio, por excelência, de promover o *exercício*⁴¹ e a *transferência*⁴² do direito de propriedade (daí *ponto de contato* existente entre o contrato e a propriedade⁴³), deve estar submetido à função social.⁴⁴

Outro ponto que deve ser ressaltado, embora já mencionado, é que o legislador atribuiu à norma contida no art. 421 a característica de *norma de ordem pública* (art. 2.035, parágrafo único), vale dizer, inderrogável pelo

simples querer das partes. A função social do contrato, nesta perspectiva, é princípio basilar do Direito dos Contratos e atende aos interesses da sociedade considerada em sua totalidade.⁴⁵⁻⁴⁶

Conseqüentemente, qualquer disposição contratual que atente contra o princípio da função social do contrato ou contra as demais normas que o asseguram⁴⁷ carece de valor, pois incompatível com a norma contida no artigo ora comentado, que, como se disse, é de imperatividade absoluta. Aliás, o próprio Código Civil de 2002, no inciso VI do art. 166, fulmina de nulidade o negócio jurídico que "tiver por objetivo fraudar lei imperativa",⁴⁸ como é a norma contida no art. 421, ora analisado.

⁴⁰ Parece que o legislador infraconstitucional procurou, no art. 1.228 do novel Código Civil, fornecer diretrizes para preencher o conteúdo da expressão "função social" da propriedade, sem prejuízo, logicamente, de outras diretrizes que podem ser encontradas no próprio Código Civil em diversos artigos, em leis ordinárias esparsas ou mesmo na Constituição Federal. Confira o texto da nota 5, *supra*.

⁴¹ A relação do contrato com o *exercício* do direito de propriedade é sentida no fato de ser por meio do contrato que o proprietário pode gozar do objeto sobre o qual recaem os poderes inerentes ao domínio, por exemplo, por meio do contrato de locação.

⁴² De fato, os meios, por excelência, de transferir o direito de propriedade são os contratos de doação e de compra e venda, diferenciando-se tais contratos, entretanto, na gratuidade e onerosidade que, respectivamente, fazem parte da natureza jurídica de cada um.

⁴³ Sobre o tema, consulte: PRATA, Ana. Op. cit., p. 143 e ss; GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bolonha, 1978. p. 21 e ss; ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 40 e ss.

⁴⁴ Assim observa Miguel Reale ao afirmar que "o reconhecimento da 'função social do contrato' é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à 'função social da propriedade' e à justiça que deve presidir a ordem econômica" (Lacunas e arcaísmos do Código Civil vigente. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 32).

⁴⁵ Segundo Carlos Maximiliano "a distinção entre as prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo; a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita os cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial" (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Forense, n. 251, p. 176).

⁴⁶ Sobre a influência da ordem pública nos contratos, confira: FERRI, Giovanni B. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970; MALAURIE, Philippe. *L'ordre public et le contrat*. Reims: Editions Matot-Braine, 1953. Tome premier.

⁴⁷ Este é, salvo melhor juízo, a melhor interpretação do parágrafo único do art. 2.035 do CC. Esse posicionamento também é por nós defendido no corpo do texto, embora mais adiante.

⁴⁸ Existem outros Códigos Civis que expressamente condicionam a validade do contrato à não-contrariedade aos preceitos de ordem pública. Neste sentido, exemplificativamente, citamos os seguintes: art. 8.º do CC de Quebec, arts. 1.343 e 1.344 do CC italiano e o art. 21 do CC argentino.

Por fim, vale destacar que a tutela da função social dos contratos, como princípio informador, a partir do advento do novo Código, de todo o Direito contratual pátrio, não se revela somente na norma do art. 421 do novo Código, mas também na medida em que visam atender a critérios de equidade e de justiça (comutativa), em outras tantas normas da nova lei que possam ser consideradas desdobramentos ou aplicações desse princípio, como, por exemplo, as que atribuem o caráter de nulidade relativa aos negócios jurídicos praticados em estado de perigo (art. 156), as que disciplinam a lesão (art. 157), as que vedam a onerosidade excessiva (arts. 478 *usque* 480) etc.⁴⁹ Assim, a função social do contrato encontra sua sede maior na norma principiológica contida no art. 421 do novo Código, mas, por outro lado, também está disseminada em tantas outras normas que visam atender ao mesmo objetivo, constituindo a *socialidade* estampada na norma ora

⁴⁹ Assim também entende João de Matos Antunes Varela, em *Das obrigações em geral*, 9. ed., vol. I, Coimbra: Almedina, p. 260, nota 1. Assim também parece ter entendido o próprio legislador pátrio que, no parágrafo único do art. 2.035 do novel CC, afirma que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos" (grifos nossos). Ora, se quisesse o legislador exemplificar as normas de ordem pública simplesmente com os arts. 1.288 e 421 do CC (respectivamente que versam acerca da função social da propriedade e dos contratos), o teria feito. Entretanto, ao mencionar "preceitos estabelecidos" pelo Código para "assegurar" a função social da propriedade e dos contratos, quis o legislador, salvo melhor juízo, deixar que a Doutrina e a Jurisprudência identifiquem outros "preceitos" do Código Civil que visem "assegurar" o atendimento, pelo proprietário e pelo contratante, respectivamente, da função social da propriedade e dos contratos. Assim parece também entender o eminente jurista Miguel Reale (Como o projeto visou adaptar o Código à cultura temporânea. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 178-179).

comentada, antes de mais, a tradução do próprio "espírito" da nova lei.⁵⁰

4. Conclusões

O Código Civil brasileiro de 2002 consagrou, de forma inédita,⁵¹ o princípio segundo o qual o contrato, tanto quanto a propriedade, deve atender a uma *função social*. Como visto, além da norma contida no art. 421 do novo Código Civil, entendemos que a função social do contrato está dispersa em tantas outras normas do novo Código Civil que visam assegurar a função social do contrato.

Tais regras, entretanto, por consistirem em restrições à regra traduzida no brocardo *pacta sunt servanda* (que, como mencionado, também possui *status* de princípio), devem sempre ser aplicadas de forma prudente, atendendo-se ao fim colimado pelo legislador. Deve-se procurar encontrar o necessário *equilíbrio* entre os princípios da justiça e da boa-fé e os da liberdade e responsabilidade individual que cada um possui na sociedade.⁵²

⁵⁰ Assim: REALE, Miguel. *Visão geral do projeto do Código Civil*. RT 752/22. São Paulo: RT.

⁵¹ Diz-se inédita na medida que desconhecemos regra igual em qualquer outro Código Civil. É a primeira vez, salvo melhor juízo, que uma norma pertencente a um Código Civil reconhece, de forma clara e inequívoca, que a liberdade contratual encontra limites na função social do contrato.

⁵² GHESTIN, Jacques. et al. *Le juste...*, cit., p. 125 e 126, que acentuam que é de presumir que "o contrato concluído por dois indivíduos livres e responsáveis" (como é o caso dos sujeitos da relação jurídica civil) encontra-se de acordo com a justiça. Trata-se, obviamente, de mera presunção relativa (*iuris tantum*) que poderá ser elidida se restar demonstrado que em determinado contrato existe um "desequilíbrio excessivo entre as prestações" ou se se comprovar que uma das partes não se encontrava em situação de apreciar ou defender normalmente seus interesses de modo a justificar, neste último caso, a "intervenção do Poder Público".

Com efeito, o princípio da função social do contrato, como outros, veio a limitar a aplicabilidade do princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), princípio esse que, como se viu, continua vigente.⁵³

E o papel da jurisprudência nesse mister, por meio da concreção da norma na análise de cada caso, é fundamental.⁵⁴ Se, por um lado, não se pode permitir o desatendimento da função social que o contrato tem que cumprir na sociedade, o que justifica a intervenção pública na relação jurídica privada, por outro, ao certo, há de se evitar a aplicação equivocada das normas que asseguram a consecução da referida função social, considerando-se a posição dos sujeitos na relação jurídica obrigacional (se particulares ou "não profissionais", hipótese, via de regra, de relação tipicamente civil) e evitando-se o desnecessário abalo da estabilidade social, da segurança jurídica e o comprometimento do fornecimento de crédito, fins esses também indispensáveis à manutenção da ordem jurídica e da própria sociedade.

Em substância, tem-se o seguinte: a correta aplicação das normas ora em vigor, que limitam a autonomia da vontade, pressupõe a compreensão de que o ordenamento jurídico, ao estabelecê-las, não visa tutelar as *concretas expectativas de lucro* alimentadas pelas partes de um contrato. Dessa forma, o simples fato de uma parte contratual ter experimentado perdas em vez de ter auferido os lucros por ela esperados no momento da contratação, não enseja, de *per se*, a proteção do ordenamento jurídico, eis que "um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato, como de qualquer iniciativa econômica".⁵⁵ O que o ordenamento jurídico garante é a *abstrata possibilidade de lucro*, ou seja, visa assegurar as premissas e as condições de sua obtenção.⁵⁶

⁵³ Confira notas 16, 17 e 18, *supra*.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil..., cit., p. 159 e 160.

⁵⁵ ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 225.

⁵⁶ Idem; *ibidem*.

Na realidade, o novo Código Civil avança na busca da justiça material, trazendo normas de notório e indisfarçável cunho social que, se bem aplicadas, trarão progresso para a sociedade brasileira.⁵⁷ Entretanto, o avanço que se procurou imprimir jamais poderá ser causa e, tampouco, pretexto para gerar perturbações sociais e instabilidades tais que, se verificadas, certamente aniquilariam os benefícios pretendidos pelo legislador civil ao criar tais normas.⁵⁸ Da mesma forma que não é *qualquer onerosidade* que enseja a resolução do contrato pela aplicação da teoria da imprevisão (art. 478 do CC de 2002)⁵⁹⁻⁶⁰ nem

⁵⁷ Contra, criticando o Código Civil de 2002, confira: FARIA, Cristiano Chaves de. Achegas para (além da) reforma do Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 10/30. Entendemos, *data venia*, que não assiste razão ao ilustre autor em suas críticas.

⁵⁸ Essa, também, é a visão do eminente jurista português José de Oliveira Ascensão, Teoria geral do direito civil, *Relações e situações jurídicas*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, vol. III, § 125, p. 248-249.

⁵⁹ De fato, atento à necessária preservação da segurança jurídica, também como valor fundamental do ordenamento jurídico, o legislador pátrio, a exemplo de outros, condicionou a aplicação da teoria da imprevisão, tal como disciplinada no art. 478 do CC, ao atendimento de alguns pressupostos, quais sejam: (a) o de somente ser aplicável a contratos de execução continuada ou diferida; (b) a da necessidade de se verificar uma prestação excessivamente onerosa com extrema vantagem para a outra parte contratante, gerando, pois, um desequilíbrio entre as prestações contratuais; (c) que tal desequilíbrio seja decorrente de acontecimentos que sejam, a um só tempo, extraordinários e imprevisíveis. Logo, como se vê, se, por um lado, o legislador, em nome da justiça contratual, excepciona o princípio *pacta sunt servanda* contemplando, por uma questão de justiça, a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, por outro, em razão de tal exceção (ainda que "justa") representar um atentado contra a segurança jurídica (por vezes, necessário, pois justificado pela busca da justiça), ele condiciona a aplicação da teoria da imprevisão, limitando-a a casos nos quais, den-

qualquer excesso aos limites ditados pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico de um direito que torna *ilícito* o seu exercício,⁶¹ não é qualquer desequilíbrio a afetar subsistência do contrato que autorizará o prejudicado a ingressar em Juízo com base no art. 421 ora comentado. Se assim fosse, restariam comprometidos outros valores fundamentais que o Direito tem em conta e que são, justamente, a segurança (certeza) jurídica e a paz social.

A "intervenção" há de encontrar justificativa não na proteção dos maus pagadores, mas na tentativa de, rompendo a rigidez do Direito revogado, evitar a consumação de situações reais de abuso que, se perpetuadas, seriam nefastas para a sociedade.

Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina.

ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. *Etudes Offertes à Jacques*

tre outros pressupostos, a prestação de uma das partes se torne *excessivamente* onerosa. O adjetivo "excessivo", desta feita, vem a qualificar a palavra "onerosa", cingindo a aplicação da referida teoria aos casos em que, efetivamente, uma das partes contratuais merece a tutela da lei.

⁶⁰ Neste sentido, apontando a teoria da imprevisão como "exceção": MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1944. p. 422.

⁶¹ Com efeito, conforme mencionado no texto do art. 187 do CC de 2002, o exercício do direito, para ser considerado (equiparado ao) ato ilícito, há de ser tal que exceda, de forma manifesta, verdadeiramente clamorosa, os limites ditados pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social e econômico do direito em questão. Nesse sentido, embora na Doutrina portuguesa em relação ao art. 334 do respectivo Código Civil: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Coimbra: Almedina, p. 104. A validade da opinião do referido autor em relação ao art. 187 do CC brasileiro explica-se no fato de esse artigo ter sido inspirado no referido artigo do Código Civil luso.

Ghestin – *Le contrat au début du XXI siècle*. LGDJ, 2001.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 9. ed. Coimbra: Almedina. vol. I.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. *Posse e propriedade – Doutrina e jurisprudência*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1987.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil – Teoria geral*. Coimbra: Ed. Coimbra, vol. III.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. vol. 1.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile 3; il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Coimbra: Almedina.

FARIA, Cristiano Chaves de. Achegas para (além da) reforma do Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 10, p. 30.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bolonha, 1978.

GHESTIN, Jacques. *Le contrat – Principes directeurs, consentement, cause et objet*. Montreal: Université McGill, 1982.

— e JAMIN, Christophe. *Le juste et l'utile dans les effets du contrat*. *Contratos: Actualidade e evolução*. Porto, 1997.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

GRISI, Guiseppè. *L'autonomia privata – Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999.

HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992.

JOSSERAND, Louis. Tendances actuelle de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1937. t. 36.

LOBO NETTO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, p. 187.

- MALAUURIE, Philippe. *L'orde public et le contrat*. Reims: Editions Matot-Braine, 1953. Tome premier.
- MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *RT*, São Paulo: RT, n. 741, p. 11.
- MARTINO, Francesco de: *Individualismo e direito romano privado*. Torino: G. Giappichelli.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. As cláusulas gerais como fatores de imobilidade do sistema jurídico. *RT*, São Paulo: RT, n. 680, p. 47.
- _____. Mercado e solidariedade social entre o cômico e táticos: a boa-fé nas relações de consumo. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *RT*, São Paulo: RT, n. 753, p. 24.
- _____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação". *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAXIMILLIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Forense.
- MAZEAUD, Henri e Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*. 11. ed. Première volume, tome 1.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. III, *Lumen iuris*.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Direito das obrigações*. 1. vol., reimpressão.
- MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 1944.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. O projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua. *Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 61, nov. 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina.
- REALE, Miguel. Como o projeto visou adaptar o Código à cultura contemporânea. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- _____. Lacunas e arcaísmos do Código Civil vigente. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- _____. Visão geral do projeto do Código Civil. *RT*, São Paulo: RT, n. 752, p. 22.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. Coleção teses.
- RIPERT, George. *Le déclin du droit*. LGDJ, 1949.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SÁ, Alemeno de. *Cláusulas contratuais gerais e diretiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina.
- SACCO, Rodolfo. *L'abuso della libertà contrattuale. Diritto privato*. 1997, III. *L'abuso del diritto*. Cedam, 1998.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno* (tradução). 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável

1. Aspectos gerais

Tema que normalmente não costuma suscitar interesse aos que pretendem casar-se ou viver em união estável é o relacionado à questão patrimonial. Isso porque no momento em que as pessoas estão enamoradas, o que menos importa é discutir sobre bens, sobre patrimônio. Conversar sobre esse assunto seria como macular o amor que um diz sentir pelo outro. Ademais, as pessoas de um modo geral têm uma noção, ainda que nem sempre correta na sua inteireza, sobre as normas que regularão os bens que elas adquirirem posteriormente ao casamento ou, se não for esse o caso, depois de passarem a conviver como se casadas fossem. Ocorre que, na prática, tem-se presenciado o surgimento de uma enormidade de problemas, justamente, em razão da desinformação por parte do mundo leigo no que concerne a essa matéria. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a situação talvez não tenda a alterar-se, muito embora o novo estatuto preveja a introdução de, no mínimo, duas mudanças importantes. Primeira, no art. 1.639, § 2.º. Nele encontra-se prevista a hipótese de os cônjuges poderem mudar o regime de bens, durante a constância da sociedade conjugal. Com isso, é bem capaz que, a partir desse marco, a mutabilidade do regime de bens se concretize como algo positivo dentro do seio familiar. Para isso, no entanto, será necessário que os nubentes e os cônjuges tomem conhecimento efetivo das novas medidas legais, a fim de que deci-

sões equivocadas, ou prejudiciais a um deles, ou à família como um todo, não sejam tomadas. Segunda, no art. 1.725 do novel diploma legal. Nele depara-se com determinação explícita do legislador, que disciplina, no campo da união estável, aplicar-se, no que for cabível, as normas do regime da comunhão parcial, originalmente previsto para o casamento. Esse dispositivo legal, mister ressaltar-se, desde já, põe termo, definitivamente, à dúvida surgida por ocasião da entrada em vigor da Lei 9.278/96, ou seja, se os termos do art. 5.º, *caput*, dessa lei, corresponderiam, ou não, ao regime da comunhão parcial de bens. Isso porque aquela norma dispunha que os bens adquiridos a título oneroso, após o início da vida em comum, seriam de ambos, em condomínio e em partes iguais, desde que não houvesse disposição em contrário em contrato escrito.

Enfim, tendo o legislador de 2002 introduzido mudanças significativas, principalmente no campo do direito matrimonial, em relação à questão patrimonial, necessário se faz um estudo, ainda que não na sua totalidade, das novidades previstas no Código Civil ora em vigor.

2. O regime de bens no Código de 1916 e sua imutabilidade

O Código Civil de 1916 previu quatro regimes de bens para o casamento, a saber: o da comunhão universal (art. 262 e ss), que, até a entrada em vigor da Lei 6.515, mais conheci-

da como Lei do Divórcio, no dia 26.12.1977, foi o regime supletivo no direito brasileiro; o da comunhão parcial (art. 269 e ss), que passou a ser o regime supletivo a partir da Lei 6.515/77; o da separação voluntária de bens (arts. 276, 277); e, por fim, o regime dotal (art. 278 e ss), que, até onde se tem notícias, segundo relato de Silvio Rodrigues, teria sido "nula sua repercussão na vida brasileira".¹ Além desses, havia um último, denominado de regime de separação obrigatória ou legal (CC/1916, art. 258, parágrafo único e incisos). Sua aplicação, contudo, restringia-se a determinadas pessoas, como era o caso do homem maior de sessenta e a mulher acima dos cinquenta anos, que quisessem contrair matrimônio, bem como de todos aqueles que dependessem, para se casar, de suprimento judicial. Visava-se, com a imposição desse regime, defender o nubente de eventual "golpe do baú", por parte de seu futuro cônjuge.

Celebrado o casamento, o regime de bens entrava em vigor imediatamente, quer fosse ele o voluntário, quer o obrigatório, estando os cônjuges impedidos de modificá-lo durante a constância da sociedade conjugal. A regra vigente, pois, era a da irrevogabilidade do estatuto patrimonial após as núpcias (CC, art. 230).²

¹ *Direito civil*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 5, p. 217. Observe-se, ainda, que sendo o regime de bens o supletivo (comunhão parcial) ou o obrigatório (separação legal), não haveria necessidade de pacto antenupcial. Para os demais regimes de bens, imprescindível a celebração desse negócio jurídico.

² Historicamente, no que concerne à imutabilidade do regime de bens, deve-se observar que tanto no Projeto de Coelho Rodrigues (arts. 1.977 e 1.997 e ss), bem como no Projeto original de Clóvis Beviláqua (art. 301), e no de Orlando Gomes (art. 167), havia norma prevendo a possibilidade de mudança de regime de bens. Lafayette Rodrigues Pereira também defendeu a mutabilidade do regime de bens em algumas situações. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918. p. 148-149.

E por quê? Basicamente por dois motivos. O primeiro, para proteger interesses do casal, porquanto um deles poderia "abusar da fraqueza do outro, e obter modificações em seu proveito exclusivo".³ O segundo, para resguardar interesses de terceiros, "porque os cônjuges poderiam combinar-se, e, por um determinado regime, subtrair bens à ação dos credores, que com eles tivessem contado, no momento de contratar".⁴

³ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil comentado*. 9. ed. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1952. vol. 2, obs. 3 ao art. 230, p. 106. Crítica acerca dessa afirmação encontra-se em: VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Revista da Fac. de Direito da UFMG, 1980, p. 33-34.

⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*..., cit., obs. 3 ao art. 230, p. 106. Interessante a leitura do pensamento de João Baptista Villela, acerca do argumento de que a imutabilidade visaria preservar interesses de terceiros. Afirma o autor: "(...) De novo é uma visão conspiratória que prevalece. Só que desta vez olhando para fora e não para as relações intramatrimoniais. Admita-se, porém, que aqui a garantia dos créditos reclame efetivamente prevenção contra o *consilium fraudis* do casal em detrimento de terceiros. Seria necessário fazer irreversível o regime para a tutela dos créditos? De nenhum modo. Pelo BGB onde, como se disse, a faculdade de revogação é ampla, requer-se, para a respectiva eficácia *erga omnes*, que o ato seja levado a registro, salvo conhecimento efetivo por parte de terceiro, a ser demonstrado. Promovido o registro, pela aplicação do princípio da *positive Publizität*, a modificação é oponível, ainda que falte o tal conhecimento de terceiro. Tenha este ciência, é-lhe igualmente oponível, ainda que falte o registro: princípio da *negative Publizität*. A só diferença está no fato de que, na última hipótese, o conhecimento, ao contrário do que ocorre na primeira, não lhe é permitido: tem que ser provado. De qualquer forma, vê-se, não há a mínima lesão à segurança de terceiros em relação ao casal", op. cit., p. 34-35. Neste sentido veja-se também: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 363; BENABÉNT, Alain. *Droit civil*. la famille. 10. ed. Paris: Litec, 2001. p. 158. Assevera o autor francês que só a publicidade

Embora no Brasil vigorasse até recentemente o princípio da imutabilidade do regime de bens durante a constância da sociedade conjugal, o art. 259 do Código revogado permitia, aos que não fossem casados pelo regime da comunhão universal, e desde que em pacto antenupcial nada tivesse sido disposto, no sentido de afastar a citada norma, a adoção dos princípios daquele, "quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento". Isso significava que as pessoas casadas pelo regime da separação voluntária, ou pelo regime dotal, teriam direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso pelo cônjuge durante o casamento, se nada tivessem disciplinado, em sentido contrário, no negócio jurídico pactício por elas celebrado. Na verdade, a existência dessa norma jurídica gerou bastante perplexidade entre as pessoas que se casaram sem terem tido sua atenção chamada para o disposto no art. 259, porquanto só por ocasião da dissolução da sociedade conjugal por viuvez, separação ou divórcio, é que tomavam conhecimento da norma.⁵ A gran-

eficaz pode resolver o problema em relação ao terceiro.

É claro que se sabe que ninguém pode alegar desconhecimento a norma, em razão do art. 3.º da LICC. Isso, contudo, na teoria. Na prática, sabe-se que a situação é outra. Por isso a surpresa de muitas dessas pessoas, ao constatarem que os aqüestos seriam divididos. Afinal, ao terem optado pelo regime da separação voluntária, o que elas em princípio objetivavam era a separação dos bens adquiridos antes e durante a constância da sociedade conjugal. Durante aqui, inclusive, fazer-se menção ao comentário de Clovis Beviláqua sobre o art. 259 do Código de 1916: "Parece desarmonioso este dispositivo, num sistema, em que se afasta a comunhão de bens, em numerosos casos, como os do art. 258. Depois, se os cônjuges estipulam regime exclusivo da comunhão, o que se deve supor é que não a querem, para os bens que, de futuro, lhe vierem. Como, porém, outra é a solução dada pelo Código Civil, cumpre que exprimam, claramente, a sua vontade quanto aos adquiridos, os nubentes que estipularem qualquer regime exclusivo da comunhão, pois, no silêncio do contrato, enten-

de questão era que até então eles acreditavam serem casados pelo regime da separação de bens, ou seja, sem comunicação de aqüestos. Afinal, se quisessem ter optado pelo regime da comunhão parcial, poderiam tê-lo feito. Se assim não o fizeram, tudo indicaria que, a partir do momento em que eles não colocaram no negócio jurídico pactício cláusula estabelecendo a separação de todos os bens adquiridos durante o casamento, eles se comunicariam. Daí a surpresa ao verem aplicado o art. 259 da Lei Civil de 1916, quando eles haviam optado pelo regime da separação de bens. A comunicação dos aqüestos, portanto, surgia em decorrência da lei.

E no caso da separação obrigatória prevista nos incisos do parágrafo único do art. 258 do vetusto Estatuto Civil? Nesse caso, o citado art. 259 não deveria incidir, uma vez que o objetivo do legislador era fundamentalmente o de impedir "golpes do baú". Além disso, o art. 259 referia-se a regime de bens que tivesse sido estipulado em pacto antenupcial.⁶

dem-se comuns, provenham de título oneroso ou gratuito. Aplica-se aos adquiridos o mesmo princípio, a que estão subordinados os bens trazidos para o casal: na falta de declaração em contrário, entendem-se comuns". *Código Civil comentado*..., cit., obs. ao art. 259, p. 170-171.

⁶ Nesse sentido, aliás, o comentário de Carvalho Santos: "O legislador, ao dispor pela forma que o fez, pressupõe a existência de um contrato antenupcial. E somente quando o contrato silencia, manda que se aplique o dispositivo *supra* [art. 259]. Donde a conclusão de que, se se trata de regime obrigatório da separação de bens, em virtude do que estatuí o art. 258, parágrafo único, não se aplica o dispositivo do art. 259". E, aduz o citado autor: "A verdade é esta: quando o regime da separação resulta da imposição da lei, quando ele é obrigatório por haver ocorrido um dos casos previstos no art. 258, em hipótese alguma os bens dos cônjuges se comunicarão. Nem mesmo os bens adquiridos na constância do casamento como produto da indústria e do trabalho de cada um dos cônjuges". *Código Civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. vol. V, p. 55. Neste sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direi-*