



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

PAULO SÉRGIO XAVIER

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS
DOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E DE 2002**

**ASSIS
2010**

PAULO SERGIO XAVIER

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS
DOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E DE 2002**

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão do curso, sob a orientação específica do Prof. MS. Gerson José Beneli, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientador: _____

Área de concentração: _____

**ASSIS
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA

XAVIER, Paulo Sérgio

Análise Comparativa entre os Princípios Contratuais dos Códigos Civis de 1916 e de 2002/ Paulo Sérgio Xavier. Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA-Assis, 2010.

Orientador: Gerson José Beneli.

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis-IMESA.

1. Princípios Contratuais. 2. Códigos Civis de 1916 e de 2002.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E DE 2002

PAULO SERGIO XAVIER

Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para conclusão do curso, sob a orientação específica do Prof. MS.Gerson José Beneli, e Orientação Geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.

Orientador: _____
MS. Gerson José Beneli

Analizador: _____
MS. Jesualdo E. de Almeida Junior

**ASSIS
2010**

DEDICATÓRIA

Dedico este singelo trabalho a meus amados pais, sempre vivos em meu coração. Em especial a minha querida mãe que sempre me incentivou nos estudos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor, Gerson José Beneli, pela orientação e pelo constante estímulo transmitido durante o trabalho.

Aos amigos, pelos anos de convivência, de parceria e ajuda mútua.

Aos professores pelos ensinamentos e pela dedicação.

A todos que colaboraram direta ou indiretamente, na execução deste trabalho.

Aos familiares, pelo amor e pela confiança em mim depositados.

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar, através da análise comparativa da principiologia contratual dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, que houve uma patente atenuação do tradicional relevo dado à vontade das partes pelo Código Civil de 1916 em favor dos valores coletivos e fundantes da pessoa humana que inspiraram o Código Civil de 2002.

PALAVRAS-CHAVE: princípio, vontade, patrimônio, coletividade, boa-fé, solidariedade.

ABSTRACT

The present work intends to demonstrate, through comparative analysis of contractual principles of the Civil Codes of the 1916 and 2002, there was a clear attenuation of the traditional emphasis on the Will of the parties by the Civil Code of 1916 in favors of collective values and funding the human person that inspired the Civil Code of 2002.

KEYWORDS: principle, Will, patrimony, collectivity, good-faith, solidarity

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2 . CÓDIGO CIVIL DE 1916	12
2.1 CONTEXTO DA CODIFICAÇÃO CIVIL DE 1916	12
2.2 A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO FRANCÊS	15
2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	16
2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS “PACTA SUNT SERVANDA”	19
2.5 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DAS CONVENÇÕES	21
3. CÓDIGO CIVIL DE 2002	24
3.1 MUDANÇA DE PARADIGMA: RESPEITO À PESSOA HUMANA E AOS VALORES SOCIAIS	24
3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	30
3.3 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL.....	31
3.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	33
3.5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	34
3.6 A COEXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS - SUA MITIGAÇÃO.....	37
4. COMPARAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS E OS “NOVOS PRINCÍPIOS” CONTRATUAIS	39
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	43
APÊNDICE	45

1. INTRODUÇÃO

Até pouco tempo atrás sob a vigência do Código Civil de 1916, o direito contratual, inspirado nos princípios clássicos das codificações liberais dos séculos XVIII, XIX, e início do século XX, estava totalmente voltado para tutelar a liberdade contratual e a imutabilidade do pacto, consagrados pelo princípio da autonomia da vontade e pelo *pacta sunt servanda*.

As coisas começam a tomar outro rumo com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – chamada Constituição Cidadã, justamente por ter adotado como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Dentro dessa nossa postura constitucional voltada para as questões sociais, buscando promover a justiça social, surge um fenômeno que irá atingir sobremaneira as questões negociais. A Constituição Federal contemplou princípios fundamentais do direito civil, elevando-os a condição de norma constitucional e, portanto, vinculando o legislador infraconstitucional, ante a superioridade hierárquica da norma constitucional – a esse fenômeno deu-se o nome de Constitucionalização do Direito Civil.

O Novo Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2002, contemplando novos princípios do direito contratual, que se somaram aos chamados princípios clássicos. Os novos princípios são a função social do contrato, a boa-fé objetiva e princípio do equilíbrio contratual.

Diante do acréscimo ocorrido no rol dos princípios contratuais quais serão as mudanças que ocorreram no novo direito contratual, os princípios velhos (vigentes a época do código de 1916) continuam aplicáveis, houve algum avanço. Essas questões serão elucidadas através de uma análise ampla das diversas nuances que envolvem o tema.

Dentro dessa perspectiva o presente trabalho foi dividido em três partes. No primeiro capítulo será abordado o Código Civil de 1916, o contexto em que se deu

a codificação, a influência do Código francês e principalmente os princípios que o inspiraram.

Já o segundo capítulo será dedicado ao estudo do Código Civil de 2002, com ênfase às questões constitucionais, como a constitucionalização do Direito Civil, a valorização do ser humano e do interesse social. Sendo, ainda, abordados cada um dos novos princípios que inspiram a nova codificação civil e, em especial a coexistência entre eles e os princípios clássicos.

Por derradeiro, no terceiro capítulo da pesquisa será feita a comparação entre os princípios clássicos e os “novos princípios” contratuais demonstrando as diferentes ideologias que os inspiraram, bem como a possível harmonização entre eles.

2. CÓDIGO CIVIL DE 1916

2.1 CONTEXTO DA CODIFICAÇÃO DE 1916

O Código Civil de 1916, também conhecido como Código Beviláqua, é uma obra que ilustra as diversas nuances de seu tempo.

Antes da Proclamação da República foram feitas várias tentativas de codificação civil, mas nenhuma delas obteve êxito. Dentre tais tentativas destaca-se o projeto elaborado por Teixeira de Freitas, mais tarde conhecido como o “esboço de Teixeira de Freitas”, que embora não tenha sido aprovado no Brasil, influenciou a codificação brasileira de 1916 e outras codificações na América, especialmente a legislação civil da Argentina.

Sobre o projeto de Teixeira de Freitas explana Roberto Senise:

O projeto de Teixeira de Freitas teve inúmeras virtudes, mostrando-se extremamente original nas disposições das matérias, especialmente pela criação de uma Parte Geral do Código, como no modelo Alemão, e diferenciando-a da Parte Especial, dividida esta última em três livros: direitos pessoais (direitos pessoais em geral, nas relações em família e nas relações civis), direitos reais (direitos reais em geral, sobre coisas próprias e sobre coisas alheias) e disposições comuns aos direitos reais e pessoais (herança, concurso de credores e prescrição). (Roberto Senise Lisboa, 2009, p.62)

Mesmo com o empenho de Teixeira de Freitas e de outros renomados juristas que em determinado momento se imbuíram da árdua tarefa de elaborar uma codificação civil brasileira, não se conseguiu tal objetivo facilmente. Várias foram as tentativas sem obter sucesso nessa tarefa.

Com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, tem-se início a chamada Primeira República. Nesse mesmo ano e mês foi criada a Bandeira Nacional, a qual trazia estampados os dizeres “ordem e progresso”, estabelecendo a ordem jurídica como base para se atingir o fim almejado, que vinha a ser o progresso, demonstrando claramente a concepção positivista que imperava naquela época, embora, ainda não houvesse uma codificação civil brasileira.

Tempos após a Proclamação da República, no ano de 1891, foi promulgada a primeira Constituição Republicana do Brasil. Nesse momento histórico o país recém saído do regime monárquico, era predominantemente agrário e a maioria esmagadora da população era pobre. A rigor o país era ainda uma colônia, explorada pelo capital europeu, exportava matéria-prima e importava produtos industrializados, sendo tais atividades desenvolvidas pelos fazendeiros e comerciantes, respectivamente.

A estrutura agrária e econômica da época levou à formação de uma burguesia agrária, representada pelos fazendeiros e uma burguesia mercantil representada pelos comerciantes. A classe média, ainda que de pequena monta, ocupava a esfera burocrática do poder.

No plano político, os cargos eram ocupados pela “elite intelectual urbana da classe média”, sendo que tais cargos políticos lhes eram outorgados pelos grandes fazendeiros, que por meio de farsas eleitorais praticamente nomeavam os legisladores e governadores.

Nesse cenário, a burguesia mercantil almejava o pleno liberalismo econômico, a burguesia agrária não concordava com os ideais liberais por temor de ser por eles atingida, já os grandes proprietários não se preocupavam, pois detinham o poder político, além de saberem que tais ideais não alcançavam a maioria da população que era pobre e inculta. Assim, temos por um lado os fazendeiros (conservadores) preocupados em garantir a preservação do patrimônio e por outro lado os comerciantes ávidos por lucro, querendo fortalecer e ampliar as relações comerciais. E ainda a classe média que devido à posição que ocupava pode ser chamada de “classe política”. Foi nesse contexto de um país eminentemente agrário (cerca de 80% da população vivia no campo), sob o domínio político dos grandes proprietários e sob forte influência das classes dominantes da época, que em abril de 1900, o Governo Republicano nomeou Clóvis Beviláqua para elaborar um projeto de Código Civil.

O projeto ficou pronto em sete meses e embora tenha recebido duras críticas do ilustre Ruy Barbosa no tangente ao seu aspecto vernacular, foi encaminhado ao Congresso Nacional em 17/11/1900 para votação.

Após quinze anos de tramitação o projeto foi finalmente aprovado em dezembro de 1915 e sancionado a 01/01/1916, pela Lei 3071, entrando em vigor após um ano de “vacatio legis”.

O Código de Beviláqua ilustrava as nuances da sociedade brasileira de sua época, por isso se mostrou patrimonialista (tutela o sujeito que possui patrimônio), liberal e individualista, servindo aos interesses das classes dominantes de sua época.

O Código de 1916 foi elabora sob três pilares: a família, a propriedade e o contrato. Mostrando-se conservador quanto ao primeiro (família) e liberal quanto à propriedade e ao contrato.

Para melhor compreender o “espírito” de nossa primeira codificação no que diz respeito ao instituto jurídico denominado contrato, não se pode olvidar, a influência das codificações do século XVIII e início do século XIX, que pulverizavam a ideologia liberal e individualista nas relações contratuais, inspiradas nos princípios da autonomia da vontade (autonomia privada) e do pacta sunt servanda – chamados princípios clássicos contratuais.

Para Lima Marques (2005, p.52), “esta concepção voluntarista e liberal influenciará as grandes codificações do direito e repercutirá no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo Código Civil Brasileiro de 1916 (CC.1916), que não está mais em vigor desde 11.01.2003”.

Das codificações clássicas, sem dúvida a que mais influenciou a codificação civil de 1916, constituindo sua principal fonte de inspiração, foi o código civil francês de 1804, chamado “Código Napoleônico”.

2.2 A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO FRANCÊS

O iluminismo francês, vocacionalmente antropocêntrico, colocara a vontade racional do o homem como centro do universo. Assim, inegavelmente contribuiu para que se atribuísse à manifestação de vontade uma excessiva força normativa. Essa excessiva força normativa será também atribuída ao contrato, visto ser este instituto um acordo de vontades. Dessa forma pode-se afirmar que o iluminismo francês contribui para a consagração do dogma da “autonomia da vontade” e conseqüentemente do “pacta sunt servanda”- princípios clássicos das relações contratuais.

A codificação é uma idéia iluminista, vez que tal idéia pressupõe que a atividade legislativa pode melhorar a sociedade. Por isso não é surpresa que justamente na França tenha surgido uma das primeiras e mais importantes codificações de todos os tempos, o Código Civil francês de 1804 - Código Napoleônico - marco das codificações e paradigma do direito legislado. O Código Napoleônico influenciará as codificações de muitos outros países servindo como ponto de referência, inclusive, para o Brasil.

O Código francês possuía em seu texto original cerca de aproximadamente 1700 artigos voltados para regular questões de cunho patrimonial e apenas cerca de 500 dispositivos voltados para regular questões jurídicas relativas às pessoas. De sistema fechado e forjado sob o modelo liberal clássico o código francês conferia maior relevo ao patrimônio que à pessoa, permitindo ao interessado excessiva liberdade para obter e transmitir bens e serviços. Assim, consagrava a liberdade para contratar e para adquirir e exercer a propriedade.

Pode-se concluir que o “Código Napoleão”, ancorado aos princípios clássicos da autonomia da vontade e do pacta sunt servanda, no intuito de tutelar o sujeito de patrimônio (ser sujeito de direito significava ser sujeito de patrimônio e, portanto, sujeito do contrato), atribuía à vontade e, por conseguinte ao contrato, excessiva força normativa.

O “Código Beviláqua” (1916), inspirado no Código de Napoleão, dedicou cerca de 2/3 de seus dispositivos às questões de cunho patrimonial. Também de sistema fechado (o que não estivesse contemplado no código era tido como não regulado pelo direito), continha apenas as disposições que interessavam à classe dominante.

O direito de propriedade era absoluto, havendo uma preocupação excessiva em tutelar o proprietário, o qual tinha ampla disposição sobre seus bens, assim como ocorria na codificação francesa.

Segundo Fachin, (2003, p.75), “a disciplina jurídica da propriedade nasce do artigo 554 do Código Civil francês de 1804, segundo o qual o direito de propriedade é absoluto, exercido da maneira mais ampla possível”.

O Código de Beviláqua, só se afastou do código de Napoleão no que diz respeito à organização das matérias e em alguns aspectos técnicos, nos quais se inspirou no Código Alemão (BGB) de 1900.

O Código Civil de 1916 mostrou-se extremamente patrimonialista, liberal e individualista nas relações contratuais, ou seja, revelava a mesma mentalidade ou o mesmo “perfil espiritual” – os mesmos Princípios – do modelo que o inspirou.

2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade é a liberdade de contratar. É a liberdade de criar regras que deverão ser obedecidas pelas partes envolvidas, sendo tais regras normas jurídicas por natureza. O instrumento da autonomia privada é o contrato.

É o princípio matriz do direito contratual, sua mola mestra. Diz - se matriz porque todo contrato pressupõe que tenha havido autonomia da vontade. Todo contrato deve ter um mínimo de autonomia negocial, senão não é contrato.

O princípio da autonomia da vontade ou da liberdade de contratar pode ser analisado sob três aspectos principais:

1 - liberdade de contratar ou não contratar, de participar ou não da celebração de um contrato. Há casos que excepcionam o princípio de que a pessoa pode abster-se de contratar, como por exemplo, quando há imposição legal, como é o caso do seguro obrigatório de veículos.

2 - liberdade de escolher o outro contratante (com quem contratar). Excepciona essa regra a impossibilidade de escolha do contratante nos casos de empresas concessionárias prestadoras de serviços públicos, como por exemplo, fornecimento de água e luz.

3 - liberdade de fixar o conteúdo dos contratos. É a possibilidade de escolher qualquer uma das modalidades contratuais reguladas pela lei (contratos nominados), introduzindo alterações ou cláusulas que melhor servirem aos interesses almejados ou ainda de criar novas modalidades contratuais (contratos inominados), conforme as necessidades do negócio jurídico celebrado. O conteúdo do contrato é livremente determinado pela vontade das partes, desde que atendidos os requisitos de validade do negócio jurídico estabelecidos em Lei. No entanto, os tempos modernos trouxeram uma nova modalidade de contrato que se forma pela adesão de uma das partes às cláusulas pré-estabelecidas pela outra. Denominados contratos de adesão, essa modalidade de contrato impossibilita que uma das partes possa escolher o conteúdo dos contratos, nesse caso a autonomia negocial fica limitada à opção de aderir ou não ao pacto, já que uma das partes impõe as cláusulas à outra.

Como é cediço, a autonomia da vontade expressa nesses três aspectos, nunca foi absoluta, mesmo no XIX, em pleno liberalismo, essa liberdade sofria, e ainda sofre, limitação de caráter geral pela ordem pública e os bons costumes.

A ordem pública goza da supremacia do interesse público sobre o particular, proibindo pactos contrários a ela.

Enzo Roppo, assim a define:

Ordem pública é o complexo dos princípios e valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase de evolução histórica, e que, para isso, devem considerar-se imanescentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica". (Enzo Roppo, 1988, p. 174).

Pode-se afirmar que no Estado Liberal a ordem pública está voltada para a proteção dos interesses do Estado e da coletividade. Atualmente a ordem pública está votada para a proteção dos interesses da pessoa humana, da coletividade e do Estado Social. Na ordem pública estão contempladas além de todas as leis do Direito Público, também todas as normas de direito privado em que predomina o interesse social.

Os bons costumes também constituem limitação à autonomia da vontade. Para Gomes (1975, p.35), "parece serem a projeção de regras morais no terreno jurídico, mas não se confundem com a moral".

Bons costumes são regras de comportamento social que não estão escritas e que representam a ética e os valores de uma determinada sociedade em um determinado momento. Assim como a ordem pública os bons costumes estão intimamente ligados aos valores morais e econômicos de determinada sociedade em uma determinada época.

.As fronteiras entre ordem pública e bons costumes não são nítidas, por isso, muitas vezes é difícil precisar no caso concreto de qual conceito se trata.

No entanto, essa dificuldade não acarreta nenhuma alteração no resultado prático, já que os bons costumes pertencem à pública.

São exemplos apontados pela doutrina como contrários aos bons costumes, os seguintes contratos:

- a) Os relativos à exploração de casas de tolerância (“os inferninhos”);
- b) Os que dizem respeito a jogos de azar;
- c) Os que têm por objeto a corretagem matrimonial;
- d) Os que têm por objetivo o comércio de influência.

Contratos contrários a moral e aos bons costumes são nulos, pois a lei não tutela a imoralidade.

Com o passar dos tempos sobreveio uma evolução social e econômica. Os limites gerais (ordem pública e bons costumes) se mostraram insuficientes para coibir os abusos cometidos em nome da “liberdade de contratar”. Devido à necessidade de salvaguardar novos valores sociais, várias leis de ordem pública foram criadas para limitar a liberdade de contratar. São exemplos dessas leis, as leis de locação residencial e comercial, a legislação trabalhista, o código de defesa do consumidor, as leis sobre seguro de saúde, etc. Essas leis constituem uma forma de dirigismo contratual- interferência estatal quando estão envolvidos valores existências.

É importante salientar que para a validade do contrato, além, dos requisitos de validade do negócio jurídico exigidos por lei, é necessário que a manifestação de vontade seja livre, ou seja, isenta dos chamados vícios de vontade (ou do consentimento), quais sejam, o erro, o dolo, a lesão, a coação e estado de perigo.

2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS – “PACTA SUNT SERVANDA”

Por esse princípio aquilo que foi pactuado pelas partes tem que ser cumprido fielmente, sob pena de execução do patrimônio do inadimplente. Segundo Orlando Gomes, traduz a idéia de que o contrato é lei entre as partes.

Esse princípio decorre diretamente do princípio da autonomia da vontade. Embora, seja um princípio não escrito no direito civil brasileiro, encontra-se consagrado em nosso sistema jurídico, mesmo porque de nada valeria a autonomia da vontade se não tivesse força vinculativa e obrigatória entre as partes.

Para Gomes (1975, p.43), “essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico”.

O pacto celebrado passa a fazer parte do ordenamento jurídico, garantido a possibilidade de intervenção estatal para assegurar o cumprimento do que foi pactuado.

Assim, se as partes livremente estabelecerem as regras que devem ser cumpridas por elas próprias, observando os requisitos de validade impostos pelo ordenamento, o contrato lhes obrigará como se fosse lei imperativa. Dessa forma nenhuma das partes poderá alterar unilateralmente seu conteúdo, só sendo possível tal alteração de comum acordo.

A força obrigatória dos contratos pode ser vista sob três aspectos:

- 1- Pontualidade no cumprimento das obrigações estabelecidas no pacto contratual.
- 2- Irrevogabilidade do vínculo.
- 3- Intangibilidade de seu conteúdo.

Todavia, no que pese esse princípio ser fundamental para a segurança jurídica contratual, e ainda terem as partes por sua livre e espontânea vontade se vinculado ao pacto, ficando submetidas à sua força imperativa, poderão, durante o

período de execução contratual, surgirem situações que causem onerosidade excessiva para uma das partes, ou que impossibilitem o cumprimento da obrigação. Nesses casos a regra da obrigatoriedade pode ser quebrada. Tal possibilidade decorre da aplicação da clausula rebus sic stantibus (esquecida nos séculos XVIII e XIX) que deu origem a Teoria da Imprevisão.

Outras hipóteses de exceção à regra da obrigatoriedade é a extinção contratual por resolução (descumprimento da obrigação pela outra parte). Se uma das partes não cumprir o que foi estabelecido no contrato, estará autorizando a outra parte pedir a resolução (desfazimento) do contrato, caso não prefira exigir-lhe o cumprimento, pedindo em qualquer caso, se cabível, indenização por perdas e danos.

O vínculo contratual também pode ser extinto por iniciativa de uma das partes, através da rescisão unilateral ou denúncia. A lei permite em alguns casos que um dos contratantes termine a relação, por não mais lhe ser interessante, denunciando o contrato. É o que ocorre com a locação por tempo indeterminado.

Além da resolução e da denúncia contratual, também constitui exceção à regra da obrigatoriedade do contrato, a revogação contratual, a qual só é possível mediante o apoio de motivos legalmente previstos, como ocorre com a revogação da doação e a revogação do mandato.

2.5 PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DAS CONVENÇÕES

Por esse princípio o contrato vincula exclusivamente as partes que dele participam, assim, não proveita, nem prejudica terceiros. Esse princípio, embora não formalizado em nossa lei civil, como ocorre na França, sempre fez parte do nosso sistema jurídico.

Acontece que o contrato tem relevância como “fato social”, já que não existe isolado da sociedade, sendo demasiadamente simplista a idéia de que seus efeitos atinjam somente as partes envolvidas.

Mesmo na vigência do código de 1916, os efeitos das avenças celebradas repercutiam no meio social, ou seja, nos interesses alheios. Dessa forma, o princípio da relatividade, pelo qual os efeitos contratuais somente atingem às partes envolvidas nunca foi verdadeiro, era fruto do individualismo que imperou durante uma época.

Há alguns negócios jurídicos que excepcionam a regra de relatividade dos efeitos dos contratos. São eles a “estipulação em favor de terceiros” (ex: contrato de seguro de vida), o “contrato com pessoa a declarar” (aquele que pretende adquirir um imóvel, mas não quer aparecer para o vendedor, para que sua condição pessoal não eleve o preço), “a promessa por fato de terceiro”.

Segundo o princípio da relatividade os efeitos internos produzidos pelo contrato são limitados aos contratantes, ou seja, a relação contratual se torna oponível perante terceiros, os quais não podem questioná-la. O contrato é oponível a todos, resultando essa oponibilidade de sua mera existência.

A oponibilidade interna funciona como mecanismo de defesa dos interesses pactuados pelas partes contra terceiros que venham praticar atos atentatórios a esses direitos.

A doutrina fala da existência de efeitos externos dos contratos, sendo possível a oponibilidade de terceiros em face do contrato (e dos contratantes), quando a vença lhes causar prejuízo. Portanto, nada impede que terceiros ofereçam oponibilidade externa ao contrato, quando o negócio jurídico celebrado, lhes prejudicar direito.

Lisboa (2008, p.97), assim exemplifica, “se “A” contrata compromisso de compra e venda com “B”, um terceiro, que também afirma ser proprietário, poderá se opor ao contrato, inclusive em juízo.”

Antes da vigência do Código de 2002, o contrato que prejudicasse terceiros era considerado nulo (controle repressivo), hoje se prefere o controle preventivo do ato ilícito, ou seja, os terceiros prejudicados podem opor-se ao contrato que lhes

causar prejuízo, sejam terceiros identificados ou terceiros não identificados (titulares de direitos difusos e coletivos).

3. CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 MUDANÇA DE PARADIGMA: RESPEITO À PESSOA HUMANA E AOS VALORES SOCIAIS

O Código de 1916 era ruralista, individualista, patrimonialista e patriarcal. Mas sem dúvida, serviu durante muito tempo para tutelar os interesses das classes que o idealizou. Tecnicamente sempre foi muito elogiado por grandes juristas e o tempo que esteve em vigência, 85 anos, demonstra que tinha muitas qualidades. Embora, se saiba que muito antes de sua revogação, já era um código obsoleto, dado o sistema fechado que adotara não acompanhar a evolução natural da sociedade.

Foi para um novo Brasil, totalmente modificado e em crescente desenvolvimento, sofrendo transformações das mais diversas ordens, que em 1969, Miguel Reale foi convidado, pelo então Ministro da Justiça, Luis Antonio da Gama e Silva, para redigir o Projeto do Novo Código Civil. Nas codificações anteriores, como a de Teixeira de Freitas e de Clóvis Beviláqua, a redação do código coube a um único autor. Fugindo a essa tradição, Miguel Reale sugeriu que fosse nomeada uma comissão, da qual ele seria o coordenador. Assim, foi nomeada uma comissão formada por Miguel Reale (coordenador) e os juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Erbert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, para elaborar o projeto do novo Código Civil.

No lapso temporal existente entre a codificação de 1916 e a de 2002, muitas coisas mudaram no Brasil e no mundo. Inúmeros acontecimentos de ordem política, social e econômica separam as duas codificações civis brasileiras. De país agrário e subdesenvolvido, passou a ser urbano (a maioria de sua população vivendo nas cidades, principalmente nos grandes centros comerciais e industriais) e em desenvolvimento (economia crescente), a cultura em geral também se desenvolveu a olhos vistos. Dentre tantos acontecimentos ocorridos nesse intervalo temporal, merece destaque no âmbito internacional, a Declaração

Universal dos Direitos do Homem (1948) e no âmbito nacional o retorno a plenitude democrática após vinte anos de ditadura militar (1964 a 1985) e principalmente a aprovação de uma Nova Ordem Constitucional em 1988, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, através de uma Assembléia Constituinte eleita especialmente para esse fim.

O novo Projeto foi enviado ao Congresso Nacional em 1975, tramitou durante muitos anos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Enquanto o projeto tramitava, em 1988, foi promulgada a nova Constituição Federal do Brasil, chamada “Constituição Cidadã”, incorporava ao seu texto os valores humanitários e sociais defendidos pelas civilizações modernas.

Chega o ano de 2002, o país vive uma nova realidade econômica, social e cultural. É um novo Brasil, inundado pelos avanços tecnológicos e inserido em um mundo globalizado, que após difíceis experiências, como o holocausto e a segunda guerra mundial, passou a preocupar-se mais com as questões humanitárias, colocando o ser humano como principal destinatário do direito moderno.

Finalmente, nesse novo contexto nacional e internacional, o Projeto do Novo Código Civil, foi submetido à sanção do presidente Fernando Henrique Cardoso, que o sancionou, promulgando a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil de 2002, entrando em vigor após um ano de *vacatio legis*. O tempo de tramitação legislativa do Projeto de Código Civil submetido ao Congresso Nacional em 1975 foi a bem da verdade foi muito longo, mas sua atualização e adequação foram constantes, como afirmara o próprio Miguel Reale :

... Não tem cabimento, por conseguinte, a prevenida afirmação de que o novo Código Civil já teria nascido velho, por se vincular a um projeto enviado ao Congresso Nacional em 1975. Raciocina-se, em tal caso, como se não houvesse sido aproveitada cada fase da tramitação para oportuna adequação do Projeto às vicissitudes históricas. (Miguel Reale, Marthins-Costa, 2005, p.25/26).

A codificação de 1916 teve como principal referencial ou paradigma, o Código Francês de 1804 – “Código Napoleão”, refletindo, portanto, os mesmos valores que inspiraram aquele que foi para o legislador brasileiro e para legisladores de muitas outras nações, paradigma do direito legislado. Já o principal ponto de referência (paradigma) da Codificação Civil de 2002, foi sem dúvida a Constituição Federal de 1988. Daí se depreende que os valores que inspiraram o Código Civil de 2002, são aqueles propagados pela Carta Magna de 1988. Assim, como a Carta Magna colocara a dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser perseguido, o patrimônio deixa de ocupar o papel principal, passando a coadjuvante no ordenamento jurídico contratual.

Assim dispunha o artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana;

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana propagado pela Constituição Federal de 1988 dialoga com os princípios contratuais, preponderando sobre eles, pois como ensina Miguel Reale “é o valor-fonte de todos os valores jurídicos”.

Ensina o Mestre Reale que o Novo Código foi elaborado tendo por base três princípios informadores: a socialidade, a eticidade e operabilidade.

A - Princípio da Socialidade:

Como já foi dito a sociedade brasileira de 1916 está separada da de 2002, não somente pelo lapso temporal, mas também por uma enorme distância cultural, econômica e científica. O Brasil de hoje é um país urbano (a maioria dos brasileiros vivem nas cidades) e emergente, tendo incorporado em sua estrutura os avanços da sociedade moderna. Nesse sentido um código de caráter individualista não mais seria concebível, já que não seria compatível com a

realidade brasileira. Por isso, no Novo Código civil há o predomínio do social sobre o individual, ou seja, prevalece a concepção social do direito.

A socialidade é o contrário do individualismo. Portanto, o Novo Código Civil contempla a vitória dos valores coletivos sobre os individuais.

Vários exemplos podem ser dados demonstrando a consagração da socialidade pelo Código de 2002, basta lembrarmos a natureza social da posse, a função social da propriedade e a função social do contrato:

Exemplo 1. No caso da posse, o Código leva em conta a natureza social da posse para reduzir o prazo da usucapião.

Art. 1238: § único: “O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nela realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Exemplo 2. No caso da propriedade, o Código determina que ela atenda a função social.

Art. 1228, § 2º: São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

§ 4º: O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Exemplo 3. O Código consagra a função social do contrato.

Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422: Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 também trouxeram significativas mudanças no que se refere ao direito de família, sendo certo que tais mudanças demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro,

haja vista a proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; o reconhecimento do direito a alimentos, inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges separados judicialmente de contribuírem na proporção de seus recursos para a manutenção dos filhos, etc.

É evidente o caráter social das alterações pertinentes ao direito de família advindas da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002 ficando explícito o espírito social das inovações.

B – Princípio da eticidade

A eticidade significa a inclusão de critérios éticos no ordenamento jurídico, contudo, sem abandonar a técnica jurídica que deve se compatibilizar com tais critérios. São exemplos de critérios éticos adotados pelo novo código civil: a equidade, a probidade, a boa-fé (que também é uma cláusula geral e um princípio), a justa causa, etc.

O legislador optou muitas vezes pelo uso de cláusulas gerais, ou seja, de normas extremamente genéricas, com a finalidade de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer seja por advogados, quer pelos juízes, garantindo, assim, a contínua atualização dos preceitos legais. As cláusulas gerais se aplicam a qualquer caso que se subsuma aos seus requisitos. São exemplos de cláusulas gerais a boa-fé objetiva e a função social.

Exemplos ilustrativos encontrados no Código Civil de 2002:

Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Percebe-se pelos dispositivos transcritos as recorrentes referências à probidade, a boa-fé, e a função social, numa clara intenção do legislador em mesclar a técnica jurídica com valores éticos. O uso das cláusulas gerais só é possível por se tratar de um sistema aberto de codificação.

C – Princípio da operabilidade

É a preocupação em utilizar a melhor técnica para aplicar o Direito. O intuito de facilitar a interpretação e a aplicação do Direito por seus operadores. O legislador se propôs a dar ao Novo Código maior praticidade, simplificando quando necessário e ainda esclarecendo dúvidas remanescentes da codificação anterior.

A exemplo do exposto cita-se a distinção feita entre prescrição e decadência, estabelecendo-se na parte geral do código os casos de prescrição, em “numerus clausus”(rol taxativo), e fixando as hipóteses de decadência logo após a disposição normativa conexa a ela.

Outro esclarecimento feito pelo Código foi a distinção entre associação e sociedade, sendo a primeira denominação destinada para entidades sem fins econômicos e a segunda para designar as com fins econômicos.

O objetivo de buscar o direito foi uma constante da Comissão, merecendo menção e transcrição, a título de exemplo, o § 1º do artigo 1240 do Código Civil:

Art. 1240,§1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Fica claro no dispositivo que há o reconhecimento da existência da união estável, que passa a ser reconhecida como entidade familiar.

Por fim, destaca-se a opção por uma linguagem precisa e atual, na medida do possível desapegada dos modelos clássicos já superados.

3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A Constituição Federal de 1988, rompendo com a postura liberal clássica e reconhecendo a superação das ideologias capitalista e socialista, buscou dar proteção efetiva aos interesses socialmente mais relevantes, ou seja, dos interesses da coletividade em geral e os personalíssimos. Assim, o Código Civil perdeu sua condição exclusiva de “constituição do direito privado”. Inicia-se uma nova era, rompida com a dogmática tradicional. O Intervencionismo Estatal adquire nítidos contornos, interferindo, sobretudo, no contrato, instrumento da vida econômica por excelência, com o fim de promover a justiça social.

A interferência do Estado-juiz nos contratos, inclusive, alterando suas cláusulas quando estas são abusivas, caracteriza uma das formas de Dirigismo Contratual. O Dirigismo Contratual é a nova postura adotada pelo Estado que doravante interfere nas relações negociais privadas, quer impondo limitações previstas em lei, quer através da atuação jurisdicional, com vistas a inibir ou corrigir eventuais abusos, procurando promover a tão almejada justiça social.

A Carta Magna de 1988 fixa as diretrizes de um Estado Social de Direito e diversos princípios por ela contemplados transcendem à esfera contratual. Como exemplos, temos as disposições contidas no artigo 1º, incisos II, III e IV, que afirmam que o Estado tem como fundamento:

- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

No mesmo sentido as disposições do artigo 5º caput (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade) e incisos XIII (liberdade para exercer a profissão), XVII (liberdade de associação), XXII(direito de propriedade), XXVIII (função social da propriedade), XXIV(proteção à pequena propriedade agrícola, trabalhada pela família).

As diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal geraram mudanças no Direito Civil e serviram de base ao direito contratual.

Alexy (p.745), ensina que “os princípios do direito constitucional aplicam-se amplamente em todas as áreas do Direito, e graças a esta aplicabilidade os direitos constitucionais se tornam onipresentes”.

A transcendência dos princípios que inspiraram o Estado Social – princípios constitucionais, no âmbito privado, especialmente nos contratos, têm levado ao desenvolvimento de um caráter social do contrato, predominando sobre o caráter individualista de outros tempos.

Ao processo de elevação dos princípios fundamentais do direito civil ao plano constitucional, atribuindo-lhes “status de norma constitucional” e ocupando, portanto, proeminência no ordenamento jurídico, dá-se o nome de Constitucionalização do Direito Civil.

A Constitucionalização do Direito Civil vinculou o legislador infraconstitucional de 2002, que teve que adequar o novo código às diretrizes (princípios) estabelecidas na Lei Maior. Os princípios propagados pela Constituição Federal de 1998, atinentes ao direito contratual, contribuiram para consagração dos chamados novos princípios contratuais, a saber, o princípio da função social do contrato, o princípio do equilíbrio contratual e o princípio da boa-fé objetiva.

3.3 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Esse princípio foi vivificado pela Constituição Federal que no seu artigo 3º, inciso I, estabeleceu como um dos objetivos fundamentais do Estado a promoção da justiça e da solidariedade social.

O princípio do equilíbrio contratual é corolário de outros dois novos princípios do direito contratual: a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Se for mantido o sinalagma contratual, ou seja, o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação,

não haverá vantagem somente para uma das partes, assim, tem-se um contrato justo, no qual há respeito, cooperação e lealdade mútuos (boa-fé objetiva). Por outro lado, o contrato que contempla o equilíbrio das prestações, cumpre sua função social, pois, a contrário sensu, o desequilíbrio contratual sempre repercute socialmente, seja pelo inadimplemento ou até mesmo pela insolvência (desastres sociais).

O desequilíbrio negocial ou quebra do sinalagma contratual pode ocorrer nos casos de lesão (art. 157 do Código Civil), estado de perigo (artigo 156 do Código Civil) e de onerosidade excessiva. Nos dois primeiros casos, respectivamente, uma das partes assume prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, por necessidade ou inexperiência (lesão) ou assume obrigação excessivamente onerosa diante da necessidade de salvar-se, ou a alguém de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte (estado de perigo). No caso de lesão o contrato torna-se anulável, já no caso do estado de perigo o contrato é inválido.

No caso das prestações se tornarem onerosamente excessiva para uma das partes e extremamente vantajosa para a outra em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a lei permite a resolução do contrato ou sua revisão para o restabelecimento do equilíbrio entre as prestações (artigos 478 e 479 do Código Civil).

A base da revisão contratual tem origem na “cláusula rebus sic stantibus”, que deu origem a Teoria da Imprevisão adotada pelo Código Civil de 2002.

Destaca-se que o Estado-Juiz pode, ao ser acionado, alterar ou extirpar a cláusulas contratuais abusivas ou as causadoras de patente desequilíbrio na relação contratual – é o chamado Dirigismo Contratual.

3.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva tem como fundamento constitucional a cláusula geral de dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88) e o objetivo fundamental do Estado de construir uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º, I, CF/88)

A boa-fé objetiva representa no direito das obrigações, a eticidade perseguida pelo legislador, quando da elaboração do Novo Código Civil.

O princípio da boa-fé é uma cláusula geral do direito contratual, devendo comandar todas as relações de cunho negocial. Reconhecido pela doutrina como um dos direitos básicos do direito contratual, já adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (1990), o princípio da boa-fé objetiva foi consagrado pelo Código Civil de 2002 no artigo 422, verbis:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O dever de lealdade e boa-fé se impõe na fase pré-contratual, no momento do ajuste, durante a execução e até mesmo após seu cumprimento.

Na tradicional boa-fé subjetiva se analisa a intenção do agente, o seu “estado de espírito” quando da celebração do negócio jurídico. Se houve ou não a intenção do agente em prejudicar direito alheio. Na boa-fé objetiva o foco muda totalmente, não se analisa a intenção do agente e sim a pessoa que sofre os efeitos da conduta do agente, verificando-se, se nas circunstâncias do caso concreto poderia ser exigida conduta diferente da praticada. A boa-fé objetiva é o padrão de comportamento que se espera do homem médio (pai de família), a comparação entre a atitude tomada e aquela que se poderia esperar, por isso, também é chamada de boa-fé regra (regra de conduta).

Lisboa (2009, p. 31), exemplifica dizendo que “uma pessoa que adquire um parêntese eletrônico pressupõe que o vendedor fornecerá todas as informações relevantes sobre as funções e a maneira de utilização do bem”.

No exemplo dado, se o vendedor não fornecer as informações necessárias, poderá dependendo das circunstâncias do caso ensejar perdas e danos, bem como indenização por danos morais, se for o caso.

A boa-fé objetiva fundamenta uma série de obrigações acessórias de contratação, destacando-se entre elas a lealdade, a informação, a cooperação mútua, a veracidade, a assistência técnica e a transparência de agir.

3.5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A socialidade que encerra a prevalência do coletivo (função social) sobre o individual (autonomia da vontade) foi um dos princípios informadores do Novo Código Civil perseguido pelo Coordenador Miguel Reale, pela Comissão Elaboradora e Revisora e por todos seus colaboradores.

O princípio da função social dos contratos é cláusula geral do novo direito contratual. Estando previsto no artigo 421, do Código Civil.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Este princípio é corolário da função social da propriedade consagrada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIII, verbis:

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

A função social da propriedade só pode ser alcançada se igual princípio for estendido aos contratos, instrumento de circulação de riquezas, cuja celebração interessa a toda coletividade. Pode-se concluir, portanto, que o fundamento do princípio da função social dos contratos é constitucional. Assim, entende-se que o Estado Brasileiro, ancorado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sem olvidar dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), pelo contrário zelando por eles, pretende com a ajuda da

função social do contrato “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I).

Nesse sentido: Theodoro Júnior:

O desenvolvimento econômico deve ocorrer vinculadamente ao desenvolvimento social. Um e outro são aspectos de um único desígnio, que por sua vez, não se desliga dos deveres éticos reclamados pelo princípio mais amplo da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser sacrificado por qualquer iniciativa, seja em nome do econômico, seja em nome do social. (Humberto Theodoro Júnior, 2003, p.31/32).

Dessa forma os princípios da livre iniciativa (função econômica) e da função social não são antagônicos, devendo caminhar juntos para que haja crescimento econômico e justiça social.

O princípio da função social do contrato não está voltado para o relacionamento entre as partes envolvidas e sim para os efeitos que o negócio jurídico celebrado produz perante terceiros e à coletividade. É o que se depreende analisando o nome dado a esse princípio. Função significa “papel a desempenhar”, “obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição”. Social é o que é “concernente à sociedade”, “relativo à comunidade, ao conjunto de cidadãos de um país”. Por conseguinte só se pode pensar em função social quando o negócio celebrado interfere fora da esfera dos contratantes, ou seja, no meio social em que eles realizaram o negócio de seu interesse particular.

A função social do contrato consiste em analisar os reflexos que a liberdade contratual pode produzir para terceiros ou para a sociedade. Reconhece-se, portanto, que a atividade negocial, além de produzir efeitos para os estipulantes, também produz reflexos na sociedade.

Deixado de lado o individualismo de outras épocas, já que é sabido que a atividade negocial influencia o meio social, entende-se que os contratos celebrados não poderão respingar em terceiros ou na coletividade, causando-lhes prejuízos. Já que não haveria justiça social, caso se admitisse prejuízo de terceiros ou da coletividade em prol dos interesses dos contratantes. O que significa dizer que no Estado Social, se algum dano for causado a terceiros ou à

coletividade, a autonomia privada terá sido exercida de forma ilícita. Neste caso o contrato será invalidado ou o contratante causador do prejuízo terá que repará-los, ou ambas as providências dependendo do caso.

A aplicação específica da função social dos contratos pode ser observada em todos os casos em que há a conservação do negócio celebrado.

Neste sentido, o Enunciado 22 do CEJ:

A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

Vários dispositivos do Código Civil asseguram a conservação dos contratos e, portanto, ajudam a concretizar o cumprimento do princípio da função social do contrato. Podem ser lembrados:

Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante. (caso de erro sanável).

Art.157,§ 2 °: Não se decretará a anulação do negócio jurídico, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (caso de lesão).

Art. 170. Se porém o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.”(caso de conversão do negócio jurídico em outro)”.

O § único do art. 473. 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. (efeitos da denúncia unilateral, quando há investimentos consideráveis da outra parte).

Todos esses dispositivos são novidades do Código Civil de 2002, tendo como pano de fundo a função social do contrato.

O STJ, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e na relevância social que tem a aquisição da casa própria, estabeleceu a ineficácia da hipoteca perante os adquirentes do imóvel nos contratos de mútuo imobiliário firmado entre a construtora e o agente financeiro.

O julgado considerado paradigma para diversos outros posteriores, que acabou por resultar na súmula 308, teve por relator o Ministro Ruy Rosa de Aguiar, constando de sua ementa:

“O direito de crédito de quem financiou a construção de unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel e a da construtora do prédio”.

Súmula 308 do STJ:

“A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

3.6 A COEXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS – SUA MITIGAÇÃO

Os princípios clássicos, informadores da teoria contratual durante o domínio das idéias liberais, não foram abandonados, como se poderia supor, na verdade foram acrescentados outros princípios que atenuam seus efeitos ou lhes conduzem a uma releitura. Significa dizer que os chamados “novos princípios” não excluem os princípios clássicos do mundo jurídico. Na verdade ocorre a mitigação dos princípios clássicos pelos “novos princípios”.

A autonomia da vontade, princípio basilar do direito contratual, sofre mitigação pelo princípio da função social do contrato que impõe limites ao conteúdo do contrato, interferindo, assim na autonomia da vontade, e por consequência no princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Em outras palavras, os interesses dos particulares (contratantes) não podem prejudicar terceiros ou a coletividade. A função social também atingiu o princípio da relatividade das convenções que teve que ser reinterpretado, já que o novo código considera o contrato um fato social que, portanto, repercute socialmente. A nova leitura que se faz diz respeito, principalmente, à “interferência ilegítima de

terceiros no contrato do qual não são partes”, como ocorre com freqüência nos contratos de exclusividade.

O princípio do *pacta sunt servanda* além de sofrer mitigação pelo princípio da função social como já foi dito anteriormente, também sofre mitigação do princípio do equilíbrio contratual, já que a quebra do sinalagma (equilíbrio das prestações) por onerosidade excessiva, lesão e ou estado de perigo pode ensejar a revisão contratual, a resolução, a anulabilidade e até a nulidade, dependendo do caso - aplicação da teoria da imprevisão.

O princípio da autonomia da vontade é ainda mitigado pelo princípio da boa-fé objetiva, pois a boa-fé objetiva incide diretamente no conteúdo do contrato.

Em suma, com o advento do Novo Código Civil houve um aumento no rol dos princípios contratuais, aos “velhos” princípios, somaram-se mais três, chamados “novos princípios” contratuais. Assim, temos: o princípio da autonomia privada; o princípio da força obrigatória dos contratos; o princípio da relatividade das convenções; o princípio do equilíbrio contratual, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato.

A doutrina também faz referência a um sétimo princípio, o do consensualismo. Pelo princípio do consensualismo basta o acordo de vontades para que o contrato se aperfeiçoe, assim, não sendo exigida forma prescrita em lei, o negócio celebrado será válido independentemente de forma. Por outro lado, havendo exigência legal de forma prescrita em lei, seu descumprimento, acarreta a nulidade do negócio jurídico.

4. COMPARAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS E OS “NOVOS PRINCÍPIOS” CONTRATUAIS

Os princípios clássicos se inspiraram nos ideais do Estado Liberal, refletindo valores excessivamente patrimonialistas e individualistas que dominaram as codificações herméticas dos séculos XVIII, XIX, e início do século XX. São eles: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da obrigatoriedade das convenções - *pacta sunt servanda* e o princípio da relatividade das convenções. Esses princípios apoiados aos ideais liberais da não intervenção e na igualdade formal constituíram durante muito tempo em “arma dos fortes contra os fracos”, e em “arma dos ricos contra os pobres”.

A igualdade formal e a não intervenção, sem dúvida, foram instrumentos que as classes dominantes utilizaram para perpetuar sua posição privilegiada, em detrimento das classes menos favorecidas.

Os novos princípios refletem os valores do Estado Social de Direito, ou seja, os valores de interesse social, como a solidariedade, o bem comum e a justiça social, sem olvidar dos valores fundantes da pessoa humana (dignidade). Os novos princípios são típicos de sistemas abertos de codificação, que através da aplicação de cláusulas gerais, permitem uma atualização constante do direito negocial, além de permitir maior discricionariedade para aplicação do direito no caso concreto. Fazem parte do rol de “novos” princípios contratuais, os princípios da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

As duas “gerações” de princípios pertencem a momentos diferentes da história humana, sendo certo que ambas tem sua importância para o direito contratual e embora sejam antagônicas, estranhamente se completam.

Os princípios clássicos e os “novos” princípios se contrapõem, mas como é sabido, quando há conflito entre princípios não há exclusão de nenhum deles do mundo jurídico e sim a harmonização entre eles em cada caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato é um instrumento jurídico muito antigo, provavelmente tenha surgido pouco tempo após a cessação da lei do mais forte, momento em que o homem deixou de resolver suas necessidades com base na força física, passando a negociar um com o outro para suprir suas necessidades cotidianas. Trata-se de um organismo mutante que vem desde tempos remotos se modificando, adaptando-se às transformações que as relações humanas vêm sofrendo com o passar do tempo.

O espaço que antes era preenchido pela desconfiança, impedindo que os homens pudessem estabelecer relações negociais seguras, passa a ser preenchido por esse instituto jurídico. A segurança negocial e a própria natureza do instituto, que serve de meio de circulação de riquezas, fizeram do contrato um dos pilares do Direito Civil.

O contrato está presente no cotidiano das pessoas. Mesmo as mais simples dele fazem uso com certa freqüência. Porém o cunho patrimonialista que sempre envolveu as questões contratuais acabou por produzir resultados danosos para sociedade.

O Código Civil de 1916, inspirado nas codificações liberais da Europa, mormente na codificação francesa (1804), incorporou o mesmo espírito patrimonialista, liberal e individualista que as inspirou. Por isso, pode-se afirmar que a codificação de 1916, no que se refere aos contratos, foi construída ao assento dos princípios clássicos contratuais, a saber, o princípio da autonomia privada, o princípio da obrigatoriedade das convenções e o princípio da relatividade das convenções.

Os princípios clássicos adotados pelo código de 1916 refletiam uma ideologia voltada totalmente para a questão patrimonial, já que não havia preocupação com os reflexos que o instituto poderia causar na sociedade, o que revela o império do perfil marcadamente individualista vigente naquela época.

Sobre a égide do Código Civil de 1916 muitos abusos foram cometidas em nome da liberdade de contratar e da força obrigatória do instituto. Não se falava em proteção a terceiros nem à coletividade, nem havia preocupação com o desequilíbrio superveniente entre as prestações, tampouco preocupação em proteger a parte vulnerável do negócio jurídico, ou seja, não havia nenhuma preocupação em promover justiça social.

O legislador do Código de 2002, quando de sua elaboração, tinha três opções distintas, dar maior relevância ao individualismo, como ocorria na codificação de 1916, dar preferência aos valores coletivos promovendo assim, a “socialização dos contratos” ou ainda adotar uma posição intermediária, combinando o individual com o social, fazendo uso de cláusulas gerais que permitissem soluções justas, úteis e equitativas em cada caso concreto. Não há dúvidas que seja essa a posição adotada pelo legislador de 2002.

O Novo Código Civil incorporou à lista de princípios contratuais, outros três princípios que refletem valores bem diferentes dos princípios clássicos inspiradores da codificação de 1916. Os “novos princípios” são o princípio da função social dos contratos, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio do equilíbrio contratual, portanto, passam a ser seis os princípios contratuais, sendo que parte da doutrina ainda fala de um sétimo princípio, o princípio do consensualismo.

Os “novos princípios” diferentemente dos clássicos encerram uma ideologia mais voltada para as questões éticas e sociais que envolvem os contratos. O bem comum, a solidariedade social e valores éticos como a lealdade, honestidade e cooperação são levadas em consideração para que se atribua ou não validade ao negócio celebrado, além da responsabilização por dano causado à parte contrária, a terceiros e à coletividade, quando for o caso.

O acolhimento dos “novos princípios contratuais” significou um grande avanço no direito contratual moderno. A liberdade de contratar que outrora, aliada ao império da igualdade formal, serviu como instrumento de dominação econômica e social, cedeu lugar a uma “nova liberdade contratual”. Trata-se de uma liberdade contratual com maior responsabilidade social, em que se valoriza em primeiro

lugar o ser humano, tido como fonte da qual se erradia todo o direito. Dessa forma é garantida a livre iniciativa, porém, sem olvidar dos valores coletivos e éticos acolhidos pela sociedade.

Ainda sobre os avanços ocorridos, a garantia de adimplemento contemplada pelo código de 1916, sob a inspiração dos princípios clássicos, foi otimizada pelo acréscimo dos novos princípios do código de 2002, já que na nova codificação não apenas o adimplemento de ordem jurídica dos pactos é tutelado, mas também, o adimplemento do que foi pactuado, de acordo com os valores éticos exigidos pela sociedade.

Constata-se, assim, que houve significativo avanço no direito contratual com o acréscimo dos “novos princípios contratuais”, pois estes, ao mitigarem aqueles, acabaram por adequá-los à realidade contemporânea e concomitantemente os aperfeiçoou.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº217.

BLANCO TARREGA, Maria Cristina Vidotte. **Autonomia Privada e Princípios Contratuais** – São Paulo:RCS Editora,2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume: Teoria das Obrigações contratuais** – 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Contratos (abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil)** – São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª edição São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação extravagante**. 3ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais,2005.

NORMAS E PADRÕES PARA ELABORAÇÃO DE TRABALHOS ACADÊMICO-CIENTÍFICO DO INSTITUTO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE ASSIS – IMESA/ 2010.

REALE, Miguel, MARTINS-COSTA, Judith. **História do Novo Código Civil**. São Paulo – Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2005.

REIS, Clayton. **Inovações ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SARAIVA. **Vade Mecum**, 7ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva,2009.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil, v° 1: Teoria Geral do Direito Civil** – 5ª ed.ref. - São Paulo: Saraiva, 2009.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil, v° 3: Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies** – 3ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das obrigações e teoria geral dos contratos** – 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 2008 – (coleção direito civil v°2).

APÊNDICE

DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AO TRABALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 991.06.046107-1, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARMCO DO BRASIL S/A sendo apelado UNIBANCO AIG SEGUROS S/A.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores ÁLVARO TORRES JÚNIOR (Presidente) e FRANCISCO GIAQUINTO.

MIGUEL PETÜRONI NETO

RELATOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 5773

Apelação nº 991.06.046107-1

Comarca de São Paulo

Apelante: ARMCO DO BRASIL S/A

Apelado: UNIBANCO AIG SEGUROS S/A

Juiz de primeiro grau: Régis Rodrigues Bonvicino

Ação declaratoria - Cobrança - Contrato de seguro

Improcedência - Alegação de nulidade de cláusula contratual que estabelece os riscos não cobertos. Legalidade da cláusula - Ausência de ofensa aos princípios da boa fé e da função social do contrato - Cláusula clara-Hipótese de exclusão caracterizada. Responsabilidade da ré afastada - Recurso improvido.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 151/153, que nos autos da ação declaratória cumulada com pedido de ressarcimento por danos materiais que a apelante, ARMCO DO BRASIL S/A, move contra a apelada, UNIBANCO AIG SEGUROS S/A, julgou improcedente a ação, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Reitera a apelante a assertiva de que a cláusula 2ª, relativa riscos não cobertos, "é nula de pleno direito".

Segue nas razões de apelo, tecendo considerações sobre a boa fé - nos termos do artigo 422 do Código Civil -, a função social do contrato - com base no artigo 421 do Código Civil - princípios que devem nortear os contratos marítimos, assim como os demais.

São Paulo - Voto 5773

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SAO PAULO

Sustenta que o próprio princípio da *pacta sunt servanda*, exaltado na sentença, tem sido abrandado pelos princípios acima referidos. Sustenta, ainda, que a sentença contém assertivas que vão em sentido contrário ao que se demonstrou nos autos, conforme depoimentos testemunhais a demonstrar que o material foi vistoriado antes do embarque, que as embalagens estavam perfeitas, que a oxidação se deu durante o trajeto, sendo acusada apenas quando do desembarque da mercadoria.

Requer a reforma da sentença, decretando-se a procedência da ação, invertendo-se a sucumbência. Recebida a apelação (fls. 174) no duplo efeito, vieram contrarrazões (fls. 178/199).

Recurso em ordem e regularmente processado.

É o relatório.

Em síntese, a autora objetiva a declaração de nulidade de cláusula estabelecida em contrato de seguro de transporte internacional, firmado com a ré, ora apelada - representado pela Apólice nº 1020010859 -, para cobertura de mercadorias por ela exportada, consistentes em bobinas de aço.

Objetiva ainda que a seguradora seja condenada ao pagamento da indenização, decorrente do referido pacto.

Ainda que restasse incontroverso que a oxidação iniciou ou ocorreu durante o transporte marítimo, diante da afirmação da autora de que suas exportações seguem rígidos parâmetros técnicos e legais - "desde o processo de produção da mercadoria, "incluindo o óleo utilizado nas bobinas, a embalagem utilizada para acondicionamento para exportação de materiais e até mesmo no procedimento a ser seguido quando do seu recebimento" (fls. 06) -, é certo que a questão central reside na afirmada nulidade da cláusula segunda, constante das Condições Gerais (fls.95), que estabelece os riscos não cobertos.

Daí, inclusive, a cumulação com o pedido declaratório, a permitir, por consequência, o acolhimento do pedido condenatório.

046107-1 - São Paulo - Voto 5773

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SAO PAULO

Pois bem. Dentre outras situações de exclusão, referida cláusula dispõe que:

"A companhia não toma a seu cargo as perdas e danos direta ou indiretamente resultantes de:

2.1 - atos ou fatos do segurado, do embarcador destinatário ou dos seus prepostos, agentes, representantes ou seus sucessores, mau acondicionamento, insuficiência ou impropriedade da embalagem; (sublinhei).

2.15 - roubo, extravio, derrame, vazamento, quebra, amassamento, arranhadura, má estiva, contaminação, contato com outra mercadoria, oxidação, ferrugem, água doce ou de chuva, suor de porão, mancha de rótulo, paralisação de máquina frigorífica...(sublinhei).

Em virtude dessa cláusula e a justificar sua nulidade, afirma a apelante que o contrato em tela não primou pelos princípios da boa-fé contratual e da função social.

Segundo consta da inicial, "... a autora foi comunicada que o material exportado apresentava problemas de oxidação por condensação..." (parágrafo segundo de fls. 07).

Consta ainda que o próprio representante da empresa importadora afirmou que: "a despeito dos grandes esforços feitos pela Armco para proteger o material contra danos, os rolos foram expostos a alguma condição durante o carregamento (do inglês, "shipment", ou seja, transporte marítimo) , o que fez com que a embalagem não conseguisse protegê-los suficientemente" (penúltimo parágrafo de fls. 07).

Esta assertiva, ao menos em tese, sinaliza para culpa da autora, na medida em que afirma a insuficiência de proteção da carga contra a corrosão havida.

Assim sendo, restou claro que nada obstante a rígida fiscalização da autora, para que suas exportações fossem realizadas de forma íntegra e irreparável" inclusive com a simulação de atmosfera marinha, em ambiente fortemente agressivo -, o certo é que o aço laminado importado acabou, quando de sua chegada ao porto de destino, por apresentar oxidação nas bobinas, obstando a utilização do material.

São Paulo - Voto 5773

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SAO PAULO

Assim sendo, diante da incontroversa existência de risco não coberto (com fundamento na cláusula descrita), a seguradora, após o processo de regulação do sinistro, corretamente recusou-se ao pagamento da indenização.

Ora, o fenômeno denominado condensação, via de regra relacionado a condições atmosféricas, tais como umidade relativa do ar, a salinidade, temperaturas muito distintas, acarretando passagem do vapor para o estado sólido, dentre outros, já são um tanto quanto conhecidos daqueles que desenvolvem atividades comerciais marítimas.

De qualquer forma, independentemente de ter a oxidação ocorrido por culpa da segurada (ou do transportador marítimo), o que importa para a seguradora é que se encontra dentre as hipótese de exclusão: o mau acondicionamento, a insuficiência ou impropriedade da embalagem e ainda expressamente a "oxidação, ferrugem".

Noutras palavras, por culpa da autora ou por oxidação que tenha tido como causa algum fenômeno climático independente, o dano não tem cobertura.

Restaria a questão da validade desta cláusula, a caracterizar a cobertura securitária.

É sabido que algumas situações ocorrem com relativa frequência, como é o caso do fenômeno referido e da possibilidade que as seguradoras tem de oferecer ou não garantia integral, de forma a poder manter o equilíbrio financeiro atuarial.

Ora, de tudo que foi exposto e dos fatos narrados pela apelante, não se verifica a ausência de boa fé da apelada ou mesmo abusividade no estabelecimento da cláusula segunda, devendo o Princípio da *Pacta Sunt Servanda* ter ampla aplicação.

Noutras palavras, a seguradora agiu com a liberdade que lhe é concedida pela legislação vigente de incluir alguns riscos e excluir outros, repita-se, de forma a contrair obrigações que possam ser honradas e que atendam aos interesses de seu ramo negocial.

.046107-1 - São Paulo - Voto 5773

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, a apelada é empresa de grande porte do setor de metalurgia, não sendo crível que tenha firmado o contrato sem conhecer ou mesmo discutir as isenções e limitações pactuadas.

Exigir o cumprimento de obrigação não assumida pela parte contrária implica em enriquecimento ilícito,

contrário ao ordenamento vigente. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

MIGUEL PETRONI NETO
Relator

APEL n" 991.06.046107-1 - São Paulo - Voto 5773