



## Princípios Contratuais no Código Civil

Gustavo Tepedino - Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

O contexto axiológico no qual se insere o Código Civil, a partir da Constituição da República de 1988, altera, de forma radical, o sentido tradicionalmente atribuído à autonomia privada e à teoria contratual.

Pode-se afirmar que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquiriram novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos. Estes três últimos princípios, informados diretamente pelos preceitos constitucionais acima aludidos, dão nova definição aos paradigmas clássicos da teoria contratual.

A boa-fé objetiva<sup>1</sup> atua preponderantemente sobre a autonomia privada. Funciona como o elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Atribuem-se-lhe, do ponto de vista técnico, três funções principais: (i) interpretativa dos contratos; (ii) restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial.<sup>2</sup>

A primeira função exige que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais consentâneo com o objetivo comum pretendido pelas partes.<sup>3</sup> Tal perspectiva encontra-se positivada no art. 113 do Código Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Já a segunda tem conotação negativa, estabelecendo limites para o exercício dos próprios direitos. Consiste, assim, em critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo de direitos. Tal função revela-se no art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou

social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".<sup>4</sup> Por fim, apresenta-se como fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Trata-se dos deveres de informação, lealdade e transparência, que se agregam implicitamente ao regulamento de interesses.

Esta terceira função atribuída à boa-fé necessita, certamente, de definição interpretativa também associada aos objetivos do negócio, pois "seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever -imposto pela boa-fé objetiva-



Eudes Mota, Casa de Pombos, 2006

de informar o comprador acerca dos defeitos do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência par tidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos. Um dever de informação assim concebido mostrar-se-ia não apenas exagerado, mas também irreal, porque seu cumprimento seria, na prática, impossível tendo em vista a amplitude do campo de informações".<sup>5</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que seja como elemento interpretativo, seja na criação de deveres anexos, ou na restrição de condutas abusivas, a boa-fé objetiva diz sempre respeito à preservação do conteúdo econômico do negócio. Tais deveres não servem a tutelar o interesse privado e individual de cada um dos contratantes, mas o interesse mútuo que se extrai objetivamente da avença.

Por sua vez, o equilíbrio econômico da relação contratual altera substancialmente a força obrigatória dos pactos, dando ensejo a institutos como a lesão (art. 157, Código Civil), a revisão e a resolução por excessiva onerosidade (arts. 317, 478 e 479, Código

Civil). Com efeito, são inúmeras as conseqüências dogmáticas do novo princípio na teoria contratual contemporânea.

Finalmente, a função social subverte o princípio da relatividade, impondo efeitos contratuais que extrapolam a avença negocial. Ou seja, o respeito à disciplina contratual torna-se oponível a terceiros, ao mesmo tempo em que os contratantes devem respeitar os titulares de interesses socialmente relevantes alcançados pela órbita do contrato. Compreende-se, assim, a dicção do art. 421 do Código Civil, segundo a qual "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Vale dizer, o sentido a ser atribuído à função social não pode se limitar a restrições pontuais e externas à atividade privada, inserindo-se no próprio fundamento da iniciativa econômica.<sup>6</sup> Assim como no direito de propriedade, quis o constituinte tornar a função social elemento interno dos institutos jurídicos de direito privado.<sup>7</sup>

Tais são, em linhas gerais, as diretrizes da teoria contratual previstas pelo Código Civil e que, interpretadas à luz da Constituição da República, permitem a reconstrução dogmática de todo o regime dos contratos. Nos albores de tão profundo processo evolutivo do direito das obrigações, anteviu-se, apocalipticamente, a morte dos contratos, rechaçada, de pronto, por Friedrich Kessler, que sentenciou: O contrato é morto, viva o contrato!

1 O Código Comercial brasileiro, de 1859, em seu art. 131, referia-se à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, não teve aplicação significativa. Somente a posituação da boa-fé como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, em 1990, deu fundamento legal à adoção, no Brasil, da noção de boa-fé objetiva conforme construída pelos tribunais alemães e italianos, a partir do § 242 do Código Civil alemão e do artigo 1.375 do Código Civil italiano. A boa-fé objetiva aparece, assim, a partir de então, como cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborar mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. Embora até o advento do Código Civil de 2002 fosse prevista apenas no Código Comercial e no Código de Defesa do Consumidor, sua ampla aplicação às relações empresariais, por obra da jurisprudência e da doutrina, revelou força expansiva capaz de permear toda a teoria contratual, conforme observado em outras sedes (Gustavo Tepedino, As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 4ª ed., p. 229; e Crises de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002, in Gustavo Tepedino (Coord.), A Parte Geral do Novo Código Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 3ª ed., 2007, p. XXX-XXI).

2 V., sobre o tema, Cláudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, 1996, p. 23 e ss.

3 Gustavo Tepedino, Crises de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002, cit. p. XXXII.

4 Exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas também cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício (Heloisa Carpene, Abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional, in Gustavo Tepedino (coord.), A Parte Geral do Novo Código Civil, cit., p. 377 e ss.).

5 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil, in Gustavo Tepedino (coord.), Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 29 e ss.

6 Deste modo, o fundamento de cada ato de autonomia negocial passa a depender de um exame de merecimento de tutela dos interesses concretamente perseguidos com os valores consagrados no texto constitucional. Esta a lição de Pietro Perlingieri, Manuale di diritto civile, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 333: "(...) l'individuazione del fondamento costituzionale dell'autonomia negocial non può essere disancorata dalla natura degli interessi per i quali essa è in concreto esplicita. Poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, l'analisi degli interessi consente d'individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela".

7 Ensina Maria Celina Bodin de Moraes que "a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infra-constitucional. No sistema aberto, portanto, as funções atribuídas aos princípios não mais se compadecem com uma restrição à sua eficácia normativa, como aquela que os limitava a operar como fonte supletiva de integração do ordenamento (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil)" (Prefácio a Teresa Negreiros, Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, Rio de Janeiro, Renovar, 1998).

Direito Comparado - Pág.04

Entrevista da edição - Pág.07

Direito & Literatura - Pág.09

## Palavras necessárias

O grande avanço tecnológico subverte as formas clássicas de concepção da vida, bem como os mecanismos de comunicação, e admite uma educação mais articuladora do conhecimento, com instrumentos adequados à compreensão da nova realidade. Por outro lado, evidencia a contradição nos meios acadêmicos, que se utilizam de velhos modelos de transmissão do saber, com aulas expositivas e simples exame dos textos legais, que sucumbem ante um mundo em contínua transmutação. Desta forma, a ideia de lançar no Departamento de Ciência Jurídica da Universidade Católica de Pernambuco para os alunos de Direito o jornal In-Pactum surgiu da publicação do Professor Giovanni Pascuzzi, da Universidade de Trento que, com seu espírito inovador de um autêntico cientista, criou dois jornais didáticos, o *Pacta sunt Servanda* e o *Lex Aquilia*, sob o formato de livro. Qual se vê, é louvável a intenção do ilustrado civilista: auxiliar na aprendizagem e na formação do aluno de Direito para se tornar verdadeiro jurista “no senso de saber, saber fazer e saber ser” e buscar novos caminhos que conduzam o estudante a familiarizar-se com os institutos próprios da disciplina.

Ao lançar o nosso jornal didático para os interessados em Direito Contratual com o nome de In-Pactum, por feliz inspiração da professora Andréa Campos, sobre ser animados pelos propósitos do Professor Pascuzzi, perseguimos ainda outros ideais: enquanto Instituição de Ensino Superior, contribuir para a formação de futuros profissionais capazes de firmar um pacto irretratável de união do conhecimento com a ética, da razão com a poesia, da prudência com a audácia, aliás, inerente àqueles que compreendem desde cedo que a aprendizagem é saber refletir e criticar e por vezes transformar. Não acalentamos a veleidade de formar legiões de meros aplicadores mecânicos da lei, mas cultores do bom Direito, sensíveis à adaptação dos textos normativos aos casos concretos, com capacidade exegética, permeada de cultura humanística. O jornal representa ainda um momento para trabalharem professores,

alunos e demais profissionais de nossa comunidade jurídica - fazendo valer a máxima de que o todo é sempre maior do que a soma das partes - para a construção do conhecimento, aí compreendida a ética, e para a realização do destino antropológico do homo sapiens.

A edição do jornal didático In-Pactum é quadrimestral e cada um dos números cuida primordialmente de um tema do universo contratual. E neste passo, é oportuna a indagação: por que a ênfase conferida na primeira edição da folha à questão dos princípios? Na ciência jurídica, acreditamos nos princípios como valores e tal qual adverte o Professor Gustavo Tepedino, com a promulgação da Constituição da República de 1988, temos uma nova “tábua axiológica” para os civilistas. É irrecusável que o Constituinte de 1988 alargou os horizontes do Direito Privado, repercutindo o movimento doutrinário europeu do que vem a ser denominado de Constitucionalização do Direito Civil. Não causa espécie, portanto, a inserção de novos princípios contratuais na legislação civil vigente, a exemplo da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material, que vem norteando a aplicação diuturna de nossos tribunais. Qual se constata, houve uma clara transformação do individualismo jurídico expresso no Estatuto de 1916.

Por fim, em razão do inapreciável contributo à efetiva realização do In-Pactum, expressamos nossa gratidão à Universidade Católica de Pernambuco, representada pela diretora do Centro de Ciências Jurídicas, Mirian Sá-Pereira, e pelo coordenador do curso de Direito, Marcelo Labanca; aos inúmeros professores, aos estimados alunos dos cursos de Direito, e aos artistas que ilustraram o jornal. Em suma, não seria possível a concretização deste projeto sem o brilho da jornalista Márcia Guenes, da Agência Diálogo e do patrocínio dos ilustres advogados Adonias Santos Costa, Amílcar Bastos Falcão e Tiago Lima.

Clarice M. Martins de Castro  
Professora de Direito Civil e Propriedade Intelectual  
da Universidade Católica de Pernambuco

## Dos elementos constitutivos da união estável que desconstituem o namoro

Marília Gomes Oliveira - Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

A união estável e o namoro são temas atuais passíveis de diversas discussões, cujo indivíduo se questiona sobre qual a sua posição de fato no mundo jurídico em relação a esses assuntos.

A nossa Constituição reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Ademais, o Código Civil de 2002 e a Lei nº 9.278/96, regularam a formação da união estável, uma vez que se deve observar os elementos que constituem a relação como entidade familiar. Assim, para que uma relação seja conhecida como união estável deve apresentar os seguintes elementos: a)convivência, b)diversidade de sexos, c)continuidade e durabilidade, d)publicidade, e)objetivo de constituir família, f)inexistência de impedimentos matrimoniais.

Nesse sentido, para evitar que um namoro duradouro e sólido seja considerado como união estável e que ao término da relação não precisem desprender seus patrimônios, alguns companheiros passaram a celebrar um “contrato de namoro”, o que na verdade é uma declaração e, por esse motivo, é válida desde que a declaração relate a realidade. Não pode ser um contrato, já que namoro não cria direitos e deveres e não tem previsão legal. O problema dessa declaração de namoro é que, com o tempo, as afirmações podem se tornar “desatualizadas”, pois o namoro pode evoluir para uma união estável. Se os fatos demonstrarem que a união estável existe e que o disposto na declaração não condiz com a realidade, essa declaração será inválida.

Sendo assim, entende-se que a linha que separa a união estável de um namoro é de difícil visualização, não sabendo ao certo a partir de que momento tem-se um noivado ou namoro, ou se já evoluiu para uma união estável. Já que o ordenamento jurídico não é capaz de alcançar todos os detalhes da vida social humana, cabe aos companheiros comprovar a realidade, e ao juiz usar de sua discricionariedade para decidir cada caso concreto.

## Expediente

Informativo do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)  
Rua do Príncipe, 526, Boa Vista, Recife/PE –  
CEP: 50.050-900 – Fone: (81) 2119-4177 -  
Jornalista Responsável: Márcia Guenes /  
DRT/PE 1637) - Diagramação e Editoração:  
Maurício Tavares

Coordenação Editorial: Professora Clarice M. Martins de Castro

Conselho Editorial: Professores Andréa Campos, Catarina Almeida de Oliveira, Clarice Castro, Isabel Guimarães, João Chaves, Karina Nogueira e Maria Rita de Holanda Oliveira

Estudantes Colaboradores desta Edição: Abdiel Ortega Gondola Filho, Aline Leal, Aline Meyrelly Souza, Bruno Luiz da Costa, Camila Figueirôa, Camila Villa-Chan Pereira, Chirlene Ferreira de Araújo, Dimitri Queiroz Nadu, Isabela Castro, Juliana Reis de Albuquerque, Laura Borba, Marcela Laranjeira, Lívia Fernanda dos Santos, Maria Paula Lopes, Marília Gomes, Marcos Vinícius de Mendonça, Moisés Zarzar e Natália Lins Cavalcanti

Sugestões para este informativo:



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
DE PERNAMBUCO

# Princípios Fundamentais do Contrato da Relação Conjugal

Maria Rita Oliveira - Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco

O casamento, possuindo também em sua natureza jurídica a sua feição contratual, sempre se apresentou, neste íterim, como espécie sui generis de contrato, reconhecendo-se a relativização dos princípios contratuais em geral nesta espécie, pela sua particular inserção no âmbito das relações existenciais.

Pretende-se nesta abordagem, revisitar alguns destes princípios, visualizando a sua aplicabilidade na relação conjugal, além de refletir uma nova tendência na concepção da natureza jurídica do casamento, face aos profundos reflexos da Lei 11.441/2007, que reconheceu a possibilidade restrita de seu desfazimento em sede extrajudicial.

A célebre discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do casamento engendrou três grandes teorias, a saber: a teoria institucionalista, a teoria contratualista e a teoria mista ou eclética, reunindo esta última elementos harmonizados das duas primeiras teorias. Ressalte-se, que mesmo na seara individualista ou contratual, reconhecemos que os pressupostos dos contratos de direito privado em geral não são suficientes para explicar a natureza jurídica do casamento.

Inicialmente os teóricos trataram de excluir o conteúdo firmado de uma determinada teoria, em relação a outra, tratando-as, pois, como absolutamente excludentes. Com o passar do tempo, visualizou-se no acordo de vontades para o casamento, a possibilidade de que os objetivos aparentemente antagônicos, colimassem em um único fim, recepcionando-se a autonomia dos indivíduos “contratantes” na escolha do tipo de constituição de sua família, aliada à necessária observação do Estado para garantir a proteção e a realização dos princípios de ordem pública.

A legislação civil, portanto, não fez segredo quanto a sua adesão à teoria mista, quando em seu artigo 1.514 do CC/2002, contemplou para a perfeita formação do ato, tanto a livre manifestação da vontade das partes, como a necessária conformação do Estado na declaração do novo estado civil, após análise das exigências legais de ordem subjetiva e objetiva.

Elegemos, pois, neste trabalho, 02(dois) princípios fundamentais do contrato em geral, sem prejuízo de outros, que analisaremos à luz da relação conjugal, quais sejam: o princípio da autonomia da vontade e o princípio da supremacia da ordem pública.

O princípio da autonomia da vontade faz-se presente na relação conjugal, muito embora possamos classificá-lo como contrato típico (Gonçalves, 2008) cujas características e requisitos são definidos na lei que passa a integrá-lo - na medida que, para sua validade há exigência legal do livre consentimento dos cônjuges, que reflete a liberdade de escolha do tipo de entidade familiar, da pessoa com quem pretende se “contratar” a comunhão, respeitadas neste particular, os limites da legitimação subjetiva, bem como, a liberdade de estipulação das regras patrimoniais pelo pacto antenupcial. Assim, não estão os contraentes, sujeitos, de forma absoluta, aos modelos pré-fabricados dos regimes de bens estabelecidos pelo legislador, podendo realizar as composições necessárias relativas à comunicabilidade, incomunicabilidade e administração do patrimônio comum e particular.

Obviamente, ao lado do reconhecimento da incidência deste princípio à relação conjugal, insere-se o segundo princípio, acima mencionado da Supremacia da Ordem Pública (Jus publicum privatorum pactis derogare non potest), limitando-o quanto à prevalência do interesse da sociedade sobre o interesse individual. Assim, por exemplo, ao limitar a livre disposição dos bens imóveis pelos cônjuges, em determinados regimes de bens, limitando a autonomia da vontade, inclusive na previsão em pacto antenupcial. Indagamos, no entanto, onde estaria o interesse de ordem pública na restrição do direito de disposição de um patrimônio pertencente a pessoas que se encontram em estreita relação privada? Para respondermos a esta indagação, devemos lembrar a consideração da relativização da autonomia privada frente ao início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrio e a exploração do economicamente mais fraco. A relação conjugal não está livre, pois, dessa consideração, expressando a quebra da dicotomia entre o público e o privado, tão bem abordado por Michele Giorgianni, em sua obra O Direito Privado e suas atuais Fronteiras.

Feitas as considerações preliminares, registre-se, que a Lei 11.441/2007, previu a possibilidade de

enaltecimento do princípio da autonomia da vontade e consequentemente a tendência muito mais contratualista do que propriamente institucionalista do casamento.

Poderíamos diante dessa reflexão concluir que já não existem óbices conceituais, para que o casamento também possa vir a ser constituído sem a intervenção do Estado, mediante acordo de vontade entre as partes a ser estabelecido formalmente por escritura pública. É bem verdade que pesam as considerações de garantia de validade do casamento em razão dos impedimentos matrimoniais, hoje supervisionados pelo Estado no processo de habilitação, mas, na medida em que o legislador prevê a sanção cabível de nulidade absoluta ou mesmo de nulidade relativa diante de determinados vícios, as partes detêm a possibilidade da tutela jurídica de seus interesses em processo judicial cabível de anulação de casamento, independentemente da forma de constituição da relação conjugal. Ao demais, a intervenção a ser destinada à dissolução do casamento nos pareceria mais necessária, tendo em vista a possibilidade de resolução quanto a frutos possivelmente advindos, do que em sua constituição, quando os interesses ainda estão se colimando à comunhão de interesses.

Assim, por delegação do Estado, o Tabelião de Notas admitiria a escritura pública para a feição do casamento, observados os critérios subjetivos de ordem pública estabelecidos pela lei com relação à capacidade e legitimidade das partes, onde, do acordo nupcial já poderiam advir as regras patrimoniais, dispensando os interessados de convenção pré-estabelecida, cientes os contratantes que, não obstante o respeito à sua autonomia e declaração, bem como assunção de responsabilidades quanto a possíveis defeitos, permanecem vigentes em cláusula de adesão, os direitos e obrigações estabelecidos por lei, quais sejam: a fidelidade recíproca, a guarda, sustento e educação dos filhos, a mútua assistência e o respeito e consideração mútuos. Reflete-se então, o equilíbrio entre os dois princípios acima mencionados, com o estabelecimento dos limites necessários à eficácia da autonomia pela supremacia da ordem pública.

Reconheçamos, que o propósito, inicialmente inarredável, da necessária intervenção Estatal na constituição do casamento para garanti-lo como célula do próprio Estado, quando da família patriarcal que possuía funções variadas, entre as quais a função religiosa, política, econômica e procracional, não mais encontra-se presente na nova concepção de família, que busca sua identificação na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade. Porém, mesmo na atualidade, o intervencionismo alcança a família com o intuito de redução dos poderes domésticos (marital e paterno), da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana, estando garantidos aos indivíduos pertencentes à família a busca dessa proteção, independentemente da forma de constituição do casamento.



Eudes Mota, casa, 2006

separação conjugal e divórcio extrajudiciais, quando existir consenso entre as partes e não houver menores ou incapazes. Ora, até então, dentro do princípio de ordem pública que fundamenta a maioria das normas de direito de família, o Estado criou a obrigatoriedade de sua intervenção, podendo, inclusive, recusar a homologação do acordo de dissolução, se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Ao se referir ao interesse dos filhos, o legislador reforça a presunção com relação aos menores, estando a sua dependência e hipossuficiência presumidas pela sua incapacidade, mas ao se referir ao interesse de um dos cônjuges, o mesmo não atrela a sua preocupação a possível incapacidade, e esta não encontra-se, absolutamente, presumida. Com o advento da nova lei, deparamo-nos com o reconhecimento expresso de que são as partes capazes de estabelecer as regras da dissolução do seu casamento, inclusive as de natureza patrimonial, mesmo em havendo a dependência econômica, posto que poderão acordar alimentos e partilha de bens. Deixa o Estado de considerar a necessidade da sua intervenção na relação conjugal, mesmo em sede de dissolução, o que ao nosso ver, representa o

<sup>1</sup> A Lei 11.441/2007 admite o desfazimento do casamento mediante separação ou divórcio, desde que consensual e em não havendo menores ou incapazes, observados os prazos estabelecidos na lei civil.

<sup>2</sup> Sobre o tema, Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. Porto Alegre, 2005, p.p. 144 e 145.

<sup>3</sup> Giorgianni, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. Separata da Revista dos Tribunais. Ano 87, vol. 747. Rio de Janeiro:1998, p.35-55.

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 1-15.

# La disciplina italiana della contrattazione telematica

Giovanni Pascuzzi - Professor Titular de Direito Privado Comparado da Faculdade de Direito - Universidade de Trento - Itália

computer e le reti telematiche possono essere utilizzati per mettere in relazione soggetti al fine di creare obbligazioni giuridicamente rilevanti. Sul piano economico tale opportunità schiude ampie prospettive al c.d. commercio elettronico. Sul piano giuridico il problema sta nel capire in che modo regole create per transazioni effettuate nel mondo fisico operino nel mondo digitale.

L'interrogativo racchiude i diversi profili che occorre analizzare per delineare il regime giuridico del commercio elettronico:

a) il valore da attribuire all'attività effettuata sulla rete. Quest'ultima può svolgersi secondo modalità diverse. Lo scambio di dichiarazioni contrattuali effettuato mercé lo scambio di email si contrappone, ad esempio, a modalità negoziali utilizzate via web dove la manifestazione di volontà viene di regola ancorata alla pressione di tasti effettuata tramite il click del mouse. In questo contesto diviene fondamentale comprendere chi riveste il ruolo del proponente e chi, invece, deve essere considerato accettante e, se del caso, quale spazio è riservato alla revoca (tanto della proposta, quanto dell'accettazione). Sempre che il contesto non debba essere più correttamente ricondotto al modello dell'offerta al pubblico ovvero dell'invito ad offrire.

b) le ricadute del mezzo sul paradigma negoziale. Nel commercio elettronico la rete telematica rende possibile la relazione (decontestualizzata) tra contraenti non presenti fisicamente. Diventa così fondamentale: stabilire il momento e il luogo della formazione del contratto; rendere certa l'identità e la qualificazione dei contraenti (chi è davanti ad un terminale deve poter essere sicuro dell'identità dell'interlocutore e della veste nella quale lo stesso agisce); assicurare la sicurezza della transazione (per evitare, ad esempio, che ci siano abusi sui numeri delle carte di credito comunicate via rete); definire l'esatto oggetto del contratto e i possibili mezzi di pagamento (sul punto si rinvia al capitolo sulla moneta digitale); accertare la eventuale rilevanza giuridica del ruolo recitato dal soggetto che rende possibile la transazione (il provider che fornisce l'accesso alla rete, e, quindi, il mezzo di comunicazione a distanza necessario alle parti per negoziare).

c) l'individuazione delle regole applicabili. La rete può certamente mettere in relazione contraenti appartenenti ad un medesimo ordinamento territorialmente individuato. Atteso il carattere planetario e diffuso della rete (più volte si è sottolineata la sua aterritorialità), è però possibile che, grazie ad Internet, negozino soggetti che operano in Stati diversi tanto situati nel medesimo continente (l'esempio può essere quello del cittadino italiano che acquista beni da un imprenditore tedesco) quanto in continenti diversi (nell'ipotesi: acquisto di servizi da parte di un europeo negli Stati Uniti). Nella realtà descritta occorre stabilire quali regole debbano disciplinare i diversi rapporti ipotizzabili sapendo che gli elementi indicati nel punto precedente possono divenire altrettanti elementi di complicazione (es.: influenza sulla determinazione della legge applicabile del luogo nel quale sono situate le macchine del provider), e che tale complicazione in taluni casi può investire la stessa compatibilità dell'operazione di e-commerce



*Eudes Mota, sem título, 2007*

con le singole normative nazionali (ad es. in relazione alla legislazione di tutela del consumatore, alla regolamentazione della pubblicità commerciale o addirittura alla commerciabilità stessa di alcuni prodotti, che potrebbe essere ammessa in certi ordinamenti e vietata in altri).

d) l'individuazione del giudice competente in caso di controversie.

In Italia le regole che disciplinano le negoziazioni realizzate con l'ausilio dei computer e delle reti telematiche sono contenute nel D. Lgs. 206/2005, Codice del consumo (nel quale è confluito il D. Lgs. 22 maggio 1999 n. 185, che aveva dato attuazione alla Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza) e, soprattutto, nel D. Lgs. 9 aprile 2003 n. 70 (con il quale è stata data attuazione alla Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»)).

Alla luce di siffatta mirata normazione, non è più lecito revocare in dubbio la piena validità dei contratti (a distanza) conclusi mercé l'uso dei computer.

La sezione II, del Capo I, del Titolo III, della Parte III, (artt. 50 e ss.) del Codice del consumo è dedicata ai contratti a distanza.

La sezione citata disciplina i contratti aventi per oggetto beni o servizi stipulati tra un professionista e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tali tipi di contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso. Una delle tecniche di comunicazione a distanza ivi prese in considerazione (e definita come: qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le

dette parti) è la posta elettronica. Insieme al riconoscimento del diritto di recesso, cardini dell'intervento normativo sono: l'obbligo di fornire al consumatore tutta una serie di informazioni (es.: identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo dello stesso; caratteristiche essenziali del bene o del servizio; e così via); il diritto del consumatore a ricevere (al momento della conclusione del contratto o anteriormente ad esso) conferma per iscritto ovvero su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile, di tutte le informazioni appena richiamate e di altre quali le modalità per l'esercizio del diritto di recesso; il divieto di fornire beni o servizi al consumatore in mancanza di previa ordinazione; l'inderogabilità della competenza territoriale del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato, per le controversie civili inerenti all'applicazione del decreto legislativo in discorso. I diritti riconosciuti al consumatore sono irrinunciabili.

La produzione normativa si è arricchita, recentemente, di un nuovo Decreto legislativo che ha recepito la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»). La lettura di tale provvedimento prova una volta di più come l'avvento delle tecnologie digitali porti con sé la produzione di nuove regole giuridiche.

Il legislatore comunitario, infatti, ha ritenuto che per poter creare un regime giuridico favorevole al decollo del commercio elettronico occorresse intervenire sulle norme nazionali che disciplinano taluni servizi della società dell'informazione. In particolare gli istituti presi in considerazione dalla Direttiva e dal decreto attuativo sono: 1) le informazioni sui prestatori di servizi; 2) le comunicazioni commerciali; 3) i contratti per via elettronica; 4) la responsabilità dei provider; 5) i codici di condotta; 6) la composizione extragiudiziale delle controversie.

Per approfondimenti si rinvia a: Pascuzzi G., Il diritto dell'era digitale, Bologna, Il Mulino, 2006.

# A disciplina das contratações telemáticas

Versão livre e adaptada para a língua portuguesa do artigo *La disciplina italiana della contrattazione telematica* de Giovanni Pascuzzi

Karina Nogueira - Professora de Direito Público da Universidade Católica de Pernambuco

Os computadores e as redes telemáticas podem ser utilizadas como meio de relacionamento entre pessoas e, por meio deles, serem criadas obrigações juridicamente relevantes. Do ponto de vista econômico, essas novas possibilidades vêm ampliando as perspectivas do comércio eletrônico; já do ponto de vista jurídico, problemas vêm sendo criados quanto às formas de regular essas transações realizadas no mundo digital a partir das regras que norteiam o mundo físico.

A partir desses questionamentos em torno de como aplicar essas regras ao mundo digital, é possível se delimitar os diferentes perfis que delineiam o regime jurídico do comércio eletrônico. São eles:

a) O valor a ser atribuído à atividade efetuada pela internet. Esta pode se desenvolver de diversas modalidades como, por exemplo, a troca de declarações contratuais efetuadas pela troca de e-mails, que se contrapõe à modalidade de negociação utilizada pela web, onde a vontade vem, em regra, manifestada através de um click no mouse. Nesse contexto, é fundamental compreender não somente os papéis daquele que propõe e daquele que aceita, como também se há espaço, nessa negociação, para revogação (seja por parte do proponente quanto daquele que aceita).

B) A recaída no paradigma da negociação. No comércio eletrônico a rede de comunicação torna possível a relação entre contraentes não presentes fisicamente. Dessa forma, é fundamental: estabelecer o momento e o lugar da formação do contrato; certificar-se quanto à identidade do contraente (pois quem está na rede deve poder assegurar-se da identidade do interlocutor); assegurar-se quanto a segurança da transação (para evitar, por exemplo, o abuso no uso dos cartões de crédito, cujos números foram enviados pela rede); definir o objeto exato do contrato e os possíveis meios de pagamento; verificar a eventual relevância jurídica da atividade descrita pelo sujeito que possibilita a transação, ou seja, do provedor que fornece o acesso à rede, tornando possível a negociação à distância.

c) A individualização das regras aplicáveis. A internet pode colocar em relação contratantes pertencentes a um mesmo espaço territorial delimitado, mas também pode colocar em contato sujeitos pertencentes a países diversos, situados ou não no mesmo continente. Por exemplo, é tanto possível que um cidadão italiano adquira um bem de uma empresa alemã, como que um europeu adquira um bem de uma empresa americana. Diante do referido, é mister estabelecer quais as regras que devem disciplinar as diversas relações hipotéticas que possam surgir, apesar de se ter ciência de como será complicado estabelecê-las. Certamente essas regras sofrerão influência das leis do país onde está situado o provedor, no entanto, é preciso compatibilizar essas regras com as diretivas nacionais no que concernem à legislação do consumidor, à regulamentação da publicidade comercial ou mesmo à comerciabilidade de alguns produtos, que podem ser permitidos em certos ordenamentos jurídicos e vetados em outros.

d) O estabelecimento do juiz competente em caso de controvérsia. Na Itália, as regras que disciplinam as negociações por meio de internet estão dispostas: no Decreto Legislativo 206/2005, no Código do Consumidor (o qual recepcionou o Decreto Legislativo n. 185 de 22 de maio de 1999, que regulamentou a Diretiva 97/7/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância) e, sobretudo, no Decreto Legislativo n. 70 de 09 de abril de 2003 (que regulamentou a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 08 de junho de 2000, relativa a alguns aspectos

jurídicos do comércio eletrônico no mercado interno Diretiva sobre comércio eletrônico). Diante dessa legislação, não se pode mais questionar a validade dos contratos à distância por intermédio do computador.

Os contratos à distância no ordenamento jurídico italiano estão disciplinados nos arts. 50 e ss. constantes na Parte III, Título III, Capítulo I, Seção II do Código do Consumidor. A referida Seção disciplina os contratos que têm por objeto bens ou serviços negociados entre um profissional e um consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou de prestação de serviços à distância organizado por profissional que, por esse tipo de contrato, emprega uma ou mais técnicas de comunicação à distância até a conclusão do contrato, incluindo a própria conclusão. Uma dessas técnicas de comunicação à distância é o correio eletrônico.

Juntamente com o reconhecimento do direito de desistência, ponto central da intervenção normativa, estão: a obrigação de fornecer ao consumidor toda uma série de informações (identidade do profissional e, em caso de pagamento antecipado, o endereço do mesmo, além de características essenciais dos bens ou dos serviços e assim por diante); o direito do consumidor de receber, no momento da conclusão do contrato ou anteriormente a ele, uma confirmação por escrito ou por outro meio acessível ao consumidor, onde deve constar todas as informações apenas requisitas, além do exercício do direito de desistência; a proibição no fornecimento de bens ou serviços ao consumidor sem prévia solitação por parte deste; a inderrogabilidade da competência do juízo do domicílio ou residência do consumidor, se localizado no território do Estado, para dirimir as controvérsias civis inerentes à aplicação do decreto legislativo acima referido. Os direitos reconhecidos aos consumidores são irrenunciáveis.

Recentemente entrou em vigor um novo decreto legislativo que recepcionou a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento europeu e do Conselho de 08 de junho de 2000 relativa a alguns aspectos jurídicos do comércio eletrônico no mercado interno (Diretiva sobre o comércio eletrônico). A leitura dessas providências prova, mais uma vez, como o advento das tecnologias digitais vem promovendo a elaboração de novas regras jurídicas.

O legislador comunitário, de fato, vem entendendo que, para poder criar um regime jurídico que favoreça a decolagem do comércio eletrônico, é preciso intervir nas normas nacionais que o disciplinam. A referida Diretiva e o referido decreto que a recepcionou tratam, em particular, dos institutos da: 1) informação sobre prestação de serviços; 2) comunicações comerciais; 3) contratos por meio eletrônico; 4) responsabilidade dos provedores; 5) códigos de conduta; 6) composição extrajudicial das controvérsias.

Para aprofundamento: PASCUZZI G., *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2006.



Eugênia Harten, *jogando carta*, 2003

# Jurisprudência

PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ, DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA EQUIDADE. I. Evidencia-se que foi observado o princípio da boa-fé, em sua função integrativa, a partir da qual a boa-fé surge como fonte, dentre outros, do dever jurídico instrumental (ou anexo) de informação, o qual foi cumprido pela Caixa Seguros S.A., acerca da existência da cláusula contratual que prevê que fica excluída de contrato de seguro habitacional morte causada por doença pré-existente com relação à celebração do mesmo. II. No entanto, evidencia-se que não foi observado o princípio da equidade, em sua vertente distributiva, derivado do princípio da função social do contrato, a partir da qual há a justa distribuição de ônus e riscos, com destaque para a realização de exame médico, a fim de constatar o estado de saúde do falecido e o grau de compatibilidade deste com o celebrado contrato de seguro habitacional, a qual deixou de ser exigida àquela época Caixa de Seguros S.A. quando podia e o deveria. III. Além disso, como, conforme o princípio da boa-fé, em sua função interpretativa, a cláusula contratual em foco deve ser interpretada de maneira mais favorável ao consumidor, não há como alegar má-fé do falecido, não somente pelo motivo supra-aduzido, mas também porque 22 anos separam sua morte causada por cardiopatia ocovalvar e o início de tratamento no âmbito da Cardiologia em 1981, período este que, caracterizado por bastante longa estabilidade e regularidade do estado de saúde do falecido, não possibilita a elisão da boa-fé subjetiva do mesmo. TRF Segunda Região. Apelação Cível nº 364885. Processo nº 200451010056390. Data da decisão: 16/05/2007. Data da publicação: 25/05/2007. Relator: Sérgio Schwaitzer.

PRINCÍPIOS DO *PACTA SUNT SERVANDA* E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. 3. Com efeito, a Lei nº 8.004/90 estabelece como requisito para a alienação a intervenção do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. 4. Contudo, a Lei nº 10.150/2000 prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25/10/96, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei nº 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados "contratos de gaveta", originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor. 5. Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por v.g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. 6. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepõe o social em face do individual. Desta sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio. STJ. Recurso Especial 857548. Processo 200601193055. Data da decisão: 04/10/2007. Data da publicação: 08/11/2007. Relator Ministro Luiz Fux.

# Contracts in the cis: from the soviet civil law tradition to the freedom of contract and the equality of parties

Yulia Vashchuk - Doutoranda de Direito Comparado e Europeu da Universidade de Trento, Itália

Laureada da graduação em Direito da Universidade Nacional "Kyiv- Mohyla Academy", Kiev, Ucrânia

Before the pro-communist forces won in 1917 the private law in the Russian Empire developed in accordance with the European continental legal tradition and was influenced by Roman civil law and Napoleon's Civil Code of 1804. One of the main principles of the private law of the Russian Empire was the non-interference of the state into the affairs of private parties. Freedom of contract, along with other fundamental principles of private law, such as the protection of private property, was guaranteed by the law.

In 1917 the legal order of the former Russian Empire was abolished, the land, factories and other means of production were nationalized. In the early twenties, after the civil war ended, the Bolsheviks adopted the so-called New Economic Policy (NEP) aiming to boost economic development. Although the land had been already nationalized, the new civil code that was adopted in 1922 provided for the existence of the private property as a third kind of property after state property (nationalized and municipalized) and cooperative property. Despite this and the fact that the code contained other norms similar to the civil codes of democratic states (as, for example, the chapter on agreements), the politics prevailed over law during all the existence of the Soviet Union, and the enforceability of its sometimes progressive legal norms was undermined by the rule of legal nihilism in society. As Lenin taught people responsible for drafting the Civil Code of 1922: "Everything pertaining to the economy is a matter of public and not private law."

In 1926-1928 the time of NEP came to its end and the regime adopted the new policy of planned economy. The area of application of civil law narrowed even more being replaced by the system of directives. A new civil code was adopted in 1964 and remained in force for all the remaining time of the regime and even several years after it. In this period the freedom of contract almost did not exist at all as the contracting in the Soviet Union was reduced to small insignificant transactions. Basically, the code allowed only for consumer ownership, and was mainly dedicated to protect socialist, in particular state, ownership and planned economic contracts. The civil codes of the Soviet Union and of the socialist republics that were the copies of the main one were in fact short schematic documents needed to

regulate that small amount of private economic activity which managed to exist in the totalitarian state, as well as to protect the communist party which embodied the power and the property of the state.

After the fall of the Union post-Soviet countries faced the necessity to adopt new legal system to facilitate the liberalization of economy and the development of entrepreneurship. The constitutions of the former Soviet republics proclaimed the freedom of economic activity and guaranteed the protection of private property as one of the fundamental rights. In fact, the constitutions of the new states, the former Soviet republics, put economic and social rights on the same level with civil and political rights. In Russia, the norms of the constitution regarding the fundamental rights are directly applicable; in Ukraine all norms of the Constitution have direct applicability.

In the period of transition from the planned to the market economy the sphere of economic activity covered by the civil code expanded, new types of relationships emerged, and the old codes in the ex-republics, despite having been significantly amended, did not provide the necessary legal basis anymore. The new civil legislation had to regulate new relationships where the parties would be equal in their contracting powers and not subordinate to the state. A body of laws regulating private entrepreneurial relationships had to be created de novo.

The Civil Code of the Russian Federation was adopted in 1994 (Part 1), and it now represents "the economic constitution" of the country. In Ukraine, the economic activity in the new conditions of market economy was for a long time regulated by the old amended Soviet civil code and numerous new laws, such as the law "On Property". After a long academic and political debate, the new Civil Code of Ukraine was adopted in 2003 together with the Commercial Code that is regarded as a codification of specialized norms that regulate relations with the participation of entrepreneurs.

The new codes proclaim the freedom of contract and the impermissibility for the unjustified intervention of the state into the economic relations between private parties. In the Russian Federation, the freedom of contract is provided by art. 421 of the Civil code, which guarantees the citizens and legal persons the right to choose freely if to conclude a

contract, the type of a contract (which can be different from those numerous types of contracts provided in the Code), as well as the provisions of the contract.

Apart from promoting entrepreneurship by guaranteeing the freedom of contract and economic activity, the lawmakers of the new post-communist states also had to balance the freedom of contract with other fundamental rights as well as with the public interest. In Russia and Ukraine, the grounds for the limitations, such as, for example, good morals or public health, are exhaustively provided by the respective constitutions. In the Russian Federation, the limitations can only be imposed by a federal law.

Another type of the limitation of the freedom of contract concerns the protection of other people's rights and, in particular, the rights of the weaker contractual party. Such a weakness may be created in the relations where, for instance, one party enjoys a monopoly status or, in general, in the relations with the consumers who are considered to be the economically weaker party. After the fall of the Soviet Union the process of demonopolization occurred in the former republics and anti-monopoly laws were passed, which, inter alia, prohibited the monopolies to impose conditions on the weaker party. As regards consumer protection, in Russia the Law on Protection of Consumer Rights adopted in 1992 establishes that the contractual terms which infringe consumer rights guaranteed by law or other legal acts of the Federation are invalid.

Similarly to other areas of law, civil law in post-Soviet countries is a subject to constant unification processes powered by today's economic globalization. Even though the effective enforcement of legislation still remains a problem in this part of the world, the Soviet past is gradually vanishing from the civil law of the states that used to be the republics of the Soviet Union.

<sup>1</sup>Quoted from Harold Berman, *Justice in the U.S.S.R.*, 98 in Albert J. Schmidt, *Soviet Civil Law and legal History: a Chapter or a Footnote?* In *The Revival of Private Law in Central and Eastern Europe. Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, edited by G. Ginsburgs, D. Barry, William B. Simons, The Hague, 1996, p. 56 ss. The Civil Code of the Russian Federation, Parts 1 and 2, edited and translated by P.B. Maggs, A.N. Zhiltsov, International Centre for Financial and Economic Development, Moscow, 1997, p. 62 ss. W.B. Simons with R.O. Dragneva, *Rights, Contracts, and Constitutional Courts: The Experience of Russia, in Human Rights in Russia and Eastern Europe. Essays in Honor of Ger P. van den Berg, (Ferdinand Feldbrugge and William B. Simons, eds.)*, No.51 *Law in Eastern Europe* (William B. Simons, ed.), The Hague/London/Boston 2002, p. 47 ss.

## Contratos no cis: da tradição do direito civil soviético a liberdade de contratar e a igualdade entre as partes

Versão livre e adaptada do artigo de Yulia Vashchuk

Marcela Laranjeira Cavalcanti e Natália Lins Cavalcanti - Estudantes de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

Antes das forças pró-comunistas vencerem em 1917, o Direito Privado no Império Russo desenvolvia-se de acordo com o direito continental europeu, sendo influenciado pelo Direito Civil Romano e por um de seus frutos, o Código Napoleônico de 1804. Contudo, em 1917 a ordem legal no antigo Império Russo foi abolida, havendo a partir desse momento um processo de nacionalização das terras, fábricas e outros meios de produção.

A Nova Política Econômica (NEP) trouxe modificações bastante significativas e profundas. O então respeitado princípio da não interferência do Estado nas relações privadas passou a não mais vigorar. O novo Código Soviético de 1922 veio a tratar da propriedade privada como um terceiro tipo de propriedade, juntamente com a propriedade nacionalizada e cooperativada. A despeito desse progresso e de outras normas semelhantes a de Estados Democráticos, a política jurídica durante toda a existência da URSS foi minada pelo niilismo. Em 1964, um novo Código Civil foi implantado na URSS e manteve-se válido durante todo o resto do regime e até mesmo anos após a queda dele. A liberdade do contrato quase não existia nesse período na URSS, pois os contratos que haviam eram reduzidos a pequenas e insignificantes

transações, não tendo a tutela jurídica necessária.

Após a queda da União Soviética, países pós-soviéticos encontraram a necessidade de adotar um novo sistema legal para facilitar a liberação da economia e o desenvolvimento da iniciativa privada. As Constituições das antigas Repúblicas Soviéticas proclamaram a liberdade da atividade econômica e garantiram a proteção da propriedade privada como um dos seus Direitos Fundamentais. Na Rússia, as normas da Constituição que tratam sobre direitos fundamentais têm aplicação direta, e na Ucrânia todas as normas constitucionais gozam dessa aplicabilidade direta.

O período de transição da economia planejada para a economia de mercado foi marcado por uma forte expansão da esfera de atividades protegida pelo antigo Código Civil. Novos tipos de relações emergiram e os Códigos antigos nas Ex-Repúblicas, apesar de terem sido significativamente emendados, não mais provinham as bases legais necessárias para o desenvolvimento das novas relações contratuais. A nova legislação defendia a igualdade entre contratantes e não estavam subordinadas ao Estado.

O Código Civil da Federação Russa foi adotado em 1994, e hoje representa "A Constituição Econômica do

país". O novo Código Civil ucraniano foi adotado em 2003, juntamente com o Código Comercial. Na Rússia, a liberdade contratual encontra-se expressa no artigo 421 do Código Civil, que garante aos cidadãos a liberdade de estipular as cláusulas do contrato, o tipo de contrato e todas as previsões e consequências desse contrato.

Os legisladores dos Estados Pós-Comunistas tiveram que balancear a liberdade contratual com o interesse público, para que tais princípios não entrassem em conflito. Na Rússia e na Ucrânia, os limites dessa liberdade, como os bons costumes e a saúde pública estão expressos de forma exaustiva em suas Constituições. Na Rússia, por exemplo, as limitações somente existem se forem impostas por uma lei federal. Outra forma de limitação é a proteção do hipossuficiente no contrato, visando dessa maneira a igualdade entre as partes. A título de exemplo podem ser mencionados os dispositivos que visam à proteção do consumidor. No Direito Russo, os termos contratuais que infringem os direitos do consumidor garantidos por lei são considerados inválidos.

Por fim, pode-se afirmar que o direito civil nos países Pós-Soviéticos é alvo de constante unificação devido ao atual processo da globalização econômica.

# Entrevista

## Desembargador Federal Francisco de Queiroz Cavalcanti



Apesar de sua atuação na área do Direito ter notória ênfase em Direito Público e de sua comprovada intimidade com o Direito Constitucional e Administrativo, sua produção científica, disponível no currículo Lattes banco de dados eletrônico que arquiva informações acadêmicas sobre pesquisadores e orientadores do país revela forte inclinação para a área do Direito Civil, notadamente na esfera do Direito do Contrato. Com efeito, os temas mais frequentes em sua produção literária, são “Civil” e “Contratos”. Autor de 33 artigos, 5 capítulos e 3 livros publicados, o Juiz Federal do TRF - 5ª Região, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, foi, em 1976, aluno laureado do curso de direito da Universidade Federal de Pernambuco. Quatro anos depois foi aprovado em 1º lugar no concurso de Juiz do Trabalho substituído da 6ª Região. Em 1997, concluiu o doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa. Alçado a Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF/5ª) em julho de 2000, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti falou a IN-PACTUM, em seu gabinete na Sede do TRF/5ª, sobre os princípios regentes dos Contratos no Direito Civil, as diferenças que o Código Civil de 2002 trouxe, e, ainda, sobre algumas questões que alvoroçam o meio jurídico.

IN-PACTUM - O que mudou, relativamente aos princípios fundamentais do contrato, com o advento do Código Civil de 2002?

As mudanças foram várias. O Código Civil de 1916, não obstante os seus incontestáveis méritos, não resistiu aos desgastes provocados pelas profundas mudanças sociais e encontrava-se em parte defasado. O Novo Código legalizou matérias já consolidadas pelo uso e costume, bem como pela jurisprudência. Assim, poucas inovações foram trazidas por esse novo Código Civil, já que ele, na maior parte de seus dispositivos, apenas atualizou a antiga legislação civil, preservando as valiosas contribuições da codificação anterior. Com a participação do Prof. Miguel Reale, membro da Comissão original que elaborou o anteprojeto, o Novo Código incorporou preceitos da Carta Magna atual, dando nova dimensão ao Direito Civil. Em relação aos contratos, a principal mudança foi a incorporação de um dos principais princípios norteadores da atualidade: o da função social, preconizada em vários dispositivos daquele diploma legal. De se ressaltar, também, o princípio da boa-fé objetiva que, conquanto já consignado no Código de Defesa do Consumidor, passou a figurar no Código Civil atual.

IN-PACTUM - As mudanças no Código Civil representam um passo no caminho do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil?

O reconhecimento da incidência dos valores e princípios constitucionais no direito civil reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais está o de dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana. Há cada vez mais influência do direito público no privado, de forma que a distinção entre direito público e direito privado não mais se apresenta tão nítida ou coerente. Materialmente, o que se busca é uma reconstrução do Direito Privado, de acordo com valores constitucionais, - visando à satisfação dos direitos fundamentais, - além da concretização de um Estado social e democrático de Direito. A constitucionalização é o processo de elevação dos princípios fundamentais do Direito Civil ao patamar constitucional, tendo como consequência lógica o condicionamento à observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. O fenômeno da Constitucionalização do direito privado objetiva submeter este aos princípios constitucionais, como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, aos quais se tem assegurado eficácia imediata, de forma a interpretar o Direito Civil conforme a Lei Maior.

IN-PACTUM - Qual a importância dos princípios contratuais nas relações de convívio social?

O contrato propriamente dito, por ser um instrumento muito utilizado diariamente, exerce relevante influência

no contexto social. O conceito clássico de contrato reside no acordo de vontades destinado à produção de efeitos jurídicos. Na prática, o contrato surge da necessidade humana de conviver em sociedade, justamente para viabilizar e proteger as expressões econômicas intersubjetivas.

IN-PACTUM - Como se prevenir de cláusulas abusivas e quais as medidas cabíveis diante de contratos leoninos? Quais as armas de que dispõe o consumidor para se defender?

O Código de Defesa do Consumidor é a principal arma de que dispõe o consumidor em favor de seus direitos. Como se trata de uma lei de ordem pública, que estabelece direitos e obrigações de consumidores e fornecedores para evitar que os primeiros sofram qualquer tipo de prejuízo, não pode ser contrariada nem por acordo entre as partes. É importante que o consumidor tenha sempre consciência de todas as circunstâncias do negócio realizado, ou seja, as informações do bem que está adquirindo, do serviço a ser prestado, em que condições esse serviço será executado, como será pago. As dúvidas, na maioria das vezes, podem gerar a nulidade do negócio realizado. O principal efeito disso é o retorno das partes ao estado inicial, ou seja, ao estado em que estavam antes da concretização do contrato. O que se busca estabelecer é o equilíbrio entre as partes. Quando isso não é possível através do desfazimento do negócio, a solução jurídica é a indenização à parte que foi mais severamente lesada na relação que, em regra, é o consumidor.

IN-PACTUM - E o Contrato de namoro? É realmente válido juridicamente, e capaz de afastar a aplicação do instituto da União Estável a relações que preencham os requisitos para caracterizá-la?

Um contrato não pode afastar a caracterização de um instituto amparado pelo ordenamento legal. Se existem os requisitos que caracterizam a incidência de uma União Estável, esta protegida juridicamente, não há de se permitir que um acordo entre partes modifique a natureza da relação descrita em lei. Para que a união seja alçada à condição de entidade familiar, valorizada e em várias situações equiparada ao casamento, são exigidos o atendimento de quatro requisitos fundamentais: que a convivência seja duradoura, seja pública, seja contínua, e finalmente, que a união tenha o objetivo de constituir família. A exigência para que a convivência seja duradoura tem a finalidade de não deixar dúvida quanto aos relacionamentos eventuais, de curta duração e que não estão protegidos pela Lei, como o namoro.

IN-PACTUM - Recentemente o jogador Ronaldo se envolveu em um escândalo com travestis e drogas no Rio de Janeiro. Na cobertura do fato a mídia aludiu à possibilidade de a Nike, empresa com a qual o jogador tem contrato vitalício, rescindir seu contrato por prejuízo de imagem pública. Posteriormente, os travestis assumiram publicamente que se tratava de armação e que o jogador foi vítima de extorsão, não tendo se envolvido com os transexuais ou com drogas. Uma cláusula que prevê a rescisão caso o contratado não obedeça a um padrão comportamental pré-acordado, é cabível legalmente?

A princípio, se há previsão contratual, é cabível a rescisão. Veja, o contrato está intimamente ligado à imagem pública dos contratados, dos garotos-propaganda. Todas as empresas buscam ser vinculadas a ideais de saúde, de beleza, de seriedade. E lhes é facultado estabelecer padrões ou parâmetros de comportamento que devem ser seguidos pelos seus contratados, ou ainda prever a possibilidade de rescisão se determinadas situações se concretizarem. O que acontece é que as pessoas não conseguem desatrelar a imagem de quem representa a empresa, da imagem da empresa em si. Eles enxergam de forma vinculada, e ninguém quer ver sua marca atrelada a um escândalo. Por isso é comum cláusulas que prevêm anulação de contrato em caso de envolvimento com drogas, excesso de peso, polêmicas públicas. É a piada do motel: um empresário contrata engenheiros e encomenda o melhor motel que eles podem fazer, o mais moderno, na melhor localização, e deixa tudo a critério deles. Só pede para escolher o nome do motel. Quando o empreendimento é inaugurado e nenhum cliente aparece, o empresário não entende e questiona os engenheiros, que por sua vez também não encontram explicação. Eles haviam feito pesquisas de mercado, de opinião, e tudo indicava que seria um sucesso. Então resolvem perguntar ao dono que nome ele havia dado ao motel, no que este responde: “Não, não é isso. O nome é ótimo. Coloquei Nossa Senhora de Fátima, e ainda coloquei a imagem da santinha na frente, para proteger.” Não entendi a conexão existente entre o caso Ronaldo x rescisão contratual e o caso do motel.

IN-PACTUM - É comum em contratos de prestação de serviço uma cláusula que prevê multa de alto valor pela rescisão contratual por parte do cliente, o que acaba impedindo o consumidor de se desvincular do serviço. Essa cláusula tem respaldo legal?

É preciso que se analise pontualmente cada caso. A cláusula de permanência mínima é uma forma de garantia para as empresas prestadoras de serviço, para que não sejam prejudicadas economicamente pela desistência do contratante. É o caso das empresas de telefonia móvel que entregam de graça o aparelho, e prevêm um prazo de carência, de permanência mínima no plano. Sem ele, o cliente estaria livre para, assim que recebesse o aparelho, mudar de empresa, deixando a primeira em visível prejuízo. É claro que essas multas, previstas no caso de rescisão do contrato, devem ser proporcionais ao valor do bem ou serviço em questão. Deve-se buscar a equação do equilíbrio entre as prestações da parte e a contra-prestação. No caso de multas abusivas, de valor exagerado, de prazos extensos demais, ou de quaisquer encargos pesados além do normal, os consumidores lesados podem procurar seus direitos.

IN-PACTUM O Senhor poderia fazer uma reflexão sobre a Autonomia da Vontade versus a Supremacia da Ordem Pública?

O princípio da autonomia de vontade está intimamente ligado à liberdade de contratar. Em decorrência desse princípio, acima de tudo, vale a vontade das partes e o que por elas foi convencionalmente. Mas é possível que, ao expressar a vontade e produzir um dado efeito jurídico, o contratante desborde do comportamento razoável e produza uma lesão à ordem pública, cujos interesses então restarão violados. O fim último do Estado é o bem-estar dos indivíduos que dele fazem parte e, assim, o contrato não só deve satisfazer os contratantes como também deve respeitar os interesses da coletividade em geral. A livre iniciativa de contratar, portanto, deve se sujeitar à intervenção do Estado de fixar normas e parâmetros de ordem pública que visem ao bem comum e à justiça contratual. Embora o intervencionismo não tenha aniquilado o conceito tradicional da autonomia da vontade, passou a limitá-lo. A liberdade dos contraentes sofreu considerável redução, no sentido de que se subordinam, hoje, à prevalência e preponderância do interesse social sobre o particular. Exemplo clássico é o caso dos anões no Sul da França.

# Princípio da boa-fé objetiva e Direito do Consumidor UE

Dimitri Queiroz Nadu - Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

É admitido pela doutrina espanhola um triplo aspecto sobre a boa-fé e a interpretação contratual. A primeira é a atitude correta implícita no contratante, em segundo lugar o desenvolvimento da lealdade, que deve existir mediante o entendimento das relações contratuais, e o terceiro aspecto é a proteção da confiança do destinatário no sentido objetivo da declaração e imposição da correspondente responsabilidade ao declarante. Há referências também a respeito da boa-fé objetiva, que caracteriza um comportamento honrado e justo, tornando-a elemento primordial na formação de contratos; contudo, a boa-fé subjetiva, a qual se estabelece por manifestação de vontade com a crença de que a atitude é correta, de acordo com um estado de consciência ou situação psicológica, não perde sua importância. Aplicam-se valores como honradez, lealdade, fidelidade à palavra dada, a conduta seguida e a necessidade de assumir comportamentos coerentes com a confiança estabelecida.

A boa fé reportada no artigo 1258 do código civil espanhol é uma diretriz na forma de entendimento dos contratos, determinando fontes de normas objetivas, de obrigações para as partes, que devem, antes de tudo, respeitar o dever de honestidade enquanto firmam e também na execução do contrato, acrescentando preceito de cooperação, com uma conduta honrada e abstenendo-se de dolo. Uma das formas em que a boa-fé objetiva poderá ser evidenciada com clareza está no âmbito das relações de consumo,

principalmente na formação de contratos e cláusulas abusivas. Em 1993, a União Europeia instituiu a Diretiva 93/13/CEE, com a finalidade de assegurar a livre circulação de mercadorias, capitais e serviços entre os Estados-membros. O propósito da Diretiva é proteger os consumidores de cláusulas abusivas, harmonizando as disparidades entre legislações, estabelecendo critérios gerais, instituindo um instrumento de avaliação global dos interesses e que se fundamenta na exigência da boa-fé. Expõe, por conseguinte, a imprescindível atenção à "força de posições de negociação das partes, à questão de saber se o consumidor foi de alguma forma incentivado a manifestar o seu acordo com a cláusula e se os bens ou serviços foram vendidos ou fornecidos por especial encomenda do consumidor; que a exigência de boa fé pode ser satisfeita pelo profissional, tratando de forma leal e equitativa com a outra parte, cujos legítimos interesses deve ter em conta". Considera também que os contratos devem ser redigidos em termos claros e compreensíveis e que, em caso de dúvida, a interpretação será a mais favorável ao consumidor.

Não obstante, a Diretiva dá abertura aos Estados-membros para tomarem medidas necessárias para evitar a presença das cláusulas abusivas, portanto, de acordo com a ótica, a Espanha instituiu a lei nº44 de 2006, em detrimento de uma sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. A lei adapta o ordenamento espanhol para dar



interpretação favorável ao consumidor nas cláusulas obscuras ou ambíguas e pretende incrementar a proteção do consumidor, impedindo que sejam impostos obstáculos onerosos para o exercício dos direitos reconhecidos no contrato, proibindo cláusulas contratuais que limitem a imposição de prazos de duração excessiva ou que obstem o consumidor de extinguir o contrato.

Por fim, a legislação brasileira corresponde no sentido de conceituar a boa-fé objetiva, com a função interpretativa, a função de controle dos limites do exercício de um direito e a função de integração do negócio jurídico. Fazendo referência ao Código Italiano, o art 422 do Código Civil Brasileiro expõe: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Avalia-se a responsabilidade pré-contratual e a pós-contratual. A boa-fé objetiva parte do preceito da conduta do homem comum, que segue vinculada ao dever de agir, caracterizada pelos padrões e aspectos sociais envolvidos.

## Formação de contratos eletrônicos

Moisés Zarzar - Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

A formação de contratos eletrônicos remete à celebração de avenças por meio da utilização das tecnologias da informação e da comunicação. Esses contratos podem ser formados entre presentes ou ausentes. No primeiro grupo, estão aqueles cuja formação se estabelece por meio de comunicação semelhante à telefônica, ou seja, através da comunicação direta, imediata e concomitante entre o peticitante e o oblato, cuja regulação está determinada pelo art. 428, I do Código Civil. Já no segundo grupo estão os contratos eletrônicos firmados entre ausentes, cujo aperfeiçoamento é regulado pelo art. 434 do Código Civil. Neste grupo incluem-se, dentre outros, aqueles que são formados através do correio eletrônico. O artigo 434 deverá ser interpretado de acordo com o Enunciado 173, aprovado em 2004 pelo Conselho de Justiça Federal, durante a III Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

"A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente."

Como se pode perceber na redação acima transcrita, está clara a aplicação da teoria receptícia para os contratos eletrônicos estabelecidos entre ausentes.

## O princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo

Camila Villa-Chan Pereira - Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

O mundo contemporâneo traz em seu bojo um acentuado e inevitável aumento nas relações de consumo, tornando-as cada vez mais complexas. Desta forma, surge a necessidade de se regular essas relações a fim de que as mesmas não se tornem instrumentos pelos quais se cometam atos não condizentes com a moral estabelecida.

Uma das formas de regulamentação dessas relações dá-se com uma análise mais profunda de certos princípios que regem a teoria contratual, mais precisamente no que concerne ao princípio da boa-fé objetiva. Tendo surgido mais recentemente, tal princípio, que está disciplinado nos artigos 113 e 422 do Código Civil brasileiro, trouxe inovações de extrema relevância para as relações jurídicas, como as

relações de consumo. Este princípio regula não só a forma de interpretação que deve ser dada aos contratos firmados, assim como garante que as partes envolvidas na relação de consumo se respeitem e atuem sempre com honestidade e lealdade recíprocas, buscando sempre o equilíbrio das relações, sem que as partes visem apenas obter benefícios particulares.

O Código de Defesa do Consumidor, grande fonte jurídica para as relações de consumo, versa em seus artigos 4º e 51, IV, sobre a indispensabilidade da observância do princípio da boa-fé objetiva no momento da formação de um contrato de consumo. Vê-se, portanto, ser de suma importância o princípio da boa-fé objetiva, assumindo, destarte, um papel de fundamental importância na busca por uma sociedade mais justa e igualitária.

## A função social e o real efeito normativo.

Bruno Luiz da Costa - Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

A função social do contrato é parte de uma cláusula geral adicionada pelo novo código civil art. 421, e que deverá ser analisada tomando o contrato enquanto instrumento de modificação do meio social, dimensão coletiva dos conflitos, e não apenas como objeto para a satisfação das pretensões inter partes. "Pois, se é o contrato uma forma de promover o livre desenvolvimento da personalidade, não deverá ele se prestar para uma parte enriquecer esporadicamente à custa de outra ou da comunidade"<sup>(1)</sup>. O princípio da função social pode ser tido como um sobre-princípio,

isto posto, ele terá eficácia interna exercida sobre outras normas e eficácia externa que se dá fora do ordenamento jurídico no plano dos fatos (assim, como serão analisados os fatos). Neste é que podemos ver qual o seu real efeito normativo, pois a questão, a saber, é se uma cláusula ou mesmo o contrato poderão ser anulados pela não observância da função social. Neste sentido o TJ-MG decidiu que «uma prefeitura não poderia ter cortado o fornecimento de energia em razão do que isso poderia causar aos cidadãos»<sup>(2)</sup>

(1)Revista de direito do consumidor - nº59, 2006 p.144, (2)idem, p.146

# Grande Sertão: Veredas e Os Princípios Contratuais

(versão resumida)

Andrea Almeida Campos - Professora de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco

**G**rande Sertão: Veredas. Veredas do inconsciente, veredas inconsúteis desbravando e enredando voltas, a vontade aprazível, conflituosa, altera pars brotada no chão fértil do humano intangível. Necessidade e interesse, pulsões autônomas rumo à alteridade. Livres. O anseio do encontro do qual germine o vínculo. Vontades que se enlaçam no mundo incorpóreo e que se traduzem em pacto no mundo fenomenológico. Consenso. Amor vem de amor e só da fonte pactuada se quer beber, relativiza-se a avença. Riobaldo e Diadorim. Dois jagunços que se encontram em um sertão que é neblina, que é tiro, sangue e vingança. Diadorim ferve por dentro em ódio paroxístico. Quer vingar a morte do pai, Joca Ramiro, morto com a carga de bala de três revólveres, com o "dolus necandi" de dois Judas nas costas, os jagunços Hermógenes e Ricardão – que, por todo o mal, que se faz, um dia se repaga, o exato. Ao seu intento aderem outros bandos que acabam por se repartir. O pacto de cooperação, de vontades paralelas é feito com Riobaldo cujo objeto é uma obrigação de fazer: O aniquilamento do maldito que descerrou a dor absoluta. Cumprido o ajuste por Riobaldo, de Diadorim haverá recompensa: Um segredo desvelado. Comutatividade: " (...) Diadorim se chegou, com uma avença. (...) Diadorim, todo formosura. - "Riobaldo, escuta: vamos na estreitez deste passo..." - ele disse; e de medo não tremia, que era de amor – hoje sei.

"...Riobaldo, o cumprir de nossa vingança vem perto...Dai, quando tudo estiver repago e refeito, um segredo, uma coisa, vou contar a você..."

Enquanto isso, naturalmente, brota o sinalagma entre os dois jagunços, a doce reciprocidade de obrigações retroalimentada, o pacto sunt servanda, assim fraseada por Diadorim: "Menos vou, também, punindo por meu pai Joca Ramiro, que é meu dever, do que por rumo de servir você, Riobaldo, no querer e cumprir...". Mas, de veras, sob as luas do sertão teria sido feito um outro pacto, um contrato de compra e venda, sinalagmático, comutativo, ameaça crespada para que o avençado entre Riobaldo e Diadorim não se cumprisse: "O Hermógenes tem pautas..." O Hermógenes –demonio...(..)O pacto! Se diz...(..)Se assina o pacto. Se assina com sangue de pessoa. O pagar é a alma. Muito mais depois...(..) Hermógenes teria vendido a sua alma ao "Coxo", ao "Cujo" e em troca lhe seria dada a imortalidade. Restaria, portanto, impossibilitado, o objeto do pactuado entre os dois amigos.

Não importa. Riobaldo cria na justeza do que fora convenicionado com Diadorim. Apesar de ser um sonho seu de que um dia não se precisasse mais matar gente, era preciso eliminar os dois Judas, traícoeiros e assassinos e todos os seus esforços seriam envidados para a consecução do pactuado. Lealdade e confiança. Riobaldo era movido pela boa-fé: Abracei Diadorim, como as asas de todos os pássaros. Pelo nome de seu pai, Joca Ramiro, eu agora matava e morria, se bem. Apesar de sua afirmação peremptória Eu quase que nada sei. Mas desconfio de muita coisa, Riobaldo Tatarana confia firmemente em Reinaldo Diadorim, pois a ele escolheu para confiar, o elo entre ambos se dá sobre o tabuleiro intranspassável da confiança. Mesmo que envolvidos no cerrado de um sertão traícoeiro, a affectio e a fidúcia sobre os quais se baseia o vínculo com Diadorim, dá-lhe sossego e dá-lhe amparo Mas, mesmo entre vazios e emboscadas, o sertão não carece de ética, e só onde reside o ethos, poderá dar-se o contrato que repousará sobre os mores de um grupo social, grupo esse, que mesmo que de jagunços, constroem seus códigos e esperam que os pactos sejam respeitados e cumpridos: – "Sempre eu cumprio a palavra dada!" gritou de lá Zé Bebelo. Segurança jurídica. O cumprimento dos ajustes assegura a todos de uma comunidade de que as regras são e serão observadas, confere previsibilidade às ações humanas inter-pessoais, quer escritas, quer faladas e dota de honra e prestígio social aqueles que se comportam a fim de satisfazerem fielmente o que contrataram. Riobaldo alça o descumprimento da palavra empenhada à categoria de ilícito penal. No entanto, para Riobaldo, a natureza da gente é muito segundas-e-sábados. Tem dia e tem noite,

versáveis, em amizade de amor. O pacto, feito entre Riobaldo e Diadorim foi feito sobre uma condição de forte afeição e amizade entre eles. No entanto, imprevisivelmente, por uma vez, Diadorim foi lhe desinflando. Nele, Riobaldo, não mais firmava o pensar. E sentia que traía o amigo, mas que, mudada a situação originária, o acordo entre os dois deveria ser revisto ou extinto de vez: Quem era assim para mim Diadorim? (...) e risquei de mim Diadorim. A força obrigatória dos pactos pode esmaecer ao esbarrar no imprevisível, mas não no imprevisível que é o da vida, e deixar de amar alguém, como chegou a pensar Riobaldo em relação a Diadorim, é um previsível da vida, mas tão apenas quando ocorre algum fato de força maior ou caso fortuito: "rebus sic stantibus". Se as coisas não mais se conservam da forma como estavam ao ser erigido o contrato, cessa a sua força vinculante: Cada dia é um dia. Mas cada dia de Riobaldo era dia de Diadorim: Pensei em Diadorim. (...) Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura. Sentindo-se assim Riobaldo, o pacto firmado com Diadorim foi mantido. Prevalencia a sua irretratabilidade. Ainda assim, Riobaldo, em certas ocasiões, tenta convencer o amigo a mudar o conteúdo do avençado, lutariam juntos, guerreariam juntos, fariam prevalecer a justiça, mas sem vingança, ao que foi rebatido por Diadorim –"Riobaldo, você teme?". Dessa forma, Diadorim defendia a intangibilidade do ajustado.

O bando a que pertenciam Riobaldo e Diadorim era comandado por Medeiro Vaz. As avenças feitas entre os jagunços desse bando, que contavam sessenta homens, deveriam estar de acordo com a lei de seu chefe. Medeiro Vaz era fazendeiro de posses que havia deixado tudo após as guerras e os desmandos dos jagunços, para impor a justiça. O bando de Medeiro Vaz era, então, respeitado e querido pelos habitantes dos vilarejos por a ninguém fazer o mal que não fosse merecido: já o jagunço Hermógenes e o seu bando, o que era dito terem feito pacto com o "Cujo", para atingirem os seus intentos, roubavam, defloravam demais, determinavam sebaça em qualquer povoal atôa, renitiam feito peste. Os contratos acordados dentro do bando de Medeiro Vaz encontravam o seu limite no interesse da coletividade. Matava-se e morria-se entre os jagunços, desde que os demais homens, mulheres e crianças que de nada tinham que ver com aquilo, fossem não apenas preservados, mas também protegidos. Pois se fosse avença para matar, que se matassem apenas aqueles que estavam matando e atraícoando as pessoas. Essa função não tinham os ajustes feitos dentro do bando de Hermógenes, que impactavam as comunidades, violando mulheres e crianças, matando homens inocentes. Os pactos dos jagunços de Medeiro Vaz atendiam à uma função social, os dos jagunços de Hermógenes e dos cardões, dizimavam qualquer sociedade. Mas, por dentro os serões dos desejos de Riobaldo havia um outro contrato a ser celebrado, um ajuste de corpos e de almas que caminhavam enlaçadas no dormir e no acordar, mas que se não podiam acordar em casamento entre si. Riobaldo amava com loucura Diadorim, se ele fosse mulher, mesmo que o desprezasse, ele afirma que se encorajaria e a tomaria em seus braços. Mas ele não o era. O pacto de sponsais carecia de pressupostos de validade: a legitimidade das partes e o objeto lícito e possível. A volição profunda não seria, jamais, suficiente para arremedar o que, por lei, é nulidade absoluta. E o que é o impossível? O que não pode ser, o que não pode acontecer, o que se não pode praticar. E Riobaldo sofria e sofria, debatia-se consigo mesmo já que era em Diadorim que desejava realizar a extasia da carne e em quem já havia alcançado a plenitude da alma. Diante dessa impossibilidade, Riobaldo desviava a sua libido para outros objetos, desconcentrando-a de Diadorim. Investia a sua carga erótica e idílica de forma hermética e compartimentalizada em duas mulheres: Otacília e Nhorinhá. Em Otacília, o idílio, em Nhorinhá, o eros carnal. Nhorinhá, a "prostituítriz" que Recebeu meu carinho no cetim do pêlo – alegria que foi, feito casamento, sponsal. Na sua confusão e desentendimento de si mesmo, pacto de casamento não foi feito com nenhuma delas, ao menos enquanto a vida o conjugasse a Diadorim. Com ambas, haveria os elementos constitutivos do contrato, seus pressupostos básicos. No entanto, careceriam as avenças de um pressuposto essencial não previsto em lei, mas observado por Riobaldo: amor.

Restava, então, a Riobaldo, esforçar-se por cumprir o seu trato com Diadorim: exterminar o Hermógenes e seguir vida adiante. Em sua boa-fé na execução do ajustado, Riobaldo conversa com o jagunço Lacrau sobre a procedência de ser o Hermógenes positivo pactário com "O-Que-Nunca-Ri" do qual obtém resposta afirmativa. Hermógenes havia, de fato, assinado a alma em pagamento à "Coisa-Má" de quem recebia imensa proteção. Riobaldo já então, chefe dos jagunços, o Urutú-Branco, toma para si o destino de dar cabo do Filho do Pactário. Para tanto, resolve, ele mesmo, ir ao encontro do "Cujo" em uma encruzilhada, depois da meia-noite, nas Veredas Mortas. Riobaldo grita para que o "Danado" lhe apareça, pois também quer com ele fazer um pacto, vender sua alma, palma e desalma e, em troca, acabar com o Hermógenes. No entanto, o "Coxo" não apareceu e nem respondeu a Riobaldo, que em um primeiro instante concebeu que ele não existisse, que fosse um falso imaginado, mas depois concluiu que ele teria lhe ouvido e que teria fechado o pacto.

Os dias se multiplicaram tal como redemoinhos, abarcando tempo, sol e noite e gente. Até que chegou o dia do assalto final. O bando de Hermógenes atacava com fúria e destemor, com sede de sangue, animosamente. Diadorim avançou por sobre Hermógenes. Lutaram corpo a corpo, faca a faca. Riobaldo assistia ao longe. As carnes de Hermógenes e de Diadorim eram cortadas em fatias. Até que Riobaldo viu Diadorim cravar e sangrar o Hermógenes, fazendo cuspir do corpo dele um jato de sangue. Mas, de repente, não mais viu Diadorim... Hermógenes estava morto, assim como morto também estava Diadorim. A guerra fora vencida pelo bando de Riobaldo. Diadorim tinha morrido – mil-vezes-mente- para sempre de mim; e eu sabia, e não queria saber, meus olhos marejaram. "Mors omnia solvit". Extintos estavam todos os pactos.

Viver é negócio muito perigoso... Mesmo na comutatividade, haverá sempre uma álea à espreita, mas mesmo na álea será contratada a esperança, "emptio spei": Claráguas, fontes, sombreado e sol. O corpo de Diadorim foi levado a uma Mulher para ser lavado e vestido a seu rogo. Essa Mulher era a mulher do Hermógenes. Todos saíram. Riobaldo ficou. A mulher, de propósito, não mostrou a Riobaldo o corpo. E ao estar Diadorim, "nu de tudo", ela disse: "A Deus dada. Pobrezinha...". Ao que ouviu, dilacerado, Riobaldo: "...Que Diadorim era o corpo de uma mulher, moça perfeita...Estarreci. E eu não sabia por que nome chamar; eu exclamei me doendo: -"Meu amor!..." Diadorim era parte legitimada para o matrimônio, o objeto do contrato seria lícito e possível. A avença que não foi e poderia ter sido. Riobaldo caiu, gravemente, doente.

Meses se passaram. Riobaldo, já de pé e refeito foi visitar o seu mentor e conselheiro o Compadre meu Quelelem e o indagou – "O senhor acha que a minha alma eu vendi, pactário?!" Então ele sorriu, o pronto sincero, e me vale me respondeu: -"Tem cisma não. Pensa para diante. Comprar ou vender, às vezes, são as ações que são as quase iguais...". Paritariedade, comutatividade.

Digo ao senhor: Tudo é pacto. E o tempo da vereda da humana vida é exiguo para que se cumpra o pacto dos afetos. Diante dessa verdade inelutável, o próprio direito se cala e os seus princípios baixam os olhos enveredando-se nas veredas verdes dos serões de Riobaldos e Diadorins.

Viver é muito perigoso; e não é não.

Quem era Diadorim? Por que, por tanto tempo, se impossibilitou para o amor? Se viva continuasse, despedir-se-ia de seu segredo? Uma resposta talvez seria a de que Diadorim era em si toda a possibilidade do homem humano em sua humanidade possibilitada e, cumprida a avença, ela possibilitar-se-ia.

E, por princípio, quando o pacto é de amor, o impossível é nonada.

## Sade, meu professor de direito civil

João Chaves Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Católica de Pernambuco

Sade. Uma palavra de quatro letras, um nome, um tabu quase insuperável para uma sociedade ocidental cada vez mais convicta de sua emancipação. Durante os últimos dois séculos, qualquer menção ao francês Donatien-Alphonse-François, de família e título nobres, é cercada de mistério e preconceitos. O Marquês de Sade é o autor das orgias, das taras e do proibido. Inventor da arte do mal, o sadismo. Um pária entre os eruditos que enriqueceram a cultura do iluminismo. Um jurista?

Na verdade, o maior desafio dos que se sentem atraídos pela obra do Marquês os sadeanos, e não sádicos é revelar ao público em geral um outro lado do autor, fugindo da mistificação empobrecedora e do obscurantismo. Sade é mais que um autor pornográfico; sua obra talvez seja a mais moderna entre tantas da Modernidade literária e filosófica, e por isso é tão difícil compreendê-la.

Muito embora seus biógrafos não tenham chegado a conclusões precisas (segundo Simone de Beauvoir, nosso personagem já nasceu para nós como “homem feito”), sabe-se que o Marquês de Sade é um aristocrata rico que, desde muito cedo, foi despertado para a vida libertina na França do século XVIII. Foram a ele atribuídos crimes diversos. Corrupção de menores, agressões a canivete contra mulheres, cárcere privado e, talvez, a mais insidiosa de todas: a publicação clandestina de inúmeros escritos obscenos, dos quais conhecemos hoje uma ínfima parte. Por tudo isso, Sade foi diversas vezes preso, não sendo de todo estranho que um dos maiores nomes da literatura moderna tenha sido um dos poucos que eram mantidos na Bastilha, quando da Revolução Francesa. Pouco depois de sua morte, um bibliotecário encarregado de catalogar os principais livros censurados pela nova ordem política recusou-se a mencionar o nome de Justine, um de seus livros mais célebres, em sua relação, sob o argumento de que “não devemos avançar demais na direção dos esgotos da literatura”...

Hoje, todavia, Sade é lido com atenção nos meios universitários e apontado como um profeta da Modernidade. Lamenta-se a perda de parte significativa de seus escritos, debate-se a extensão de suas reflexões sobre os caminhos da sociedade ocidental. Mera curiosidade mórbida ou busca de excitação fácil? Creio que não.

Na verdade, a obra sadeana tem peculiaridades marcantes, que vão além da mera exacerbação do sexo na literatura. Isso porque a liberdade, tão cara ao ideário iluminista como mãe de todas as virtudes sociais, é radicalizada a ponto de suprimir qualquer possibilidade de moral. Para Sade, é inconcebível defender a liberdade econômica ou política como valores absolutos e, ao mesmo tempo, manter na vida privada limites éticos para os relacionamentos, em especial no âmbito do sexo. Assim, a busca do prazer desenfreado é elevada ao nível máximo de importância, superando qualquer tipo de fronteira. O gozo é visto como a única vontade ou a verdadeira essência do homem; com isso, Sade antecipa Nietzsche em pelo menos 200 anos ao prever como condição necessária (e hipocritamente não realizada) da

Modernidade a transposição da moral, rumo a uma nova e provocante (a)moralidade feliz.

No texto “Franceses, mais um esforço se quereis ser republicanos”, mencionado como panfleto achado na rua por um dos personagens de A filosofia na alcova, o autor deixa claro que, na nova sociedade que se construía, seria inadmissível ser um republicano político e um aristocrata moral; ou seja, a verdadeira república da nossa sociedade só seria realizada com a destruição dos valores, sendo o sexo uma forma de atingir esse objetivo. Há em Sade uma pulsão ilimitada pela ruptura e destruição que assusta por sua força e supera o mero rótulo da obscenidade. Sade provoca a cultura moderna justamente por revelar o erótico numa versão profunda e realista do que nós, tão esclarecidos, não queremos ver em nossa realidade.

A meu ver, é possível cruzar essa ética da transgressão sadeana com o direito, em especial quanto à teoria contratual que, desde o século XIX, vem marcando as sociedades ocidentais. Isso porque o liberalismo econômico trouxe, como uma de suas consequências, um individualismo exacerbado para o campo jurídico, no qual os sujeitos aceitos em condições pré-estabelecidas (as pessoas) ocupam papéis em formas relacionais igualmente capturadas em modelos típicos (os negócios jurídicos). A regra maior é a da autonomia, em que a vontade é livre e sofre a menor interferência possível; nessa mesma esteira, nossa tradição contratual parte da ideia de que o direito deve facilitar as trocas e a intercambialidade de objetos. Por fim, é ressaltada a ausência de conteúdos morais fortes, pois a fixação desse tipo de barreira inviabilizaria a liberdade contratual e a prática capitalista, na qual os direitos subjetivos são adquiridos e alienados numa dimensão de mercado.

Nesse contexto, Sade poderia dizer que o modelo negocial e privatista de relações, até hoje reproduzido pelos juristas de toda parte, é a realização parcial da Modernidade, em que a fungibilidade entre pessoas e coisas prevalece sobre a dimensão de eticidade ou validade moral que fundamenta as pretensões mais elevadas dos filósofos e políticos. Contradição evidente e típica do nosso tempo.

Percebe-se, então, que o esvaziamento moral proposto por Sade como “regra de ouro” já existia no direito de sua época, ainda que segundo uma forma de controle minimalista (o direito dos civilistas do século XIX). Assim, ao criar seus complexos catálogos sobre perversões e desejos proibidos (como o inexplicável estatuto dos depravados de 120 dias em Sodoma), esse “filósofo celerado” (adjetivo de P. Klossowski) apenas leva para o sexo um princípio contratual de larga utilização, se bem que hoje criticado: não deve haver limite nem regra para a satisfação dos objetivos. O pensamento de Sade explicita, em sua razão perversa, o que os juristas tradicionais restringem ao direito privado, mas é, sem dúvidas, uma das maiores marcas da vida atual. A erótica sadeana é, portanto, a mais polêmica aula de teoria contratual até hoje proferida, por ousar dizer o indizível: no direito e no sexo, somos apenas corpos e personagens descartáveis.



Eudes Mota, sem título, 2007

## Entre o Direito e a Literatura

Camila da Câmara Figueirôa

Integrante do núcleo “Direito e Literatura”, Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

O Direito se expressa através da linguagem. Os textos legais, dessa forma, possuem uma função prescritiva, ainda que indiretamente. Com o propósito de aplicar seus comandos, na letra da lei, ele utiliza-se de símbolos para ser obedecido pelo grupo social. As peças processuais, o tribunal do júri, as considerações orais em audiências, são instrumentos próprios do Direito, os quais são maneiras de se operar na linguagem a fim de se satisfazer determinados interesses.

A forma lingüística mais evidente em que o Direito se expressa é a Lei. A interpretação das normas pelos juristas é a busca por uma significação verdadeira e uma das palavras da Lei. A interpretação de uma norma pode remontar fatos sociais da época em que foi criada, ou pode ser a busca pela vontade do legislador a fim de que se tenha a decisão justa para o caso concreto. É a partir da ideia de que o Direito é linguagem, que se pode perceber a importância de estudá-lo sob uma perspectiva literária. O Direito, como expressão de uma sociedade, pode ser percebido de diversas formas na literatura.

A Literatura, por sua vez, pode ser o ponto de partida para a compreensão do Direito. Obras como O Mercador de Veneza (Shakespear), O Processo (Kafka, em geral), Germinal (Zola), A Revolução dos Bichos, 1984 (George Orwell), demonstram diversas maneiras de se perceber as estruturas e as instituições sociais, seja com uma abordagem direta dos instrumentos do Direito (como O Mercador de Veneza, a partir da análise de Contratos), seja com uma abordagem voltada para a crítica da atuação das instituições jurídicas na sociedade, observando seus efeitos diante das relações e dos sujeitos. Apesar dessas evidências, a relação entre Direito e Literatura tem sido questionada quanto a sua finalidade: o que haveria de objetivo e quais seriam as aplicabilidades úteis quando se estuda o Direito sob a perspectiva da Literatura, ou quando se tem a Literatura como contexto legal.

Em uma outra visão, a literatura pode ser um meio de mudança de foco ao estudo do Direito. Dada a necessidade do conhecimento das leis como instrumento no âmbito profissional do jurista, o saber jurídico tem sido reduzido à perspectiva positivista. Nas primeiras lições de universidade, os alunos de Direito aprendem que ele é feito na e para a sociedade (Ubi societas, Ibi ius.). No entanto, acabam perdendo seu sentido humanista. Devido a esse estreitamento, os conhecimentos jurídicos, desenvolvidos na academia, dão-se por mera repetição e reprodução dos poderes dominantes. Dessa forma, ignora-se o fato de que o Direito, como ciência que pretende ser, necessita sempre de novas perspectivas, inclusive voltar-se para a Literatura como representação crítica do Direito na sociedade.

Há na interação entre a Lei e a Letra uma maneira de se perceber o Direito como linguagem, como ele age nas instituições e produz mecanismos de poder. Ademais, a literatura é uma perspectiva privilegiada sobre os contextos sociais. Ela é o campo para todo tipo de interpretação e criação que se possa ter do Direito e sua atuação como aparelho coercitivo do Estado. A intercessão entre Direito e Literatura é possibilidade de ampliar as perspectivas de reflexão social.

**Lima & Falcão**  
ADVOGADOS

**CR**  
CORRÊA RABELLO,  
COSTA & ASSOCIADOS

**Dialogo**  
Comunicação e Marketing  
P&P e a família