

CONSELHO EDITORIAL:

- **Direito Processual Civil:**
Francisco Carlos Duarte
Pós-Doutor em Direito - Professor da PUCPR
Helena de Toledo Coelho Gonçalves
Mestra em Direito Econômico e Social pela PUCPR - Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUCSP - Professora de Direito Processual Civil na PUCPR
- **Direito Processual Tributário:**
James Marins
Pós-Doutor em Direito - Professor da PUCPR
- **Filosofia do Direito:**
José Renato Gaziero Cella
Doutorando em Direito pela UFSC - Professor da PUCPR
- **Direito Tributário:**
Roberto Catalano Botelho Ferraz
Doutor em Direito - Professor da PUCPR
José Augusto Delgado
Ministro do STJ
- **Direito Internacional:**
João Bosco Lee
Doutor em Direito - Professor da PUCPR
Eduardo Baccchi Gomes
Doutor em Direito - Professor da PUCPR
Elizabeth Accioly
Doutora em Direito Internacional pela USP - Professora Visitante do Curso de Pós-graduação em Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Luís Alexandre Carta Winter
Doutorando pela USP/PROLAM - Mestre em Direito da Integração pela UFSM/RS - Professor na PUCPR, Facinter-Uninter e Unicritiba
- **Direito Comercial:**
Marcos Wachowicz
Doutor em Direito - Professor das Faculdades Integradas Curitiba
- **Direito do Consumidor:**
Antonio Carlos Efig
Doutor em Direito - Professor da PUCPR

- **Direito Penal e Processual Penal:**
Néfi Cordeiro
Doutor em Direito - Professor da PUCPR e da Universidade Tului
- **Direito Civil:**
Rainer Czajkowski
Mestre em Direito - Professor da FDC - Diretor Acadêmico das Faculdades Integradas Curitiba
Carlyle Popp
Doutor em Direito - Professor da FDC e PUCPR
Paulo Nalin
Doutor em Direito - Professor da UFPR
- **Direito do Trabalho:**
Roland Hasson
Doutor em Direito - Professor da PUCPR
- **Direito Ambiental e Agrário:**
Ana Paula Gualarte Liberato
Doutoranda em Educação pela Universidade de la Empresa - Professora da PUCPR e da ESMAFE
Vladimir Passos de Freitas
Doutor em Direito - Mestre em Direito - Professor de Direito Ambiental da PUCPR - Diretor da Escola da Magistratura do Paraná - Presidente do Ibrajus
- **Direito Constitucional:**
Claudia Maria Barbosa
Doutora em Direito - Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado da PUCPR
Paulo Gomes Pimentel Júnior
Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha - Mestre em Direito pela UFPE
- **Direito Previdenciário:**
José Antonio Savaris
Mestre em Direito Econômico e Social - PUCPR - Doutorando em Direito da Seguridade Social - USP - Juiz Federal do TRF da 4ª Região - Professor de Direito Previdenciário da ESMAFE-PR - Presidente de Honra do IBDP
Melissa Folmann
Mestra em Direito - Professora da Graduação e da Pós-graduação da PUCPR - Professora da Pós-graduação de diversas Instituições de Ensino Superior - Presidente do IBDP

Marcelo Conrado

Doutorando em Direito das Relações Sociais pela UFPR; Mestre em Ciência Jurídica pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - Jacarezinho-PR; Pós-graduado em Sociologia Política pela UFPR; Vice-presidente da Comissão do Direito do Consumidor da OAB/PR; Membro Titular do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, indicado pela OAB/PR; Professor do Curso de Direito da UniBrasil e das Faculdades Estácio; Advogado; Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Civil "Virada de Copérnico".

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Doutora e Mestra em Direito das Relações Sociais junto à UFPR; Professora titular de Direito Civil no Unicritiba; Professora adjunta de Direito Civil na graduação e no Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil; Professora convidada da PUCPR, ESA e da OAB /PR e da Fampar; Pesquisadora Nupeconst e do Projeto de Pesquisa "Virada de Copérnico" da UFPR.

Coordenadores

DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO

Ensaaios para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio

Prefácio de

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Colaboradores

Ana Carla Harmatiuk Matos	José Antônio Peres Gediel
Andrea Alves de Sá	Jussara Maria Leal de Meirelles
Antônio Carlos Efig	Katya Isaguirre
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk	Luiz Edson Fachin
Clayton Reis	Marcelo Conrado
Daniel Sarmento	Marcos Alves da Silva
Danilo Doneda	Maria da Glória Colucci
Eros Belin de Moura Cordeiro	Marklea da Cunha Ferst
Eroulth Cortiano Júnior	Marta Marília Tonin
Fernando Antonio de Carvalho Dantas	Paulo Luiz Netto Lôbo
Frederico Eduardo Zenedin Glitz	Rosalice Fidalgo Pinheiro
Gustavo Tepedino	Silvana Maria Carbonera
Joaquim Shiraiishi Neto	

Curitiba
Juruá Editora
2009

ISBN: 978-85-362-2658-3



Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê - Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 - CEP: 80.030-475 - Curitiba - Paraná - Brasil

e-mails: editora@juruia.com.br
marketing@juruia.com.br

Editor: José Emani de Carvalho Pacheco

Conrado, Marcelo (coord.).

C754 Direito privado e constituição. / Marcelo Conrado, Rosalice Fidalgo Pinheiro (coords.). / Curitiba: Juruá, 2009.
464p.

I. Direito privado. I. Pinheiro, Rosalice Fidalgo (coord.)
II. Título.

00015

CDD 346(22.ed)
CDU 347

Visite nossos sites na internet: www.juruia.com.br e www.editorialjuruia.com

Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – Estudo de caso sobre as comunidades de Fundo de Pasto de Casa Nova (Bahia, Brasil)

Andrea Alves de Sá..... 157

A “comoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica

Joaquim Shiraishi Neto e Fernando Antonio de Carvalho Dantas..... 173

Royalties, biotecnologia e a função social da propriedade intelectual

Marcelo Conrado..... 191

Capítulo IV

CONTRATO, CONSUMO E EMPRESA: O REDESENHO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA PRIVADA

A Constituição da República de 1988 e as transformações na teoria contratual

Eros Belin de Moura Cordeiro..... 211

Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no direito positivo brasileiro e no direito comparado

Frederico Eduardo Zenedin Glitz..... 239

A proteção constitucional do consumidor fundamentada na dignidade humana do cidadão

Antônio Carlos Efigê..... 281

A atuação empresarial na preservação ambiental: função ou responsabilidade social?

Katya Isaguirre..... 297

Capítulo V

PAPÉIS E PERSONAGENS: AS RELAÇÕES DE FAMÍLIA REVISITADAS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família

Paulo Luiz Netto Lôbo..... 323

Os filhos da democracia: uma reflexão acerca das transformações da filiação a partir da Constituição Federal de 1988

Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva..... 341

Os impactos da Constituição da República na construção de uma nova cidadania: o direito fundamental à alimentação da criança e do adolescente

Maria da Glória Colucci e Marta Marília Tonin..... 361

A reconfiguração do papel da mulher nas relações familiares à luz da Constituição Federal

Ana Carla H. Matos e Marklea da Cunha Ferst..... 375

Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais

Daniel Sarmiento..... 387

O direito de família na Constituição de 1988 e suas repercussões no direito das sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre Código Civil e Constituição

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Rosalice Fidalgo Pinheiro..... 429

ÍNDICE ALFABÉTICO..... 456

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil, v. I: introdução ao direito civil. Teoria do negócio jurídico.** 6. ed., rev. e atual. Por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

_____. **Curso de direito civil, v. III: fonte das obrigações: contratos.** 6. ed., rev. e atual. Por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.**

In: Temas de direito civil. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional. Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, nov. 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito.** 4. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FAVOR CONTRACTUS: ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO CONTRATO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

Frederico Eduardo Zenedin Glitz¹

"O tempo é a insônia da eternidade".

(Mario Quintana)

Sumário: 1. *Introdução: uma leitura crítica do Direito Civil.* 2. *Do paraíso ao inferno conceitual: a prosopopeia do contrato.* 3. *Interessante paradoxo: segurança e funcionalização.* 4. **Favor contractus: a conservação do contrato no Direito brasileiro.** 4.1. *A conservação como construção interpretativa.* 4.2. *A conservação como alternativa às "nulidades".* 4.2.1. *Confirmação.* 4.2.2. *Redução.* 4.2.3. *Conversão.* 4.2.4. *Outras formas de sanção de nulidades.* 4.3. *Conservação como diretriz de revisão contratual.* 4.3.1. *Cláusulas de renegociação.* 4.4. *Conservação como óbice à extinção do contrato pela resolução.* 4.4.1. *Adimplemento substancial.* 4.4.2. *Resolução por onerosidade excessiva.* 5. *Considerações conclusivas.* 6. *Referências.*

1 INTRODUÇÃO: UMA LEITURA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL

O Direito contemporâneo coloca aos seus aplicadores um desafio e uma postura. O desafio é aquele representado na permanente pesquisa e construção, voltadas, ambas, à concreção da repersonalização do Direito.

¹ Advogado. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ); Professor de Direito das Obrigações, Direito Internacional Privado e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL). Professor de Direito das Obrigações e dos Contratos da Faculdade de Direito da Universidade Positivo. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro do "Virada de Copérnico", grupo interinstitucional de pesquisa e estudo do Direito Civil. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP).

Ao lado dessas "condições ambientais" de aplicação da técnica jurídica, se impõe ao operador a obrigação de se manter crítico em relação ao próprio Direito, evitando o orgulho criativo e a contemplação apaixonada de sua obra. Essa postura decorre da necessidade de se reconhecer que, ao lado dos conceitos juridicamente consagrados, estão fatos que não se ajustam a eles permanentemente. O tempo, enfim, não tem o condão de cristalizar as instituições, mas, antes, de mostrá-las como verdadeiramente são: provisórias e precárias.

O operador, portanto, não pode se acomodar e aceitar uma explicação que lhe foi oferecida e justificada pelos incontáveis anos que se passaram, nem deve duvidar que a sua interpretação é temporária. A inquietação, em suma, não convalida com o tempo; nem, tão pouco, há prescrição teórica de um determinado conceito jurídico.

O operador insone, ajustado a sua época, é um pensador, mas menos inerte que aquele imaginado por Rodin. Traz as mangas arriadas, pronto a repensar os problemas e soluções que já fazem parte da história, em prol da concretização de respostas adequadas ao seu próprio momento.

Demonstra-se, pois, a exigência do não conformismo, da busca de uma explicação que não se limite ao formal, mas que, apoiando-se na realidade e na tradição, permita construir um Direito Civil diferente, contemporâneo em idade, tradicional em rigor e preciso hoje como foi ontem.

Essa orientação metodológica nos permite transitar pelos fundamentos jurídicos, elegendo o contrato como objeto de estudo e de inquietações. Sua análise revela, de início, que se deve reconhecer que, para além do contrato, impõe-se aos contratantes responsabilidade, entre si e, também, para com aqueles que não participam de seu baile negocial².

Eis a superação crítica da relação jurídica: a compreensão deixa de ser estática para se tornar dinâmica; a pessoa sobrepõe-se ao sujeito, o patrimônio, (mínimo e também dos excluídos) à coisa, o ser, em relação ao ter.

E é neste cenário que se abrem algumas perspectivas para o Direito Civil no terceiro milênio: não só o princípio ganha dignidade, como se reconhece na igualdade material papel essencial, e o Direito passa a se preocupar com a função social de seus institutos³.

Uma daquelas novas responsabilidades é a preocupação contemporânea com a equidade contratual, pautada pela igualdade e dignidade, sorvida do ser e não do ter e instruída pelo comportamento ético. Assim, retomam-se construções como a lesão enorme e a cláusula *rebus sic stantibus*, exemplos cabais de que "desproporções geradas pelos efeitos do contrato

² FACHIN, 2003, p. 08-09.

³ "Na triplice repercussão da igualdade (nas relações conjugais, nos contratos e na propriedade imobiliária) aparece o equilíbrio entre o interesse individual e o interesse exterior ao liame jurídico". (FACHIN, 2003, p. 292)

demonstram que a paridade surge como um valor a ser seguido, o que permite uma ingerência na equação econômico-financeira daquela relação jurídico-obrigacional"⁴.

Se a igualdade é valor jurídico e o comportamento ético, imposição, empoçam-se, os entrincheirados, na justificação do *status quo* sem notar, contudo, que é desta terra escavada, em que se protegem os combatentes, que uma nova primavera surge. Ao contrário do declínio anunciado⁵, o Direito Civil surge fortalecido pela diretriz antropocêntrica.

2 DO PARAÍSO AO INFERNO CONCEITUAL: A PROSOPOPEIA DO CONTRATO

Durante muito tempo se ouviu dizer que o contrato criava lei entre as partes e que, como tal, seria intangível. Ao juiz, intérprete da lei e do negócio, caberia, tão-somente, desempenhar seu papel de autômato jurisdicional e afirmar o que havia sido pactuado. A intervenção no contrato não era, em suma, bem-vista. Quando necessária, se limitaria a anular ou declarar a nulidade do negócio, mas isso apenas naquelas restritas hipóteses em que a vontade individual fosse prejudicada.

Tal concepção teórica refletia, em verdade, a necessidade de uma época. A sociedade da qual surge a concepção liberal do negócio pretendia defender um de seus valores mais caros, a liberdade. A responsabilidade serviria, em última análise, como afirmação máxima da liberdade individual. Em outros termos: se o contratante se comprometeu, seria justo garantir que cumprisse fielmente sua palavra.

Neste cenário qualquer indagação sobre equilíbrio contratual seria desnecessária. Isso porque se presumiria que o indivíduo, melhor juiz de seus próprios interesses, somente exerceria sua liberdade, responsabilizando-se, portanto, caso entendesse justa a relação.

A justiça contratual passaria, então, a ser presumida na manifestação do contratante. Eis a velha máxima: quem diz contrato diz justo!

Aquilo, no entanto, que servia para a sociedade liberal burguesa oriunda do período revolucionário, nem sempre se adaptou às mudanças sociais. Vale dizer, apesar de os valores sociais terem se alterado, a "velha máxima" outorgou-se ares de dogma, e, logicamente, os dogmas⁶ não combinam com o Direito.

⁴ FACHIN, 2003, p. 295.

⁵ AZEVEDO, 1975, p. 15.

⁶ Advirta-se que a expressão dogma não se refere ao caráter dogmático da norma jurídica, isto é, nos dizeres de Marcos Bernardes de Mello: "como ordem de validade, sem vinculação imediata e

Tal ordem de coisas explicava o contrato para uma determinada sociedade, apresentava-o como ideal histórico, mas, infelizmente, com prazo de validade.

Como ideal, resistiu até o momento em que se revelou utopia. E como utopia passou a ser questionada por aqueles que não estavam tão certos de sua essencialidade.

Em termos históricos poderíamos situar esse momento de crise (econômica, política e social): o conflito de 1914-1918. Sua característica mais marcante foi justamente a intensidade de seus efeitos na economia e a demonstração cabal da insuficiência da política imperialista e elitista. Nunca antes se puderam sentir tão amplamente os efeitos de um conflito bélico na economia e sociedade nacional e nem a falência completa de um modelo social.

É nesta oportunidade que a jurisprudência francesa e a Lei *Failliot* consagram a Teoria da Imprevisão, que, em brevíssima síntese, admitia a intervenção judicial nos termos contratuais⁷.

A marcha histórica estava colocada em movimento e o contrato não mais seria o mesmo.

3 INTERESSANTE PARADOXO: SEGURANÇA E FUNCIONALIZAÇÃO

A teoria da imprevisão, contudo, criaria um precedente perigoso: o contrato pode ser revisto⁸. Tratar-se-ia, em brevíssima análise, da admissão

direta à sua realização no plano das realidades sociais" (MELLO, 2007, p. 15). A expressão é utilizada no sentido de "verdade fundamental e incontestável".

⁷ Destaque-se, contudo, que esta solução excepcional aplicar-se-ia, somente, aos contratos públicos, persistindo, no Direito francês, a estrita obrigatoriedade de cumprimento dos contratos particulares, mesmo em circunstâncias que alterassem sua base econômica. (BORGES, 2002, p. 485-494)

⁸ Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, duas teriam sido as causas diretas da retomada da cláusula *rebus sic stantibus*, sob nova roupagem, a teoria da imprevisão: a recessão econômica pós-primeira guerra mundial e as indenizações securitárias motivadas pelo terremoto de Messina em 1906 (BITTAR FILHO, 1992, p. 21). A necessidade de solução àqueles casos ensejou a reformulação da cláusula, ampliando-lhe os requisitos. Luiz da Cunha Gonçalves identifica a teoria da imprevisão como modalidade da força maior, baseada na equidade e que, para ser admitida como defesa, dependeria da comprovação de três requisitos: contrato de longa duração, com prestações sucessivas; novas circunstâncias que tenham advindo de forma inesperada e imprevisível; contrato de natureza não aleatória (GONÇALVES, Luiz da Cunha, 1951, p. 557-558). A doutrina brasileira, inicialmente reticente, acabou reconhecendo a oportunidade de sua formulação, admitindo-lhe os requisitos: contrato de execução diferida ou continuada; ocorrência de evento imprevisível no momento de formação do contrato; ausência de estado moratório; lesão virtual (possível dano); essencialidade (alteração anormal e fundamental); ausência de culpa do devedor; excessiva onerosidade ao devedor e extrema vantagem ao credor (BORGES, 2002, p. 295-326). Tradicionalmente foi encarada como forma de reso-

de que existiriam eventos incontrolláveis, alheios às vontades das partes contratantes, que exerceriam sua influência decisiva na execução do contrato.

Progressivamente diversas teorias se apresentaram para justificar a possibilidade de revisão do contrato diante de tais eventos. No entanto, ainda sob a justificativa da segurança, as hipóteses seriam limitadas.

Ainda que a revisão fosse justificada como medida excepcional, fiadora da própria noção de obrigatoriedade do contrato, o precedente da revisibilidade se mostrava insidioso. Infiltrando-se pelos interstícios da racionalidade moderna, uma nova compreensão do contrato se insinuava.

Tal ordem de coisas se intensificaria, no Direito brasileiro, pela promulgação da Constituição da República de 1988. Isso porque os valores que consagrou, em muitos aspectos, superavam a compreensão individualista do Direito Privado tradicional⁹.

Esse *aggiornamento*¹⁰ representou, na seara contratual, a superação dos princípios clássicos e a adoção de uma forma mais contemporânea de compreensão e interpretação do contrato, conduzindo à constatação de uma série de novas complexidades inerentes ao fenômeno negocial.

Significaria, em última análise, que também o Direito Privado devia obediência aos enunciados constitucionais¹¹. A proteção da propriedade, da empresa e a execução dos contratos somente se dariam enquanto e quando representassem instrumentos de proteção à dignidade humana e de justiça social.

Não se trata de uma mudança casual. Houve maciço aprofundamento conceitual dos institutos jurídicos, aos quais se imputaria atendimento a sua função social. Trata-se, em verdade, da resposta negocial à exigência de repersonalização¹² do Direito e do atendimento das garantias constitucio-

ção do contrato, sendo inclusive, sob essa forma positivada pelo atual Código Civil brasileiro – art. 478 (BARLETTA, 2002, p. 195-196; NERY JUNIOR, 2004, p. 65; AZEVEDO, Álvaro Villaza. *O novo Código...*, 2003, p. 40-41). A doutrina, contudo, considera-a, também, como forma de revisão do contrato (BORGES, 2002, p. 326-331; KLANG, 1991, p. 76; OLIVEIRA, 1991, p. 85). Há, contudo, quem não enxergue a teoria da imprevisão positivada no art. 478 do atual Código Civil brasileiro, mas, no art. 317 (TARTUCE, 2003, p. 143; BARLETTA, 2002, p. 196).

⁹ "A passagem do tempo trouxe consigo novos paradigmas, alterando os dados contidos no Código, o que o torna ideologicamente superado em face da Constituição brasileira de 1988, sendo por qualquer outra razão, pelo momento histórico mais atual em que foi editado o texto constitucional". (SILVEIRA RAMOS, 1996, p. 151)

¹⁰ FACHIN, 1998, p. 116.

¹¹ LOBO, 1999, p. 103.

¹² Orlando Gomes expressa essa preocupação com a humanização do direito, revelando a necessidade de releitura do Direito obrigacional liberal burguês de modo a atender às necessidades sociais de determinada sociedade em determinado período histórico. (GOMES, Orlando; 1955, p. 25-30)

nais, principalmente a dignidade da pessoa humana¹³, como fundamento ao próprio Direito.

Nessa medida, o adequado tratamento da execução contratual não se limitaria à percepção do adimplemento ou à atribuição dos consequentes efeitos ao inadimplemento obrigacional. A execução contratual, antes, ocuparia a preocupação do aplicador também em termos de se assegurar o efetivo equilíbrio relacional.

No direito brasileiro, o legislador tem buscado, contemporaneamente, por meio de sua atuação, garantir o equilíbrio entre os contratantes, coibindo os abusos e preservando os interesses sociais. Essa atuação de forte apelo social¹⁴, identificada como "socialidade", por Reale¹⁵, redundou na positividade, pelo direito brasileiro, do princípio da função social do contrato.

Saliente-se, contudo, de início, que a positividade de tal princípio não significa afirmar sua inexistência anterior. A função social do contrato não teria sido criada pelo atual Código Civil brasileiro, já possuiria existência prévia e independente da lei¹⁶. Neste sentido é sempre válida a advertência de Fernando Noronha¹⁷ de que a função social do contrato existe independente de previsão legislativa, eis que a funcionalização depende da verificação do próprio papel a ser desempenhado pelo contrato em determinada sociedade, localizada historicamente.

Admitindo que as categorias jurídicas são históricas e culturais, o ordenamento jurídico brasileiro nada mais fez que atribuir ao contratante "um poder que se desdobra em dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios"¹⁸. Neste sentido podem-se citar, ainda, Tepedino e Nalin¹⁹.

¹³ A doutrina jurídica atual é fortemente marcada pela preocupação com a proteção da pessoa. Se a construção jurídica liberal ocupava-se da proteção do ter, a contemporaneidade visa ao "ser" (na nomenclatura adotada por MEIRELLES, 1998, p. 87-114.). Dessa forma, ao proteger-se a personalidade e seus respectivos direitos, estar-se-ia conferindo dignidade ao ser humano. Concluindo, com Eroulth Cortiano Junior, se afirma que "O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de existir na noção de pessoa humana que é anterior à ordem jurídica". (CORTIANO JUNIOR, 1998, p. 41)

¹⁴ Neste sentido NEGREIROS, 2002, p. 10-20.

¹⁵ REALE, 2003, p. 12.

¹⁶ Segundo Arnoldo Wald, por exemplo, a função social do contrato já estaria consagrada no ordenamento jurídico brasileiro quando o CCB/16 repelia o abuso de direito e quando a Constituição da República (1988) consagrava a função social da propriedade (WALD, 2001, p. 49-50). Nesse mesmo sentido SANTOS, 2004, p. 152-153.

¹⁷ NORONHA, 1994, p. 83 e ss.

¹⁸ MARTINS-COSTA, 1998, p. 39.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; 2002, p. XXXII; NALIN, 2001, p. 226-227.

Eis, aí, uma interessante percepção de que os contratos podem produzir efeitos para fora de seus próprios universos. Deixa-se de lado aquela visão contratual "egocêntrica" em prol da flexibilização da própria noção de relatividade dos efeitos do contrato.

Disso decorre que, para além de um equilíbrio internamente delimitado entre as partes, o contrato deixa de ser operação de interesse exclusivo dos contraentes, e passa a interessar a toda sociedade, a tal ponto que o atual Código Civil impõe-lhe a nulidade em caso de descumprimento de tais preceitos²⁰.

Além de se identificar a função social do contrato com a justiça contratual e o equilíbrio das prestações²¹ e com a relativização do princípio da relatividade contratual²², há aqueles que a identificam com as limitações decorrentes da ordem pública²³, isto é, teria função meramente limitadora da liberdade contratual²⁴.

A função social do contrato, contudo, parece ter maior abrangência. Está ligada à noção de interesse coletivo e que, embora ligada à noção de equilíbrio das prestações, não se limitaria a ela²⁵. É neste contexto que se deve destacar o alerta de Teresa Negreiros: "Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente"²⁶.

A força obrigatória dos contratos e a intangibilidade contratual, portanto, não restam simplesmente afastadas, mas devem ser reinterpretadas, de acordo com essa realidade²⁷.

²⁰ Tal conclusão pode ser extraída da leitura do parágrafo único do art. 2.035, do Código Civil brasileiro. Também neste sentido: NALIN, 2001, p. 236 e ss.

²¹ BARBOSA, 2002, p. 201-198; FONSECA, 2007, p. 253 (com ressalvas).

²² TEIZEN JUNIOR, 2004, p. 162 e ss.; FONSECA, 2007, p. 255-256.

²³ HIRONAKA, 2002, p. 86. Também neste sentido THEODORO JUNIOR, 2004, p. 106.

²⁴ BRITO, Edvaldo; 2003, p. XV.

²⁵ "Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral". (SANTOS, 2002, p. 29)

²⁶ NEGREIROS, 2002, p. 209.

²⁷ Fernando Noronha considera que a obrigação atenderia a sua função social e, portanto, mereceria a tutela jurídica desde que demonstrasse ser séria e útil. Com isso pretende afirmar que, embora o interesse do credor seja eminentemente egoísta, sua satisfação condiciona-se a sua adequação aos valores sociais e ao bem comum (NORONHA, 2003, p. 27). Carlos Eduardo Pianovski Ruzik enfatiza que o contrato não perdeu sua função econômica, que estaria, em verdade, "subordinada a uma racionalidade que enfatiza a necessidade de realização da

As atividades negociais não só possuem função social, como lhes é imprescindível o respeito aos princípios constitucionalmente garantidos. Essa noção introduz na seara negocial novos dilemas e perspectivas. Dentre elas destaca-se o papel da boa-fé como princípio obrigacional e suas diversas funções²⁸ e como forma de manutenção do equilíbrio contratual²⁹. Aliás, a própria noção de preservação do equilíbrio das prestações obrigacionais acaba por se impor³⁰ juntamente com a necessidade de conservação do contrato.

4 FAVOR CONTRACTUS: A CONSERVAÇÃO DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

Constatada a relevância social da relação contratual, passa a interessar a sociedade que, em alguns casos, apesar do vício, defeito, ineficácia, descumprimento ou alteração econômica que o prejudique, seja o contrato conservado por meio da respectiva adequação. Tal operação obedece à diretriz do *favor contractus*, ou seja, a conservação do contrato³¹.

A conservação do contrato é identificada por parte da doutrina como forma de concreção da função social do contrato³² isso porque ao

dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre justa e solidária, conforme preconizado na Carta Constitucional". (RUZYK, 2003, p. 37)

²⁸ Destaque-se entre elas o princípio da boa-fé como criador de deveres anexos e autônomos, induzindo, inclusive, um repensar sobre a noção de mora e a consagração da figura da "quebra positiva do contrato" (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, 2002). Além disso, salienta Judith Martins-Costa, o princípio da boa-fé impõe dever de cooperação, proteção de interesses, lealdade, "otimizando" o vínculo contratual. Segundo a autora, esse mesmo efeito pode ser obtido por meio da interpretação e integração do contrato. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 199 e ss.)

²⁹ A doutrina brasileira contemporânea tem sustentado também ser possível, via aplicação do princípio da boa-fé objetiva, a manutenção do equilíbrio do contrato. Ainda que tal tema não seja objeto do presente trabalho, convém destacar tal posicionamento na medida em que implique forma de conservação do contrato, por meio de sua revisão. Neste sentido destacam-se MARTINS-COSTA, 2002, p. 211-214; GOMES, Rogério Zuel; 2004, p. 178-179 e NERY JUNIOR, 2004, p. 65.

³⁰ LOBO, 1995, p. 44; BITTAR, 1993, p. 13-19.

³¹ Há quem entenda que o princípio da conservação do contrato se confundiria com o princípio da intangibilidade (LISBOA, 2005, p. 95). Nesta mesma direção é a reiterada jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (por exemplo, a Ap. Civ. 2002.017335-0). Não é, contudo, este o sentido que se adotará neste trabalho. Destaque-se a utilização da expressão *favor negotii* (VELOSO, 2005, p. 112) e o emprego indistinto, pela doutrina, das expressões *favor contractus* e *favour contractus*. Neste trabalho se adotará a forma em maior parte adotada pela doutrina internacional (por exemplo, MESSINEO, 1952, t. II, p. 115).

³² GODOY, 2004, p. 169; KLIEMANN, 2006, p. 12; MIRAGEM, 2005, p. 31 e KIRCHENER, 2007, p. 67. Rogério Zuel Gomes também faz essa aproximação referindo-se à associação entre o princípio da conservação do contrato e o da função social como forma de se assegurar os direitos da personalidade por meio da interpretação contratual (GOMES, Rogério Zuel, 2004, p. 178 e ss.). Alguns autores identificam, ainda, o *favor contractus* com os deveres de cooperação decorrentes do princípio da boa-fé (FOERSTL, 2005, p. 45 e 48; MATTA, 1998,

intérprete se imporia a obrigação de, por meio da atividade hermenêutica, viabilizar o contrato sempre que a escolha entre invalidá-lo ou conservá-lo se apresentasse³³.

Tal concepção não é nova no Direito brasileiro. Em verdade o princípio da conservação do contrato, potencializado por meio da noção de função social, já inspirava o Ordenamento Jurídico pátrio.

Raquel Campani Schmiedel, baseando-se na lição de Trabucchi, explica que a eficácia atribuída a alguns negócios, apesar de sua irregularidade, demonstraria que o direito procura evitar, sempre que possível, a declaração de sua nulidade³⁴. Este seria o cerne do chamado "*princípio da conservação do contrato*", que, segundo a autora, teria fundamento nos chamados "*princípios gerais de direito*" (economia dos valores jurídicos) e se prestaria não só a atribuir efeitos em caso de nulidade, mas também, como diretriz hermenêutica do negócio³⁵.

Conclui a autora: "*Respeitados, portanto, os limites impostos à autonomia privada, domina a regra segundo a qual deve-se aproveitar, ao máximo possível, o negócio, em atenção, principalmente, à intenção negocial manifesta (sic) pelas partes*"³⁶.

Antônio Junqueira de Azevedo complementa: "*O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto*"³⁷. Sua aplicação se daria indistintamente nos três planos do negócio jurídico.

Deve-se ressaltar, contudo, que, ainda que a intenção manifestada pelas partes seja de fulcral importância, é indispensável, para fins de manutenção do vínculo contratual, que este seja relevante e socialmente útil, de acordo com os critérios de atendimento da função social do instituto e de preenchimento das garantias constitucionalmente previstas.

p. 118-119 e KIRCHENER, 2007, p. 64). Outros se referem ao princípio geral de preservação de valores jurídicos (LABARIEGA VILLANUEVA, 2006, p. 398).

³³ GODOY, 2004, p. 168. Bussatta entende que o princípio da conservação do contrato atuaria em duas frentes: como programa ao legislador e regra de interpretação, especialmente ao magistrado. Assim, entende que todo aquele que se envolva com a relação deverá "*sempre agir com o fim de preservar o contrato, permitindo que produza algum efeito prático, não obstante a invalidade que sobre ele pesa, na medida em que o negócio jurídico concreto foi criado com uma finalidade e esta deve, tanto quanto possível, ser atingida*". (BUSSATTA, *Princípio da conservação...*, 2007, p. 150)

³⁴ SCHMIEDEL, 1985, p. 41.

³⁵ SCHMIEDEL, 1985, p. 42. Neste exato sentido AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 2000, p. 64.

³⁶ SCHMIEDEL, 1985, p. 45.

³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de; 2000, p. 65.

Dessa construção decorrem diversas aplicações práticas do princípio além da mera regra de interpretação do negócio³⁸. Exemplos podem ser dados desde a mera dificuldade da anulação do negócio³⁹ até a própria adaptação e revisão do contrato. Alguns autores chegam a afirmar que sua aplicação poderia se justificar como medida de preservação da segurança jurídica e tutela da expectativa criada em terceiros⁴⁰ ou mesmo de forma de manutenção de atividade de relevo social (em especial nos contratos cativos)⁴¹.

Abordemos, portanto, algumas dessas manifestações, advertindo, desde já, não se pretender a sistematização de qualquer teoria geral engessante ou, mesmo, a busca da completude utópica, mas a mera constatação da aplicação do referido princípio.

4.1 A conservação como construção interpretativa

A noção mais clássica do *favor contractus* é justamente como regra de interpretação do negócio jurídico. Sua aplicação é resumida por Messineo como: *"cuando sea dudoso si el contrato en su conjunto (o también ciertas de sus cláusulas individuales) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda ser productor de algún efecto (y no en el sentido distinto, en que no podría tener ningún efecto)"*⁴². As doutrinas brasileiras e estrangeiras também enunciam o princípio neste mesmo sentido⁴³.

Interessante salientar que Messineo não encara a conservação do contrato fora da compreensão de interpretação da vontade das partes, pois arremata: *"fuese cierto que no se perseguía ningún efecto (por ejemplo, el*

³⁸ LABARIEGA VILLANUEVA, 2006, p. 399.

³⁹ *"O novo regime jurídico do erro, instituído pelo Código Civil de 2002, com a inserção da exigência de cognoscibilidade pela contraparte, é um exemplo de norma que tem por finalidade proteger o negócio jurídico, dificultando a sua invalidação"*. (KLIEMANN, 2006, p. 21)

⁴⁰ BDINE JR., 2006, p. 97.

⁴¹ LIMA, 2007, p. 514.

⁴² MESSINEO, 1952, t. II, p. 115. Tradução livre: *"quando for duvidoso se o contrato em seu conjunto (ou também algumas de suas cláusulas individuais) deva surtir algum ou nenhum efeito, deve-se entendê-lo no sentido em que possa produzir algum efeito (e não no sentido distinto, no qual não produziria nenhum)"*.

⁴³ GOMES, Orlando, 1996, p. 463; GODOY, 2004, p. 168; GONÇALVES, 2004, v. III, p. 43; BESSONE, 1997, p. 176; MARINO, 2006, p. 70. Antônio Junqueira de Azevedo expressamente se refere a ele como aplicação do princípio da conservação no plano da eficácia do negócio jurídico (AZEVEDO, 2000, p. 68). LEYVA SAAVEDRA, 2001, p. 472-473) e na legislação argentina (Código Comercial, art. 218, III) (LORENZETTI, 2004, p. 472-473) e na legislação israelense está positivada a conservação por meio da interpretação (Lei Contratual, § 25) (RABELLO; LERNER, 2003, p. 617). Segundo Cesare Grassetti tal princípio seria fundamental na teoria jurídica da interpretação (GRASSETTI, 1983, p. 161-162).

*caso del contrato estipulado en broma o sobre cosa imposible), la voluntad de las partes indica ya que el contrato es nulo, sin posibilidad de su conservación"*⁴⁴. Pondera, ainda, interpretando a legislação italiana, que não se menciona quais dos efeitos deve se potencializar pela interpretação, isto é, se o máximo efeito ou qualquer outro⁴⁵.

Lembre-se, ademais, que, como regra de interpretação do negócio, encontra aplicação bastante difundida no direito comparado. Podem-se citar neste sentido o art. 1.367 do Código Civil italiano⁴⁶, o art. 1.157 do Código Civil francês⁴⁷, o art. 1.284 do Código Civil espanhol⁴⁸, o art. 1.562 do Código Civil chileno⁴⁹, art. 1.853 do Código Civil mexicano⁵⁰ e o art. 4.5 dos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais (UNIDROIT) e dos Princípios Europeus do Direito Contratual⁵¹.

⁴⁴ MESSINEO, 1952, t. II, p. 115. Tradução livre: *"se fosse certo que não se buscava nenhum efeito (por exemplo, no caso do contrato celebrado por gracejo ou sobre coisa impossível), já indica a vontade das partes ser o contrato nulo, sem possibilidade de sua conservação"*.

⁴⁵ Segundo Messineo tal dúvida se colocaria por conta da aplicação residual da interpretação protetiva do devedor – *favor debitoris* – pois, este só se aplicaria aos contratos gratuitos, a teor do art. 1.371 do mesmo diploma.

⁴⁶ *"Conservazione del contratto – Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno"*. (Conservação do contrato – Na dúvida, o contrato ou a cláusula individual devem interpretar-se no sentido em que possa existir qualquer efeito, ao invés daquele segundo o qual não haveria nenhum).

⁴⁷ *"Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun"*. (Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve-se antes entendê-la naquele sentido com o qual pode produzir algum efeito, que naquele com o qual não poderá produzir nenhum).

⁴⁸ *"Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto"*. (Se alguma cláusula contratual admitir diversos sentidos, dever-se-á entender naquele mais adequado para que produza efeito). Luis Díez-Picazo, ao comentar o referido artigo, salienta que o princípio se fundaria na noção de que não é razoável esperar que os contratantes ao estabelecerem uma cláusula não pretendessem dizer nada, inserindo uma cláusula inútil. Acrescenta, ainda, que tal princípio, ao contrário do disposto no artigo, não se refere apenas a cláusulas, mas igualmente, ao contrato como um todo (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 370-372).

⁴⁹ *"El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno"*. (Preferir-se-á o sentido em que uma cláusula possa produzir algum efeito àquele em que produzirá nenhum).

⁵⁰ *"Artículo 1.853. Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto"*. (Se alguma das cláusulas contratuais admitir sentidos diversos, adotar-se-á aquele mais adequado para a produção de efeitos).

⁵¹ Segundo a versão provisória dos Princípios em português elaborada pelo Ministério da Justiça de Portugal (1995): *"As cláusulas de um contrato devem ser interpretadas de modo a que todas possam ter algum efeito de preferência a privar de efeito algumas delas"*. Segundo os comentários ao referido dispositivo, tal regra seria subsidiária, vez que só se aplicaria se as demais diretrizes interpretativas não fossem suficientes (identificação da vontade comum, razoabilidade, identificação da vontade do autor da declaração e circunstâncias relevantes, como usos, comportamentos anteriores, etc.).

4.2 A Conservação como alternativa às "nulidades"

Outra possível aplicação do princípio seria a conservação do negócio como alternativa a sua anulação ou nulificação. Tratam-se, segundo Bernades de Mello, de exemplos do princípio da conservação do negócio, traduzido pela máxima "*pas de nullité sans grief*" (não há nulidade sem prejuízo), a economia processual, a sanabilidade e a convalidabilidade do ato anulável, a conversão, a substituição de negócios etc.⁵². Dentre essas hipóteses passemos a destacar algumas.

4.2.1 Confirmação

Uma das figuras mais tradicionais de preservação do negócio por meio da qual os contratantes confirmam, expressa ou tacitamente, o negócio anulável ou, em outros termos, seria o ato "*pelo qual um negócio anulável é declarado sanado pela pessoa ou pelas pessoas a quem compete o direito de o anular*"⁵³. Sua aplicação seria limitada vez que seria vedada sua aplicação aos negócios nulos (Código Civil brasileiro, arts. 169 e 172)⁵⁴.

O termo ratificação é utilizado por alguns autores como sinônimo da confirmação⁵⁵. Schmiedel comenta que o antigo Código Civil brasileiro utilizava a nomenclatura indistintamente, enquanto a doutrina italiana e o atual Código Civil brasileiro reservam o termo ratificação apenas à hipótese dos negócios realizados pelo representante sem poderes, um problema, portanto de eficácia⁵⁶.

Alarcão ressalta que a confirmação viabilizaria a conservação do contrato permitindo que os contratantes tenham a "*possibilidade de pensarem ou repensarem acerca de uma determinada regulamentação negocial defeituosa, em ordem de decidir se pretendem mantê-la ou excluí-la*". Neste

Principios Europeus, art. 5.106. "Terms to Be Given (Full) Effect. An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not". (Termos aos quais se daria efeito (completo). A interpretação que torne os termos contratuais plenamente jurídicos ou efetivos é preferível aquela que não o faça)

⁵² MELLO, 2004, p. 222-223.

⁵³ ALARCÃO, 1971, v. 1, p. 91.

⁵⁴ Advirta-se que para aqueles que entendem a existência da chamada nulidade relativa (gênero que se localizaria entre a nulidade e a anulabilidade) também seria possível a utilização de confirmação ou ratificação, pois negócios relativamente nulos (GOZZO, 2003, p. 131). Outros apontam casos de nulidade que admitiriam o convalidamento: casamento nulo (para preservar-se a família), credor putativo e herdeiro aparente. Advertem que não se tratariam de confirmação ou ratificação, pois negócios inexistentes, mas admitem que poderiam alguns negócios nulos produzirem efeito por conta da necessidade de preservação da boa-fé de terceiros. (AZEVEDO, Álvaro Villaça, 2003, p. 302 e 305)

⁵⁵ ABREU FILHO, 2003, p. 382; TEPEDINO, 2004, p. 320.

⁵⁶ SCHMIEDEL, 1985, p. 62-63. No sentido da distinção: ALARCÃO, 1971, v. 1, p. 118 e ss.

aspecto, manifestada tal intenção haveria, justamente, a renúncia ao direito de anulação do negócio, segundo o referido autor⁵⁷, sanando-se ou convalidando-se o contrato.

Advertem Vicente Rão e Abreu Filho, contudo, que não se trataria da única forma de saneamento do ato, vez que pelo decurso, *in albis*, do prazo prescricional também restaria convalidado o negócio⁵⁸. Ambos, contudo, sofrem contestação de Schmiedel, para quem se trata de mero fato que não se confunde com declaração volitiva⁵⁹.

Sua aplicação prática é tradicional no Direito Civil brasileiro e amplamente assegurada pela jurisprudência⁶⁰ e encontra paralelo nos Princípios Unidroit e na legislação argentina⁶¹.

4.2.2 Redução

Outra forma de conservação que tem plena aceitação no Direito brasileiro é a regra segundo a qual a nulidade ou anulabilidade de parte do negócio jurídico não contagia as demais. Trata-se do vetusto brocardo: *utile per inutile non vitiatur*⁶².

⁵⁷ ALARCÃO, 1971, v. 1, p. 89-90.

⁵⁸ RÃO, 1994, p. 240; ABREU FILHO, 2003, p. 379.

⁵⁹ SCHMIEDEL, 1985, p. 66-67.

⁶⁰ Paraná – Tribunal de Justiça. Ação anulatória de negócio jurídico – alegada falsidade da assinatura da esposa, constante da escritura pública lavrada – extinção do processo, com base na prescrição quadrienal (art. 178, par. 9º, inc. I, letra a, do cód. civil) – ato anulável, que posteriormente foi convalidado, por transação celebrada entre as partes, homologada pelo juízo e trânsito em julgado, em ação anulatória anteriormente ajuizada – ocorrência da coisa julgada – apelo parcialmente provido, apenas para dispor que a extinção do processo deu-se sem julgamento de mérito. Apelação Cível nº 71576-4 de Campo Largo. Maria de Lourdes Pereira versus Louçalar Comércio de Louças Ltda. Acórdão de 15 de dezembro de 1999.

⁶¹ Princípios Unidroit: "Art. 3.12. Confirmação. O contrato não pode ser anulado se a parte com direito à sua anulação o confirmar expressa ou tacitamente depois de o prazo para notificação da anulação ter começado a correr".

Código Civil argentino (art. 1.058): "La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto". (A nulidade relativa pode ser albergada pela confirmação do ato)

⁶² O art. 184 da Lei 10.406/02 é bastante claro: "Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal". Trata-se de reformulação do disposto no art. 153 do Código Civil de 1916 com poucas alterações. Seu significado era, ainda, plenamente reconhecido pela doutrina, neste sentido vide: PENTEADO, 1980, p. 76-79. Cite-se, ainda, na seara processual, o disposto no art. 248 do Código de Processo Civil brasileiro. Marín Padilla destaca que o princípio da conservação do contrato se expressa por diversos meios (entre eles conversão, confirmação, ratificação, anulabilidade, revisão, simulação relativa, novação modificativa, nulidade parcial, redução ao limite legal etc.) motivo pelo qual não pode ser identificado apenas com a noção do *utile per inutile non vitiatur* (MARÍN PADILLA, 1990, p. 89). A autora reconhece, ainda, que a nulidade parcial seria umas hipóteses daquela noção que, por sua vez, se fundamentaria no princípio da conservação (p. 103).

Sua aceitação é, igualmente, consagrada no Direito comparado, citem-se por de exemplo: os arts. 1.419 (nulidade parcial do contrato ou de uma cláusula), 1.420 (nulidade de um dos vínculos em contratos plurilaterais) e 1.446 (anulabilidade de um dos vínculos em contratos plurilaterais), todos do Código Civil italiano⁶³; art. 1.039 (nulidade parcial de ato jurídico) do Código Civil argentino⁶⁴, o art. 292 do Código Civil português⁶⁵, seção 19 e 31 da Lei contratual israelense⁶⁶ e os Princípios Unidroit e Princípios Europeus⁶⁷. A codificação alemã (art.139), por sua vez, negaria a possibilidade de aproveitamento do vínculo contratual, presumindo a indivisibilidade do negócio.

⁶³ Art. 1.419. "La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative". (A nulidade parcial de um contrato ou de uma cláusula importa a nulidade de todo o contrato se concluir-se que o contratante não o teria celebrado sem aquela parte que é contaminada pela nulidade. A nulidade de uma cláusula não importa nulidade do contrato quando as cláusulas nulas forem substituídas por normas imperativas).

Art. 1.420. "Nei contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale". (Nos contratos plurilaterais, nos quais as prestações de alguma das partes é essencial ao atendimento de finalidade comum, a nulidade que contamina o vínculo de apenas uma das partes não importa nulidade do contrato, salvo quando a participação daquela deva ser considerada, segundo as circunstâncias, essencial)

Art. 1.446. "Nei contratti indicati dall'articolo 1.420 l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale". (Nos contratos indicados no art. 1.420, a anulabilidade limitada ao vínculo de uma só das partes não importa anulação do contrato, salvo quando a participação daquela deva ser considerada, segundo as circunstâncias, essencial)

Messineo, analisando o art. 1.419 do Código Civil italiano, adverte que a conservação do contrato, neste caso, se daria por questão distinta da interpretação e que o mesmo se daria quando houvesse substituição da cláusula nula por uma norma imperativa, como outros casos previstos na legislação italiana. (MESSINEO, 1952, t. II, p. 269-270)

⁶⁴ "La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o solo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables". (A nulidade de um ato jurídico pode ser completa ou parcial. A nulidade parcial de uma disposição não prejudica outras disposições válidas sempre que sejam separáveis)

⁶⁵ "A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada".

⁶⁶ RABELLO; LERNER, 2003, p. 617.

⁶⁷ Princípios Unidroit, art. 3.16: "Anulação parcial. A anulação limita-se às cláusulas do contrato afectadas pela causa de anulação, salvo se, tendo em conta as circunstâncias, não for razoável manter a parte restante do contrato".

Princípios Europeus, art. 4.116: "Partial avoidance. If a ground of avoidance affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract". (Nulidade parcial. Se hipótese de nulidade afetar parcialmente o contrato, o efeito da nulidade é limitado àqueles termos, salvo quando, pelas circunstâncias do caso, não for razoável a manutenção do restante do contrato)

Trata-se da chamada "redução"⁶⁸ que consiste em afastar a incidência de cláusulas nulas, abusivas ou ilícitas, ou mesmo parte delas, de modo a manter o contrato evitando-se a declaração de invalidade de todo o negócio. Segundo Cláudio Belmonte, é da tradição luso-brasileira a consagração dessa forma de conservação do contrato principalmente baseando-se na noção de proporcionalidade entre a causa e efeito⁶⁹. No mesmo sentido é a lição de Oliveira Ascensão⁷⁰.

Zeno Veloso considera a redução como técnica de aproveitamento em caso de nulidade parcial do negócio. Segundo o autor, sua adoção dependeria de alguns critérios: possibilidade de isolar a nulidade, razoabilidade, viabilidade econômica e justiça⁷¹.

A jurisprudência tem se manifestado neste sentido. Destaque-se o posicionamento do E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina que fundamenta a manutenção do contrato como forma de instrumentar o princípio da boa-fé objetiva e, consequentemente, a confiança dos contratantes⁷².

Exemplo típico da aplicação prática da redução é o tratamento dispensado ao mútuo feneratício com taxa de juros remuneratórios excessiva⁷³.

O art. 51, § 2º, da Lei 8.078/90 consagraria, também, como regra geral, o princípio da conservação do contrato⁷⁴ por meio da redução ou modificação⁷⁵ do negócio. A legislação consumerista condiciona, contudo, a

⁶⁸ MATTIETTO, 2002, p. 337.

⁶⁹ BELMONTE, 2002, p. 21-22.

⁷⁰ ASCENSÃO, 2004, p. 180.

⁷¹ VELOSO, 2005, p. 112.

⁷² "O princípio da manutenção dos contratos, decorrência lógica do princípio da boa-fé objetiva, determina se mantenha o contrato em respeito às legítimas expectativas do outro contratante. Evidentemente que tal princípio não determina que quaisquer expectativas devam ser respeitadas, mas apenas as legítimas. Vale dizer, o Judiciário deve envidar todos os esforços no sentido de manter os contratos, em respeito à boa-fé de quem contratou. No entanto, tal esforço deve se curvar às normas constitucionais e às que informam o direito contratual e que garantem o mínimo de respeito entre os sujeitos da relação contratual. Tal mandamento é consectário do princípio da manutenção dos contratos. Esse princípio está positivado no art. 6º, V e principalmente no § 2º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que "a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes" (Santa Catarina – Tribunal de Justiça – apelação Cível nº 98.006279-9) Ou, ainda, "Embargos de declaração. Desnecessidade da realização da prova pericial contábil. Código de Processo Civil, art. 535, inc. II. Código de Defesa do Consumidor, art. 51, § 2º. Princípio da conservação do contrato. Omissão suprida. Recurso parcialmente provido". (Santa Catarina – Tribunal de Justiça – embargos de declaração na apelação cível nº 2001.018255-6/0001)

⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira, 2000, p. 67. Cite-se, como exemplo disso os contratos usurários definidos e regulados pela Medida Provisória 2.172-32, em especial, a nulidade prevista no art. 1º da referida MP.

⁷⁴ MARQUES, 2000, p. 45 e ss.; MARQUES, 2004, p. 671; GRINOVER, 1998, p. 432; NUNES, 2000, p. 592.

⁷⁵ MARQUES, 2004, p. 637-638.

conservação: dela não poderia resultar ônus a qualquer dos contratantes (inclusive o fornecedor)⁷⁶.

O Código de Defesa do Consumidor, aliás, amplia em muito a aplicação prática da redução do negócio. Isso se deve à opção do legislador de definir e elencar hipóteses de "cláusulas abusivas", que são sancionadas com a nulidade. A conservação do negócio, contudo, se impõe como tem demonstrado a jurisprudência brasileira⁷⁷.

Interessante apontar, por exemplo, que, embora a legislação consumerista argentina (Lei 24.240/93) reconheça a possibilidade de redução, parece oferecer pouco incentivo a conservação do contrato. Neste sentido, cite-se o art. 37 que menciona a nulidade como consequência da abusividade da cláusula e, em hipóteses que chama de nulidade parcial, permite ao juiz o esforço de integração que se fizer necessário⁷⁸.

Há, no entanto, exceções a incidência da redução: quando não houver separabilidade entre o válido e inválido e o art. 848, do Código Civil que prevê a impossibilidade de "aproveitamento" da nulidade parcial de transação. Frise-se que, exatamente no mesmo sentido, é a legislação argentina (Código Civil, art. 834). A razão disso, segundo a majoritária doutrina, seria o caráter indivisível da transação. Há, contudo, aqueles que mitigam esta regra, afirmando, com esteio no parágrafo único do referido dispositivo, que se deve buscar a manutenção da transação naquelas hipóteses em que for possível, em homenagem ao princípio da conservação do contrato⁷⁹.

Parte da doutrina critica, entretanto, a forma como foi positivada a redução no atual Código Civil brasileiro (art. 184), vez que faz menção à necessidade de respeito à "intenção das partes". Haveria dubiedade, segundo Mário Benhame, para quem a expressão refere-se "à opção [dos contratantes]

⁷⁶ MARQUES, 2004, p. 671.

⁷⁷ "A interpretação mais favorável ao consumidor é do contrato de consumo como um todo e não apenas de cláusula obscura ou ambígua. (...) f) sempre que possível interpreta-se o contrato de consumo de modo a fazer-se com que as cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas um máximo de utilidade (princípio da conservação contratual)". (Paraná – Tribunal de Justiça – Apelação Cível 133.187-5)

⁷⁸ "Art. 37. Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: (...) En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgrede el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

A respeito da consagração da redução no direito argentino, interessante o posicionamento de Mosset Iturraspe para quem a regra do art. 1.039 do Código Civil reflete o princípio da conservação do contrato (MOSSET ITURRASPE, 2002, p. 63). Além disso, afirma que justamente o papel do juiz no caso concreto e o grau de sua intervenção no contrato representariam questão controvertida na doutrina argentina e que não se trataria de questão nova no direito argentino, justamente por conta das discussões travadas em torno da possibilidade de revisão do contrato (vide item 4.4.2).

⁷⁹ TEPEDINO, 2006, v. II, p. 666.

de considerar inválido todo o negócio ou apenas parcialmente"⁸⁰, ou seja, dois seriam os requisitos para a redução prevista naquele dispositivo: a vontade da partes e a invalidade parcial do negócio (que permite existência autônoma da parte não viciada). Neste sentido é a opinião de Álvaro Villaça Azevedo e Zeno Veloso⁸¹. Mattietto, por outro lado, faz leitura distinta: a menção da intenção das partes serviria para assegurar o fim prático pretendido pelos contratantes, já que não seria a vontade das partes que justificaria a manutenção do contrato, mas o princípio da conservação dos contratos⁸².

Carlos Alberto da Mota Pinto, analisando a doutrina portuguesa, assevera que se busca identificar a vontade hipotética dos contratantes⁸³, mas, havendo dúvidas sobre ela, optar-se-ia por uma dentre duas soluções: a redução, em homenagem ao princípio da conservação do contrato, ou invalidade total, tal como propugnada pela legislação alemã.

O autor conclui que a legislação portuguesa adota a primeira opção, cabendo ao contratante o ônus de provar que a redução não poderia corresponder à vontade hipotética das partes. Adverte, contudo, que, em algumas hipóteses, mesmo contra a vontade hipotética, haveria a redução do negócio: redução teleológica (destinada a evitar a nulidade em razão de norma protetiva); redução conforme a boa-fé (mantendo-se o negócio em razão dos ditames do princípio da boa-fé); redução nos contratos por adesão (em razão de legislação especial em que se consagra a opção pelo aderente na manutenção do contrato com exclusão das cláusulas nulas); e nos contratos de consumo (também em razão de legislação especial, em termos similares à legislação brasileira)⁸⁴. Manuel A. Domingues de Andrade, por sua vez, entende indispensável a demonstração da vontade hipotética e, em caso de dúvida sobre ela, a solução apontada seria a da nulidade total do negócio, com algumas exceções: se a nulidade decorre de infração a preceito de proteção de uma das partes; se a nulidade se refere a cláusula acessória; se for "justa" a manutenção de acordo com a boa-fé e se for o caso de impossibilidade parcial sem culpa de uma partes⁸⁵.

⁸⁰ CAMILLO, 2006, p. 272.

⁸¹ "Deve ser respeitada a intenção das partes contratantes que podem, ao contratar, ter querido todas as cláusulas, inseparavelmente, como em um contrato atípico misto, em que todas as suas prestações formam um todo uno e indivisível" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Código Civil Comentado, 2003, p. 344). Neste sentido: "A redução é possível, diz o art. 184, se a parte válida for separável, e tem-se de respeitar a intenção das partes, porque isto é curial e lógico. Ficando demonstrado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só o teriam celebrado se válido fosse em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, não se pode cogitar de redução, e a invalidade é total". (VELOSO, 2005, p. 116-117)

⁸² MATTIETTO, 2002, p. 338-339.

⁸³ "Trata-se de averiguar aquilo que as partes teriam querido provavelmente, se soubesse que o negócio se opunha parcialmente a alguma disposição legal e não pudesse realizá-lo em termos de ser válido na sua integridade". (MOTA PINTO, 2005, p. 634)

⁸⁴ MOTA PINTO, 2005, p. 634 e ss.

⁸⁵ ANDRADE, 2003, v. II, p. 430-431.

Não parece, contudo, adequado afirmar a necessidade de constatação de uma vontade hipotética que é tão artificial ao negócio quanto a afirmação de que ela é pressuposta ou substituída pela demonstração do interesse prático dos contrantes. Aliás, assim como a noção de conversão (que se justificará mais adiante), parece ser mais adequada uma postura crítica em relação a esta exigência. Melhor seria a adoção de posição objetiva, vez que é extremamente árdua a tarefa de identificar uma eventual e suposta vontade individual.

4.2.3 Conversão

Outro exemplo de aplicação do princípio da conservação do contrato é a conversão, que consiste na técnica de reconhecer alguma extensão de eficácia a negócio inválido ou inexistente, por meio de sua aceitação como diverso negócio. Antônio Junqueira de Azevedo a reconhece como exemplo de aplicação do princípio da conservação do negócio no plano da existência do negócio jurídico⁸⁶. No mesmo sentido Renan Lotufo, Tepedino e Oliveira Ascensão⁸⁷.

Embora a conversão possa parecer muito semelhante à redução, convém destacar sua distinção básica: enquanto a redução se refere à invalidade parcial do negócio, subsistindo a parte válida com a consequente diminuição dos efeitos do negócio, na conversão o negócio inválido deixa de existir nos moldes ajustados, sendo substituído por outro que melhor se ajuste à intenção inicial dos contratantes. Em suma, na redução o mesmo negócio subsiste (reduzido), na conversão, o negócio convertido será outro. Daí surge a crítica de Pontes de Miranda de que não se poderia falar de ratificação ou sanção do negócio nulo na medida em que há a realização de um novo ato⁸⁸.

Messineo entende que a conversão substancial não poderia ser considerada exemplo de aplicação do princípio da conservação do contrato, vez que importaria transformação do negócio. O autor admite, apenas, que a chamada conversão formal como exemplo do *favor contractus*⁸⁹. Não nos parece, contudo, adequada tal ressalva, na medida em que o princípio da conservação do contrato não está ligado apenas ao tipo de negócio, mas a preservação da relação negocial, independentemente do *nomen juris* ou natureza que apresente. Neste sentido, então, por mais paradoxal que possa parecer, parece-nos adequado afirmar que a transformação ou revisão do negócio são formas de manutenção da relação.

⁸⁶ AZEVEDO, 2000, p. 65.

⁸⁷ LOTUFO, 2004, v. I, p. 471; TEPEDINO, 2004, v. I, p. 317; ASCENSÃO, 2004, p. 180.

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, 2001, t. IV, p. 81 e ss.

⁸⁹ MESSINEO, 1952, t. II, p. 275.

Segundo parte da doutrina brasileira, o âmbito de incidência da conversão seria bastante amplo, aplicando-se não só a negócios anuláveis como também, a negócios nulos⁹⁰. As referências legislativas de direito comparado, no entanto, na maior parte das vezes mencionam, apenas, a nulidade do negócio; são exemplos: o art. 1.424 do Código Civil italiano, o art. 1.318 do Código Civil Francês e o art. 715 do Código Civil espanhol⁹¹. A exceção mais marcante é o Código Civil português (art. 293)⁹² que menciona ambos os tipos de invalidade.

Parece mais adequado, contudo, limitar sua incidência aos negócios nulos⁹³ ou inexistentes, vez que há, como visto, outras formas de conservação do contrato destinadas àqueles negócios anuláveis.

O atual Código Civil brasileiro apresenta algumas hipóteses: arts. 167 e 170. Em ambos os casos o legislador admite que negócios originariamente nulos sejam aproveitados desde que úteis. Abreu Filho, no entanto, não enxerga hipótese de positivação da figura, negando-lhe efeito prá-

⁹⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, v. I, p. 398; VELOSO, 2005, p. 119; PONTES DE MIRANDA, 2001, t. IV, p. 102; NERO, 2001, p. 371; BUSSATTA, 2006, p. 169.

⁹¹ "Conversione del contratto nullo - Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità". Tradução livre: "Conversão do contrato nulo - O contrato nulo pode produzir os efeitos de um contrato diverso do qual contenha os requisitos de essência e forma, desde que, observada a finalidade perseguida pelas partes, mantenha-se o que teriam querido se houvessem conhecido a nulidade".

Ainda em relação à legislação italiana, mencione-se que a regra insculpada no art. 1.423 refere-se à impossibilidade de convalidação do negócio nulo, salvo nas hipóteses previstas em lei (exceção não expressamente prevista no art. 166 do Código Civil brasileiro).

Código Civil francês, art. 1.318: "L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties". (O ato que não for válido por conta de incompetência ou incapacidade do notário ou por defeito de forma, vale como instrumento particular desde que tenha sido assinado pelas partes)

Código Civil espanhol, art. 715: "Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válida, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento". (É nulo o testamento cerrado em cuja disposição não se tenha observado as formalidades estabelecidas nesta seção; sendo o notário que o autorizou responsável pelos danos que sobrevierem se se provar que resultaram de sua má-fé, negligência ou ignorância inexcusáveis. Será válido, contudo, como testamento holografo, se estiver todo ele escrito e assinado pelo testador, bem como estiver de acordo com as demais condições próprias deste testamento)

⁹² "O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade".

⁹³ LOTUFO, 2004, v. I, p. 471.

tico⁹⁴. Schmiedel, ao seu turno, não só enxergava no, então, projeto de Código Civil a posituação da figura, como afirmava também, que, independentemente disso, seu fundamento seria a preservação do negócio⁹⁵.

A controvérsia doutrinária se dá em relação aos requisitos para a conversão. Mattietto destaca que o direito brasileiro parece ter adotado o entendimento alemão que exige que: a) o negócio convertido tenha o mesmo "objeto material" do negócio nulo e b) a demonstração de uma vontade hipotética dos contratantes. Assevera, em conclusão, que melhor teria sido se tivesse adotado o entendimento holandês que exige, apenas, que os dois negócios tenham a mesma função específica⁹⁶.

Zeno Veloso entende, ao seu turno, que o requisito de demonstração da vontade hipotética dos contratantes seria essencial. Deduzindo suas conclusões da doutrina alemã e considerando que as partes não pudessem conhecer a nulidade, afirma que não seria razoável *"em nome da conservação dos negócios jurídicos, submeter os figurantes a um negócio distinto, a um negócio substituto, que não estava em seus planos e cogitações, que eles não queriam, não querem e, eventualmente, repudiam"*⁹⁷. Neste sentido é a opinião da doutrina portuguesa⁹⁸. Há, ainda, quem entenda que a necessidade de demonstração da vontade dos contratantes, o que conduziria à interpretação de que a conversão não é obrigatória, mas faculdade das partes⁹⁹. Renan Lotufo parece, contudo, limitar esse requisito à busca da finalidade do negócio, embora admita que não seria possível a conversão *ex officio*¹⁰⁰.

Também se discute a existência de uma conversão formal, conversão legal e uma conversão material ou substancial, a primeira se referindo à nulidade da forma adotada (não se alterando o tipo de negócio); a segunda, a uma "versão"¹⁰¹ operada pela lei; enquanto a terceira se referindo à natureza do negócio. Tal distinção, contudo, não parece adequada em termos de aplicação prática do princípio da conservação do negócio¹⁰², especialmente quando proposta para a limitação da utilização da conversão substancial¹⁰³.

⁹⁴ ABREU FILHO, 2003, p. 385.

⁹⁵ SCHMIEDEL, 1985, p. 73-74 e 87.

⁹⁶ MATTIETTO, 2002, p. 341.

⁹⁷ VELOSO, 2005, p. 122.

⁹⁸ ANDRADE, 2003, v. II, p. 434-435 (afirmando em especial que em caso de dúvida sobre a vontade hipotética, negar-se-ia a possibilidade de conversão) e MOTA PINTO, 2005, p. 642. Possivelmente este posicionamento reflita a forma como a figura foi positivada no direito lusitano.

⁹⁹ KLIEMANN, 2006, p. 24; CAMILLO, 2006, p. 272.

¹⁰⁰ LOTUFO, 2004, v. I, p. 472.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, 2001, t. IV, p. 108-109. Em verdade segundo o autor, sequer se poderia falar em conversão legal vez que não existiria.

¹⁰² Neste sentido compartilhamos a opinião de Schmiedel para quem, *"Apesar da opinião de tão ilustres mestres, nada impede que a conversão realizada ex vi de norma imperativa seja considerada como uma das formas de conversão, paralelamente à conversão. Salvo melhor juízo,*

Neste ponto é indispensável uma pausa para melhor reflexão. A doutrina mais tradicional, apegada ao voluntarismo negocial, destaca a necessidade de aferição da vontade hipotética dos contratantes: necessário seria demonstrar que não se trataria de emprego de mera denominação errônea do negócio, mas das consequências jurídicas almejadas. Sabe-se que se trata de tarefa hercúlea. Como se pode, contudo, afirmar que a compra e venda de bem imóvel, de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo brasileiro (art. 108), por instrumento particular pode ser aproveitada como promessa de compra e venda? Ora, não estariam aí faltando os requisitos do objeto material ou interesse econômico e vontade hipotética (pois, em termos obrigacionais, vender é distinto de prometer vender, constituindo-se, inclusive, de prestações distintas)? Pode-se afirmar, ainda, a teor do disposto no art. 3º da Lei de Introdução do Código Civil, que se pode desconhecer a invalidade de forma que prejudica o negócio, quando esta é imposta pela própria lei? Não se estaria ampliando em demasia a noção de erro de direito (Código Civil, 139, III)?

A resposta a esta pergunta parece conduzir à reformulação das concepções conflitantes sobre a conversão. João Alberto Schutzer Del Nero, por sua vez, dá-nos um vislumbre de como isso seria possível. O autor identifica ressalvas a ambas as correntes (subjettivistas e objetivistas – aquelas buscariam o "inefável", estas imporiam a tutela). Nesse sentido caberia ao terceiro, que busca preservar o contrato, não se fazer *"coadjuvante de um processo deliberativo já concluído"* nem substituir as partes, mas reelaborar a sequência do processo deliberativo identificando a consequência jurídica relevante (pretendida ou possível). Segundo o autor, esta seria forma de se escapar do mencionado maniqueísmo¹⁰⁴.

Betti e Schmiedel esclarecem a necessidade de revisão crítica da busca da vontade "hipotética" em prol de uma posição objetiva (envolvendo *"interesse prático"*¹⁰⁵ dos contratantes) em prol da preservação do negócio¹⁰⁶. De qualquer forma esta compreensão estaria mais adequada a um mundo em que a vontade individual cedesse espaço ao interesse coletivo¹⁰⁷, mesmo que em um e específico negócio.

embora determinada por norma imperativa, desde que se verifique mudança de um tipo negocial em outro, ocorre conversão. O fato de ela decorrer de norma coativa ou dispositiva não descaracteriza o fenômeno em sua substância, que consiste na correção da qualificação do tipo negocial". (SCHMIEDEL, 1985, p. 77)

¹⁰³ *"O tratamento da conversão somente pode ser efetivado tendo-se em conta a causa que determina a nulidade do contrato primitivo concluído entre as partes e os interesses concretos que lhe sejam subjacentes. Só deste modo estarão presentes as bases adequadas para que possa travar a discussão de conservar ou não um negócio mediante o recurso à conversão".* (MATTIETTO, 2002, p. 342)

¹⁰⁴ NERO, 2001, p. 385 e ss.

¹⁰⁵ BETTI, 2003, t. III, p. 57.

¹⁰⁶ BETTI, 2003, t. III, p. 60 e ss.; SCHMIEDEL, 1985, p. 87.

¹⁰⁷ FACHIN, 1988, p. 61.

Outro parâmetro, do qual a própria conservação do contrato é expoente, parece ser ainda mais adequado para “enquadrar” a discussão. Antes mesmo de se optar por esta ou aquela vontade individual, egoísta e narcisista, melhor é partir para a compreensão de que o contrato e sua preservação pressupõem adequação do elemento volitivo, ao substrato funcional do negócio. A conversão do negócio somente terá chances de ser adequadamente utilizada se o operador jurídico não olvidar a função social que aquele determinado negócio atende (ou atenderia) naquela determinada sociedade, historicamente localizada. Eis afirmação simples de ser exemplificada: a conversão do negócio de *leasing* em compra e venda¹⁰⁸.

Outros exemplos da aplicação desse instrumento podem ser citados: extrapolação dos poderes de representação (aproveitando-se contrato de fornecimento como compra e venda)¹⁰⁹; a aceitação de proposta feita fora de prazo, entendida como nova proposta (atual Código Civil, art. 431); instrumento particular de contrato de compra e venda de imóvel aproveitado como promessa de compra e venda¹¹⁰; nota promissória nula (por desobediência aos requisitos) aproveitada como confissão de dívida¹¹¹ ou recibo¹¹²; cessão de crédito incessível como procuração¹¹³; testamento cerrado com defeito de forma aproveitado como testamento particular¹¹⁴ ou, como exemplifica

¹⁰⁸ A sociedade brasileira conviveu, especialmente no decorrer da década de 90, com a figura do *leasing* como instrumento negocial de aquisição de bens (especialmente automóveis). Embora tivesse inicialmente sido concebido para permitir o uso de tais bens, independentemente de sua aquisição (evitando, por exemplo, a imobilização de recursos), passou-se a enxergá-lo como nova forma de financiamento. A jurisprudência brasileira, em um momento inicial, considerando inválida a possibilidade de pagamento parcelado do chamado valor residual garantido (VRG), acabava por converter o contrato de *leasing* em compra e venda. Neste sentido cite-se: **Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Leasing. Valor residual de garantia. Pagamento antecipado. Juros. Capitalização. O valor residual de garantia é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra; sua cobrança juntamente com as parcelas mensais ou significa o pagamento antecipado dessa opção, que já foi feita e está sendo paga, ou não tem causa. Nesta última hipótese é cláusula que deve ser anulada, porque abusiva; na primeira, acarreta a descaracterização do leasing, pois na verdade se trata de compra e venda financiada. Recurso Especial n. 243.213 do Rio Grande do Sul – Companhia Itauleasing de Arrendamento Mercantil – Grupo Itaú versus Comercial Sulfrutas Importação Exportação Ltda – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – Acórdão de 21 de março de 2000 – publicado no Diário de Justiça de 22 de maio de 2000. Lembre-se, contudo, que a posição atualmente prevalente no Superior Tribunal de Justiça é justamente em sentido contrário ao mencionado acórdão.**

¹⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de, 2000, p. 65-66.

¹¹⁰ NERO, 2001, p. 435; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, v. I, p. 400; VELOSO, 2005, p. 120. No mesmo sentido seria a solução do Direito português (MOTA PINTO, 2005, p. 640) e no direito argentino (Código Civil, art. 987). Advirta-se, como faz Messineo, que tal exemplo não se aplicaria à legislação italiana em razão do disposto no art. 1351 do Codice que exige para o contrato preliminar, a mesma forma do definitivo. (MESSINEO, 1952, t. II, p. 275)

¹¹¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 400.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, 2001, t. IV, p. 109.

¹¹³ PONTES DE MIRANDA, 2001, t. IV, p. 109.

¹¹⁴ VELOSO, 2005, p. 120.

Raquel Schmiedel, a doação *mortis causa*, se satisfaz os requisitos formais do testamento, converte-se em legado.

4.2.4 Outras formas de sanção de nulidades

Ainda que algumas dessas “outras formas” possam ser consideradas exemplos de revisão dos contratos, que abordaremos brevemente no próximo item, em verdade o direito positivo brasileiro optou por elencá-las entre as hipóteses excepcionais em caso anulabilidade e nulidade. Tratar-se-ia, na opinião de Junqueira Azevedo, de consagração do princípio da conservação no plano da validade do negócio jurídico¹¹⁵.

Vários são os exemplos: o erro (Código Civil brasileiro, art. 144, Código Civil português, art. 248, Princípios Contratuais Europeus, art. 4.105 e o Princípios Unidroit, art. 3.13¹¹⁶) e o estado de perigo (art. 156), interpretando-se de forma analógica ao tratamento dispensado à lesão.

Pode-se citar, ainda, a lesão e o disposto no art. 157, §2º. Trata-se de mais um exemplo de aplicação do princípio da conservação do contrato¹¹⁷. No que se refere propriamente à lesão, indispensável, ainda, uma leitura funcionalizada e constitucionalizada do dispositivo, sem a qual, ficaria

¹¹⁵ AZEVEDO, 2000, p. 66-67.

¹¹⁶ **Código Civil Português, art. 248: “A anulabilidade fundada em erro na declaração não procede, se o declaratório aceitar o negócio como o declarante o queria”.**

Princípios contratuais europeus, art. 4.105: “Adaptation of contract. (1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party indicates that it is willing to perform, or actually does perform, the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is to be treated as if it had been concluded as the that party understood it. The other party must indicate its willingness to perform, or render such performance, promptly after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance”. (Adaptação do contrato. (1) Se uma das partes puder anular o contrato por erro, mas a outra indicar intenção de executá-lo, ou efetivamente o executar, nos termos compreendidos pela outra, o contrato deve ser tratado como tendo sido concluído nos termos em que a parte legitimada a anulá-lo o compreendeu. A outra parte deve indicar a intenção de executá-lo, ou executá-lo, prontamente após ter sido informada da maneira como a parte legitimada a anulá-lo o compreendeu e antes que esta adote qualquer ato no sentido de anulá-lo)

Princípios Unidroit, art. 3.13: “Perda do direito de anulação. 1) Se uma parte tiver o direito a anular o contrato por erro, mas a outra parte se declarar disposta a cumprir ou cumprir as suas obrigações nos termos pretendidos pela parte que tem direito a anulá-lo, o contrato considera-se celebrado nas condições pretendidas por esta última. A parte que tencione agir nesse sentido deve actuar prontamente depois de ter sido informada do erro em que incorreu a outra parte e antes de esta ter agido em conformidade com a notificação de anulação. 2) A parte que incorreu em erro perde, nesse caso, o direito de requerer a anulação do contrato e qualquer notificação de anulação anterior fica sem efeito”.

¹¹⁷ KLIEMANN, 2006, p. 21; BRITO, Rodrigo Toscano de; 2005, p. 71; TEPEDINO, 2004, v. I, p. 297; MARTINS-COSTA, 2005, v. V, t. I, p. 273. Segundo Messineo, a legislação italiana apresenta hipótese similar (art. 1.450) e que, em sua opinião, poderia ser considerada como forma de conservação do contrato. (MESSINEO, 1952, t. II, p. 297)

sem efeito qualquer discussão sobre a possibilidade de conservação do contrato.

Isso porque o referido artigo parece condicionar, à vítima do defeito, o pedido de anulabilidade do negócio, cabendo ao beneficiado pelo negócio a possibilidade de aceitar ou não, sua revisão. Parece-nos, contudo, que tal conclusão estaria equivocada sob pena de se negar a justiça ao caso concreto¹¹⁸.

Neste sentido, deve-se destacar que a legislação argentina¹¹⁹ reconhece existir a possibilidade de uma ação de "reajuste" a ser manejada pelo lesado. Dessa forma, poder-se-ia salvar o negócio quando o beneficiado oferta tal reajuste em medida anulatória ou quando o lesado pretendesse, desde logo, o reequilíbrio do contrato. Esta última medida, segundo Mosset Iturraspe, se coadunaria melhor com o princípio da conservação do contrato e daria um campo de atuação mais amplo ao juiz¹²⁰. Por fim, destaque-se a possibilidade prevista pelos princípios europeus do Direito dos Contratos de adequação do conteúdo lesivo¹²¹.

¹¹⁸ RUZYK; GLITZ, 2003, p. 34 e ss.

¹¹⁹ *Código Civil argentino, art. 954*: "(...) También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. (...) El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda". (Também se poderá demandar a nulificação ou modificação dos atos jurídicos quando, uma das partes explorando a necessidade, leviandade ou inexperiência da outra, obtiver por meio delas, vantagem evidentemente desproporcional e injustificada. (...) O lesado pode optar entre pretender a declaração de nulidade do contrato ou o seu reajuste equitativo, contudo, a ação declaratória de nulidade se converterá em ação revisional se o demandado oferecer o reajuste quando contestar a ação)

¹²⁰ MOSSET ITURRASPE, 1994, p. 267-268.

¹²¹ *Princípios europeus, art. 4.109*: "Excessive benefit or unfair advantage. (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit. 2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it". (Vantagem excessiva ou injusta. (1) A parte pode pretender a nulificação do contrato se, ao tempo da conclusão dele: (a) se dependia ou tinha relação de confiança com a outra parte, estava em situação de necessidade econômica ou tinha necessidades urgentes, foi imprevidente, ignorante, inexperiente ou lhe faltava habilidade de barganha, e (b) a outra parte sabia ou deveria saber sobre essa situação e, devido as circunstâncias e propósitos do contrato, aproveitou-se da situação pela qual passava a parte lesada de forma evidentemente desleal ou obteve excessiva vantagem. (2) Pelo pedido da parte legitimada a pretender a nulificação, o tribunal pode, se apropriado, adaptar o contrato de modo a

Em relação à Lei 8.245/91, por exemplo, pode-se mencionar o art. 3º e parágrafo único que preveem a continuidade do contrato de locação que não obedece à formalidade necessária.

Del Nero menciona, ainda, hipóteses de sanção do nulo que se diferenciariam da conversão, na medida em que não haveria modificação do contrato, mas mera eliminação da nulidade¹²².

Por fim, é interessante mencionar que o princípio do *favor contractus*, talvez potencializado pelas tentativas de harmonização legislativa conduzidas pela Unidroit, apresenta outro exemplo de dificultação de nulidade por desrespeito de forma positivado na legislação chinesa. Segundo Yuqing e Danhan a nova legislação contratual chinesa, influenciada pelas dificuldades próprias daquela sociedade, prevê a necessidade de celebração escrita do contrato, abre, contudo, exceção para o chamado comportamento concludente que, segundo os autores, demonstra a incidência do princípio da conservação do contrato naquele ordenamento¹²³.

4.3 Conservação como diretriz de revisão contratual

Quando a doutrina se aventura pela chamada revisão do contrato, não é incomum que sinta necessidade de justificar seu posicionamento sobre o aparente confronto entre o princípio do *pacta sunt servanda* e o brocardo *rebus sic stantibus*. Em verdade trata-se de discussão maior que envolve justamente o paradigma contratual que se analisa.

Como já se afirmou, não parece muito razoável pretender-se justificar a possibilidade ou não, de revisão contratual com base em argumentos teóricos de outras épocas.

Diante desse cenário é que a jurisprudência, doutrina e, até mesmo, a legislação consagram de forma bastante clara a possibilidade de revisão do contrato como forma de atendimento da justiça contratual¹²⁴. Em razão disso

fazê-lo de acordo com o que deveria ter sido aceito pelas partes se as exigências da boa-fé e da lealdade negocial tivessem sido seguidas. (3) O Tribunal pode, igualmente, adaptar o contrato, a pedido da parte beneficiada, desde que ela informe, desta sua disposição, a outra parte, prontamente após ter recebido o pedido de nulificação e antes que a parte prejudicada atue de acordo com os termos da notificação de nulificação)

¹²² NERO, 2001, p. 404-405.

¹²³ *Código Chinês de contratos, art. 36*: "When a contract is required to be in written form in accordance with the law and administrative regulations or with the agreement of the parties, the contract shall be deemed concluded even though it was not in writing, when one party has performed the principal obligation and the other party has received it". (Deve-se supor o contrato concluído mesmo que não seja escrito, quando uma das partes tenha executado a prestação principal e a outra a tenha recebido, mesmo que a legislação, as regulamentações administrativas ou a vontade das partes exijam que o contrato adote a forma escrita)

¹²⁴ FACHIN, 1988, p. 62.

é que se pode afirmar que a revisão do contrato, na busca do reequilíbrio das prestações recíprocas, favorece a conservação do contrato por meio de sua adaptação¹²⁵.

O que em princípio pode parecer paradoxal é, em verdade, imposição da funcionalização do contrato, como enunciou o Conselho da Justiça Federal ao analisar o art. 421, do Código Civil¹²⁶.

Ao lado disso, se discute as possibilidades de revisão do contrato por defeitos genéticos em sua base (por exemplo, a noção das cláusulas abusivas ou a lesão¹²⁷) e por eventos supervenientes, alheios às vontades das partes, que acabem por prejudicar a base econômica do negócio.

A opção legislativa brasileira, no entanto, parece ter eleito para a revisão do contrato apenas os eventos supervenientes, deixando aquelas outras hipóteses em que o contrato nasce desequilibrado para serem solucionadas por outras técnicas negociais.

A exemplo, disso deve-se lembrar que as cláusulas abusivas, no regime consumerista, são tratadas como hipóteses de nulidade (e instrumentalizada a conservação por meio da redução) e as cláusulas lesivas como exemplos de anulabilidade (cuja conservação se dá pela exceção do art. 157, § 2º, do Código Civil).

Perceba-se, no entanto, que existem hipóteses em que a conservação do contrato, localizada no plano da eficácia, se dá para aquelas hipóteses em que os efeitos do negócio, em prol de sua permanência, não são aqueles inicialmente previstos. Dessa categoria seriam exemplos não só algumas formas de revisão como o erro, a lesão e o estado de perigo já mencionados¹²⁸.

Seguindo nessa linha de pensamento é que a atual codificação trabalha com a revisão do contrato no art. 317, do Código Civil de forma preventiva a eventual dano, ainda que se filie à necessidade de demonstração da

¹²⁵ LORENZETTI, 2004, p. 512-514; KLIEMANN, 2006, p. 14; BUSSATTA, *Conversão substancial...*, 2007, p. 160.

¹²⁶ "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas íteis e justas". Enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13.09.2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/Enunciados.asp>>. Acessado em: 26 jun. 2003 às 21:00 hrs.

¹²⁷ Como faz o Conselho da Justiça Federal em seu enunciado 149 da III Jornada: "Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002".

¹²⁸ Como mencionado anteriormente, ainda que sejam hipóteses de anulação do negócio tal como previstas pela Codificação, alguns autores preferem abordá-las como forma de revisão do contrato, motivo pelo qual identificaríamos, em princípio, duas abordagens do fenômeno: se hipótese de anulação, a conservação localizar-se-ia no plano da validade, se revisão, no plano da eficácia.

imprevisibilidade¹²⁹ do evento. A doutrina ainda é vacilante ao identificar este dispositivo. Alguns autores se referem a ele como sendo positivação da teoria da imprevisão¹³⁰ (com todos os seus requisitos clássicos), outros, a uma figura distinta daquela teoria¹³¹ e outros vão, ainda mais longe ao afirmar a própria mitigação da imprevisibilidade¹³².

Também a legislação consumerista adota a revisão contratual como forma de preservação do contrato no art. 6º, V. Neste sentido destaca-se a opinião de Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹³³.

A jurisprudência brasileira também enxergou neste dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o conceito de cláusula abusiva, a possibilidade de revisão do contrato, conservando-se o contrato com as devidas adaptações. Neste sentido destaca-se trecho de decisão do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹³⁴.

4.3.1 Cláusulas de renegociação

Outras hipóteses de incidência do *favor contractus* são cláusulas que estabelecem a obrigação para as partes de renegociarem o contrato em determinadas condições. Sua aplicação pode ser extremamente ampla, não só quando a condição é o prosseguimento da execução do contrato que encontrou seu termo, como quando esta mesma relação é atingida por evento que lhe dificulte o cumprimento.

A cláusula de renegociação se insere, portanto, como importante instrumento de viabilização do contrato, afastando, em princípio, a possibilidade de extinção do contrato sem justificativa suficiente. Em sendo reconhecido este tipo de cláusula como gerador de obrigação de meio, caberia discutir qual a solução para aquelas hipóteses em que as partes não puderam atingir renegociação viável. O debate que se instaura seria a possibilidade de resolução do contrato ou sua viabilização por meio da revisão judicial¹³⁵.

¹²⁹ FRANTZ, 2007, p. 122-123.

¹³⁰ CAMILLO, 2006, p. 350-351; LOTUFO, 2003, v. II, p. 227; TARTUCE, 2003, p. 143.

¹³¹ MARTINS-COSTA, 2005, v. V, t. I, p. 288-291.

¹³² TEPELINO, 2004, v. I, p. 610-613.

¹³³ NUNES, 2000, p. 117 e 530. Grinover e os demais autores do anteprojeto, por outro lado, mencionam tal dispositivo como exemplo de proteção ao equilíbrio, mas parecem identificá-lo, melhor, com a figura da redução. (GRINOVER, 1998, p. 115-116)

¹³⁴ "embora algumas cláusulas do contrato sejam, de fato, abusivas e portanto, nulas, em face do que dispõe a lei consumerista que a rege, o contrato de confissão de dívida oriundo de renegociação do contrato de abertura de crédito em conta corrente não deve ser declarado nulo como um todo, tal como pretende a 2ª apelante. Como é sabido, a teoria moderna dos atos jurídicos caminha em sentido da conservação dos negócios jurídicos, deles apenas expungindo o que não possa ser mantido. Assim, se possível a revisão do contrato, em ordem a adequá-lo à legislação que o regula, não há porque falar-se (sic) em nulidade de todo o negócio". (Rio de Janeiro – Tribunal de Justiça – Apelações Cíveis nºs 39716/06, 39719/06 e 39731/2006).

¹³⁵ Segundo Frantz este é um debate atual na doutrina italiana em que tem sido evocado o tratamento dispensado pelos Princípios Unidroit ao tema (FRANTZ, 2007, p. 90-91). Messineo entende ser

A importância desse tipo de cláusula tem sido destacada nas relações de consumo, especialmente quando se fala na existência de obrigação de negociar contratos cativos¹³⁶. Tal tipo de cláusula não seria, por si só, abusiva dentro da sistemática consumerista¹³⁷. Ocorreria, contudo, segundo a doutrina, na prática negocial, uma série de abusos através da imposição de assinatura de confissões de dívidas que consolidariam os valores obtidos com as cláusulas iníquas vigentes nos contratos anteriores. A atual jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça permite a revisão de contratos novados para fins de reequilíbrio contratual¹³⁸.

No direito contratual internacional são comuns as cláusulas que criam a obrigação de as partes renegociarem os termos contratuais em caso de evento superveniente que prejudique sua execução¹³⁹. Trata-se da chamada cláusula de *hardship*¹⁴⁰ que se reveste de nítida função conservatória do contrato¹⁴¹.

O fundamento da cláusula de *hardship* é a autonomia privada e a manutenção da base econômica do contrato. O que legitima sua invocação seria o prejuízo de um dos contratantes, causado por evento imprevisível e exterior à vontade das partes e que alterasse a "economicidade" do contrato¹⁴². As cláusulas de *hardship* se referem não ao evento propriamente, mas as suas consequências na economia do contrato¹⁴³.

"intuitivo" não se poder pretender a resolução por onerosidade excessiva, vez que esta poderia ser eliminada pela revisão. "El principio de conservación del contrato lleva a excluir el recurso de la resolución cuando otro remedio, sin quitar de en medio al contrato, permite eliminar el perjuicio de la parte que soportaría la excesiva onerosidad" (O princípio da conservação do contrato conduz a exclusão do recurso da resolução quando outro remédio, interno ao contrato, permite a eliminação do prejuízo da parte sujeita a onerosidade excessiva). (MESSINEO, 1952, t. II, p. 385)

¹³⁶ LIMA, 2007, p. 521; BUSSATTA, 2007, p. 165. Neste mesmo sentido Felipe Kirchener que defende a existência de uma "autêntica obrigação de renegociar o contrato, sendo possível ao contratante impossibilitado materialmente de adimplir com o pactuado requerer a renegociação, para adaptação do vínculo e sua manutenção (principalmente nos contratos essenciais) ou, sendo impossível a conservação do acordo, pleitear a ruptura do contrato com a restituição razoável das importâncias pagas". Tal obrigação, contudo, segundo o autor, não existiria em todo e qualquer contrato, cabendo ao magistrado diferenciar contratos com interesses extrapatrimoniais daqueles com interesses exclusivamente patrimoniais. Seria apenas naqueles que se justificaria a intervenção judicial (KIRCHENER, 2007, p. 73-74). Neste sentido, ainda, MIRAGEM, 2005, p. 44.

¹³⁷ MARQUES, 2004, p. 154.

¹³⁸ "A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores". (Súmula 286)

¹³⁹ COSTA; NUSDEO, p. 77, jan./mar. 1995.

¹⁴⁰ O termo *hardship* significa na prática contratual internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes. (STROHBACH, 1984, p. 39-51)

¹⁴¹ Para uma abordagem mais completa do fenômeno, recomenda-se a leitura de GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁴² GOMES, Orlando, 1984, p. 187.

¹⁴³ BAPTISTA, 1983, p. 270.

A possibilidade de readaptação dos contratos ante as novas condições do negócio viabilizaria a manutenção da relação contratual, da confiança das partes e garantiria um certo grau de segurança jurídica (já que as partes estabelecerão os novos limites para o cumprimento das obrigações).

A cláusula de *hardship* possuiria outras vantagens. Possibilitaria fosse suprida eventual ausência de regulamentação legal interna das hipóteses de revisão do contrato, possibilita solução mais adequada à alteração das circunstâncias do contrato e a critérios de justiça contratual, evitando-se maiores custos ou suspensão da execução do avençado.

A cláusula de *hardship* permitiria que os contratantes estabelecessem quais são os eventos que caracterizariam sua incidência, podendo inclusive excluir expressamente alguns¹⁴⁴. Permitiria, ainda, estabelecer-se detalhadamente a constatação do evento e os procedimentos para a revisão. Os critérios da imprevisibilidade e da inevitabilidade poderiam ser acrescidos ou diminuídos. Enfim, este tipo de cláusula permitiria grande margem de atuação das partes visando-se à manutenção do vínculo contratual.

Disposições a respeito deste tipo de cláusula são comuns no Direito Internacional. Seriam exemplos: Princípios europeus do Direito dos Contratos, modelo de cláusula da Câmara de Comércio Internacional de Paris e Princípios Unidroit¹⁴⁵.

¹⁴⁴ STRENGER, 1986, p. 225-236.

¹⁴⁵ *Princípios europeus, art. 6.111. "Change of Circumstances. (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear". [Alteração de Circunstâncias. (1) O contratante é obrigado a cumprir suas obrigações mesmo que sua execução tenha se tornado mais onerosa, seja por conta de aumento no custo da execução, seja porque o valor da contraprestação diminuiu. (2) Se, contudo, a execução do contrato se tornar excessivamente onerosa por conta de alteração das circunstâncias, os contratantes são obrigados a negociar com o objetivo de adaptar o contrato ou resolvê-lo, desde que: (a) a alteração das circunstâncias tenha ocorrido depois da conclusão do contrato; (b) a possibilidade de ocorrência da alteração de circunstâncias não fosse razoavelmente previsível no momento de conclusão do contrato, e (c) o risco pela alteração de circunstâncias não devesse ser arcado, nos termos contratuais, por um dos contratantes.]*

Cláusula modelo CCI. "(1) A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. (2) Notwithstanding paragraph 1 of this clause, where a party to a contract proves that: (a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that (b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of

4.4 Conservação como óbice à extinção do contrato pela resolução

Outra forma de atuação do princípio da conservação do contrato é a de limitadora do exercício da faculdade de extinção unilateral do contrato. Podem ser mencionadas como hipóteses dessa situação: a possibilidade de o credor receber coisa deteriorada sem resolver o contrato nos casos de obrigação de dar coisa certa (arts. 235 e 236); a possibilidade de abatimento do preço no caso de vícios redibitórios (art. 442) em oposição à possibilidade de enjeitar a coisa; a possibilidade de opção entre a rescisão do contrato e a de abatimento do preço no caso de evicção parcial (art. 454).

Outra forma interessante que tem sido admitida pela jurisprudência é a utilização do princípio da conservação do contrato como obstáculo a rescisão injustificada. Neste sentido, pode-se citar acórdão do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em caso de seguro saúde, considerou necessária a manutenção do vínculo em detrimento de interesses meramente econômicos¹⁴⁶.

Também se podem citar exemplos da legislação consumerista, especialmente o art. 18, § 1º, I e III, e o art. 54, § 2º, como opções à extinção do contrato. Neste sentido destaca-se a possibilidade de ao fornecedor ser proporcionada oportunidade para sanar eventuais defeitos ou adequar a prestação viciada¹⁴⁷.

Pode-se citar, ainda, a possibilidade de purgação da mora na alienação fiduciária em garantia (Dec.-lei 911/69, art. 3º, § 2º)¹⁴⁸. Bruno Miragem,

this clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event". [(1) O contratante é obrigado a executar seus deveres contratuais mesmo que eventos supervenientes tornem a execução mais onerosa do que poderia ser previsto no momento de celebração do contrato. (2) Não obstante o disposto no parágrafo primeiro desta cláusula, se o contratante provar que: (a) a continuidade da execução de suas obrigações contratuais tenha se tornado excessivamente onerosa devido a um evento alheio ao seu razoável controle cuja manifestação não poderia ser, razoavelmente, esperada no momento de celebração do contrato, e que (b) o evento ou suas consequências não poderiam, razoavelmente, ser evitados ou superados; os contratantes são obrigados, dentro de um período razoável de tempo após a invocação desta cláusula, a negociar termos contratuais alternativos que sejam razoáveis às consequências do evento]

Princípios Unidroit, art. 6.2.2 (Definição). *Há hardship quando surgem acontecimentos que alteram fundamentalmente o equilíbrio das prestações quer por aumento do custo do cumprimento das obrigações quer por diminuição do valor da contraprestação, e a) esses acontecimentos se verificaram ou chegaram ao conhecimento da parte lesada depois da conclusão do contrato; b) esses acontecimentos não podiam razoavelmente ser tomados em consideração pela parte lesada no momento da conclusão do contrato; c) esses acontecimentos escapam ao controle da parte lesada; d) o risco desses acontecimentos não foi assumido pela parte lesada".*

Rio Grande do Sul – Tribunal de Justiça – Agravo de Instrumento 70008134231.

CATALAN, 2007, p. 351-352.

Cite-se caso julgado pelo E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que, apesar da consignação em pagamento realizada, instituição financeira credora pretendia a retomada do bem alienado. No julgamento, que reformou a decisão de primeiro grau que determinava a entrega do automóvel, fez-se menção ao princípio da conservação do contrato que incidiria por conta da

ao seu turno, se refere a um “direito à purgação da mora”¹⁴⁹ que poderia se associar à noção de cumprimento substancial, por exemplo.

Exemplo interessante desse tipo de construção é aquele feito pelo E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quando apreciou contrato de financiamento de compra de automóvel em que se estabelecera cláusula de vencimento antecipado em caso de inadimplemento. Naquela oportunidade a Sétima Câmara Cível daquele Tribunal considerou que não seria possível pretender-se o vencimento antecipado do contrato, quando o inadimplemento fosse apenas relativo, nem desfazimento do negócio pelo desrespeito ao prazo legal para purgação da mora¹⁵⁰.

Destaque-se, ainda, o princípio da conservação do contrato nas condições restritas em que um contratante pode pretender a resolução do contrato sujeito à Convenção de Viena de 1980 (arts. 49 e 64)¹⁵¹.

4.4.1 Adimplemento substancial

Segundo a melhor doutrina, em algumas hipóteses o inadimplemento pode se dar em “*parte modesta, diminuta e infinitesimal da prestação*”

purgação da mora, bem como pela teoria do adimplemento substancial: “E à luz do princípio da conservação dos contratos – clara opção do legislador de 2002 – soaria absolutamente irrazoável que se desse por resolvido um pacto cujo devedor se propôs, assim que pôde, a solver as prestações em aberto por meio da consignação judicial, considerando-se, ainda, que, à época, sequer tinha conhecimento da ação de busca e apreensão, já tentada pelo credor. Acresça-se a tudo o fato de, considerando-se os depósitos feitos judicialmente, já ter sido adimplido cerca de 80% do financiamento contratado, não sendo de mau alvitre a invocação da teoria do adimplemento substancial, segundo a qual é recomendável evitar-se a resolução de um negócio jurídico quando suas prestações já estiverem substancialmente quitadas, próximas à integralidade” (Rio de Janeiro – Tribunal de Justiça – Agravo de instrumento 14.180/2006). Ou, ainda, em caso em que a purgação tardia da mora: “Na expressão literal a lei permite ao consumidor a purgação da mora correspondente à integralidade da dívida dos valores cobrados, antes da contestação, ou seja, até o quinto dia da execução da liminar, na ótica da conservação do contrato, impedindo assim, a consolidação da propriedade e posso do credor fiduciário (Dec.-lei 911/69, art. 3º, § 2º, com redução da Lei 10.931/04, art. 56). Não obstante, em relação ao quantum debeatur da purgação da mora a norma do art. 3º, § 2º, do Dec.-lei 911/69, com redação da Lei 10.931/04, art. 56, colide com do art. 54, § 2º, da Lei 8.078/90, permite ao consumidor a opção pela manutenção do contrato, no prisma do princípio da conservação do negócio jurídico. A purga da mora previne o dano patrimonial, resguarda direito básico do consumidor (Lei 8.078/90, art. 6º, VI), impedindo a quebra do contrato e restabelece o equilíbrio do negócio jurídico”. (Rio de Janeiro – Tribunal de Justiça – Agravo de instrumento 2006.00.21386)

¹⁴⁹ MIRAGEM, 2005, p. 38.

¹⁵⁰ “Débito integralmente quitado. Aplicabilidade dos princípios da conservação da função social do contrato, não se admitindo o desfazimento da avença por uma norma meramente instrumental e nem o vencimento automático e antecipado do contrato, por não se tratar de inadimplemento absoluto e sim relativo, consistindo o vencimento do contrato inegável abusividade e produzindo onerosidade excessiva ao consumidor”. (Rio de Janeiro – Tribunal de Justiça – Apelação cível 2006.001.60436)

¹⁵¹ MARTÍNEZ CANELLAS, 2001, p. 195; LINDSTRÖM, 2006, p. 20.

e, neste caso, ponderaria o juiz sua gravidade, podendo concluir ser o “descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos constantes do contrato”¹⁵², motivo pelo qual manteria o contrato apesar da faculdade de resolução. Ruy Rosado Aguiar Júnior menciona a necessidade de que a prestação perca a utilidade ao credor para que justifique a resolução do contrato¹⁵³.

Segundo esta compreensão, sempre que o contrato for cumprido substancialmente, não haveria interesse na declaração de sua resolução. Há, neste sentido, pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

*A resolução do contrato por inadimplemento do devedor somente pode ser reconhecida se demonstrada e aceita a falta considerável do pagamento devido. Do contrário, a regra é a de que se preserve o contrato, permitindo ao credor ainda insatisfeito a propositura de ação de cobrança do que lhe for devido. É por isso que na legislação estrangeira, no tratado de comércio internacional e também na mais recente doutrina nacional, tem sido admitido que o adimplemento substancial pelo devedor impede a extinção do contrato*¹⁵⁴. (grifo nosso)

Bussatta conclui: “só se pode pensar na resolução do contrato quando o descumprimento é sério, lesivo aos interesses da parte não inadimplente. Tal descumprimento deve retirar o sinalagma funcional do contrato, afastando sua função econômico-social. Contrariamente, fica vedado o exercício do direito potestativo à resolução quando o inadimplemento possui escassa importância”¹⁵⁵.

Esta construção não é exclusiva do direito brasileiro. A Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias prevê a figura da descumprimento essencial que ensejaria a resolução (art. 25)¹⁵⁶. Igualmente o fazem a legislação italiana e portuguesa, para não se mencionar os Princípios Unidroit e europeus¹⁵⁷.

¹⁵² ASSIS, 1999, p. 166-117.

¹⁵³ AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 132-133.

¹⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça – REsp. 226283/RJ – 4ª T. – DJ 27.08.2001 – Voto vista do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Cite-se, ainda, o REsp. 252.705/PR, por exemplo.

¹⁵⁵ BUSSATTA, *Resolução dos contratos*, 2007, p. 93.

¹⁵⁶ “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. (O descumprimento contratual de uma das partes será essencial quando cause a outra um tal prejuízo que a prive substancialmente do que seria legítimo esperar em razão daquele contrato, salvo se a parte faltosa não houvesse previsto tal resultado, nem fosse previsto por uma pessoa razoável em igual situação). Neste sentido: TORSELLO, 2005, p. 403.

¹⁵⁷ *Código Civil italiano*, art. 1.455: “Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”. (Não se pode

Rogério Zuel Gomes identifica o adimplemento substancial como exemplo em que haveria a incidência do princípio da boa-fé objetiva limitando o exercício de direitos subjetivos ao mesmo tempo em que se poderia invocar o princípio da conservação do contrato e a sua função social¹⁵⁸.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Anderson Schreiber e Froehlich também identificam a teoria do adimplemento substancial como sendo exemplo do princípio da conservação do contrato¹⁵⁹.

4.4.2 Resolução por onerosidade excessiva

Tradicionalmente associada à noção de revisão do contrato pela teoria da imprevisão, a figura da resolução do contrato que, por evento superveniente, teve sua execução extremamente dificultada, também pode ser reconhecida como hipótese de valorização da manutenção do negócio.

Aquilo que até pouco tempo era justificado como teoria da imprevisão e, portanto, como forma de revisão contratual, passou, no atual direito positivo

resolver o contrato, quando o inadimplemento de uma das partes tiver escassa importância em consideração ao interesse da outra)

Código Civil português, art. 802: “1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”.

Princípios Unidroit, art. 7.3: “1) Uma parte pode resolver o contrato se o incumprimento pela outra parte de uma obrigação contratual for havido como incumprimento essencial. 2) Para determinar se o incumprimento de uma obrigação equivale a incumprimento essencial, tomam-se no-meadamente em consideração as circunstâncias seguintes: a) o incumprimento priva o credor, em termos substanciais, do que podia legitimamente esperar obter do contrato, salvo se o devedor não previu ou não podia razoavelmente prever esse resultado; b) o cumprimento estrito da obrigação cria essencial ao contrato; c) o incumprimento é intencional ou imprudente; d) o incumprimento cria no credor a convicção de que não poderá contar com o cumprimento futuro pela outra parte; e) o devedor sofreria, em caso de resolução, um prejuízo excessivo resultante da preparação ou do cumprimento do contrato; 3) O credor pode igualmente resolver o contrato se, havendo mora do devedor, este não cumprir o prazo a que se refere o art. 7.1.5”.

Em termos muito similares aos anteriores, o art. 8.103 dos Princípios europeus: “Fundamental Non-Performance. A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance”. (Inexecução fundamental. A inexecução contratual é fundamental se: (a) a estrita execução da obrigação é essencial ao contrato; ou (b) a inexecução priva, substancialmente, o credor daquilo que legitimamente poderia esperar pelos termos contratuais, salvo se a outra parte não pudesse ou não fosse razoável prever o resultado; ou (c) a inexecução é intencional e dá ao credor razão para não acreditar no seu futuro cumprimento)

¹⁵⁸ GOMES, Rogério Zuel; 2004, p. 159-160.

¹⁵⁹ GODOY, 2004, p. 171; SCHREIBER, 2007, p. 144; FROEHLICH, 2007, p. 51-52; BRITO, 2007, p. 142.

brasileiro, a ser reconhecido como hipótese de resolução do contrato. Seu tratamento é dispensado no art. 478, do Código Civil e se refere àquelas situações em que um determinado contrato tenha sua execução tornada excessivamente onerosa em razão de evento superveniente, extraordinário e imprevisível, que crie desproporção exagerada a um dos contratantes, enquanto beneficie o outro.

A quantidade e a dificuldade dos requisitos a serem preenchidos nos permite concluir que esta figura, antes de tudo, foi pensada como exceção ao cumprimento do contrato. Dentro da lógica moderna, donde se desentranha a figura da imprevisão, os negócios seriam fielmente adimplidos, permitindo-se em raríssimas hipóteses a exoneração do devedor. Essas raríssimas hipóteses precisariam ser limitadas; eis, portanto, a justificativa para tal quantidade de requisitos.

Esta parece ser a justificativa para que a teoria da imprevisão tenha sido positivada como hipótese de resolução que admitiria, excepcionalmente, a revisão do contrato (arts. 479 e 480). Apesar disso, diversos são os posicionamentos no sentido de que a figura é instrumento de revisão contratual e, portanto, de conservação do contrato¹⁶⁰. Tal alternativa encontra-se positivada, também, na legislação italiana¹⁶¹ e na legislação argentina¹⁶².

¹⁶⁰ Neste sentido citam-se os enunciados 176 da III Jornada (art. 478: *Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478, do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual*) e 367 (Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório) da IV Jornada do Conselho da Justiça Federal.

¹⁶¹ Messineo entende que a legislação italiana, a teor do art. 1.467, não permitira ao juiz, por sua iniciativa, a revisão do contrato ou mesmo ordenar que o fizessem. (MESSINEO, t. II, p. 391)

¹⁶² *Código Civil argentino, art. 1.198, última parte*: "(...) *La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato*". (A outra parte pode impedir a resolução do contrato se oferecer a melhora equitativa dos efeitos do contrato). Segundo Mosset Iturraspe não se deve interpretar tal disposição no sentido individualista (ou mesmo de inversão dos papéis e de castigo do beneficiado), mas obedecendo a finalidade social do negócio e levando-se em conta o equilíbrio da contratação originária (MOSSET ITURRASPE, 1994, p. 311-313). Interessante aponta discussão mencionada por Lorenzetti sobre a possibilidade ou não de ação autônoma de "reajuste" da prestação. Segundo o autor a maioria da doutrina parece admiti-la, enquanto o precedente jurisprudencial a nega. Conclui Lorenzetti que "*La parte perjudicada puede tener un interés en mantener el contrato si se elimina la sobreprestación inequitativa, y no sería razonable dejar al beneficiado como árbitro de la permanencia o no del contrato y negar igual derecho al perjudicado*" (A parte prejudicada pode ter interesse em manter o contrato se for eliminada a parte não equitativa da prestação, e não seria razoável deixar que a parte beneficiada decida sobre a manutenção do contrato e negar semelhante direito ao prejudicado). (LORENZETTI, 2004, p. 526-527). Pode-se, então, concluir: "*La autonomía de la voluntad se muestra como una fórmula vacía si no se integra con una paridad socioeconómica. La nulidad parcial se fundamenta en la necesidad de proteger al adherente frente a las consecuencias negativas que tendría para él la nulidad total del contrato. No está basada en la voluntad presumible de las partes*" (MOSSET ITURRASPE, 2002, p. 64). No mesmo sentido, partindo-se da legislação brasileira e em homenagem ao princípio da conservação do contrato, ASCENSÃO, 2004, p. 181.

Haveria, neste caso, contudo, aparente conflito entre a hipótese de revisão (art. 317) e a resolução com excepcional revisão (art. 478)¹⁶³. Oliveira Ascensão¹⁶⁴ tenta compatibilizar a interpretação oferecendo a seguinte estruturação: o art. 317 se aplicaria às hipóteses de modificação quantitativa (caso mais simples de redução de preço, por exemplo); os arts. 479 e 480 se aplicariam às hipóteses de modificação qualitativa (casos que envolveriam alteração de cláusulas) e o art. 478 se aplicaria a hipóteses de resolução.

Parece-nos, contudo, que a previsão do art. 479 somente reforça o princípio da conservação, vale dizer, mesmo que a parte pretendesse a resolução do contrato, caberia ao magistrado verificar a possibilidade/utilidade de sua preservação¹⁶⁵. Não haveria, portanto, escolha à parte: justificar pedido revisional pelos arts. 317 ou 478 e 479, todos do Código Civil, até mesmo porque a diferenciação de carga probatória levaria o aplicador a concluir pela prevalência daquela hipótese sobre esta.

Alerte-se, ainda, que o modelo revisional baseado em termos da teoria da imprevisão (como revisão extraída de hipótese excepcional de exoneração da execução contratual) não parece ser o mais adequado para as necessidades contemporâneas.

A imprescindibilidade do reequilíbrio de prestações, decorrente da funcionalização do contrato, impõe considerações muito mais de ordem objetiva como a equidade, que de ordem subjetiva como a imprevisibilidade. Neste sentido, se o modelo da codificação civil é moderno, o modelo consumerista é contemporâneo.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Não é simples analisar e justificar a intervenção estatal no contrato. Ainda hoje há restrição por parte da doutrina sobre este papel atribuído ao Judiciário. Humberto Theodoro Junior, por exemplo, afirma que o juiz (Estado em última análise) deve se portar, diante de um contrato, de forma repressiva e sancionatória, não lhe cabendo intervir de forma "criativa" no conteúdo contratual¹⁶⁶. Caberia, ao Estado, tão-somente sancionar um contrato não funcionalizado por meio de sua nulificação ou ineficácia.

Percebe-se, contudo, da experiência estrangeira e da construção desenvolvida pelo legislador e pela jurisprudência que, cada vez mais, se exige a intervenção estatal na seara contratual.

¹⁶³ AGUIAR JUNIOR, 2003, p. 152.

¹⁶⁴ ASCENSÃO, 2004, p. 180-181.

¹⁶⁵ BARROS, 2007, p. 322.

¹⁶⁶ THEODORO JUNIOR, 2003, p. 131.

Esta atuação tem deixado de ser meramente repressora para assumir papel mais diretivo. Poder-se-ia, talvez, associar esta mudança a uma alteração da perspectiva que passou a ter um enfoque mais "pedagógico". Parece ser mais oportuno o ajuste e a manutenção da relação jurídica que a sua extinção pura e simples. Aos contratantes sinaliza-se que sua atuação continua sendo livre e responsável cabendo ao Estado, apenas, em função de interesses maiores, impedir situações de iniquidade.

Essa mudança de enfoque para estar associada a um posicionamento crítico sobre este tradicional "pilar" jurídico. Soluções simplistas que apenas afirmavam a necessidade de execução contratual deixam de ser viáveis a uma sociedade com a complexidade típica da contemporaneidade.

Parece-nos que o princípio da conservação do contrato, como instrumento de concreção da função social do contrato e catalisador da repersonalização do Direito Civil, serve àquele operador insone, que busca a justiça do caso concreto, sem descuidar do rigor e precisão indispensáveis a qualquer trabalho sério.

Para além, portanto, da segurança jurídica pressuposta, pode existir aquela capaz de se ocupar dos interesses narcisistas, mas assegurar, acima deles, valores fundamentais ao ser humano.

6 REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- ALARCÃO, Rui de. *A confirmação dos negócios anuláveis*. Coimbra: Atlântida, 1971. v. 1.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação jurídica: facto jurídico, em especial Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 2.
- ARGENTINA. *Código Civil*. 32. ed. Buenos Aires: A-Z, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.
- ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ARRUDA, Alvim; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Código Civil Comentado: negócio jurídico, atos jurídicos lícitos, atos ilícitos* (arts. 104 a 188). São Paulo: Atlas, 2003. v. II.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. O Direito civil tende a desaparecer? In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, p. 15-21, v. 472, fev. 1975.

- BAPTISTA, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 66, p. 265-273, abr./jun. 1983.
- BARBOSA, Fernando Cabeças. A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*. Caderno 3, n. 8/02, p. 201-198, 2ª quinzena de abr. 2002.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROS, André Borges de Carvalho. A onerosidade excessiva como fundamento da revisão ou da resolução do contrato no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- BDINE JR., Hamid Charaf. Jurisdicionalização dos contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier latin, 2006.
- BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do Consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do Negócio Jurídico*. Campinas: LZN, 2003. t. III.
- BITTAR, Carlos Alberto. A contratação privada, a influência da moral e as técnicas de ajustes admitidas na atual teoria dos contratos. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: RT, 1993. p. 13-19.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido social. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 679, p. 18-29, maio 1992.
- BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRITO, Edvaldo. Nota prévia. In: GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. VII-XXI.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.
- _____. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, n. 26, p. 146-171, abr./jun. 2006.
- _____. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Princípio da conservação do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 147-169.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antônio (Coords.). *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: RT, 2006.
- CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões sobre o cumprimento inexacto da obrigação no Direito Contratual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- CHILE, *Código Civil*. 7. ed. Santiago: LexisNexis, 2007.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulth. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

- COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de "hardship" nos contratos internacionais. In: **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: RT, n. 97, p. 76-103, jan./mar. 1995.
- DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: introducción, teoría del contrato. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993. v. I.
- ESPANHA. **Código Civil y legislación especial**. 2. ed. Madrid: Colex, 2003.
- EUROPA. **The Principles of European Contractual Law – completed and revised version 1998**. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/en.contract.principles.1998/doc.html#241>>. Acesso em: 23 mar. 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**: consequências práticas. Curitiba: Scientia et Labor, 1988.
- FOERSTL, Uli. **The General principle of good faith under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – a functional approach of theory and practice**. Cape Town, 2005. Dissertação de mestrado em Direito pela University of Cape Town.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FRANÇA. **Code Civil**. 105. ed. Paris: Dalloz, 2006.
- FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FROELICH, Joachim. **The Vienna Convention: A uniform approach to fill gaps within the scope of the Convention**. Cape Town, 2007. Dissertação de mestrado em Direito pela University of Cape Town.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 8. ed. São Paulo, 2006, v. I.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação**: lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Fernando de Paula. Do contrato: interpretação e boa-fé. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, n. 27, p. 96-142, jul./set. 2006.
- GOMES, Orlando. Humanização do Direito Privado. **A crise do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 25-30.
- _____. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. A "hardship clause" no contrato de empreitada. In: GOMES, Orlando. **Novíssimas questões de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 179-188.
- GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, v. III.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1951, v. 2.
- GOZZO, Débora. Nulidade relativa: um outro tipo de invalidade? – Alguns apontamentos. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O Direito civil no Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003.

- GRASSETTI, Cesare. **L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti**. Padova: Cedam, 1983.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 68, p. 79-86, dez./2002.
- ICC – International Chamber of Commerce. **ICC Force majeure clause 2003 & ICC Hardship Clause 2003**. Paris: ICC Publishing, 2003.
- ITÁLIA. **Codice Civile e leggi complementari**. 23. ed. Naples: Simone, 2003.
- KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, n. 62, p. 40-85, abr./jun. 2007.
- KLANG, Márcio. **A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 26, p. 03-26, abr./jun. 2006.
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. Los principios del derecho europeo de los contratos y el favor contractus. In: QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia (Coord.). **Panorama internacional de derecho mercantil**. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Cidade do México: Unam, 2006, t. II, p. 381-408.
- LEYVA SAAVEDRA, José. La contratación en masa y sus reglas de interpretación. **Revista Jurídica Cajamarca**. Disponível em: <<http://www.ceif.galeon.com/Revista9/adhesion.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2007.
- LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.
- LINDSTRÖM, Niklas. Changed circumstances and hardship in the international sale of goods. **Nordic Journal of Commercial Law**. 2006. Disponível em: <http://www.njcl.utu.fi/1_2006/commentary1.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2008.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.
- _____. Contrato e Mudança Social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, a. 84, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**: parte general. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1-2.
- MARÍN PADILLA, Maria Luisa. **El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"**. Barcelona: Bosch, 1990.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação e integração dos contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coords.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem

- jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 1, p. 13-57, jan./mar. 2000.
- _____. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74. São Paulo: RT, 2004.
- MARTIN, Elizabeth A.; LAW, Jonathan (Ed.). *Oxford Dictionary of Law*. Oxford: Oxford press, 2006.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo. *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Palma de Mallorca, 2001. Tese de Doutorado pela Universitat de les Illes Balears.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 753, p. 24-48, jul. 1998.
- _____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Comentários ao novo Código Civil*: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, t. I-II.
- MATTA, Liana Fiol. La buena fe como presupuesto para la uniformidad del derecho de contratos. *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*. San Jose, v. 59, p. 118-129, abr./jun. 1998.
- MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPELINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 309-343.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*. Buenos Aires, 1952, t. I-II.
- MÉXICO. *Código Civil Federal*. Disponível em <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/ctfed/1.htm?s=>>>. Acesso em: 23 mar. 2008.
- MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 56, p. 22-45, out./dez. 2005.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Interpretación económica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1994.
- _____. Las cláusulas abusivas en la contratación: informe del derecho argentino. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 44, p. 49-66, out./dez. 2002.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.
- NALIN, Paulo. *Do contrato*: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NERO, João Alberto Schutzer Del. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de Direito civil e o novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

- NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1991.
- PENTEADO, Mário de Salles. Os vícios do consentimento e a regra "*utile per inutile non vitiatur*" – considerações sobre o art. 153 do Código Civil. *Revista de Direito Civil*. São Paulo: RT, n. 14, p. 76-79, out./dez. 1980.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2001. t. III e IV.
- PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2008 às 10:00hrs.
- RABELLO, Alfredo Mordechai; LERNER, Pablo. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law. In *Uniform Law Review*. Rome: Unidroit, 2003-3, n. 8.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.
- REALE, Miguel. Visão Geral do novo Código Civil. In: *Novo Código Civil brasileiro*: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação codificada e extravagante. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia (Coord.). *Direito civil Constitucional*: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2003.
- _____. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 15, p. 21-40, jul./set. 2003.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004.
- SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico*: nulidades e medidas sanatórias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: UFPR, 1996. n. 29.
- STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: RT, 1986.
- STROHBACH, Heinz. Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts and arbitration. *Journal of International Arbitration*. Paris: ICC, 1984. v. 1, n. 1, p. 39-51.
- TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo Código civil. Crítica e proposta de alteração do art. 317 da Lei 10.406/02. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003.
- TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código civil*. São Paulo: RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1-2.

TORSELLO, Marco. Substantive and Jurisdictional Aspects of International Contract Remedies: A Comment on Avery Katz's "Remedies for Breach of Contract Under the CISG". **International Review of Law and Economics**. Amsterdam: Elsevier, 2005. n. 25, p. 397-410.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

UNIDROIT. **Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais**: versão provisória e, língua portuguesa. Roma: Unidroit e Ministério da Justiça português, 1995.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

YUQING, Zhang; DANHAN, Huang. **The new contract Law in the People's Republic of China and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts**: a brief comparison. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-3.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2007.

WALD, Arnoldo. Um novo Direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 39-54, jul./ago. 2001.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR FUNDAMENTADA NA DIGNIDADE HUMANA DO CIDADÃO

Antônio Carlos Efigê¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica do direito civil. 3. Novos paradigmas da proteção do consumidor. 4. O consumidor brasileiro e a Constituição Federal de 1988. 5. A tutela constitucional do consumidor. 6. Normas de proteção do consumidor: natureza cogente, ordem pública e de interesse social. 7. Conclusões. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A releitura dos sistemas legais vigentes sob o prisma da realização humana é preocupação dos operadores do Direito, sobretudo a partir da vigência da Constituição Federal de 1988. Ou seja, vislumbra-se o cumprimento da norma legal tendo por fundamento a satisfação das necessidades humanas, e não simplesmente a interpretação individualista da norma.

A sociedade moderna – que se diz civilizada – clama pelo respeito, acima de tudo, da dignidade humana. O ser humano deve ser o alvo de todas as atenções, ao passo que o patrimônio e os negócios jurídicos seriam os instrumentos dessa realização coletiva.

Em razão da otimização das informações uma nova tese jurídica pode representar o avanço e o progresso dessa visão do direito; ou o irremediável retrocesso, já que, em um momento de transformação, a instabilidade e as incertezas estão presentes.

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP, professor titular da PUCPR dos Cursos de Graduação e Pós-graduação, Professor da Escola Superior da Advocacia de Santa Catarina, Professor da Escola da Magistratura do Paraná e Advogado em Curitiba.