

## UM CASO DE AJUSTAMENTO DO DIREITO PRIVADO AO REGIME POLÍTICO: A LIBERDADE CONTRATUAL NO RECENTE CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

ALCINO PINTO FALCÃO

A *liberdade contratual*, dizer se pode, constituiu o traço marcante do direito moderno das obrigações, diferenciando-o no ponto do romano arcaico e clássico (*ex nudo pacto actio non nascitur*) (1), já que as linhas mestras formais, que êle nos herdou das várias espécies de obrigações, parecem insensíveis ao correr dos séculos, apresentando-se até com aparência de insuperáveis.

O princípio rígido e restritivo romano clássico foi sendo solapado pelas exigências da vida (2) e nos albores da Revolução Francesa já gozava do desfavor geral. A *liberdade contratual*, assim, veio a tornar-se uma filha querida dos juristas da Revolução aludida, que, de logo, a promoveram a princípio, pois que acreditavam (3) que a liberdade era o melhor meio de organizar a coletividade, porque a harmonia resultaria da soma dos egoísmos particulares e seria antítese ao feudalismo do antigo regime.

Como não podia deixar de ocorrer, o princípio da liberdade contratual obteve decidida consagração no Código Civil Francês (Código de Napoleão) e, apesar de, desde a metade do século

---

(1) Cf., MAX KASER, *Römisches Privatrecht*, edição de 1966, págs. 128/129: *herrrecht im römischen Obligationenrecht TYPENGEBUNDENHEIT*. No período pós-clássico, como o direito comum, costumeiro, já admitisse a plena liberdade de tipos contratuais, Justiniano esforçou-se em restabelecer o rigor clássico.

(2) Cf., JOSEPH ZASKAS, *Les transformations du contrat*, Sirey, 1939, págs. 95 e 100. Desde o início do século XVI, o princípio da força obrigatória das simples convenções vinha impondo-se na França.

(3) Cf., ALFRED RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Paris, 1961, pág. 217.

passado, o liberalismo econômico passar a perder terreno e não mais fruir, ao menos, de favor geral — o princípio, pôsto que com algum temperamento, veio a ser adotado pelo BGB alemão, do fim do século. Com certa ênfase, assim também o novo Código de Obrigações suíço, de 1911 e revisto em 1936, cujo artigo 19 recita: "L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi. La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux attachés à la personnalité". Nosso Código Civil, de 1917, não deixa qualquer dúvida quanto à sua filiação ao princípio; as exceções vieram após, através de leis de exceção ou particulares.

O princípio passou a ter tão grande força atrativa, que códigos cujo regime nada têm que ver com o liberalismo, acharam de a êle fazer menção expressa. Foi o caso do novo código civil italiano, apesar de ter vindo à vida durante o regime fascista; seu artigo 1322 vem, assim, encimado pela rubrica *autonomia contratual* e reza: "As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato, nos limites impostos pela lei. As partes podem também concluir contratos, que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular, desde que se destinem a realizar interesses merecedores de tutela, segundo o ordenamento jurídico".

Não é, pois, de causar maravilha que o recentíssimo Código Civil Português (de 1967), como o italiano, coloque sobre o artigo 405 a nota *liberdade contratual* e na primeira alínea do artigo preveja: "Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover".

\* \* \*

Mas uma coisa é proclamar o princípio e outra, de fato, admitir o legislador que êle baixe ao concreto, em suas essencialidades. Dia a dia as exceções se tornam mais numerosas e, por isso, um pessimista poderá pôr em dúvida a sua sobrevivência futura no direito privado, seu campo de eleição. E se o regime político fôr totalitário?

Em que consista a liberdade contratual não discrepam os doutores; assim, com KARL OFTINGER (4), eminente cate-

---

(4) Cf., sua contribuição *Die Vertragsfreiheit*, na coletânea *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Rechts*, edição da Polygraphischer Verlag A. G. Zuerich, pág. 316. E a liberdade de forma, também, como se verá adiante.

drático de Zurique, pode dizer-se que o seu conteúdo é quádruplo: 1.º a liberdade de concluir ou não um contrato; 2.º a escolha da parte contrária; 3.º a conformação do conteúdo contratual; 4.º a resolução do contrato. Assim, a expressão "liberdade contratual" representa o *princípio*, pelo qual fica relegado ao nuto das partes decidir se desejam contratar, com quem, sobre o que e se e quando deve ser desfeito o contrato ou, ao menos, alterado.

No caso particular do novo diploma civil luso, os entusiastas do princípio não se exaltarão com a rubrica questionada, pois antes de ler o mencionado artigo 405 terão tido oportunidade de ler o artigo décimo da lei de promulgação (decreto-lei n.º 47.344/66), mantendo, por certo tempo ainda, o regime excepcional (diz o artigo) referente às locações urbanas; mas, se fôr ao corpo do código, verá que o que êle prevê para o regime normal das locações está muito longe de servir de modelo de liberdade contratual, restringindo de muito a possibilidade jurídica de o locador reaver a coisa, inclusive estabelecendo um tratamento desigual das partes contratantes, eis que pelo artigo 1095, findo o prazo convencional, não pode denunciar o contrato, ficando sujeito à renovação, mas o artigo concede ao locatário a faculdade de fazê-lo: "Nos arrendamentos a que esta seção se refere, o senhorio não goza do direito de denúncia, considerando-se o contrato renovado se não fôr denunciado pelo arrendatário nos termos do artigo 1055".

Terá a atenção despertada pelo artigo 282 (pertinente a negócios usuários) com anulabilidade do próprio negócio, com o fim de coibir, face a certas situações subjetivas, a obtenção de correspectivos "manifestamente excessivos ou injustificados", em norma evidentemente imprecisa, eis que não dá o critério, nem a taxa, para poder concluir-se ocorrer ou não a causa de anulação, com o risco de insegurança dos negócios e o perigo de arbítrio judicial, em caso de litígio.

Essa imprecisão não fica afastada pelo preceito do artigo 1146, pertinente ao mútuo feneratício ("É havido como usuário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais superiores a oito ou dez por cento, conforme exista ou não garantia real"), que, por sua vez, contém óbvia restrição à liberdade contratual, mais um caso de aplicação da cláusula de reserva ("dentro dos limites da lei"), usada, com franca e louvável advertência do legislador luso, sempre que fala em liberdade (v.g., artigo 398, inciso primeiro: "As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação").

Não serve êsse artigo 1146 de critério para a solução de hipóteses previstas pelo artigo 282, pois êste tem alcance muito mais alto, em casos em que não há que falar em taxa de ju-

ros; aliás, o próprio artigo 282, na alínea segunda, o torna bem claro: "Fica ressalvado o regime especial estabelecido para o mútuo no artigo 1146".

E o proclamado princípio da liberdade contratual, pela preceituação do próprio Código, não impede que entidades públicas fixem preços (5), com prevalência sobre os convencionais (p. ex., artigos 883 e 1211) e tão pouco que em inúmeros casos se exija a forma de escritura pública, alguns até surpreendentes para o jurista brasileiro. É o caso dos arrendamentos para o comércio, indústria ou exercício de profissão liberal (art. 1029, I, b), o da cessão de locação (art. 1120, I) e o de mútuo superior a vinte mil escudos (art. 1143), que não se conciliam com o princípio da liberdade contratual, eis que, como se ensina (6), a liberdade de forma (*a Formfreiheit* dos tudescos) é parte importante da liberdade contratual.

Essas restrições à liberdade de forma não parecem ter sido bem inspiradas, não se compreendendo que em casos, como os enumerados, se exija o pêsso de uma escritura pública. A liberdade de forma tem sido uma tendência geral do direito privado contemporâneo, só se devendo exigir a forma solene em casos excepcionais, dizem os civilistas; com precisão: ENRICO GOLAGROSSO (7), traduzindo a lição vulgar, adverte: "mentre nel campo del diritto pubblico vige la *tipicità legislativa*, ossia il requisito della forma necessaria è la regola; nel campo, invece, del diritto privato canone generale è quello della libertà delle forme". Não entendeu assim o legislador luso e, por isso, no ponto não merece aplausos, com a devida vênias.

A impressão desfavorável mais acentuada ficará se se atentar que, nesses casos referidos, a escritura pública não é exigida apenas *ad probationem*, mas sim para *validade* do próprio negócio. Nada indicaria, aliás, que o legislador português viesse a consagrar o formalismo desnecessário, pois a doutrina professada em Coimbra pelo saudoso e egrégio professor DOMINGUES DE ANDRADE (8) era pura e mereceria ter sido acolhida.

(5) Entidades públicas fixarem preços cogentes não é particularismo do Código Português. Nos próprios Estados Unidos, as numerosas Agências e Comissões o fazem, não sendo aquêlê país o paraíso da empresa livre, como se supõe difundidamente no estrangeiro, adverte o prof. KARL LOEWENSTEIN, em artigo no "A. Ö. R.", número de janeiro de 1962, pág. 408: *Nur nebenbei sei bemerkt, dass der im Ausland weit verbreitet Glaube, Amerika sei das Paradies des freien Unternehmertums, infolge der Beschränkung und Kontrollen, die den Unternehmern durch die IRC auferlegt sind, nur in sehr begrenztem Ausmass den Tatsachen entspricht.*

(6) Cf., FRANZ GSCHNITZER, *Schuldrecht*, Parte Geral, Springer-Verlag, 1965, pág. 8.

(7) Cf., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, 2.<sup>a</sup> edição, pág. 218.

(8) Cf., *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 2.<sup>a</sup> reimpressão (Livraria Almedina, Coimbra), 1966, vol. II, págs. 48/49.

Ensinava êle: “Nos direitos antigos o formalismo negocial tinha um vastíssimo domínio de aplicação, podendo dizer-se que em certo período todos os negócios eram formais. Além disso era extremamente severo e revestia diversas modalidades: Lembrese, para o direito romano, o *gestum per aes et libram*, com as suas variantes conforme os negócios jurídicos a que se applicava, e os diversos negócios *verbis*, que tinham de realizar-se mediante palavras solenes, não sendo permitido o mais ligeiro desvio: e a par destas formalidades havia ainda os negócios *litteris*, para os quais se exigia documento escrito. Nos sistemas jurídicos das modernas nações cultas o formalismo viu-se circunscrito a um certo número — aliás muito considerável — de negócios, jurídicos, e mesmo para êste foi atenuado o antigo aparato e rigidez (*simplificação*), assim como foi reduzida ainda a variedade das suas configurações (*uniformização*). O princípio, hoje em dia, é o da liberdade declarativa ou da não exigência de qualquer forma, ou seja, da consensualidade”.

\* \* \*

A imposição de contratar (*Kontrahierungszwang*) é tida pelos doutôres, como já foi dito, como desvio à liberdade de conclusão (*Abschlussfreiheit*), que compõe a geral liberdade contratual. As exigências da vida têm feito o direito dos vários países admitir casos, em que essa liberdade de concluir deve ceder o lugar ao contrato compulsivo e aos quais, no curso dêste artigo, ainda se fará referência. Aqui, porém, para confronto com o nôvo diploma português, cabe uma análise, desde já, do parágrafo 826 do BGB, tido (*no ponto*) como particularismo do direito alemão, insuscetível de extensão a países que não tenham igual texto *especial*, no dizer do mencionado ALFRED RIEG (livro citado, n.º 224).

Ao dar forma legislada à teoria do abuso de direito, o parágrafo 826 do BGB preceitua: “Quem causar intencionalmente um dano a terceiro, de modo que fira os bons costumes, fica obrigado à sua reparação” (*Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einen anderen vorsatzlich Schaden zufuegt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet*). O direito alemão, por outro lado, adota o princípio (9) da reparação do dano mediante restauração do estado de coisas que seria o existente, a não ter-se interposto o fato que obriga a indenizar e, assim, não admira que NIPPERDEY, em obra fundamental, haja

---

(9) Cf., HANS A. FISCHER, *A reparação dos danos*, tradução do professor FÉRRER CORREIA, pág. 147.

visto, na hipótese prevista no § 826 questionado, também um caso, em que possa repousar uma obrigação de contratar, como reparação do dano causado. Essa concepção obteve bons sufrágios entre os alemães e a ela não ficou insensível a jurisprudência; um caso típico e de que nos dão notícia ENNECCERUS e LEHMANN: "Se uma coisa foi vendida duas vezes, havendo-a o alienante entregue em propriedade ao segundo comprador, a ação do primeiro comprador contra o segundo, não se dirigirá meramente à prestação de indenização pecuniária ou à restituição da coisa ao vendedor, mas sim o primeiro comprador pode exigir, diretamente, ao segundo adquirente que este lhe entregue a coisa" (10). Isto, porque na espécie teriam ocorrido os pressupostos do suso citado § 826.

Essa solução será exorbitante no direito brasileiro; mas o será face ao novo português? Parece que não, eis que o novo Código Civil Português tem dispositivos análogos ao do BGB, sendo que seu artigo 334 — que traz a rubrica "abuso de direito" (11) — recita: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito" e o artigo 562 dá o princípio geral pertinente ao dever de indenizar: "Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação". Por esse novo Código (artigo 566, n.º I) só será fixada a indenização em dinheiro, quando a reconstituição natural não fôr possível (ou quando se mostrar insuficiente ou excessivamente onerosa para o devedor).

NIPPERDEY dificuldade alguma encontraria, perante esses artigos, para nêles fazer repousar sua tese; cabe aguardar como se comportarão, ao propósito, a teoria e a prática portuguesas, na interpretação e aplicação desses dispositivos interessantíssimos, bém aproximados do direito tedesco atual.

A vingar a interpretação aludida, estar-se-á frente a um caso de contrato compulsório, figura a que acima já se acenou e que encontra espaço em vários direitos, em casos angustiosos,

---

(10) *Derecho de obligaciones*, trad. vol. I, pág. 93, onde cita decisão do Reichsgericht, nesse sentido.

(11) Com exatidão, P. DOURADO DE GUSMÃO, em seus recentes *Elementos de Direito Civil*, Rio, 1969, pág. 253, acentua que o artigo 334 português amalgama dois critérios, o *subjetivo* (boa-fé, bons costumes) e o *funcional* (parte final), já adotado pelo artigo 1.º soviético, mas como decorrência do regime socialista ("Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo quando forem exercidos num sentido contrário ao seu fim econômico e social"). No caso português, a parte final do artigo há de ter em vista (parece-nos a nós) o regime corporativo, em vigor em Portugal e só por coincidência, no ponto, concorda com o artigo soviético.

mas que se têm que classificar como exceções ao princípio da liberdade de conclusão (*Abschlussfreiheit*). Tratando-se de um Código — e novo — seria de esperar que nêle se deparassem, senão o elenco, pelo menos alguns casos dos conhecidos nas legislações estrangeiras, não incluídos nos respectivos códigos, mas em geral em leis posteriores (como é o caso do Brasil), por terem sido elaborados adotando o critério da liberdade contratual, sem reservas, o que não ocorre com o português, como acima já se mostrou.

No entanto, a pesquisa nesse terreno só fará deparar o caso do artigo 1.429, que diz ser obrigatório o seguro do edifício contra o risco de incêndio (como o comanda, aliás, o artigo 13 da nossa lei n.º 4.591/1964, um pouco anterior ao novo Código Civil Português). Isso, porém, não exclui que no direito positivo lá se deparem outros casos, não objeto da nova codificação; mas essa pesquisa, em outras leis portuguesas, não cabe na finalidade do presente artigo.

\* \* \*

A eleição da parte contrária, já se viu, há de ser livre, pelo princípio da liberdade contratual. Em princípio, essa faceta importantíssima da liberdade contratual — pela qual o indivíduo escolhe seu contratante — está consagrada pelo novo Código Civil Português. Mas nem sempre, eis que, com afastamento radical aos princípios tradicionais, prevê caso em que, um sujeito poderá ver mudar-se, contra sua vontade, a pessoa com quem contratara, através de cessão de contrato (da “posição contratual”, da nova técnica do legislador português), feita a sua revelia. De fato, o artigo 1.120, primeira parte, recita: “A posição do arrendatário é transmissível por ato entre vivos, sem autorização do senhorio, a pessoas que no prédio arrendado continuem a exercer a mesma profissão”. É um caso singular este, contrastante com o princípio da liberdade contratual.

O preceito já constaria de lei anterior, de exceção (art. 64 da lei n.º 2.030) (12). Mas agora passa a ser parte do direito normal, codificado e, por isso, o princípio da liberdade contratual sofre um desvio mais grave, permanente.

Talvez o legislador português não haja assim pensado, pretendendo que o princípio da autonomia da vontade só exija a manifestação da vontade para a formação inicial do contrato e não para as suas vicissitudes posteriores e que, se de um prisma material a relação jurídica sofre uma modificação sempre que

---

(12) Ver a nota do Juiz-Desembargador J. F. RODRIGUES BASTOS, em seu *Código Civil Português*, 2.ª edição, 1967, pág. 402.

se muda um dos sujeitos, já sob o sentido formal conservar-se-á a identidade do contrato, como se se tratasse da relação originária, no dizer de FRANCO CARRESI (13), o qual, porém, com o comum da doutrina, reconhece a necessidade do consentimento do cedido (pág. 65), em termos enfáticos: "Ora, nessuno oserrebbe sostenere... possa espungersi la dichiarazione del ceduto senza che, con ciò, risulti compromessa, se non l'esistenza, almeno l'efficacia della cessione del contratto".

Esse artigo 1.120 lusitano merece reparo e pode ser tido como um afastamento frontal ao princípio da liberdade contratual, anunciada no artigo 405.

\* \* \*

Como se viu, através da lição transcrita de OFTINGER, diz respeito à liberdade contratual a sorte do contrato, após da sua conclusão; pelo princípio, deve ficar deferido ao arbítrio das partes quando deva ser desfeito o contrato ou, ao menos, alterado.

No capítulo dedicado às fontes das obrigações o novo Código Civil Português fez adesão expressa a essa modalidade da liberdade contratual, eis que o artigo 406 prevê: "O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei".

Mas o artigo, com a cláusula final, desmerece contextualmente o alcance do princípio inicialmente afirmado. Isso, como se viu, é uma tônica do Código, sempre que fala em liberdade; ela, pela técnica do Código, nunca será absoluta, nem terá o caráter de permanente, mas sim o de contingente.

No caso da liberdade, sob o ângulo ora focalizado, logo a seguir deparar-se-á o artigo 437, prevendo a "resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias". Sua primeira alínea reza: "Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dêle segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato". A segunda alínea é do teor seguinte: "Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior".

Trata-se de preceito novo e de aplicação genérica, segundo RODRIGUES BASTOS (*op. cit.*, pág. 161). Não cabe aqui tomar partido a favor ou contra êsse artigo, pois o assunto da cláusula

(13) Cf., *La cessione del contratto*, 1950, pág. 15.



“rebus sic stantibus” é sabidamente polêmico e o ponto que interessa a êste artigo é apenas o de fotografar a liberdade contratual, sob seus vários aspectos, no nôvo diploma luso.

Aqui, mais uma vez e em ponto importante, se nota que a apreçoada “liberdade contratual”, que encima o artigo 405 português, está muito distante daquela endeusada pelos juristas da Revolução Francesa. A rigor, nem será aquela do “direito natural”, defendida pelos juristas do XVIII século; deve ter raízes mais longe, nos canonistas do século treze, como Hostiensis, que via na eqüidade a noção fundamental do contrato, como se vê em ZAKSAS (*op. cit.*, pág. 95).

O regime político português (declaradamente totalitário e corporativo) perdura estável há vários decênios e, assim, seria de esperar que o Código tivesse vindo à luz há mais tempo, para um ajustamento inevitável entre o regime e o direito privado. Sob êsse prisma, pode dizer-se que o Código veio suprir uma lacuna; mas isso é uma coisa e outra afirmar que será um instrumento hábil de manejar e capaz de satisfazer às necessidades que hão de surgir, como imposição da tendência à industrialização, que se nota no país e sôbre isso só o futuro é que poderá dar a resposta. Um futuro a desenvolver-se no território metropolitano, mas também no vastíssimo e peculiar ultramarino, para o qual o Código também foi feito.