

Os obstáculos à codificação adequada do direito privado

Obstacles to the suitable codification of private law

Flávio H. S. Ferreira¹

RESUMO: O artigo identifica alguns obstáculos à codificação adequada do direito privado. O sucesso do projeto de codificação (ou recodificação) do direito privado depende da capacidade dos juristas de fazer uma crítica contundente aos comandos normativos já existentes. O artigo mostra que certos fatores tornam mais difícil essa crítica: a existência de uma concepção equivocada sobre o papel do intérprete; a dificuldade encontrada pelos juristas para inferir os objetivos das normas jurídicas, que é agravada pela existência de normas vagas e ambíguas; as limitações cognitivas dos juristas, que têm grande dificuldade em utilizar conceitos e definições de forma rigorosa, bem como identificar os eixos temáticos trabalhados

1 Doutor e Mestre em Direito Privado pela UFMG. Professor Associado lotado no Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, atuando especialmente com os temas dos fundamentos econômicos do direito privado (contratos, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, propriedade), história do direito privado e direito privado comparado.

nos dispositivos legais, o que leva a uma deficiente sistematização do direito privado tanto em larga escala quanto em pequena escala. Esses assuntos são amplamente ilustrados ao longo do artigo, inclusive com referência a algumas propostas de modificação do código civil encampadas pela comissão de juristas responsável pela sua revisão e atualização. O artigo propõe algumas soluções para a superação dos obstáculos identificados.

Palavras chave: codificação do direito; crítica às normas existentes; limitações do raciocínio jurídico.

ABSTRACT: The paper identifies some obstacles to the suitable codification of private law. The success of private law's codification (or recodification) project depends on the capacity of jurists to make forceful criticism of existing legal norms. The paper shows that certain factors make such criticism much more difficult to achieve: the existence of a mistaken belief about the proper role of the legal interpreter; the difficulty found by jurists to infer the aims of the legal norms, which is heightened by the presence of vague and ambiguous norms; the cognitive limitations of jurists, who have great trouble using concepts and definitions in a precise way, as well as identifying the various themes which are dealt with in a given legal rule, leading to a deficient systematization of private law in both a large and small scale. All of these issues are amply illustrated in the paper, which also includes references to some proposals to modify the current Brazilian civil code advanced by the commission of jurists responsible for its reform and modernization. The paper suggests some solutions aimed at overcoming the identified obstacles.

Keywords: codification of law; criticism of existing norms; limitations of legal reasoning.

Sumário: 1. Introdução. 2. Normas razoavelmente claras: o erro da tentativa de extrair normas a partir da análise do conteúdo semântico das palavras e conceitos empregados nas normas. 3. Normas vagas e ambíguas: dificuldades encontradas pela autoridade e seus intérpretes na identificação dos objetivos a serem perseguidos pelas normas. 3.1 Normas vagas. 3.2 Normas ambíguas. 4. O problema da falta de rigor técnico no uso de definições e a dificuldade de identificação de eixos temáticos. 4.1 Sistematização em larga escala. 4.2 Sistematização em pequena escala. 5. Conclusão. 6. Apêndice: exemplo de redação ideal das normas do código civil. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Uma codificação não surge do nada, pois ela depende de um prévio trabalho científico de crítica do direito anterior à codificação.² A incapacidade de fazer uma crítica contundente aos comandos normativos já existentes irá levar ao fracasso do projeto de recodificação do direito, quando o sucesso de tal projeto é avaliado sob o ponto de vista da *qualidade das normas jurídicas* sugeridas pelo novo código e da inserção dessas normas numa *estrutura organizacional clara e coerente*.

Este pequeno ensaio, sem pretensão de esgotar o assunto, irá apontar alguns obstáculos à realização de uma crítica contundente aos comandos normativos existentes na legislação: (a) a existência de uma concepção equivocada sobre *o papel do intérprete*, compartilhada pela autoridade e pelos operadores do direito, acompanhada da *dificuldade de inferir os objetivos das normas* jurídicas sugeridas em tais comandos

2 Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law. **European Review of Contract Law**, v. 8, n. 4, pp. 367-399, 2012.

normativos; e (b) a existência de *dificuldades de raciocínio* entre os juristas acadêmicos, que os impedem de identificar corretamente os assuntos regulados nos diversos comandos normativos. Sem essa identificação é impossível, por um lado, desmembrar de certos comandos normativos assuntos que não devem ser apresentados de forma conjunta³ e, por outro lado, reunir ou concatenar os diferentes comandos normativos que tratam de assuntos cuja apresentação deve ocorrer dessa maneira.⁴

Os obstáculos anteriormente apontados afetam, respectivamente, a qualidade das normas jurídicas sugeridas pelo novo código, tema elaborado na primeira parte deste ensaio (tópicos 2 e 3 abaixo), e a sua estrutura organizacional ou sistema, tema elaborado na segunda parte deste ensaio (tópico 4 abaixo). Na terceira e última parte do ensaio (tópico 5), são realizadas algumas considerações conclusivas.

Em tese, a superação do primeiro obstáculo, especialmente no que concerne ao papel do intérprete, depende, em maior grau, de uma mudança nas pressuposições científicas, culturais e paradigmas dominantes entre os juristas⁵ e, em menor grau, da contribuição de alguns indivíduos talentosos.

Em tese, a superação do segundo obstáculo, por envolver primordialmente questões relacionadas à capacidade de raciocínio, depende, em maior grau, da contribuição fornecida por indivíduos talentosos, trabalhando de forma separada

3 Vide o exemplo do art. 441 do código civil brasileiro, exposto no tópico 4.2 deste trabalho.

4 Vide os exemplos dos arts. 427 e 434 do código civil brasileiro, expostos – respectivamente – nos tópicos 3.2 e 4.2 deste trabalho.

5 Sobre o assunto, descrevendo a abordagem metodológica tipicamente adotada por diferentes escolas de juristas dentro da tradição romanista, desde a época dos juristas romanos até a atualidade, cf. GORDLEY, James. **The jurists: a critical history**. New York: Oxford University Press, 2013.

ou em equipes, que tenham reconhecimento⁶ da comunidade mais ampla de juristas e, em menor grau, de uma mudança nas pressuposições científicas, culturais e paradigmas dominantes entre os juristas.

Em termos práticos, não há como estabelecer com precisão a contribuição relativa da sociedade e de cada indivíduo na criação e na superação dos obstáculos à codificação adequada. O resto do ensaio irá esclarecer como tais obstáculos – relacionados à existência de uma concepção equivocada sobre o papel do intérprete, às dificuldades de inferir os objetivos dos dispositivos legais e às dificuldades individuais de raciocínio de cada jurista no que concerne à identificação dos assuntos regulados em tais dispositivos – impedem uma crítica contundente aos comandos normativos existentes na legislação. Sem essa crítica contundente, o projeto de recodificação do direito estará fadado ao fracasso.

2. Normas razoavelmente claras: o erro da tentativa de extrair normas a partir da análise do conteúdo semântico das palavras e conceitos empregados nas normas

É um erro muito comum da ciência jurídica brasileira e estrangeira, bem como dos aplicadores do direito em geral, a

6 Sobre a necessidade de os juristas talentosos não serem ignorados pela comunidade mais ampla de juristas, cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 722 (“a ciência do direito privado será de novo posta de pé por juízes e juristas que concretizem em si estas condições prévias [a saber: uma consciência geral do direito desprovida de dúvidas, uma plena percepção e elaboração do conjunto da realidade social e uma metodologia segura que acerte o passo com o pensamento de sua época] e a quem o seu tempo não negue a atenção”). Grifos acrescentados.

crença de que uma análise minuciosa do conteúdo semântico de palavras ou conceitos empregados nas normas jurídicas é um caminho seguro para encontrarmos respostas corretas para a interpretação e aplicação do direito.

Em defesa de tal crença, encontramos Hans Kelsen que afirma que “é conforme ao Direito todo ato [interpretativo] que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”⁷; com uma única restrição: “desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica”⁸. Kelsen afasta a possibilidade de uma interpretação teleológica das normas jurídicas.⁹

7 Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

8 Ibid., p. 391.

9 De acordo com o autor, a norma não é passível de receber uma justificação teleológica externa, porque o valor consagrado pela norma *surge* com a própria norma (op. cit., p. 19): “[n]a medida em que as normas que constituem o fundamento dos juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem”.

O posicionamento de Kelsen pode ser facilmente combatido. De fato, a relação é inversa: não são as normas que constituem os juízos de valor, são os juízos de valor que constituem o fundamento das normas. A falácia encontra-se na premissa do raciocínio. Assim, os valores jurídicos, porque *precedem* as normas, podem tranquilamente servir como um critério auxiliar para o preenchimento de suas molduras e para a sua modificação. É claro que não negamos a possibilidade, como colocada por Kelsen, de que uma norma posterior venha a estatuir uma prescrição exatamente contrária à anterior. Mas, neste caso, isto não altera o ponto que sublinhamos: tanto a velha como a nova norma consagram valores que presidiram à sua formação. As finalidades ou valores perseguidos pela norma jurídica não podem ser estatuídos pela própria norma. Tais finalidades ou valores são exteriores à norma. Somente podem ser conhecidos por indução. Uma norma que seja criada sem basear-se em algum critério ou política que se

De acordo com a crença esposada por Kelsen e compartilhada por muitos juristas, a resposta correta para a questão de se a entrada de determinados objetos no parque é permitida ou não – tais como tanques de guerra em exposição, ambulâncias em situações de emergência, ultraleves em pouso forçado, carros fugindo de um ataque terrorista, carrinhos de bebê, cadeiras de roda com motores à combustão ou com motores elétricos, bicicletas, patinetes ou skates motorizados ou não – em face da norma que diz que “são proibidos veículos no parque”, depende da *análise minuciosa do conceito de “veículo”*.¹⁰

Na verdade, a resposta correta para tal questão depende da *descoberta do motivo* que levou a autoridade a proibir a entrada de “veículos” no parque (por exemplo, proteção da integridade física dos pedestres contra o risco de acidentes; mitigação da poluição sonora e promoção da tranquilidade e paz de espírito dos frequentadores do parque; uma combinação desses dois motivos ou outros motivos); depende da *análise da questão de se a autoridade gostaria que a promoção dos seus objetivos* (por exemplo, segurança e tranquilidade) *fosse prevalecer em todas as circunstâncias imagináveis*, mesmo diante da necessidade de promoção de outros objetivos igualmente ou mais valiosos nas circunstâncias do caso (por exemplo, a

queira perseguir é uma norma cega.

Em artigo recente publicado neste periódico, há discussão sobre a dicotomia fatos/valores e em que medida tal dicotomia influenciou, entre outros, a obra de Hans Kelsen. Cf. STRECK, Lenio Luiz e ZANCHET, Guilherme de Oliveira. Entre fato e valor: descrição, ciência e a dimensão valorativa do Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 129, pp. 593-635, jul./dez. 2024.

- 10 O exemplo dessa norma foi introduzido por Herbert L. A. Hart. Tal exemplo ganhou muita notoriedade e passou a ser discutido por inúmeras gerações de filósofos do direito. Para uma discussão sobre o assunto, cf. BIX, Brian. **Law, language, and legal determinacy**. New York: Oxford University Press, 1993.

proteção da segurança e tranquilidade dos frequentadores do parque, ainda que às custas da proteção da vida de terceiros conduzidos numa ambulância); depende da questão de se *a própria autoridade*, reconhecendo a sua falibilidade, *gostaria que os seus intérpretes corrigissem os seus pontos de partida*, modificando as normas jurídicas por ela postas ou reconhecidas.¹¹

É muito comum a crença de que a resposta correta para a questão de se uma parte, que obteve um enriquecimento sem causa às custas de outrem, deve fazer (ou não) a restituição desse enriquecimento irá depender da *análise minuciosa dos conceitos*¹² de “enriquecimento”,¹³ “sem causa”¹⁴ e “às custas de”¹⁵ outrem.

Entretanto, a análise de tais conceitos não nos ajuda em muita coisa. Existem muitos casos controvertidos em que a presença de um enriquecimento sem causa às custas de outrem é algo relativamente evidente, mas em que não é muito clara a questão de se alguma coisa deve ser (ou não ser) restituída: tais como, por exemplo, o caso de um artista plástico que se inspira na foto tirada por alguém para criar a sua própria obra de arte (*Andy Warhol Foundation for Visual*

11 Os fatores que devem ser analisados para a interpretação correta dos comandos normativos, mencionados neste parágrafo, foram adaptados da obra de alguns autores (cf., especialmente, GORDLEY, James. *Legal reasoning: an introduction*. **California Law Review**, pp. 138-177, 1984). O meu ensaio pressupõe que a autoridade é razoavelmente benevolente e que os objetivos por ela perseguidos sejam legítimos (ou, ao menos, não claramente indefensáveis). Para uma abordagem de como o intérprete deve proceder na hipótese dessa pressuposição se revelar incorreta, veja o artigo de James Gordley citado nesta nota de rodapé.

12 Como ocorre na obra de BAR, Christian von e SWANN, Stephen. **Principles of European law on unjustified enrichment**. New York: Oxford University Press, 2010.

13 Ibid., p. 343-374.

14 Ibid., p. 213-341.

15 Ibid., p. 375-443.

Arts, Inc. v. Goldsmith et al., 598 U.S. 508); ou como o caso de uma instituição que recebe um carregamento de carvão entregue por engano por outra e o utiliza, por ter acreditado que aquele carregamento era o que ela estava esperando num contrato celebrado com um terceiro (*Mich. Cent. R. Co. v. State*, 155 N.E. 50, *Ind. Ct. App.* 1927); ou como o caso de uma filha que herdou uma parte do patrimônio da sua falecida mãe que tinha doença de Alzheimer e que havia sido cuidada pela outra filha, a um grande custo para essa outra filha, enquanto a mãe de ambas era viva (9ª Vara Cível, *Foro Central de São Paulo*, Processo nº 0176568-76.2011.8.26.0100. Juiz: Rodrigo Galvão Medina. Julgado: 02/08/2019).

Na verdade, a resposta correta para a questão de se o enriquecimento – obtido por uma das partes às custas da outra – deve ser (ou não ser) restituído:

depende da *descoberta do motivo*¹⁶ que levou a autoridade a ordenar a restituição do enriquecimento obtido por uma das partes (por exemplo, [a] desincentivo aos atos de apropriação não consensual de um bem ou direito alheio; [b] proteção daquele que por um equívoco se desfez de parte do seu patrimônio de maneira indesejada contra uma redistribuição arbitrária dos bens na sociedade; [c] proteção de uma das partes contra o risco de exploração da outra num relacionamento social, comercial ou afetivo, bem como o fornecimento de um seguro contra a perda integral dos seus investimentos em tal relacionamento, levando-se em conta o risco de ruptura desse relacionamento no futuro; [d] o fornecimento de incentivos para a realização de ações altruístas em situações de emergência; [e] o fornecimento de

16 Alguns dos motivos para a criação de uma obrigação de restituição do enriquecimento, que eu listo no corpo do texto, foram originalmente identificados pelo jurista Hanoch Dagan. Cf. DAGAN, Hanoch. **The law and ethics of restitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

incentivos para a cooperação social em situações em que as partes podem se beneficiar da finalização de um projeto que elas têm em comum);

depende da *análise da questão de se a autoridade gostaria que a promoção dos seus objetivos* (por exemplo, desincentivo aos atos de apropriação não consensual de um bem ou direito alheio; proteção daquele que por um equívoco se desfez de parte do seu patrimônio de maneira indesejada; promoção da cooperação social) *fosse prevalecer em todas as circunstâncias imagináveis*, mesmo diante da necessidade de promoção de outros objetivos igualmente ou mais valorosos nas circunstâncias do caso (por exemplo, a prioridade absoluta conferida ao fornecimento de desincentivos à violação dos direitos autorais e propriedade intelectual de alguém, ainda que isso pudesse impedir grandes inovações artísticas e tecnológicas, como em *Andy Warhol Foundation for Visual Arts, Inc. v. Goldsmith et al.*, 598 U.S. 508; a proteção incondicional de alguém contra a perda acidental do seu patrimônio, ainda que isso pudesse obrigar outrem a pagar por um bem ou serviço não querido, como em *Mich. Cent. R. Co. v. State*, 155 N.E. 50, *Ind. Ct. App.* 1927; a promoção absoluta da cooperação social para a finalização de um projeto capaz de beneficiar a todos, ainda que isso pudesse obrigar alguém a se associar a outros contra a sua vontade, em detrimento das suas próprias escolhas quanto aos seus projetos de vida, como no *Processo nº 0176568-76.2011.8.26.0100*, que correu perante a 9ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo);

depende da questão de se a *própria autoridade*, reconhecendo a sua falibilidade, *gostaria que os seus intérpretes corrigissem os seus pontos de partida*, modificando as normas jurídicas por ela postas ou reconhecidas (por exemplo, admitindo a possibilidade de que os seus intérpretes cheguem à conclusão de que a obtenção de um “enriquecimento sem

causa” e a conseqüente necessidade de sua restituição não é um fator moralmente relevante, de forma a permitir que tais intérpretes reformulem radicalmente as normas sugeridas na legislação pela autoridade para regular o assunto, tais como os artigos 884 a 886 do código civil, até mesmo abolindo-as em favor de outras normas mais precisas).¹⁷

As duas normas que serviram de ilustração até agora (aquela que proíbe a entrada de veículos no parque e aquela que determina a restituição do enriquecimento sem causa) são relativamente claras em sua dicção, mesmo existindo espaço para discussão quanto ao contorno mais preciso dos conceitos ali empregados como, por exemplo, os conceitos de “veículo”, “enriquecimento” e “sem causa”.

Por outro lado, embora ambas as normas sejam igualmente claras, é muito mais difícil para o intérprete inferir os objetivos que a autoridade quis perseguir com a norma que determina a restituição do enriquecimento sem causa (em comparação com a norma que proíbe a entrada de veículos no parque).

Sem uma identificação adequada de tais objetivos almejados pela autoridade, é mais difícil para o intérprete realizar uma aplicação corretiva do direito, reformulando a linguagem empregada na norma de maneira a melhor aten-

17 Essa é a proposta de Hanoch Dagan, citado na nota anterior. Segundo o autor, a noção de “enriquecimento” varia de contexto a contexto, assim como as medidas de restituição cabíveis, sendo um erro a tentativa de formular normas gerais e abstratas sobre o assunto que ignorem cada um desses diferentes contextos. O autor também argumenta que está equivocado o critério utilizado por muitos ordenamentos jurídicos para a discriminação das situações em que uma das partes deve fazer a restituição do enriquecimento. Ao invés de tentarmos identificar as circunstâncias em que há (ou não há) uma “causa de retenção ou justificação” do enriquecimento, o denominado enriquecimento “sem causa” ou “injustificado”, deveríamos tentar identificar a presença de motivos concretos que justifiquem a criação de uma obrigação de restituição.

der tais objetivos. A aplicação do direito pode, eventualmente, se tornar irracional.

Obviamente, existem situações em que o conteúdo semântico de uma expressão contida na norma é razoavelmente seguro e em que a própria autoridade gostaria que o seu intérprete fizesse um esforço para aplicar a norma conforme a formulação linguística realizada pela autoridade.

Isso ocorre especialmente nos casos em que a norma posta ou reconhecida pela autoridade estabelece um limite arbitrário qualquer em situações em que há um *continuum* de opções regulatórias.¹⁸ Por exemplo, qual deve ser o limite

18 Cf. GORDLEY, James. European codes and American restatements: some difficulties. **Columbia Law Review**, 81, pp. 140-157, 1981. Embora eu não tenha mencionado no corpo do texto, existem outras circunstâncias em que também é justificada uma maior aderência do intérprete ao modo como a autoridade expressou a norma em termos linguísticos como, por exemplo, situações em que a autoridade decidiu uma questão controvertida de forma consciente, sobre a qual o público tem fortes opiniões, como a questão das circunstâncias em que o aborto é permitido; ou como, por exemplo, situações em que a preservação da liberdade das pessoas contra o abuso do Estado está em jogo, como nas áreas do direito penal e tributário; ou como, por exemplo, situações em que um número significativo de pessoas na sociedade conta com a aplicação da norma segundo a sua formulação linguística, de modo que uma aplicação divergente de tal formulação pudesse promover o caos frustrando as expectativas e o planejamento realizado por milhares de pessoas. Entretanto, a maioria das normas de um código civil não envolve questões dessa natureza. De fato, nem o público e nem a autoridade tem fortes opiniões a respeito da maneira como foram redigidos os dispositivos legais do código civil e a maioria das pessoas não tem conhecimento preciso do conteúdo dos dispositivos legais, de modo a planejar as suas ações com base em tais dispositivos. Tais dispositivos são, em sua grande maioria, parte de um pacote elaborado por comissões de juristas especialistas no direito privado. Em geral, a autoridade recepciona tal pacote em sua integralidade, sem grandes discussões sobre o seu conteúdo. Portanto, no caso das normas sugeridas num código civil, o objetivo visado pela autoridade com a criação de cada uma delas deve ser procurado na mente dos juristas responsáveis pela redação do código, que – por sua vez – podem ter copiado irrefletidamente sugestões de normas que haviam sido formuladas em outras sociedades e épocas históricas. Tais objetivos talvez não estivessem muito claros na

máximo de velocidade numa determinada via pública?

Mesmo que o intérprete pudesse ver claramente que o limite estabelecido pela autoridade (por exemplo, 40 Km/h) é excessivamente restritivo, pois – para alcançar o objetivo de assegurar a segurança do motorista do veículo e de terceiros naquela via (comprida, reta, bem asfaltada, num dia ensolarado com boa visibilidade e pouco ou nenhum trânsito de outros veículos e pedestres) – a condução do veículo a 60 Km/h seria perfeitamente segura; tal intérprete não deveria ter a permissão, *em circunstâncias ordinárias*, para ignorar ou modificar a norma posta pela autoridade.

Em tais situações, *tudo o mais constante*, o intérprete não precisaria se indagar a fundo qual foi o motivo que inspirou a autoridade a criar a norma; ou se indagar se a autoridade gostaria que os seus objetivos fossem inflexivelmente seguidos em todas as circunstâncias imagináveis; ou se indagar se a autoridade gostaria que o intérprete corrigisse os seus pontos de partida, alterando as normas por ela postas ou reconhecidas.

Observe-se, no entanto, que essas normas que estabelecem limites arbitrários também podem ser eventualmente modificadas pelo intérprete; embora o intérprete deva agir com maior comedimento do que em outras situações.

Como a falta de compreensão a respeito do papel da linguagem, dos conceitos empregados nas normas e da divisão de tarefas entre autoridade e seus intérpretes atrapalha o trabalho de codificação do direito?

mente dos juristas responsáveis pela redação do código e, assim, na mente das autoridades que acolheram as soluções sugeridas por tais juristas, devendo ser reconstruídos pelo intérprete. Consequentemente, na maioria dos casos, o intérprete teria uma autorização (expressa, tácita ou hipotética) dada pela autoridade para corrigir os seus pontos de partida, reformulando de maneira mais precisa as normas por ela sugeridas no código civil.

Como os intérpretes, em muitas ocasiões, acreditam que a norma jurídica se confunde com a sua formulação linguística, e que o seu papel é o de se ater a tal formulação na aplicação do direito, tais intérpretes tendem a disfarçar a sua atividade interpretativa, para que eles não sejam acusados de usurparem a competência da autoridade na elaboração do direito. Isso, por sua vez, faz com que as críticas à formulação das normas jurídicas percam intensidade.¹⁹

Todos os envolvidos (autoridade legisladora; juízes, administradores públicos e acadêmicos que interpretam a autoridade) passam a agir como se a resposta correta para a solução dos problemas jurídicos dependesse da exegese de conceitos como “enriquecimento sem causa” (art. 884), “onerosidade excessiva” (art. 478), “contratos de execução periódica ou continuada” (art. 128); ao invés da descoberta dos motivos que levaram a autoridade a criar as normas que empregam tais conceitos,²⁰ ou a análise da questão de se os

Ao contrário da maioria das normas de um código civil, onde (usualmente) não há grupos de interesses politicamente organizados em favor de uma solução normativa ou outra contida no código, há muitas leis que resultam da pressão exercida por tais grupos. Sobre as leis resultantes da influência exercida por esses grupos e a melhor maneira de interpretá-las, cf. CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 113, pp. 51-99, jul./dez. 2016.

- 19 Sobre a postura dos aplicadores do direito de tentar forçar, *a todo custo*, a solução dos casos litigados dentro do quadro linguístico sugerido pela autoridade, fornecendo exemplos concretos de diversos ordenamentos jurídicos, mesmo que isso envolva uma interpretação artificial dos conceitos contidos nas normas jurídicas e mesmo que isso envolva uma distorção das provas produzidas nos autos do processo, cf. GORDLEY, James. Is Comparative Law a Distinct Discipline? **The American Journal of Comparative Law**, 46, pp. 607-615, 1998. Observe-se que o autor nota que tal postura acaba por gerar um engessamento do direito, retardando a sua evolução.
- 20 Existem motivos específicos para a criação de uma obrigação de restituição do enriquecimento, conforme esclarecido por Hanoch Dagan, anteriormente

objetivos almejados pela autoridade devem ser inflexivelmente seguidos em todas as circunstâncias, ou a análise da questão de se a autoridade gostaria que os seus intérpretes corrigissem os seus pontos de partida.

Dessa maneira, é praticamente impossível a elaboração de uma codificação adequada; já que não podemos obter um

citado, e que *não são* capturados pela norma que determina a restituição do “enriquecimento sem causa”. Por sua vez, a norma que permite a resolução do contrato na hipótese de ocorrência de “onerosidade excessiva” para o devedor é uma tentativa, imperfeita, feita pelo legislador de elaborar critérios justos de alocação de riscos entre as partes contratantes, quando uma ou ambas – no momento da celebração do contrato – laboram sob uma falsa representação de circunstâncias econômicas futuras. Entretanto, o problema da alocação de riscos é muito mais complexo do que a sugestão feita na norma brasileira, cf. EISENBERG, Melvin Aron. **Foundational principles of contract law**. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 625-663.

Finalmente, a menção aos “contratos de execução periódica ou continuada” é uma tentativa, imperfeita, feita pelo legislador de elaborar critérios para discriminar as circunstâncias em que a extinção da relação contratual irá (ou não irá) gerar a obrigação para as partes contratantes de restituírem as prestações reciprocamente recebidas durante a vigência do contrato. Entretanto, o problema da discriminação dessas circunstâncias é muito mais complexo do que a sugestão feita na norma brasileira, cf. HELLWEGE, Phillip. [Comentário sobre o art. 9:306 do PECL.] In: JANSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Commentaries on European contract laws**. New York: Oxford University Press, pp. 1391-1421, 2018. Cf., também, FARNSWORTH, Ward. **Restitution: civil liability for unjust enrichment**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2014, pp. 75-103.

Em suma, mesmo que os conceitos de “enriquecimento sem causa”, “onerosidade excessiva” e “contratos de execução periódica ou continuada” sejam *relativamente* claros, tais conceitos estão contidos em normas imperfeitamente elaboradas pelo legislador. O intérprete que quer realizar uma interpretação teleológica da sua autoridade não deve ficar restrito aos critérios imperfeitamente sugeridos por ela. Ele deve, ao contrário, tentar descobrir o motivo que levou a autoridade a elaborar as normas jurídicas que empregam tais conceitos, de forma a corrigir os pontos de partida sugeridos pela autoridade nos casos em que a própria autoridade (presumivelmente) gostaria de ser corrigida pelo seu intérprete. Essa é a única maneira de facilitar uma evolução mais rápida do direito, bem como um projeto de codificação ou recodificação bem-sucedido.

dos pré-requisitos básicos para a formulação de uma boa codificação, que é a formulação de boas normas jurídicas a serem inseridas nesta codificação, devido à falta de críticas e reflexão a respeito das normas postas ou reconhecidas pela autoridade.²¹

Observe-se, no entanto, que muitos doutrinadores não se dão conta da extensão das lacunas existentes no direito e da consequente imperfeição das normas sugeridas pela autoridade, mesmo nos casos em que é possível inferir – sem muita dificuldade – os objetivos almejados pela autoridade com a estipulação de uma dada norma (e em que os conceitos nela empregados são relativamente claros, sem necessidade de grande correção por parte do intérprete).

Por exemplo, o art. 402 do código civil brasileiro permite ao credor obter uma indenização pelos “danos emergentes” e “lucros cessantes” sofridos em virtude do inadimplemento do devedor. Em se tratando do inadimplemento de um dever contratual, o objetivo usualmente perseguido pela autoridade é o de colocar o credor na posição em que ele estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido (ou, alternativamente, e em caráter excepcional, o de colocar o credor na posição em que ele estaria se o contrato nunca tivesse sido celebrado), respeitada a alocação de riscos efetuada entre as partes.²²

21 Sobre a lentidão na evolução do direito, que permanece com normas inadequadas por longos períodos de tempo, cf. WATSON, Alan. **Society and Legal Change**. 2ª ed. Philadelphia: Temple University Press, 2001.

22 Uma indenização baseada na proteção do denominado “interesse positivo” como regra geral é justificada pela *estrutura de incentivos e benefícios sociais* que se quer alcançar com a imposição da sanção da indenização por inadimplemento de contrato. Sobre o assunto, cf. COOTER, Robert e EISENBERG, Melvin Aron. *Damages for Breach of Contract*. **California Law Review**, v. 73, nº 5, pp. 1432-1481, 1985.

Embora tal objetivo possa ser facilmente inferido, e mesmo sendo os conceitos de “danos emergentes” e “lucros cessantes” *relativamente* claros, há uma grande quantidade de lacunas na legislação brasileira.

Há diferentes tipos de danos emergentes (danos derivados da privação da prestação alheia, dentre os quais o dano sofrido pelo credor com a realização de uma contratação substituta;²³ despesas com o recebimento da prestação alheia; despesas de cobrança; entre outros), sendo que alguns deles são danos tipicamente sofridos pelo credor adquirente de produtos e serviços (como o custo de complementação ou reparo da prestação desconforme; diminuição do valor de mercado da prestação por conta da existência de algum defeito ou desconformidade) enquanto outros são danos tipicamente sofridos pelo credor alienante de produtos e serviços.

Há normas (não expressamente estipuladas no código civil) que estabelecem fórmulas para o cálculo desses diferentes tipos de danos emergentes, bem como dos denominados lucros cessantes, abordando muitas minúcias e detalhes.

Há normas (não expressamente estipuladas no código civil) que lidam com a interação entre os diferentes tipos de danos emergentes, bem como lucros cessantes, proibindo a cumulação da sua indenização em certos casos; estabelecendo

23 Esse é um dos (poucos) tipos de danos emergentes expressamente regulados em instrumentos internacionais e, mesmo assim, a sua regulamentação é bastante incompleta, como pode ser observado por meio de uma comparação com uma exposição mais completa nas obras citadas nas notas de rodapé abaixo. Cf., por exemplo, como é feita a regulamentação da indenização desse tipo de dano nos Princípios do Direito Contratual Europeu (PECL), Article 9:506: “Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section”.

um teto indenizatório em determinadas situações; facultando a escolha do credor quanto ao tipo de dano a ser indenizado ou, alternativamente, estabelecendo a prioridade da cobrança de uns sobre os outros em determinados contextos.

Há normas (não expressamente estipuladas no código civil) que lidam com a questão de se o tipo de dano a ser indenizado pressupõe a prévia dissolução da relação contratual (ou, ao menos, o afastamento do direito do devedor de purgar a sua mora); ou pressupõe a continuidade da vigência do contrato ou, finalmente, não pressupõe nem uma coisa e nem outra, podendo ser indenizado em quaisquer circunstâncias.

Não há nenhum movimento de codificação detalhada (no Brasil ou no exterior) dessas normas. Isso ocorre apesar de tais normas – elaboradas pela doutrina e pela jurisprudência em complemento ao trabalho do legislador – serem bem conhecidas e estudadas pela doutrina especializada.²⁴ Em nenhum lugar do mundo, há um projeto de incorporação em massa dessas normas na legislação. Talvez essa seja a atitude mais prudente, considerando-se o nível de complexidade dessas normas e a sua grande quantidade.²⁵

Por outro lado, o próprio fato de essas normas doutrinárias e jurisprudenciais, que complementam o sentido e o alcance da norma expressamente postulada pela autoridade, não estarem formalmente incorporadas à legislação deveria ser um estímulo para os intérpretes da autoridade. Esses intérpretes deveriam tentar esclarecer a natureza e as características dessas normas complementares em suas análises doutrinárias e decisões judiciais (em vez de tentar esconder

24 Cf. FERREIRA, Flávio H. S. Classificação e regime dos danos por descumprimento do contrato: uma análise comparativa. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 31-89, set./dez. 2022.

25 Uma tentativa de redação dessas normas pode ser vista neste link: <https://drive.google.com/file/d/1V9mv5-UvszvVCUesK5ZPNRr9AVVsU4RF/view?usp=sharing>

a sua aplicação em determinadas situações concretas, como se a norma postulada pela autoridade tivesse sido redigida de maneira completa e abrangente, sem conter quaisquer lacunas).

Afinal, uma crítica contundente das normas jurídicas expressamente estipuladas na legislação é um pressuposto inafastável de um projeto de codificação ou recodificação bem-sucedido do direito, mesmo nos casos em que é fácil para o intérprete inferir o objetivo buscado por tais normas e em que a sua redação é relativamente clara, sem conter defeitos evidentes (exceto, talvez, o “defeito” da ausência de detalhamento).²⁶

26 Existem dois tipos de *normas relativamente claras* estipuladas pela autoridade: aquelas em que o único defeito é a ausência de detalhamento e aquelas em que, além da ausência de detalhamento, a autoridade indicou conceitos e/ou critérios incorretos para a solução do caso. Em caso de falta de detalhamento, como no art. 402 do código civil, que lida com a indenização dos “danos emergentes” e “lucros cessantes”, as normas complementares elaboradas pelo intérprete deveriam apenas elucidar o alcance e o sentido da norma postulada pela autoridade, sem realizar uma correção aberta da linguagem nela empregada. Em caso de indicação de conceitos e/ou critérios incorretos para a solução do caso, como no caso do art. 884 do código civil, que lida com a restituição do “enriquecimento sem causa”, as normas complementares elaboradas pelo intérprete deveriam não apenas elucidar o alcance e o sentido da norma postulada pela autoridade, mas deveriam também corrigir abertamente a linguagem nela empregada, indicando novos conceitos e/ou critérios mais adequados para a solução do caso. Uma atividade de elaboração de normas complementares – por parte do intérprete – de caráter “corretivo”, em vez de meramente “elucidativo”, também deveria ser feita no caso das *normas vagas* e das *normas ambíguas* estipuladas pela autoridade, conforme esclarecido no tópico 3 deste ensaio. Independentemente da natureza da norma estipulada pela autoridade (clara, vaga ou ambígua), sempre é necessário elucidar o seu sentido e alcance. Por sua vez, a correção aberta da linguagem nela empregada deveria ser feita no caso das normas vagas, das normas ambíguas e das normas claras que indicam conceitos e/ou critérios incorretos para a solução do caso. O julgamento a respeito da questão de se a norma estipulada pela autoridade indica (ou não) conceitos e/ou critérios incorretos para a solução do caso depende do esclarecimento de alguns fatores já apontados neste

3. Normas vagas e ambíguas: dificuldades encontradas pela autoridade e seus intérpretes na identificação dos objetivos a serem perseguidos pelas normas

3.1 Normas vagas

Em muitas ocasiões, sem sua culpa, a autoridade não consegue formular uma norma precisa para descrever o que ela quer alcançar. Assim, ela diz que as partes contratantes devem se comportar de acordo com “a probidade e a boa-fé” (art. 422); que a indenização cabível ao credor consumidor que é uma pessoa jurídica, na hipótese de inadimplemento do contrato por parte do devedor empresário, pode ser limitada por uma cláusula contratual expressa “em situações justificáveis” (CDC, art. 51, I).

Com algum grau maior de esforço, a autoridade poderia ter formulado a norma do código de defesa do consumidor de maneira mais precisa, dizendo que a indenização pode ser limitada, desde que tal limitação “não provoque um desequilíbrio contratual”. Por sua vez, os seus intérpretes (juízes e juristas acadêmicos) poderiam formular normas ainda mais precisas, discorrendo sobre os fatores relevantes para a aferição da presença de um desequilíbrio contratual.

Tais intérpretes também poderiam formular normas mais precisas esclarecendo as exigências da boa-fé ou aban-

ensaio: (i) a descoberta do motivo pelo qual a autoridade elaborou a norma, e (ii) a análise da questão de se os objetivos almejados pela autoridade devem ser inflexivelmente seguidos em todas as circunstâncias. Esses fatores também são utilizados pelo intérprete para elucidar o sentido e alcance das normas estipuladas pela autoridade que indicam conceitos e/ou critérios corretos para a solução do caso.

donando tal conceito em favor de formulações alternativas, que descrevam mais precisamente o que a autoridade quer alcançar.²⁷

O erro dos intérpretes é o de *insistir na exegese* do conceito de boa-fé, como se a análise minuciosa do seu conteúdo semântico fosse um caminho seguro para encontrarmos respostas corretas para a interpretação e aplicação do direito, ou o de *abdicar da tarefa de formulação* de normas mais precisas que descrevam as tais “situações justificáveis” em que a indenização pode ser limitada, por receio de serem acusados de estarem usurpando a competência da autoridade.

Por outro lado, a atitude apática dos intérpretes, em muitas ocasiões, é explicada não tanto pelo seu receio de usurpar a autoridade; mas pelo fato de tais intérpretes estarem tão confusos e perplexos quanto a sua autoridade.

3.2 Normas ambíguas

O perigo representado pela formulação de normas imprecisas não é apenas aquele de dificultar a elaboração de normas jurídicas mais precisas pelos intérpretes da autoridade, que podem estar tão perplexos quanto a sua autoridade; mas especialmente o de *colocar os intérpretes* (que querem e que possuem condições de elaborar normas mais precisas) *no caminho errado*.

27 Críticas em relação à boa-fé: GORDLEY, James. Good faith in contract law in the medieval *ius commune*. In: ZIMMERMANN, Reinhard e WHITTAKER, Simon (org.). **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 93-117, 2000; HESSELINK, Martijn. Good Faith. In: HARTKAMP, Arthur; HESSELINK, Martijn; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla e PERRON, Edgar du (org.). **Towards a European Civil Code**. 2ª ed. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 285-310, 1998.

Por exemplo, o art. 427 do código civil brasileiro diz que a proposta de contrato “obriga o proponente”. Como a palavra “obrigação” é polissêmica, há várias interpretações do sentido do art. 427 aventadas na doutrina brasileira.

Por exemplo, há aqueles que entendem que o proponente fica “obrigado” no sentido de *ter de cumprir o prometido* na hipótese de ocorrência de uma aceitação válida (primeiro sentido). Outros entendem que tal proponente fica “obrigado” no sentido de *estar submetido a um poder de aceitação* da outra parte (segundo sentido).²⁸ Finalmente, há aqueles que entendem que o proponente fica “obrigado” no sentido de *não possuir a faculdade de revogar a sua proposta contratual*.²⁹

Quando observado o contexto de criação do art. 427 do atual código civil brasileiro, que reproduziu o teor de um dispositivo corresponde no código anterior de 1916, cuja redação – por sua vez – foi adaptada do § 145 do código civil alemão, resta claro que o legislador teve a intenção de acolher o terceiro sentido anteriormente apontado.³⁰

28 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 3, p. 81: “A proposta não é vinculativa em três hipóteses somente: se o contrário resultar de seus termos, em função da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. (...) Assim, se a declaração vier acompanhada de expressa ressalva no sentido de não obrigar o proponente, não ocorre a vinculação. (...) *A obrigatoriedade da proposta é temporária*. O proponente não pode ficar indefinidamente à espera de manifestação do destinatário. Libera-o, portanto, o decurso do tempo sem nenhuma resposta à sua oferta”. (grifos meus)

O autor, ao dizer que a “obrigatoriedade da proposta é temporária”, parece entender a obrigatoriedade da proposta no segundo sentido acima identificado, especificamente no sentido de “submeter o proponente ao poder de aceitação da outra parte”, já que tal poder de aceitação possui caráter temporário. Parece-me que, de acordo com o autor, na hipótese de ressalva, a proposta nem mesmo criaria tal poder de aceitação de caráter temporário para a outra parte.

29 Vide as duas notas de rodapé abaixo.

30 Concordando com a minha análise sobre o direito brasileiro, temos o jurista alemão Jan Peter Schmidt, que faz remissão ao meu trabalho (p. 137,

Entretanto, mesmo os juristas brasileiros que compreendem, corretamente, que o objetivo do art. 427 do atual código é o de estabelecer uma presunção de irrevogabilidade da proposta; distorcem o conceito de “irrevogabilidade”, que significa que qualquer tentativa de revogação será ignorada pelo direito (como bem apontado pelo art. 1329 do código civil italiano, que diz que a revogação é “ineficaz”), e o transformam num dever de manter a proposta aberta, sob pena de o proponente ser penalizado com a obrigação de pagar uma indenização na hipótese de revogação da proposta dita “irrevogável”.³¹

A irrevogabilidade da proposta contratual é a solução encontrada para a proteção do oblato contra a perda dos investimentos pré-contratuais feitos na investigação da viabilidade da proposta; bem como a proteção do oblato contra o risco da perda da chance de negociar com terceiros, devido ao fato de ele estar contemplando a proposta contratual que lhe foi endereçada (o denominado “custo de oportunidade”).

Com a irrevogabilidade da proposta, o oblato tem a oportunidade de emitir uma aceitação tempestiva³² e vin-

nota 15) no artigo em que ele analisa a solução dada pelos ordenamentos brasileiro, peruano, paraguaio, argentino e chileno para o problema da revogação da proposta contratual. Cf. SCHMIDT, Jan Peter. La revocación de la oferta en el Derecho contractual de los Países latinoamericanos y en el Derecho uniforme. **Roma e America**, 30, pp. 135-147, 2010.

31 Por exemplo: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 3ª vol., p. 54: “A *obligatoriedade* da proposta, consagrada pelo Código Civil, art. 427, tem por escopo assegurar a estabilidade das relações sociais (...). Daí a lei impor ao proponente o *dever de manter a oferta*, sob pena de ter de ressarcir as perdas e danos, se for *inadimplente*”. (grifos meus)

32 Embora irrevogável, isso não quer dizer que a proposta nunca irá perder efeitos. Ela pode perder efeitos em virtude de inúmeros outros motivos que não sejam a revogação feita pelo proponente como, por exemplo, perda de eficácia em virtude: (a) da passagem do tempo (com prazo de aceitação fixado pelo próprio proponente ou pelo ordenamento jurídico, caso o

cular o proponente, a despeito do arrependimento de tal proponente após a realização da proposta. Com a consequente formação do contrato, o oblato não irá sofrer a perda dos seus investimentos pré-contratuais, devido ao fato de eles não terem sido em vão, e nem irá sofrer a perda que os economistas chamam de “custo de oportunidade”.

Por outro lado, a indenização, como medida protetiva, caso fosse admitida a revogação da proposta dita “irrevogável”, seria insuficiente para efetivamente proteger o oblato, já que há certos investimentos pré-contratuais relacionados à análise da viabilidade da proposta contratual que não podem ser facilmente provados, assim como também não é fácil provar o denominado “custo de oportunidade” decorrente da perda da chance que o oblato tinha de ter negociado e celebrado o contrato com um terceiro.

Por isso, a redação ambígua do art. 427 do código civil acaba por retardar a evolução do direito, justamente por dificultar a tarefa do intérprete que *sequer entende adequadamente a natureza do problema* abordado pelo dispositivo legal (se é a elucidação da força obrigatória da proposta aceita; se é a elucidação da capacidade da proposta de submeter o proponente ao poder de aceitação da outra parte; se é o afastamento da faculdade do proponente de revogar a sua proposta para proteger a confiança e os investimentos pré-contratuais do oblato) e *nem entende a melhor técnica jurídica para tratar desse problema* (considerar a proposta realmente irrevogável, tornando ineficaz qualquer tentativa de revogação, ao invés de obrigar o proponente que faz a revogação a indenizar a outra parte).

proponente não tenha se pronunciado sobre o assunto); (b) da rejeição feita pelo oblato; (c) da morte de uma das partes, naqueles contratos *intuitu personae*; e assim por diante.

Como a dificuldade da autoridade e dos seus intérpretes em formularem normas jurídicas precisas afetam o trabalho de codificação do direito?

O uso de *normas vagas* pela autoridade, aliada à incapacidade dos seus intérpretes de entender os objetivos buscados por tal autoridade, faz com que os referidos intérpretes se abstenham da tarefa de construção de normas mais precisas, de modo que eles se voltem à exegese dos conceitos mais abstratos e imprecisos contidos na legislação (por exemplo, o conceito de “boa-fé”).

O uso de *normas ambíguas* pela autoridade, aliada à incapacidade dos seus intérpretes de entender os objetivos buscados por tal autoridade, leva os seus intérpretes a adotarem múltiplas interpretações do comando normativo, gerando mais ambiguidade, incerteza e insegurança jurídicas (por exemplo, múltiplas interpretações do sentido da expressão “a proposta obriga o proponente”); bem como atrapalha o reconhecimento da natureza dos problemas jurídicos a serem regulados (por exemplo, evitar a perda dos investimentos pré-contratuais do oblato) e a identificação da melhor técnica jurídica para resolvê-los (por exemplo, irrevogabilidade da proposta ao invés de obrigação de indenizar na hipótese de revogação).

Tudo isso gera um arrefecimento das críticas ao direito positivo. Como a ciência jurídica perde o foco, ela é incapaz de propor soluções concretas para problemas que ela não consegue sequer identificar de maneira correta. Dessa maneira, é praticamente impossível a elaboração de uma codificação adequada; já que não podemos obter um dos pré-requisitos básicos para a formulação de uma boa codificação, que é a formulação de boas normas jurídicas a serem inseridas nesta codificação, devido à falta de críticas e reflexão a respeito das normas postas ou reconhecidas pela autoridade.

4. O problema da falta de rigor técnico no uso de definições e a dificuldade de identificação de eixos temáticos

4.1 Sistematização em larga escala

É muito comum a falta de rigor técnico no uso de definições entre os operadores do direito em geral, sejam eles legisladores, administradores públicos, juízes, advogados ou acadêmicos. Embora, na teoria, as autoridades confirmem muita importância à formulação linguística e aos conceitos no ato de elaboração dos dispositivos legais, ementas de acórdãos e outros enunciados normativos; na prática, devido à existência de limitações na cognição humana, há uma generalizada falta de respeito a esses elementos.

Frequentemente, não há uma exposição rigorosa dos conceitos contidos nas normas jurídicas. Os legisladores, juízes e acadêmicos, com uma frequência alarmante, não enxergam as implicações práticas da adoção de certas definições e, por isso, não enxergam a conexão entre certas normas e a consequente necessidade de estabelecer meta normas que estabeleçam uma hierarquia entre elas ou a necessidade de agrupar e harmonizar certas normas que são apresentadas em lugares diferentes na estrutura da legislação.

Vamos ilustrar essa questão mostrando a relação entre o regime jurídico do erro e os regimes jurídicos que lidam com o inadimplemento do contrato (vícios redibitórios e evicção).

Em um texto do Digesto (D.18.1.9.2), o jurista romano Ulpiano discorda de Marcelo e diz que, se um objeto que é realmente feito de cobre for vendido como se fosse um objeto feito de ouro, não há um contrato entre as partes por causa do erro relacionado ao material do qual é feito esse objeto, o denominado *error in substantia*.

O texto não faz distinção entre inexistência, ineficácia e invalidade e nem, neste último caso, entre nulidade e anulabilidade. O texto não esclarece se o erro era mútuo compartilhado, incorrido tanto pelo comprador quanto pelo vendedor, ou se tal erro era unilateral, incorrido tão somente por uma das partes. O texto também não esclarece se, na hipótese de ser unilateral, presumivelmente incorrido pelo comprador, tal erro era perceptível pela outra parte (o vendedor).

Seja como for, o exemplo discutido por Ulpiano se enquadra perfeitamente dentro da definição de erro usualmente adotada por juristas contemporâneos. Atualmente, há o entendimento de que o erro é uma falsa representação da realidade. Os contratantes acreditaram (ou, ao menos, um deles acreditou) que o objeto vendido era feito de ouro, quando na realidade tal objeto era feito de cobre.

O jurista alemão Hein Kötz, um dos maiores especialistas em direito comparado, utiliza exemplos de casos discutidos por juristas romanos para discorrer sobre a concorrência entre o regime jurídico do erro, regulado no art. 138 e seguintes do código civil brasileiro, e o regime jurídico dos vícios redibitórios, regulado no art. 441 e seguintes do código civil brasileiro; bem como para discorrer sobre a concorrência entre o regime jurídico do erro e o regime jurídico da evicção, sendo este último regulado pelo art. 447 e seguintes do código civil brasileiro. Segundo Kötz:

Se uma pretensão fundamentada no inadimplemento do contrato for afastada por um termo do contrato ou pela prescrição, pode tal impedimento ser contornado por meio da anulação do contrato em virtude do erro? (...) [Exemplo:] Caso o comprador de um anel de ouro tenha recebido um anel apenas banhado em ouro, ele poderá demandar contra a outra parte pelo inadimplemento do contrato, resolvendo-o e obtendo de volta o preço ao devolver o anel. Mas poderia ele, alternativamente, obter o dinheiro de volta com base no fundamento de que ele teria o direito de anular o contrato por

ter acreditado, erroneamente, que o anel a ser recebido seria de ouro? (...) As cortes na Alemanha e na Itália excluem, *a limine*, quaisquer pretensões de anular uma venda em virtude do erro sobre a existência de certa qualidade das mercadorias nos casos em que a ausência de tal qualidade é caracterizada como um defeito pelo qual o comprador poderia reclamar do inadimplemento. (...) Existem outras situações em que as normas relativas ao inadimplemento do contrato têm precedência sobre as normas que permitem a anulação por erro. Um exemplo envolve as situações em que o vendedor não foi capaz de transferir a posse e a propriedade dos bens alienados, seja porque ele não era o seu legítimo proprietário ou porque tais bens estavam onerados com direitos de terceiros. [O] comprador não pode anular com base no fato de ter acreditado, erroneamente, que o vendedor era o proprietário do bem alienado.³³

Eu trouxe os ensinamentos de Hein Kötz para contrastar a abordagem do jurista alemão com a abordagem usualmente adotada na doutrina brasileira a respeito do assunto. Enquanto Kötz diz claramente que as situações regidas pelos regimes jurídicos dos vícios redibitórios e da evicção envolvem um erro do comprador, muitos juristas brasileiros dizem que não há erro algum.³⁴

Obviamente, há um erro, se formos utilizar de forma rigorosa a sua definição: falsa representação da realidade. Por isso, o alerta de Kötz de que “as normas relativas ao inadimplemento do contrato têm precedência sobre as normas que permitem a anulação por erro”.

Em outras palavras, Kötz demonstrou a existência de uma meta norma, acolhida pela jurisprudência alemã e ita-

33 KÖTZ, Hein. **European contract law**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 175-177.

34 Cf., e.g., GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136 (fazendo uma distinção bizarra e incompreensível entre “erros subjetivos”, abordados pelo regime jurídico do erro, e “erros objetivos”, abordados pelo regime jurídico dos vícios redibitórios).

liana, que fornece um critério de desempate para a escolha do regime jurídico a ser aplicável ao caso concreto.

Uma eventual sobreposição entre tais regimes jurídicos não é algo que deve ser negado. A solução para o problema da concorrência entre diferentes regimes é a elaboração de normas de desempate, caso o ordenamento opte por afastar a escolha do contratante quanto ao regime a ser aplicado nas circunstâncias do caso.³⁵ Esse não é o único exemplo em que os juristas deixam de fazer um uso rigoroso dos conceitos.

Enquanto Kötz diz claramente que as situações regidas pelos regimes dos vícios redibitórios e da evicção são hipóteses de inadimplemento do contrato, muitos juristas brasileiros afirmam que tais situações não se equiparam ao inadimplemento que, na visão deles, seria apenas a não entrega da prestação.³⁶

35 Em um caso brasileiro (TJSP – Ap. 0007092-28.2006.8.26.0581. R: Francisco Loureiro. J: 30/10/2012), os compradores de um frigorífico que apresentava graves problemas estruturais ajuizaram uma ação para anular o contrato por causa do seu erro, que havia sido provocado por certas manobras feitas pela outra parte para esconder os problemas do frigorífico. O judiciário brasileiro julgou a ação procedente. Tecnicamente, o regime jurídico mais apropriado nas circunstâncias do caso para proteger os compradores com fundamento no *vício do erro* seria o regime que o código chama de “dolo” (erro provocado pela outra parte, art. 145 e seguintes) e não o regime que o código chama de “erro” (art. 138 e seguintes), que foi efetivamente acolhido na decisão judicial. Seja como for, o tribunal não excluiu *a limine*, como descrito por Kötz em relação às cortes alemãs e italianas, a aplicação de qualquer um desses regimes (“dolo” ou “erro”), que protegeriam os compradores (enquanto devedores) por causa do seu vício do consentimento, em favor da aplicação do regime dos vícios redibitórios, que protegeria os compradores (enquanto credores) por causa do inadimplemento da outra parte. O dever que teria sido, em tese, descumprido pela vendedora é o dever de realizar uma prestação sem defeitos. Portanto, ao menos neste caso concreto, o judiciário brasileiro permitiu que a parte prejudicada fizesse a escolha do regime jurídico a ser aplicado.

36 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135-6: “A entrega de coisa

Ocorre aqui mais um problema da falta de uso criterioso de definições. Afinal, o inadimplemento significa o descumprimento de um dever contratual,³⁷ qualquer que seja ele: o dever de prestar no tempo devido, no local devido, com a quantidade devida ou com a qualidade devida. Entre os aspectos da qualidade devida estão, entre outros, o dever de realizar uma prestação sem vícios ou defeitos (o qual decorre do regime dos vícios redibitórios) e o dever de entregar uma prestação livre de pretensões de terceiros (o qual decorre do regime jurídico da evicção).³⁸

Enquanto o regime do erro protege o contratante em sua posição de devedor, permitindo que ele desfaça o contrato sob o fundamento de que a sua vontade estava viciada; as hipóteses de inadimplemento protegem aquele mesmo contratante em sua posição de credor, sob o fundamento de que a outra parte (encarada como devedora) deve ser sancionada pelo inadimplemento de um dado dever contratual.

O código civil brasileiro poderia ter sido muito mais radical em sua abordagem de sistematização do direito se as

diversa da contratada não configura vício redibitório, mas *inadimplemento contratual* (...). A possibilidade de a vítima pleitear a resolução do contrato aproxima os casos de vícios redibitórios do inadimplemento contratual. Nos primeiros, no entanto, o contrato é cumprido de modo imperfeito, enquanto no segundo ele é descumprido.” (grifos no original)

37 Na modernização do direito alemão das obrigações foi utilizado o conceito abstrato de “inadimplemento de dever” contratual (*Pflichtverletzung*) como critério norteador para que o credor possa sancionar o devedor na hipótese de descumprimento do contrato. Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German law of obligations: historical and comparative perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 40, 77.

38 Rodrigo da Guia inclui os casos de vícios redibitórios e evicção como hipóteses de inadimplemento contratual, enfatizando a ideia de *descumprimento imputável* ao devedor como o cerne da noção de inadimplemento. Cf. SILVA, Rodrigo da Guia. A força centrípeta do conceito de inadimplemento contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.11, n.3, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-forca-centripeta/>>. Acesso em: 21/05/2024.

definições de vícios do consentimento e de inadimplemento do contrato tivessem sido levadas completamente a sério.

É possível identificar a existência de, ao menos, três diferentes tipos de vícios do consentimento:³⁹ o **erro**, que é uma falsa representação da realidade; o **medo**, que é um sentimento de inquietação que surge com a ideia de um perigo real ou aparente; e a **imprudência**, que é a ausência de cautela, a ação irrefletida e precipitada. Conduta impulsiva, sem prévia apreciação da sua conveniência, dos seus custos e riscos. Falta de observação daquilo que poderia evitar um mal.

Em apertada síntese, e ignorando diversas nuances, poderíamos dizer que o sujeito que concordou em fazer um negócio jurídico ou contrato merece proteção por um dos três motivos acima discriminados: primeiro, porque ele incorreu em erro no momento em que fez a sua declaração de assentimento; segundo, porque ele temia que se não fizesse a sua declaração de assentimento ele próprio, ou algum familiar ou ente querido poderia vir a sofrer um dano; terceiro, porque ele assentiu de forma imprudente, irrefletida.

A sua declaração de vontade é viciada pelo fato de que ela não é a declaração de vontade que ele teria emitido em condições ideais de plena informação (ausência de erro), plena liberdade (ausência de medo) e plena racionalidade (ausência de conduta imprudente).

Observe-se que, de acordo com essa definição, o regime jurídico da resolução por onerosidade excessiva (código civil, art. 478 e seguintes) seria atraído para junto dos regimes jurídicos do erro (código civil, art. 138 e seguintes) e do dolo (código civil, art. 145 e seguintes), pelo fato de todos

39 FERREIRA, Flávio H. S. Caminhos alternativos para a proteção dos vulneráveis: uma análise a partir dos vícios do consentimento. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, pp. 493-514, 2023.

eles lidarem com o vício do erro e fornecerem proteção ao contratante em sua posição de devedor.

Por sua vez, o regime das incapacidades (código civil, art. 3º e 4º) seria deslocado do regime jurídico das pessoas, já que tal regime protege certos indivíduos por causa da sua tendência a agir de maneira imprudente, e passaria a figurar em conjunto com os demais regimes que lidam com os outros vícios do consentimento (o erro e o medo).

Todos esses regimes jurídicos poderiam ser reunidos sob um capítulo denominado “da proteção do devedor na relação contratual”.⁴⁰

Infelizmente, por questões de tempo e espaço, não discorrerei neste breve ensaio a respeito da distribuição de assuntos entre as categorias do negócio jurídico e dos contratos, embora eu tenha muito a dizer sobre isso.⁴¹

40 Em certo sentido, isso seria um retorno às origens da formação do regime jurídico da parte geral dos contratos em nossa tradição jurídica. Hugo Grócio (1583 - 1645) trata de algumas destas questões de forma conjunta no capítulo 11 do livro II de seu *De iure belli ac pacis* (1625), sob a rubrica *De promissis*. Um dos requisitos para uma promessa perfeita é o uso da razão (*usus rationis*), de modo que as promessas dos loucos e das crianças é nula. Em seguida, ele trata detalhadamente do tema do erro, do medo (coação) e do dolo, enquanto fatores que invalidam a promessa. Cf. GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2ª ed. Tradução de Ciro Mioranza. Vol. I. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, pp. 553-557.

Observe-se que, no atual direito anglo-americano, o assunto também é trabalhado de forma conjunta dentro da exposição da teoria geral dos contratos. Cf., e.g., PEEL, Edwin. **Treitel on the Law of Contract**. 15ª ed. London: Thomson Reuters, 2020 (expondo esses assuntos nos capítulos 8, 9, 10 e 12 do seu livro).

41 Para uma excelente abordagem sobre a formação histórica das categorias do negócio jurídico e do contrato em nossa tradição jurídica, cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, (III): Los orígenes históricos de la Teoría General del Contrato. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, nº 22, pp. 45-60, 2000.

O código civil também poderia realizar uma nova sistematização das suas normas sob o ponto de vista do inadimplemento do contrato. Como o inadimplemento pressupõe a existência de um dever a ser descumprido, antes de adentrar a exposição do inadimplemento propriamente dito, o código poderia lidar com a fonte dos deveres contratuais, resultantes, por um lado, de declarações expressas ou tácitas de vontade e, por outro lado, da atribuição ao devedor feita pelo ordenamento jurídico entendido em sentido amplo (incluindo legislação, jurisprudência, costumes, boa-fé e integração).⁴²

No caso dos deveres decorrentes de declarações de vontade, o código poderia prever as situações excepcionais em que as declarações expressas ou tácitas de *certos terceiros* geram deveres para o devedor, tais como as declarações de *pessoas numa etapa anterior da cadeia de negócios, do fabricante ou do representante do fabricante*, que asseguram que a prestação a ser entregue pelo devedor possui determinadas características.⁴³

42 A *integração* foi recentemente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, no art. 113, § 1º, inciso V do código civil, como uma norma de *interpretação* das declarações de vontade. Entretanto, além dessa função de interpretação do sentido das cláusulas contratuais expressas, a integração também funciona como uma técnica de *complementação* das lacunas do contrato, baseada na vontade hipotética das partes contratantes, quando não há nenhuma cláusula expressa cobrindo determinado assunto. Observe-se que a vontade hipotética não é a mesma coisa que a vontade tácita das partes. Apenas a vontade tácita está mais diretamente conectada com o que as partes, ao que tudo indica, *realmente* pensaram sobre um determinado assunto; enquanto a vontade hipotética cobre o que elas *teriam* presumivelmente pensado e querido, *se tivessem percebido o problema* durante as negociações para a formação do contrato. Sobre as origens históricas dessa forma de interpretação ou preenchimento das lacunas do contrato, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. "Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter ..." - *Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*. **Archiv für die civilistische Praxis**, 193, pp. 121-173, 1993.

43 JANSSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Commentaries on**

O código civil poderia dispor sobre esse assunto de maneira muito mais precisa do que aquela prevista no art. 30 do código de defesa do consumidor, que apenas diz que a publicidade suficientemente precisa “obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar”.⁴⁴

European contract laws. New York: Oxford University Press, 2018, p. 791-800.

- 44 O art. 30 do CDC tem sido mal interpretado pela doutrina brasileira. Para uma explicação detalhada da verdadeira função desse dispositivo e do seu *modus operandi*, vide a obra citada na nota de rodapé anterior. Ao contrário da pressuposição amplamente compartilhada por juristas brasileiros, o problema trabalhado no dispositivo legal não é a discriminação das circunstâncias em que um anúncio deverá ser qualificado (ou não) como uma proposta contratual vinculante, mas sim a elucidação da fonte dos deveres contratuais decorrentes de declarações expressas ou tácitas do devedor ou de certos terceiros cuja declaração é capaz de gerar vínculo para o devedor (por exemplo, as declarações feitas pela fabricante de um determinado modelo de geladeira sobre o seu baixo consumo de energia obrigam o devedor, como uma loja de eletrodomésticos, a satisfazer aquelas características propagandeadas, sob pena de o credor consumidor poder exercer sanções em virtude do inadimplemento).

O entendimento incorreto da função do dispositivo consumerista levou a comissão de juristas encarregada pela atualização do código civil brasileiro a propor uma alteração no código civil que apenas torna mais complexo o assunto, sem trazer ganhos evidentes. Observe-se como ficaria a redação do novo § 3º do art. 429 do código civil brasileiro (BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4, de 2025.** Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 [Código Civil], e da legislação correlata, p. 34):

“§ 3º. A oferta ao público, suficientemente precisa, além de obrigar o ofertante que a veicular ou dela se utilizar, integra o contrato a ser celebrado, salvo estipulação específica em sentido contrário.”

O problema do dispositivo legal é o fato de que ele mistura dois tópicos que não devem ser misturados: (i) apresentação de *um dos requisitos para a existência de uma proposta* válida (consistente na presença, no mínimo, de todos os termos essenciais do futuro contrato na oferta ao público, requisito esse estipulado de forma não muito clara por meio da expressão “suficientemente precisa”); (ii) o esclarecimento da questão de que as *declarações/publicidade do próprio devedor ou de certos terceiros*, contidas ou não numa proposta contratual por ele veiculada, *são fontes de deveres contratuais* (sendo tal esclarecimento feito de maneira não muito precisa por meio da expressão “ofertante que a veicular ou dela se utilizar”, que se refere

Em seguida, após ter apresentado as normas sobre a fonte dos deveres contratuais, o código civil poderia organizar a exposição dos temas relacionados ao conteúdo dos deveres contratuais: tempo devido, local devido, quem deve cumprir (se o devedor pessoalmente ou se ele tem a faculdade de delegar tal tarefa para um terceiro), quantidade devida e qualidade devida.⁴⁵

Ao fazer isso, o código provavelmente iria realizar um rearranjo da sua estrutura, deslocando ou abstraindo normas relacionadas ao tempo, local e quantidade devidos da parte geral das obrigações (que estão no título III, que lida com o pagamento)⁴⁶ e integrando-as na parte geral dos contratos num capítulo dedicado à apresentação do conteúdo dos deveres contratuais, de modo que elas sejam apresentadas ao lado dos regimes jurídicos que já se encontram lá (como os regimes dos vícios redibitórios e da evicção) e outros que ainda não se encontram (tais como os deveres de informação previstos no art. 6º do código de defesa do consumidor).⁴⁷

Os tópicos remanescentes relacionados ao pagamento (tais como compensação, remissão de dívidas, pagamento

às declarações/publicidade retro mencionadas, e por meio da expressão “integra o contrato a ser celebrado”, que é uma referência à ideia de que tais declarações/publicidade são fontes de deveres contratuais de modo a “integrar” ou fazer parte do futuro contrato).

45 Cf. ZAMIR, Eyal. Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts. *Louisiana Law Review*, 52, pp. 1-90, 1991.

46 Isso não quer dizer que as normas relacionadas ao tempo, local e quantidade devidos seriam completamente afastadas da parte geral das obrigações. Talvez fosse possível elaborar normas comuns sobre esses assuntos aplicáveis àquelas obrigações que não decorrem de declarações de vontade, como aquelas decorrentes da causação de um dano e da obtenção de um enriquecimento. Eu ainda não estudei suficientemente a fundo essa questão.

47 Essa é, em parte, a proposta elaborada por Eyal Zamir (citado na nota anterior) ao fazer uma análise comparativa de vários ordenamentos jurídicos.

em consignação, entre outros) talvez pudessem continuar a ser expostos na parte geral das obrigações.

Em seguida, o código civil poderia começar a exposição das normas relacionadas ao inadimplemento propriamente dito, que pressupõe o não cumprimento de um dado dever contratual e, conseqüentemente, a inexistência de um pagamento válido.

O código passaria a expor – dentro da parte geral dos contratos – temas que fariam parte de um capítulo denominado “dos remédios cabíveis ao credor em geral”, inspirado na sistematização adotada em alguns instrumentos internacionais tais como o PICC e o PECL, com a abordagem dos *pré-requisitos necessários para a responsabilização do devedor* pelo inadimplemento do contrato como o dolo, a culpa, o risco, a ausência de mora do credor (atualmente regulados na parte geral das obrigações em determinados dispositivos, tais como os arts. 392, 393, 396 e 397, entre outros) e a abordagem dos problemas de *coordenação entre os vários remédios* cabíveis ao credor (incompatibilidade entre si, restrições quanto à mudança, prioridade quanto ao exercício de um sobre outro).⁴⁸

Em minha opinião, seguindo a tendência internacional, eu aboliria a distinção entre inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo. Tal distinção, se necessária, seria feita tão somente dentro do *regime jurídico de cada remédio em espécie*, tais como a resolução, cumprimento específico, redução do preço, exceção de contrato não cumprido, rejeição da prestação desconforme e indenização. O regime de cada um desses remédios seria apresentado num capítulo denominado “dos remédios cabíveis ao credor em espécie”. Essa forma de

48 Uma tentativa de redação das normas da “parte geral dos remédios cabíveis ao credor”, bem como das normas dos remédios da “exceção de contrato não cumprido” e da “resolução por inadimplemento” podem ser vistas neste link: <https://drive.google.com/file/d/1L9pvPAITvnD-ADMs9tT2QcXEA3C9R84I/view?usp=sharing>

apresentação do assunto iria provocar um rearranjo radical da estrutura do código civil.

Retomando o fio da nossa exposição, o uso de determinados conceitos jurídicos pelos operadores do direito – tais como os conceitos de “erro”, “vícios do consentimento”, “inadimplemento”, entre outros – por meio de definições precisas, tecnicamente rigorosas e consistentes teria um enorme impacto no sistema do código civil.

Não apenas o direito contratual e o direito das obrigações seriam afetados, mas também várias outras áreas do direito como, por exemplo, a parte geral do código civil. O uso rigoroso de conceitos e definições permitiria a separação e realocação de tópicos que não possuem tanta afinidade – como o regime das incapacidades, o início e o fim da personalidade jurídica das pessoas naturais e jurídicas, os denominados direitos de personalidade,⁴⁹ o instituto da ausência, o regime jurídico das associações e fundações, o domicílio – todos eles reunidos sob o livro das “pessoas”.

Algumas daquelas normas seriam realocadas para outros lugares como, por exemplo, para o regime dos negócios jurídicos ou contratos (incapacidades);⁵⁰ para o direito de família ou das sucessões (ausência); entre outros destinos.

49 Para uma tentativa de sistematização desse regime jurídico, baseada na análise de várias decisões judiciais brasileiras e estrangeiras, cf. FERREIRA, Flávio H. S. Direitos de personalidade: conteúdo e sistematização. **Revista de Direito Privado** (São Paulo), v. 39, pp. 137-168, 2009.

50 As normas sobre a incapacidade, apesar de situadas na parte geral do código civil, não possuem soluções adequadas para os problemas de vinculação jurídica encontrados em todos os livros do referido código (como, por exemplo, os problemas de vinculação jurídica encontrados no livro dos direitos reais) e, mesmo dentro do livro do direito das obrigações, tais normas não possuem soluções adequadas no caso das obrigações derivadas da obtenção de um enriquecimento e no caso das obrigações derivadas da causação de um dano.

Elementos como a menoridade do agente causador do dano, ou a presença de doenças mentais, não impedem necessariamente a sua

O livro dos “bens”, que também se encontra na parte geral do código civil, iria provavelmente ser desmembrado e as normas ali expostas iriam migrar para outras partes do código civil.⁵¹

4.2 Sistematização em pequena escala

Obviamente, o trabalho de sistematização do direito, que é uma das principais funções de um código civil, não iria se restringir às mudanças de larga escala na estrutura do atual código, exemplificadas acima, mas também envolveria um laborioso processo de “micro” reestruturação de determinados regimes jurídicos específicos, tais como o regime jurídico da “formação dos contratos”, dos “contratos em favor de terceiros”, dos “vícios redibitórios”, todos eles inseridos na parte geral dos contratos, e muitos outros encontrados por todo o código civil.

responsabilização. Cf. CARNAÚBA, Daniel Amaral. No atual modelo da responsabilidade civil, imputabilidade não é elemento da culpa. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 20 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-20/no-atual-modelo-da-responsabilidade-civil-a-imputabilidade-nao-e-um-elemento-da-culpa/> Acesso em: 21/05/2024.

Vide, também, com base numa análise comparativa das soluções dadas em vários ordenamentos europeus, BAR, Christian von. **Principles of European law on non-contractual liability arising out of damage caused to another**. Münch: Sellier, European law publishers, 2009, p. 601-612 (discorrendo sobre a responsabilidade das pessoas entre 07 e 17 anos de idade e sobre a responsabilidade das pessoas abaixo de 07 anos de idade); p. 872-880 (discorrendo sobre a responsabilidade dos mentalmente incompetentes).

- 51 Cf. SILVA, Denis Franco e FERREIRA, Flávio H. S. *Utilitas in re ipsa*: um reexame da classificação dos bens considerados em si mesmos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 513-532, 2011.

Entretanto, tal processo encontra uma barreira de difícil transposição: a enorme dificuldade dos operadores do direito em identificar adequadamente os eixos temáticos abordados por dispositivos legais específicos.

Essa dificuldade é refletida na frequente mistura de diferentes normas jurídicas num único dispositivo legal, o que nunca é uma boa técnica legislativa, pois gera confusão e ambiguidade. Eu quase nunca vejo uma crítica a essas falhas de redação nas obras doutrinárias e nas decisões judiciais, o que revela a ausência de percepção do problema pelos operadores do direito.

O art. 431 do código civil diz que “a aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”. A redação é ruim porque temos aqui duas normas diferentes reunidas num único dispositivo legal. *Primeira norma*: a aceitação fora do prazo importará nova proposta. *Segunda norma*: a aceitação com modificações importará nova proposta. Um leitor desavisado poderia acreditar, erroneamente, que a aceitação somente seria qualificada como uma nova proposta se, além de chegar atrasada, ela também contivesse modificações. Essa seria uma interpretação equivocada do dispositivo legal, pois as duas normas que ele contém são independentes entre si.

O ideal seria a redação separada dessas normas, até porque existem nuances que reclamam uma regulamentação diferenciada a depender das circunstâncias. Por exemplo, ao avaliarmos se a aceitação tardia deve ser qualificada como uma proposta é importante levar em conta a magnitude do atraso.

Caso tal atraso seja demasiadamente longo, talvez o aceitante já não tenha mais a intenção de se vincular ao contrato. Assim, seria injusto conferir ao proponente originário um poder de vinculá-lo por meio da “aceitação” da aceitação

tardia, especialmente se o valor de mercado da prestação negociada sofreu alterações significativas durante o longo período de tempo que se passou desde o término do prazo para a chegada daquela aceitação.⁵²

Da mesma forma, a aceitação com modificações nem sempre deve ser interpretada como uma nova proposta, talvez fosse mais razoável deixar ao juiz a incumbência de dizer qual era a intenção daquele declarante que se pronunciou de forma ambígua, como estipulado no código civil português.⁵³

Em suma, as normas embutidas no art. 431 do código civil brasileiro tratam de temas diversos (respectivamente: a razoabilidade da concessão ao proponente de um poder de ratificação da aceitação tardia e a correta interpretação da resposta ambígua dada pelo aceitante) e, por isso, deveriam ter sido redigidas em dispositivos legais separados para capturar todas as nuances necessárias. Observe-se como eu teria redigido a norma da aceitação tardia:

O proponente poderá *ratificar* a aceitação tardia, *desde que o atraso não tenha sido demasiadamente longo* a ponto de prejudicar o aceitante. O proponente deverá *se manifestar prontamente*, sob pena de perder o seu direito de vincular o aceitante. Concorrendo o proponente com o atraso, considera-se que o contrato foi formado no momento em que foi recebida a aceitação tardia. O ato do proponente de oferecer o pagamento da prestação que seria devida no futuro contrato, bem como o de exigir o cumprimento da prestação que seria devida pela outra parte, deve ser considerado como uma *ratificação tácita*.

52 A comissão de juristas encarregada pela atualização do código civil brasileiro parece não ter visto este problema, já que não há nenhuma proposta de alteração da dicção do art. 431 do atual código.

53 Art. 233º. A aceitação com aditamentos, limitações ou outras modificações importa a rejeição da proposta; mas, se a modificação for suficientemente precisa, equivale a nova proposta, *contanto que outro sentido não resulte da declaração*.

Observe-se, agora, como eu teria redigido a norma da aceitação com modificações:

A aceitação com modificações (resposta ambígua) deverá ser interpretada *de acordo com o sentido mais razoável nas circunstâncias*. Em caso de dúvida, e desde que preenchidos os requisitos da proposta, presume-se que o aceitante teve a intenção de realizar uma nova proposta.

A dificuldade de identificação de eixos temáticos está intimamente conectada com a dificuldade de identificação dos objetivos perseguidos pelos comandos normativos, sobre a qual eu já havia percorrido na primeira parte deste trabalho, embora as suas consequências sejam relativamente diversas.

Enquanto a primeira dificuldade – relacionada à identificação dos eixos temáticos – resulta numa má sistematização do material jurídico, a segunda dificuldade – relacionada à capacidade de inferir os objetivos dos comandos normativos – resulta, com frequência, numa interpretação inadequada de tais comandos, bem como na ausência de críticas e propostas de melhoramento do direito. Isso é evidente em relação ao art. 434 do código civil brasileiro.

À primeira vista, o objetivo daquele dispositivo legal seria regulamentar a questão do momento da formação do contrato, que se daria com a expedição da aceitação. Entretanto, a verdadeira função do dispositivo é proteger as legítimas expectativas do aceitante que, após a expedição da aceitação e antes da sua chegada no endereço da outra parte, poderia vir a sofrer prejuízos por confiar na celebração do contrato.

Tal proteção é importante em face da possibilidade de o proponente revogar a sua proposta antes da chegada da aceitação (desde, é claro, que tal proposta pudesse ser revogada por se enquadrar numa das exceções previstas no art. 427 do código civil brasileiro).

O legislador utiliza uma ficção jurídica (nomeadamente, a da formação do contrato no momento da expedição da aceitação) para alcançar um objetivo muito específico: impedir que o proponente consiga revogar a sua proposta (de natureza revogável) no período de tempo compreendido entre a expedição da aceitação feita pelo aceitante e a sua chegada no endereço do proponente.

O objetivo do dispositivo legal seria então caracterizar a proposta, inicialmente revogável, como irrevogável após a expedição da aceitação de maneira a evitar a perda de eventuais investimentos pré-contratuais feitos pelo aceitante, incluindo-se prejuízos relacionados ao denominado custo de oportunidade.⁵⁴

O código civil holandês aborda diretamente esse problema com uma regra bem simples, que diz que a proposta se torna irrevogável com a expedição da aceitação.⁵⁵ Como nem a função do art. 427 e nem a função do art. 434 do código civil brasileiro foram bem compreendidas pela doutrina brasileira, nunca houve a tentativa de aproximar os dois dispositivos legais na estrutura da legislação.

A comissão de juristas encarregada pela atualização do

54 Se esse é o objetivo do dispositivo legal, por qual motivo ele não foi redigido de maneira mais clara desde o início, abordando a questão da irrevogabilidade da proposta após a expedição da aceitação de *forma direta*, ao invés de fazer uso da ficção jurídica da formação do contrato no momento da expedição da aceitação? A resposta para tal indagação é o fato de que, nos séculos XVIII e XIX, os juristas alemães não tinham muita clareza a respeito de como formular as normas jurídicas pertinentes. Cf. NUSSBAUM, Artur. Comparative Aspects of the Anglo-american offer-and-acceptance doctrine. **Columbia Law Review**, 36, pp. 920-929, 1936.

55 Burgerlijk Wetboek (código civil holandês), Livro 6, Título 5, Seção 2, art. 219 (2): “De herroeping kan slechts geschieden, zolang het aanbod niet is aanvaard en evenmin een mededeling, houdende de aanvaarding is verzonden. ...” (A revogação somente pode ocorrer na medida em que a proposta não tenha sido aceita e nem uma declaração relativa à aceitação tenha sido enviada. ...). (tradução livre)

código civil brasileiro, por exemplo, continua a trabalhar o assunto como se o art. 434 tivesse como objetivo primordial a regulamentação do momento da formação do contrato.

Em um sistema ideal, teríamos uma norma de qualificação da proposta logo que ela é feita (art. 427, que estabelece uma presunção de irrevogabilidade com algumas exceções), seguida de uma norma que torna irrevogável qualquer proposta após a expedição da aceitação.

Por sua vez, a norma regulamentadora do momento da formação do contrato iria distinguir entre diferentes modalidades de aceitação, acolhendo como solução padrão o momento da chegada da aceitação naquelas hipóteses em que há uma aceitação expressa.⁵⁶

O art. 441 do código civil brasileiro, que lida com o problema dos vícios redibitórios, contém muitas normas diferentes ali reunidas, o que nunca é uma boa técnica legislativa. O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

O dispositivo contém norma que lida com a *delimitação do âmbito de aplicação* do regime jurídico dos vícios redibitórios: “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo”, cuja norma é interrompida por outras normas apenas para ser continuada no parágrafo único, que diz que “é aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas”.

O dispositivo contém norma que começa a *listar um dos remédios cabíveis ao credor* para sancionar o devedor: “pode ser

56 JANSSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Commentaries on European contract laws**. New York: Oxford University Press, 2018, p. 323-327.

enfeitada”; cuja norma é retomada (de maneira incompleta) nos arts. 442 e 443, que acrescentam os remédios da resolução (redibição), redução do preço e indenização.

O dispositivo contém norma que, a despeito do inadimplemento do devedor pela entrega de uma prestação defeituosa, *discrimina as situações em que o credor merecerá proteção*: “por vícios ou defeitos ocultos”, de maneira a afastar a proteção do credor por vícios ou defeitos aparentes.⁵⁷

O dispositivo contém norma que sugere alguns *critérios para a definição do que é um vício ou defeito*, ainda que de forma imperfeita e incompleta, aludindo à presença ou ausência de características na prestação “que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

Cada uma dessas normas merece um detalhamento muito maior do que aquele que lhe é dedicado no art. 441 do código civil brasileiro. Entretanto, como o legislador embutiu todas essas normas num único dispositivo legal, sem separar adequadamente os eixos temáticos abordados, tal detalhamento não tem como ser feito sem deixar a redação do dispositivo extremamente complexa, truncada e incompreensível.

Idealmente, o legislador teria dedicado dispositivos legais separados para a apresentação de cada uma dessas normas.⁵⁸ Os livros de doutrina brasileiros ao tentar expor o significado de vícios redibitórios citam indiscriminadamente o art. 441 do código civil como se o *conceito de vício ou defeito (redibitório)* fosse tudo aquilo que está ali contido, quando na

57 A comissão de juristas encarregada pela atualização do código civil brasileiro propôs a criação do art. 441-A, que explora de forma um pouco mais detalhada essa questão.

58 Apesar de algumas melhorias na redação proposta para o art. 441, a comissão de juristas não optou por desmembrar os diferentes assuntos que eu listei no texto. A nova redação continua a misturar todos aqueles tópicos num único dispositivo legal.

verdade o embrião de uma definição do que é um vício ou defeito apenas se encontra na *parte final* do *caput* do referido dispositivo legal.⁵⁹

É muito provável que as dificuldades de raciocínio encontradas pelos operadores do direito para identificar os eixos temáticos abordados pelos dispositivos legais do código civil – que é uma habilidade necessária para a “micro” reestruturação de regimes jurídicos específicos, tais como o regime jurídico da “formação dos contratos” ou o regime jurídico dos “vícios redibitórios” – também estejam na raiz das dificuldades para realizar uma “macro” reestruturação do código como um todo. Afinal, a capacidade de produzir as mudanças estruturais mais radicais depende não apenas da capacidade de empregar definições precisas e enxergar as suas implicações mais amplas, organizando em larga escala o material jurídico, mas também da capacidade de identificar corretamente a natureza dos problemas jurídicos abordados por dispositivos legais específicos.

5. Conclusão

A qualidade de qualquer código, tanto em suas normas isoladas quanto em sua estrutura organizacional, depende da existência de uma ciência jurídica anterior de caráter pujante, capaz de fazer uma crítica contundente das normas jurídicas já existentes.

59 Cf., e.g., GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128 (citando Maria Helena Diniz): “vícios redibitórios são ‘defeitos ocultos existentes na coisa alienada, objeto de contrato comutativo, não comuns às congêneres, que a tornam imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuem sensivelmente o valor, de tal modo que o ato negocial não se realizaria se esses defeitos fossem conhecidos, dando ao adquirente ação para redibir o contrato ou para obter abatimento no preço”.

Esse pequeno ensaio, sem esgotar o assunto, apontou alguns obstáculos capazes de impedir esse tipo de crítica. Eles são os seguintes:

Em primeiro lugar, a existência de uma concepção equivocada sobre o *papel do intérprete*, compartilhada pela autoridade e pelos operadores do direito. Segundo tal concepção, na solução de controvérsias, o intérprete deve tentar fazer a exegese de conceitos contidos nos comandos normativos, tais como o conceito de “enriquecimento sem causa”, de maneira a extrair normas mais precisas por meio de uma análise do significado dos termos “enriquecimento” e “sem causa”, ao invés:

- (i) de fazer a *descoberta do motivo* que levou a autoridade a criar aquela norma;
- (ii) de elucidar a *questão de se a autoridade gostaria que a promoção dos seus objetivos fosse prevalecer em todas as circunstâncias imagináveis*, mesmo diante da necessidade de promoção de outros objetivos igualmente ou mais valorosos nas circunstâncias do caso;
- (iii) de elucidar a *questão de se a própria autoridade, reconhecendo a sua falibilidade, gostaria que os seus intérpretes corrigissem os seus pontos de partida*, modificando as normas jurídicas por ela postas ou reconhecidas.

Os intérpretes, ao se absterem da tarefa de formulação de normas jurídicas mais precisas em complemento ao trabalho da autoridade, acabam por enfraquecer o processo de crítica contundente às normas jurídicas sugeridas pela autoridade.

Além dessa concepção equivocada sobre o seu papel, há também uma grande dificuldade por parte dos intérpretes de inferirem os objetivos buscados pela autoridade. Isso torna

difícil a descoberta dos motivos que levaram a autoridade a elaborar certas normas jurídicas, o que prejudica uma crítica contundente a essas normas, ainda que o intérprete esteja disposto a reformulá-las para melhor atender aos objetivos buscados pela autoridade.

Em segundo lugar, a existência de muitas *normas vagas e ambíguas*, que torna ainda mais difícil o processo de descoberta dos objetivos buscados pela autoridade. Se já é difícil para os intérpretes entenderem os objetivos buscados pela autoridade quando ela formula normas claras, isso se torna ainda mais difícil quando as normas por ela sugeridas não são nem um pouco claras.

Em terceiro lugar, as *dificuldades de raciocínio* dos operadores do direito em geral, que têm dificuldade de usar definições de forma precisa e rigorosa, bem como enxergar as implicações práticas dessas definições para a estrutura geral do código civil. Além disso, há também uma grande dificuldade desses operadores em identificar os eixos temáticos trabalhados em dispositivos legais específicos, o que prejudica a sua capacidade de realizar uma boa sistematização do direito em pequena escala.

O sucesso do novo código depende da existência de uma ciência jurídica robusta antecedente que seja capaz de superar tais obstáculos. É necessário mudar a concepção dominante sobre o papel dos intérpretes. Esses intérpretes (especialmente os juízes e juristas acadêmicos) devem abraçar o projeto de reformulação gradual das normas sugeridas pela autoridade, seja em decisões judiciais ou em obras doutrinárias, sem medo de serem acusados de estar usurpando a competência da autoridade, de modo a corrigir e complementar não apenas as normas vagas e ambíguas, mas também aquelas postuladas de maneira clara pela autoridade.⁶⁰

60 Os dispositivos legais (claros, vagos ou ambíguos) são usualmente

Finalmente, os intérpretes devem se esforçar para superar as suas limitações cognitivas, de formar a estruturar adequadamente o material jurídico a ser inserido no novo código.⁶¹

Os juízes podem fazer as suas contribuições intersticiais, enquanto os juristas acadêmicos podem adotar uma postura mais ambiciosa na sistematização e racionalização do direito em suas obras. Tudo isso é necessário para o sur-

manifestações imperfeitas das normas pressupostas pela autoridade. Os seus intérpretes devem fazer um esforço para a descoberta e formulação mais perfeita dessas normas imperfeitamente formuladas. Existem custos, em termos de certeza e segurança jurídicas, conectados com essa atividade interpretativa (cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro. La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 8, pp. 55-69, 1983). Mesmo assim, o projeto de aprimoramento gradual do direito é algo digno de ser perseguido de forma mais metódica e explícita, como já haviam intuído alguns juristas romanos desde a antiguidade (cf. FRUNZIO, Marina. Nerazio interlocutore privilegiato di Paolo. In: SANTUCCI, Gianni; FERRETTI, Paolo; FRUNZIO, Marina e SCHIAVON, Alvise (org.). **Iulius Paulus. Ad Neratium libri IV**. Roma: «L'erma» di Bretschneider, pp. 33-75, 2021) e como defendido por alguns juristas modernos (cf. GORDLEY, James. European codes and American restatements: some difficulties. **Columbia Law Review**, 81, pp. 140-157, 1981.).

- 61 Tal superação é uma tarefa hercúlea, devido ao fato de os dispositivos legais e estruturas de argumentação herdados do passado exercerem um enorme poder de atração, fazendo com que a discussão travada pelos juristas posteriores não consiga se desvencilhar daqueles padrões de pensamento. A respeito das diferentes maneiras pelas quais o passado impacta e condiciona o desenvolvimento das normas futuras, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. The civil law in European codes. In: MacQUEEN, Hector; VAQUER, Antoni; ESPIAU ESPIAU, Santiago (eds). **Regional private laws and codification in Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 18-59, 2003. Exemplos de desenvolvimento irracional do direito, por causa das limitações cognitivas dos juristas: WATSON, Alan. **Failures of the legal imagination**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1988; FERREIRA, Flávio H. S. O destino do *Senatus Consultum Macedonianum* no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 199, p. 77-90, jul./set. 2013. O trabalho da comissão de juristas encarregada pela atualização do código civil brasileiro, apesar de alguns avanços, também não escapa à sina do desenvolvimento irracional do direito em muitos aspectos.

gimento de uma cultura de crítica contundente às normas jurídicas já existentes, pré-requisito essencial para o projeto de recodificação bem sucedida do direito civil.

Caso a ideologia predominante numa dada sociedade entre os operadores do direito não admita um desvio da linguagem contida no comando normativo, então teremos (com frequência) uma norma *implicitamente aplicada*, mas não *explicitamente formulada*. A distorção dos fatos e provas produzidos no processo, assim como o uso de ficções jurídicas, são indícios de que a norma realmente aplicada não corresponde à formulação linguística do comando normativo.⁶²

As consequências negativas dessa abordagem literalista são a incerteza na aplicação do direito, sob a fachada de uma pretensa segurança jurídica e estabilidade dos comandos normativos, bem como a falta de estímulos para o aprimoramento gradual e rotineiro da formulação de tais comandos normativos, gerando inércia e estagnação legislativa, jurisprudencial e científica por longos períodos de tempo.

Por outro lado, é importante ressaltar que nem sempre a mudança de postura dos intérpretes no sentido de acolher as sugestões que estou fazendo neste ensaio irá produzir bons resultados. É possível que o intérprete não possua capacidade cognitiva e conhecimento suficientes para inferir os objetivos almejados pela sua autoridade. É possível que, mesmo inferindo tais objetivos, tal intérprete não possua habilidade suficiente para elaborar as normas complementares necessárias para corrigir os pontos de partida colocados pela autoridade. É possível que, em razão da sua falta de habilidade, exista uma discrepância entre a maneira como

62 Cf. GORDLEY, James. Is Comparative Law a Distinct Discipline? **The American Journal of Comparative Law**, 46, pp. 607-615, 1998 (fornecendo vários exemplos, provenientes de diversos ordenamentos jurídicos, para ilustrar o que eu afirmei acima no corpo do texto).

ele descreveu a norma por ele aplicada e o conteúdo real de tal norma (de forma a produzir maior insegurança jurídica, pois intérpretes subsequentes poderão trabalhar em cima da formulação linguística equivocadamente postulada pelo intérprete anterior, em vez da norma que ele havia efetivamente aplicado).

Entretanto, em minha visão, os problemas anteriormente apontados não me parecem ser graves o bastante para que a comunidade de intérpretes abdique da sua missão de complementar abertamente o trabalho da sua autoridade por meio da formulação explícita das normas jurídicas complementares, capazes de corrigir os pontos de partida colocados pela autoridade.

Afinal, um intérprete subsequente, com maior conhecimento e habilidade, talvez consiga formular de maneira correta a norma que havia sido realmente aplicada por um intérprete não tão habilidoso, contribuindo assim para a evolução do direito.

6. Apêndice: exemplo de redação ideal das normas do código civil

Eu escolhi as normas do regime jurídico dos *contratos em favor de terceiros* do código civil brasileiro (artigos 436, 437 e 438) para ilustrar as técnicas de redação que idealmente deveriam ser adotadas pela autoridade pelo seguinte motivo: as normas do código brasileiro compartilham todos os defeitos apontados neste ensaio quanto à sua qualidade⁶³ e quanto à forma como elas foram sistematizadas em pequena escala.⁶⁴

63 Elas são normas ruins, por serem ambíguas e conterem conceitos e critérios inadequados para a solução dos problemas conectados com tais tipos de contratos, além de serem bastante lacunosas.

64 O legislador brasileiro misturou muitos assuntos diferentes num único

Contudo, antes de expor a maneira como eu as teria redigido, é necessário distinguir o contrato em favor de terceiros de duas figuras afins: (i) o contrato de opção em favor de terceiros; e (ii) o contrato com efeitos protetivos em relação a terceiros.

Opção em favor de terceiros

É possível que um terceiro **C** adquira direitos subjetivos originalmente previstos num contrato celebrado entre **A** e **B**, sem que isso ocorra por meio da figura dos contratos em favor de terceiros. Por exemplo, **A** e **B** podem ter celebrado um contrato preliminar chamado de contrato de opção, cujo efeito normalmente é a criação de uma proposta irrevogável em favor de um dos contratantes, mas estipulando que tal proposta derivada do referido contrato de opção deverá ser endereçada ao terceiro.

Imagine que as partes combinaram que **B** fará uma proposta irrevogável endereçada a **C**. Em tal hipótese, existirá um feixe de contratos. Haverá, num primeiro momento, um contrato preliminar entre **A** e **B** e, posteriormente, um segundo contrato entre **B** e **C** caso este último aceite a proposta que lhe fora dirigida. Observe-se que, neste caso, **C** teria adquirido direitos subjetivos através do mecanismo da “opção em favor de terceiros”. Tal mecanismo não deve ser confundido com o verdadeiro contrato em favor de terceiros. Existem algumas diferenças, sendo que eu vou apontar as duas principais.⁶⁵

dispositivo legal (o artigo 436), tendo retomado alguns pontos nos artigos 437 e 438 de forma fragmentária e incoerente. Em termos ideais, cada assunto deve ser abordado em seu próprio dispositivo legal redigido de forma clara e coerente.

65 Sobre o assunto, com maiores detalhes, cf. SUTHERLAND, Philip. Third-Party Contracts. In: MacQUEEN, Hector e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **European Contract Law: Scots and South African Perspectives**.

Primeira diferença: no verdadeiro contrato em favor de terceiros, o terceiro **C** somente pode receber benefícios derivados do contrato entre **A** e **B**; sendo proibida a imposição de qualquer tipo de obrigação para ele. No entanto, ele pode ficar submetido aos ônus ou limitações decorrentes do contrato entre **A** e **B**. Por outro lado, na opção em favor de terceiros, a proposta endereçada ao terceiro **C** pode estipular – além de direitos – quaisquer deveres ou obrigações para ele. Neste caso, não há problema algum, pois ele somente irá assumir aquelas obrigações se ele der o seu assentimento.

Segunda diferença: no verdadeiro contrato em favor de terceiros, existe um único contrato entre **A** e **B**. Por outro lado, na opção em favor de terceiros, existem dois contratos: um primeiro contrato entre **A** e **B** e um segundo contrato entre **B** e **C**.

Contrato com efeitos protetivos em relação a terceiros

O verdadeiro contrato em favor de terceiros também não deve ser confundido com o contrato com efeitos protetivos em relação a terceiros. De acordo com Eisenberg,⁶⁶ os princípios que devem ser aplicados para sabermos quando estamos diante de um contrato em favor de terceiros são os seguintes:

Um terceiro que se beneficia de um contrato deveria ter o direito de fazer cumprir tal contrato apenas se:

- (i) permitir que o terceiro faça cumprir o contrato é uma maneira necessária ou importante de efetivar os objetivos buscados pelas partes com aquele contrato (...); ou
- (ii) permitir que o terceiro faça cumprir o contrato é apoiado por razões de política pública ou moralidade independentes do

Edinburgh: Edinburgh University Press, pp. 203-229, 2006.

66 EISENBERG, Melvin Aron. **Foundational principles of contract law**. New York: Oxford University Press, 2018, p. 756.

direito contratual, desde que isso não entre em conflito com os objetivos buscados pelas partes com aquele contrato.

Em minha visão, o primeiro critério colocado por Eisenberg descreve o campo de atuação da figura dos contratos em favor de terceiros; enquanto o segundo critério descreve o que tem sido apelidado na Alemanha como “contratos com efeitos protetivos em relação a terceiros” (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), além de algumas situações que os franceses chamam de “ação direta” (*action directe*).

Por exemplo, o cliente havia contratado uma pessoa para realizar o serviço de conserto de um fogão a gás por ele adquirido. O serviço foi mal executado. Por causa disso, o fogão explodiu e acabou ferindo uma faxineira contratada pelo cliente. A corte alemã permitiu que a faxineira ajuizasse uma ação contra o responsável pelo conserto do fogão com base no argumento de que o contrato entre ele e o cliente tinha efeitos protetivos em relação a terceiros.⁶⁷

Comparação entre a redação das normas do regime jurídico do contrato em favor de terceiros no código civil brasileiro e a minha proposta de redação dessas normas

Conforme eu afirmei anteriormente, a redação das normas do código civil brasileiro a respeito do regime jurídico dos contratos em favor de terceiros é bastante defeituosa, tanto em termos do seu conteúdo quanto da maneira como foram sistematizadas. Eis a redação do código brasileiro:

Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante

67 RG 10 fev. 1930, RGZ 127, 218, 221.

não o inovar nos termos do art. 438.

Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor.

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante.

Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.

Eu não vou fazer uma exposição detalhada das razões pelas quais a redação dessas normas é bastante defeituosa. Isso iria tomar muito espaço neste ensaio. Eu ofereço agora ao leitor a minha proposta de redação dessas normas. O leitor poderá comparar os dois textos e tirar as suas próprias conclusões:

Conceito do contrato e características do terceiro

(1) Um determinado contrato assume a forma de um contrato em favor de terceiros quando as partes contratantes conferem um direito subjetivo a alguém que não é parte desse contrato. O terceiro não precisa ser imediatamente identificado e nem precisa existir no momento da celebração do contrato, mas deve ser identificável por algum critério seguro.

Intenção de atribuir direitos ao terceiro

(2) As partes podem, por meio de cláusulas contratuais expressas, deixar clara a sua intenção de atribuir ou não direitos subjetivos ao terceiro. Na ausência de tais cláusulas, a intenção das partes também pode ser inferida a partir dos objetivos por elas buscados no contrato à luz das circunstâncias circundantes e da sua racionalidade econômica.

Tipos de direitos subjetivos

(3) A natureza e o conteúdo dos direitos subjetivos atribuídos ao terceiro são determinados pelo contrato e estão sujeitos às condições e limitações nele existentes. Na hipótese de o direito subjetivo envolver a realização de uma prestação, o terceiro poderá exigir

o seu cumprimento específico e, na hipótese de inadimplemento do devedor, poderá empregar os remédios apropriados nas circunstâncias do caso.

Momento da aquisição dos direitos e renúncia à sua aquisição

(4) Na hipótese de inexistência de condições específicas estipuladas para a sua aquisição, o terceiro adquire os direitos subjetivos derivados do contrato, ainda que de forma precária, imediatamente após a sua celebração. Entretanto, o terceiro tem a faculdade de renunciar à sua aquisição por meio de declaração endereçada a qualquer uma das partes. A renúncia possui efeitos retroativos, como se os direitos subjetivos nunca tivessem sido incorporados ao patrimônio do terceiro.

Preferência dada aos interesses do credor estipulante

(5) Na hipótese de inadimplemento do contrato por parte do devedor, tanto o credor estipulante quanto o terceiro poderão exercer simultaneamente remédios contra o devedor para protegerem os seus respectivos interesses, desde que tais remédios não sejam incompatíveis entre si. Por outro lado, existindo um conflito entre o credor estipulante e o terceiro quanto aos tipos de remédios a serem exercidos contra o devedor, devido ao fato de tais remédios serem incompatíveis entre si, será dada preferência à satisfação dos interesses do credor estipulante em detrimento dos interesses do terceiro. Os remédios queridos pelo credor estipulante prevalecerão sobre os remédios queridos pelo terceiro mesmo nos casos em que os direitos subjetivos do terceiro já tenham deixado de ser precários, não mais podendo ser alterados ou extintos por acordo das partes.

Modificação ou extinção dos direitos do terceiro

(6) Os direitos subjetivos atribuídos ao terceiro poderão ser livremente alterados ou extintos pelas partes contratantes:

(a) antes que o terceiro tenha declarado, para qualquer uma das partes, o seu interesse em usufruir os direitos que lhe haviam sido atribuídos por elas; ou

(b) antes que o terceiro tenha tomado alguma providência, por ter confiado no gozo de tais direitos, que o deixou vulnerável.

Cláusula de reserva e precariedade dos direitos do terceiro

(7) Entretanto, nem a declaração feita pelo terceiro e nem a tomada da providência anteriormente mencionadas irão tornar os direitos subjetivos do terceiro completamente sólidos caso as partes contratantes tenham reservado a ambas ou a uma delas, por meio de cláusula contratual expressa, a faculdade de modificar os direitos subjetivos atribuídos ao terceiro. Tal cláusula de reserva poderá ser redigida com diferentes graus de abstração, de forma a cobrir um maior ou menor número de eventos e tipos de alteração do conteúdo dos direitos do terceiro. Após a ocorrência da declaração de consentimento do terceiro ou da tomada da providência, as partes contratantes somente poderão alterar ou extinguir os direitos subjetivos do terceiro de acordo com as hipóteses expressamente previstas na cláusula de reserva.

Limite temporal máximo para a modificação ou extinção dos direitos do terceiro

(8) Em qualquer caso, mesmo que dentro das hipóteses de alteração ou extinção cobertas pela cláusula de reserva, os direitos subjetivos do terceiro deixarão de ser precários, tornando-se completamente sólidos, a partir do momento em que tal terceiro vier a receber uma prestação, especialmente nos casos em que a possibilidade de devolução da prestação já recebida, em espécie ou pelo seu valor monetário, puder gerar grande insegurança jurídica e desproteger as legítimas expectativas do terceiro.

Defesas cabíveis ao devedor

(9) O devedor poderá opor ao terceiro quaisquer defesas, oriundas da relação contratual, que ele poderia opor contra o seu parceiro contratual.

Observe-se que o projeto de lei nº 4, de 2025, proveniente do Senado Federal, não contém nenhuma proposta de modificação das normas do código civil que lidam com os contratos em favor de terceiros.

Essas normas foram elaboradas para o primeiro código civil brasileiro, do ano de 1916, e foram recepcionadas, de forma inalterada, no segundo código civil brasileiro, do ano

de 2002. Tais normas já nasceram inadequadas, há mais de um século atrás. Não há qualquer perspectiva de melhora nos anos vindouros.

O movimento reformista encampado pelo Senado Federal preservou intacta a maior parte dos dispositivos defeituosos do atual código civil. Isso não seria um problema significativo, se não fosse pelo fato de que muitas das mudanças propostas acrescentam novos defeitos, em adição aos que já existem, ampliando a incerteza e a insegurança jurídicas.

Referências

BAR, Christian von. **Principles of European law on non-contractual liability arising out of damage caused to another**. Münch: Sellier. European law publishers, 2009.

BAR, Christian von e SWANN, Stephen. **Principles of European law on unjustified enrichment**. New York: Oxford University Press, 2010.

BIX, Brian. **Law, language, and legal determinacy**. New York: Oxford University Press, 1993.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4, de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. No atual modelo da responsabilidade civil, imputabilidade não é elemento da culpa. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 20 de maio de 2024. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-mai-20/no-atual-modelo-da-responsabilidade-civil-a-imputabilidade-nao-e-um-elemento-da-culpa/>>. Acesso em: 21/05/2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil** (vol. 3). São Paulo: Saraiva, 2005.

COOTER, Robert e EISENBERG, Melvin Aron. Damages for Breach of Contract. **California Law Review**, v. 73, nº 5, pp. 1432-1481, 1985.

CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 113, pp. 51-99, jul./dez. 2016.

DAGAN, Hanoch. **The law and ethics of restitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** (vol. 3). 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

EISENBERG, Melvin Aron. **Foundational principles of contract law**. New York: Oxford University Press, 2018.

FARNSWORTH, Ward. **Restitution**: civil liability for unjust enrichment. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2014.

FERREIRA, Flávio H. S. Caminhos alternativos para a proteção dos vulneráveis: uma análise a partir dos vícios do consentimento. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, pp. 493-514, 2023.

FERREIRA, Flávio H. S. Classificação e regime dos danos por descumprimento do contrato: uma análise comparativa. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 31-89, set./dez. 2022.

FERREIRA, Flávio H. S. Direitos de personalidade: conteúdo e sistematização. **Revista de Direito Privado** (São Paulo), v. 39, pp. 137-168, 2009.

FERREIRA, Flávio H. S. O destino do *Senatus Consultum Macedonianum* no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 50, n. 199, p. 77-90, jul./set. 2013.

FRUNZIO, Marina. Nerazio interlocutore privilegiato di Paolo. In: SANTUCCI, Gianni; FERRETTI, Paolo; FRUNZIO, Marina e SCHIAVON, Alvise (org.). **Iulius Paulus. Ad Neratium libri IV**. Roma: «L'erma» di Bretschneider, pp. 33-75, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GORDLEY, James. European codes and American restatements: some difficulties. **Columbia Law Review**, 81, pp. 140-157, 1981.

GORDLEY, James. Good faith in contract law in the medieval *ius commune*. In: ZIMMERMANN, Reinhard e WHITTAKER, Simon (org.). **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 93-117, 2000.

GORDLEY, James. Is Comparative Law a Distinct Discipline? **The American Journal of Comparative Law**, 46, pp. 607-615, 1998.

GORDLEY, James. Legal reasoning: an introduction. **California Law Review**, pp. 138-177, 1984.

GORDLEY, James. **The jurists: a critical history**. New York: Oxford University Press, 2013.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2ª ed. Tradução de Ciro Mioranza. Vol. I. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, n. 8, pp. 55-69, 1983.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, (III): Los orígenes históricos de la Teoría General

del Contrato. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, nº 22, pp. 45-60, 2000.

HELLWEGE, Phillip. [Comentário sobre o art. 9:306 do PECL.] In: JANSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Commentaries on European contract laws**. New York: Oxford University Press, pp. 1391-1421, 2018.

HESELINK, Martijn. Good Faith. In: HARTKAMP, Arthur; HESSELINK, Martijn; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla e PERRON, Edgar du (org.). **Towards a European Civil Code**. 2ª ed. Nijmegen: Ars Aequi Libri, pp. 285-310, 1998.

JANSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Commentaries on European contract laws**. New York: Oxford University Press, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KÖTZ, Hein. **European contract law**. New York: Oxford University Press, 2002.

NUSSBAUM, Artur. Comparative Aspects of the Anglo-american offer-and-acceptance doctrine. **Columbia Law Review**, 36, pp. 920-929, 1936.

PEEL, Edwin. **Treitel on the Law of Contract**. 15ª ed. London: Thomson Reuters, 2020.

SCHMIDT, Jan Peter. La revocación de la oferta en el Derecho contractual de los Países latinoamericanos y en el Derecho uniforme. **Roma e America**, 30, pp. 135-147, 2010.

SILVA, Denis Franco e FERREIRA, Flávio H. S. *Utilitas in re ipsa*: um reexame da classificação dos bens considerados em si mesmos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (org.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 513-532, 2011.

SILVA, Rodrigo da Guia. A força centrípeta do conceito de inadimplemento contratual. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.11, n.3, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-forca-centripeta/>>. Acesso em: 21/05/2024.

STRECK, Lenio Luiz e ZANCHET, Guilherme de Oliveira. Entre fato e valor: descrição, ciência e a dimensão valorativa do Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 129, pp. 593-635, jul./dez. 2024.

SUTHERLAND, Philip. Third-Party Contracts. In: MacQUEEN, Hector e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **European Contract Law: Scots and South African Perspectives**. Edinburgh: Edinburgh University Press, pp. 203-229, 2006.

WATSON, Alan. **Failures of the legal imagination**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1988.

WATSON, Alan. **Society and Legal Change**. 2ª ed. Philadelphia: Temple University Press, 2001.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZAMIR, Eyal. Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts. **Louisiana Law Review**, 52, pp. 1-90, 1991.

ZIMMERMANN, Reinhard. Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law. **European Review of Contract Law**, v. 8, n. 4, pp. 367-399, 2012.

ZIMMERMANN, Reinhard. “Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...” - *Conditio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts. **Archiv für die civilistische Praxis**, 193, pp. 121-173, 1993.

ZIMMERMANN, Reinhard. The civil law in European codes. In: MacQUEEN, Hector; VAQUER, Antoni; ESPIAU ESPIAU, Santiago (eds). **Regional private laws and codification in Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 18-59, 2003.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German law of obligations: historical and comparative perspectives**. New York: Oxford University Press, 2005.

Recebido em: 22/05/2024

Aprovado em: 04/06/2025

Flávio H. S. Ferreira

E-mail: flaviohsf@hotmail.com