

ISBN 85-02-04015-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Azevedo, Antonio Junqueira de, 1939-
Estudos e pareceres de direito privado / Antonio
Junqueira de Azevedo. — São Paulo : Saraiva, 2004.

1. Direito privado 2. Pareceres jurídicos I. Título.

03-1960

CDU-347

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito privado : Estudos e pareceres 347

0250



Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo - SP
Tel.: PABX (11) 3613-3000 — Fax: (11) 3611-3308 — Fone Vendas: (11) 3613-3344
Fax Vendas: (11) 3611-3268 — Endereço Internet: <http://www.editorasaraiva.com.br>

Filliais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone/Fax: (92) 633-4227 / 633-4782

Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas

Fone: (71) 381-5854 / 381-5895

Fax: (71) 381-0959 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401

Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga

Fone: (85) 238-2323

Fax: (85) 238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico

Fone: (61) 344-2920 / 344-2951

Fax: (61) 344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 225-2882 / 212-2806

Fax: (62) 224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 382-3682 — Fax: (67) 382-0112

Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Alípio de Melo, 151 — Jd. Montanhês

Fone: (31) 3412-7080 — Fax: (31) 3412-7080

Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos

Fone: (91) 222-9034 / 224-9038

Fax: (91) 241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 332-4894

Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246

Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 610-5843

Fax: (16) 610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo

Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563

Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697

(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda

Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

12. (PARECER) INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO PELO EXAME DA VONTADE CONTRATUAL. O COMPORTAMENTO DAS PARTES POSTERIOR À CELEBRAÇÃO. INTERPRETAÇÃO E EFEITOS DO CONTRATO CONFORME O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E DE UTILIZAÇÃO DE DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS (*TU QUOQUE*). EFEITOS DO CONTRATO E SINALAGMA. A ASSUNÇÃO PELOS CONTRATANTES DE RISCOS ESPECÍFICOS E A IMPOSSIBILIDADE DE FUGIR DO “PROGRAMA CONTRATUAL” ESTABELECIDO

CONSULTA

1. Consulta-nos o ilustre professor Ricardo Pereira Lira sobre situação jurídica em que é parte interessada sua cliente, COMBRASCAN SHOPPING CENTER S. A.; as linhas principais do caso podem ser assim sintetizadas: a COMBRASCAN, por meio de escritura pública de promessa de compra-e-venda, sendo promitente vendedora EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS CAPRI S. A., hoje CAPRI S. A. PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS, tornou-se, em 27-12-1983, compromissária compradora das lojas n. 101, 201, 301 e 401, com 2.773 vagas de garagem no Rio Shopping Center do Rio de Janeiro. O preço foi fixado em Cr\$ 63.103.143.000,00, equivalentes a 10.700.000 UPCs, por sua vez equivalentes a 8.998.036,93

ORTNs. As prestações pactuadas, por seu turno, foram formuladas em ORTNs, com equivalência em cruzeiros. A última série, dita “terceira série de prestações”, foi estipulada em 240 prestações mensais, sempre em ORTN e equivalência em cruzeiros, vencendo-se a primeira em 22-1-1984 e a derradeira, em 22-12-2003. Paralelamente, por escritura pública de dação em pagamento e cessão de crédito, a CAPRI, na mesma data, deu em pagamento à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL os imóveis objeto da primeira escritura (obrigando-se a CEF a respeitar os termos da promessa feita em favor da COMBRASCAN) e ainda cedeu à CEF parte dos créditos de que havia se tornado titular contra a COMBRASCAN; não foram cedidas as prestações da terceira série.

2. Finalmente, em 10-12-1986, o BANCO INDEPENDÊNCIA DECRED DE INVESTIMENTO S. A. (BIDI) firmou “contrato de reconhecimento e confissão de dívida” com o BANCO CENTRAL, com intervenção da CAPRI, e, como garantia do pagamento das dívidas do BIDI para com o BANCO CENTRAL, a CAPRI deu em caução os créditos que possuía contra a COMBRASCAN (eram as prestações da terceira série vencíveis a partir de 22-3-1987). Para os fins de pagamento da dívida do BIDI, a CAPRI, que assinou o contrato também como fiadora e principal pagadora, constituiu o BANCO CENTRAL seu bastante procurador, com poderes para receber diretamente da COMBRASCAN as primeiras 130 prestações caucionadas, com vencimentos entre 22-3-1987 e 22-12-1997, podendo passar recibos e dar quitação. A CAPRI entregou, então, ao BANCO CENTRAL, carta dirigida à COMBRASCAN, comunicando que, para todos os fins de direito, os pagamentos das ditas prestações deveriam ser feitos diretamente ao Banco Central. Conforme acertado no contrato, as prestações devidas pelo BIDI deveriam ser liquidadas com os recebimentos da COMBRASCAN; o valor de cada prestação devida ao BANCO CENTRAL corresponderia sempre ao de uma prestação caucionada, ainda que da aplicação de novas regras ou critérios para a conversão dos valores expressos em ORTNs viesse a resultar uma desigualdade entre umas e outras.

3. Os três documentos acima referidos (escritura pública de promessa de compra-e-venda; escritura pública de dação em pagamento e cessão de crédito; e certidão do Banco Central com o teor do contrato de reconhecimento e confissão de dívida) foram entregues com a consulta e, portanto, devidamente lidos e relidos. Escreve, por fim, o consulente: “Esses os negócios jurídicos que interessam à Consulta, de onde se infere que a CAPRI e a COMBRASCAN celebraram um contrato de promessa de compra e

venda, tendo por objeto os direitos aquisitivos sobre o Rio Sul Shopping Center, em 27-12-1983, em que as prestações a serem pagas pela COMBRASCAN, promitente compradora, foram previstas como suscetíveis de correção em função da variação da ORTN. Desde então, com a substituição da ORTN pela OTN, em fevereiro de 1986, a posterior extinção da OTN em janeiro de 1989 (artigo 15 da Lei n. 7.730/89), prevaleceu na execução do contrato, relativamente aos créditos a serem liquidados em face do BANCO CENTRAL DO BRASIL a partir de 22-3-1987 o índice básico previsto pela lei federal aplicável para a correção monetária, como o BTN e os subseqüentes”.

4. Em seguida, o consulente assim expõe o conflito criado entre as partes: “A CAPRI, de maneira informal, fez chegar à COMBRASCAN a sua intenção de que, na correção das ditas parcelas, quando os pagamentos passem a ser feitos diretamente à CAPRI, não sejam levados em conta os expurgos praticados pelas leis e autoridades federais na apuração da correção monetária”. Observação nossa: a correção monetária, objeto de divergência, é a que recai sobre as prestações finais da terceira série, isto é, sobre as que não foram necessárias para pagamento da dívida inicial do BIDI para com o BANCO CENTRAL.

5. Diante do exposto, pergunta o consulente:

1) “Em face das disposições contidas na escritura de promessa de compra e venda, em 27-12-1983, entre a CAPRI, de um lado, como promitente vendedora, e a COMBRASCAN, de outro lado, como promissária compradora, tendo por objeto os direitos aquisitivos do Rio Sul Shopping Center, mais precisamente, da Cláusula Quarta, item 1, em que as prestações foram ajustadas com referência à ORTN, e da mesma Cláusula Quarta, item 2, em que a correção monetária referida só pode ser considerada como fazendo alusão ao reajustamento das parcelas e prestações em função da variação da ORTN, pode existir alguma dúvida no sentido de que as partes contratualmente elegeram como índice de correção monetária a variação do valor da ORTN?”

2) “Se assim procedendo, acordaram em delegar, lícita e contratualmente, ao Poder Público, os limites e a extensão da correção monetária das parcelas e prestações, sem que necessariamente tal correção refletisse o pique da desvalorização do poder aquisitivo da moeda em decorrência da inflação então reinante? Se, em assim fazendo, mais uma vez agiram licitamente pois só em determinadas hipóteses, por força da natureza da obrigação (indenização *ex delicto*, por exemplo), ou por determinação constitui-

onal (correção do preço da desapropriação, por exemplo), a correção monetária há de ser necessariamente plena?"

3) "Se assim é, extinto o índice de correção monetária contratado, deve ser utilizado aquele índice básico, criado pelo Poder Público, reflita ele ou não a correção plena?"

4) "Se o procedimento do Poder Público fixando fator básico de reajustamento monetário, sem alcançar a correção plena, ou instituindo as chamadas tablitas para contenção da intensidade da correção monetária são procedimentos perfeitamente lícitos e jurídicos, correspondendo a normas de direito econômico, de ordem pública, de incidência imediata, sem que se possam invocar pretensos direitos negociais adquiridos, sobretudo quando as partes delegaram ao Poder Público, pelo índice escolhido ou determinável, a definição da extensão da correção monetária?"

5) "Se, no caso concreto, os créditos da CAPRI contra a COMBRASCAN, cedidos pela credora ao Banco Central, são corrigidos por determinado índice, sem que possam ser desprezados eventuais expurgos determinados pelo Poder Público, na correção monetária (Cláusula Vigésima Oitava do Contrato de Reconhecimento e Confissão de Dívida entre o BIDI e o Banco Central), será possível admitir que créditos da mesmíssima natureza, decorrentes do mesmíssimo negócio jurídico, recebam tratamento diverso, ficando imunes a ditos expurgos?"

Passamos a responder.

PARECER

6. Diante da relação jurídica estabelecida entre as partes e a questão surgida sobre a correção monetária, acreditamos que o ponto fundamental está no exato entendimento do contrato. Para isso, deve-se partir de sua interpretação, tomada essa palavra em sentido amplo. Ora, durante anos, a interpretação contratual se baseou exclusivamente no princípio individualista da pesquisa da vontade negocial, mas, de alguns decênios para cá, a essa pesquisa da vontade — que continua a ser essencial — acrescentou-se, para se saber qual o exato alcance do contrato, a aplicação do princípio da boa-fé e, de forma por enquanto ainda não muito precisa, a do sinalagma, entendido como equilíbrio econômico do contrato.

7. O caso presente deve, pois, ser analisado à luz dessas três idéias — vontade negocial, boa-fé e sinalagma —, porque todas as três trazem à tona

as coordenadas para o exato entendimento do contrato feito, apontando claramente qual a solução para a questão proposta. Começaremos pela interpretação à luz da vontade, passando em seguida aos outros dois tópicos, na ordem já dada.

I — INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO PELO EXAME DA VONTADE CONTRATUAL. O COMPORTAMENTO DAS PARTES POSTERIOR À CELEBRAÇÃO

8. O Código Civil foi avaro em fornecer normas para a interpretação negocial. Contém uma única regra geral, o art. 85, que tem caráter subjetivista: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”¹. As demais regras ou são específicas — arts. 1.090², para contratos benéficos, 1.483³, para fiança, e 1.666⁴, para testamento — ou somente indiretamente interpretativas — em geral, presunções legais. Leis especiais também têm regras específicas, a mais importante sendo, provavelmente, a do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor. É somente no velho Código Comercial que encontramos um bom número de disposições gerais sobre interpretação contratual: Art. 131 “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I — a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; II — as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que não o forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; III — *o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato*; IV — o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerão a qual-

1. Art. 112 do novo Código Civil, que, porém, dá caráter objetivo à mesma regra e, no artigo seguinte, prevê a interpretação conforme a boa-fé.

2. Art. 114 do novo Código Civil.

3. Art. 819 do novo Código Civil.

4. Art. 1.899 do novo Código Civil.

quer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; V — nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.

9. Do confronto entre a posição exclusivamente subjetivista do Código Civil e a objetivista, fundada nos usos e costumes e na boa-fé do Código Comercial, chega-se a uma solução conciliadora, própria da jurisprudência brasileira, como já escrevíamos em 1974 (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 117): “O que importa salientar é que, para o ponto que ora nos ocupamos, do conflito entre a intenção (subjetivismo) e a boa-fé (objetivismo), como critérios de interpretação, há decisões que, implícita ou mesmo expressamente, *utilizam o critério da boa-fé, ao lado do da intenção*, para interpretar o negócio; a boa-fé, assim, apesar do silêncio do Código ‘Civil’, é critério utilizado pelos nossos tribunais”.

10. Permanecendo, por ora, somente na análise da vontade das partes, a verdade é que, *in casu*, em 1983, quando assinaram a promessa de venda-e-compra, estavam elas adstritas a fixar o preço e as prestações ou em moeda corrente ou em ORTN, conforme dispunha a Lei n. 6.423, de 1977. Os contratantes fizeram ambas as coisas, dando precedência aos cruzeiros, para o preço total (equivalência em ORTN e UPC), e, inversamente, às ORTNs (equivalência em cruzeiros), para as prestações. Ora, literalmente, se nos ativermos exclusivamente à manifestação da vontade das partes, tal qual feita no momento primeiro, o valor das prestações, com a extinção das ORTNs, teria ficado sem expressão: com a mudança da legislação, estaria criada uma lacuna secundária. Chama-se “lacuna secundária”, na linguagem de Engisch, aquela que surge *depois* que o programa normativo, no caso, contratual, já está em vigor. Todavia, não só a lei (Dec.-lei n. 2.284, de 1986) como também as partes preencheram sem problemas essa eventual lacuna; passaram de ORTN a OTN. As prestações continuaram, pois, a ser pagas em OTNs. A solução foi a mesma que se deu em outros casos, quando a questão foi aos tribunais: “as obrigações fixadas em ORTNs convertem-se no mesmo número de OTNs” (RT, 629/136). (Cf. também uma solução legal, na alínea 2 do art. 1.277 do CC it.: “Se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima”.)

11. Na verdade, se lacuna tivesse havido, caberia o que escrevemos (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva,

1974, p. 119): “Se ainda houver possibilidade (e isto em geral ocorrerá nos atos bilaterais e em atos unilaterais receptícios, já que, particularmente nos contratos, as questões que normalmente dependem de interpretação são justamente aquelas que as partes não previram e sobre as quais, portanto, rigorosamente falando, não há intenção a procurar) deve-se utilizar, para completar o processo interpretativo, *da vontade presumida*, já então, atendendo ao que *in concreto* se passou entre as partes e, principalmente, ao que razoavelmente se poderia supor que entre elas se passaria (interpretação integrativa)”. De qualquer forma, a partir da substituição das ORTNs pelas OTNs, tornou-se absolutamente claro que as partes se conformaram com os índices criados pelo Poder Público; tinha sido assim na redação original e foi assim, depois, na troca do índice. Se antes tivesse havido mais de uma interpretação possível, as partes a ela teriam renunciado; passaram de ORTN a OTN e, depois, a BTN e aos índices subsequentes criados pelo Poder Público.

12. O comportamento posterior das partes é universalmente reconhecido como uma espécie de “interpretação autêntica” do contrato. Na Itália, o art. 1.362, alínea 2, determina que a intenção das partes deve ser procurada no comportamento dos contraentes “*anche posteriore alla conclusione del contratto*”. Um autor da expressão de Luigi Mosco assim escreve (*Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, Jovene, 1952, p. 109): “Il comportamento ha poi una speciale rilevanza se consiste in veri e propri atti di esecuzione degli obblighi contrattuali. Si presuppone naturalmente che tale esecuzione non sia stata contrastata dell'altra parte, e si afferma esattamente che la rilevanza è ancora maggiore *se l'esecuzione fu prolungata per un notevole periodo*”.

13. O Código Civil espanhol (art. 1.282), por sua vez, determina: “Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y *posteriores al contrato*”. No mesmo sentido: CC chileno (art. 1.564, última alínea); CC paraguaio (art. 708); CC uruguaio (art. 1.301), etc. Na Argentina, são expressivas as palavras de Videla Escalada (*La interpretación de los contratos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 96): “En efecto, aparece muy claro que los hechos que los contratantes llevan a cabo *durante la ejecución del contrato ya acordado*, con miras a su cumplimiento normal, especialmente en aquéllos de tracto sucesivo o, por lo menos, de vigencia prolongada en el tiempo, revisten gran interés y *constituyen la más auténtica fuente de interpretación*. Esto es indudable y no cabe formular ningún reparo a su respecto” (reforços gráficos nossos).

14. Para não nos estendermos demasiadamente, lembramos E. Danz, na Alemanha (*La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. espanhola, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 88): “Y como el juez debe tener en cuenta para la interpretación, no sólo los acuerdos expresos anteriores a la celebración del negocio jurídico, sino también los diferentes sucesos y hechos acaecidos antes de celebrarlo, para fijar, teniéndolos presentes, el sentido de la declaración de voluntad litigiosa, así tendrá que hacer también con las aclaraciones de las palabras o los actos posteriores a la celebración del negocio jurídico. ‘En la mayor parte de los casos es casi imposible celebrar un contrato de tal modo que no deje el menor lugar a duda en cuanto al carácter y modalidad de la prestación convenida; esta incertidumbre que pesa sobre el deudor no desaparece hasta que el acreedor acepta el pago que le ofrece, reconociéndolo así como conforme a lo pactado’. **La aceptación de la prestación — como conforme al contrato, naturalmente — encierra en los más de los casos ‘un acuerdo posterior sobre la interpretación del mismo’.** El juez deduce, en efecto, que el ofrecimiento y aceptación de la cosa entregada quieren decir, traducidos estos hechos en palabras y relacionados con el contrato de compra-venta precedente, que la cosa ofrecida es la exacta y que el contrato no determinaba con absoluta precisión. Hay en ello una **interpretación auténtica del contrato por parte de las personas autorizadas para hacerla, es ceder, por parte de los contratantes. Y esta interpretación auténtica, proceda del legislador en cuanto a su declaración de voluntad o de las partes en cuanto a las suyas propias, tiene siempre fuerza retroactiva; viene a decir: ya entonces, al emitir (como legislador o como partes) nuestra declaración de voluntad dudosa, ésta tenía y debía tener el sentido que ahora expresamos mediante esta interpretación auténtica”** (reforços gráficos do autor mas negritos nossos).

II — INTERPRETAÇÃO E EFEITOS DO CONTRATO CONFORME O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM E DA UTILIZAÇÃO DE DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS (TU QUOQUE)

15. Além da vontade manifestada na aceitação dos índices do Poder Público, é preciso considerar ainda que, especificamente a respeito das 240 prestações da terceira série, houve o recebimento, *durante dez anos*, de boa parte delas (130 prestações) pelo BANCO CENTRAL como representante

da CAPRI (cf. cláusula 9, do “contrato de reconhecimento e confissão de dívida”). Ora, o princípio da boa-fé, sem desprezar a vontade contratual, procura ir além dela e tomar em consideração sua exteriorização e as repercussões dessa exteriorização — perante a outra parte contratante e até mesmo perante terceiros e o meio social. No caso examinado, a atual mudança de atitude da CAPRI vai contra sua longa aceitação da situação anteriormente vigente; a atuação externa do projeto contratual, pela regra da boa-fé objetiva, impede esse *venire contra factum proprium*.

16. A expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da regra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas — em todos, mas especialmente na parte contrária. É figura jurídica antiga — ao que parece, medieval — mas tem estado presente de forma cada vez mais intensa no direito civil dos últimos cem anos; mereceu artigo de Aureliano Coutinho, em 1893, no primeiro número da *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, e, mais recentemente, monografias como a de Díez-Picazo (*La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosh, 1963) ou tópicos extensos em obras sobre a boa-fé (Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1985). No direito inglês, tem imensa aplicação através da figura do “estoppel”.

17. Do ponto de vista que agora nos interessa, pode-se dizer que tanto a lei brasileira quanto a jurisprudência, ainda que sem referência nominal, consagram largamente a proibição de *venire contra factum proprium*. É o que se vê, por exemplo, com recurso a uma espécie de renúncia tácita, no art. 150⁵ do CC bras., ao vedar a lei o pedido de anulação de ato jurídico, “quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava”. No mesmo sentido, o art. 1.146 do Código, impedindo, na venda de gêneros que se costumam experimentar (venda a contento sob condição suspensiva), que o comprador venha declarar que não aceita os gêneros remetidos, se pagou o preço após o recebimento⁶. Percebe-se também claramente, na jurisprudência, a mesma tomada de posição, nas seguintes decisões — escolhidas entre outras muitas, porque são novas e têm pontos de semelhança, facilmente detectáveis, com o caso da consulta: COBRANÇA — DESPESAS CONDOMINIAIS — IMÓVEL SITUADO

5. Art. 174 do novo Código Civil.

6. O novo Código Civil não possui regra semelhante. Somente dispõe, no art. 511, a respeito da necessidade de aceitação, tal qual o art. 1.145 do Código de 1916.

EM SHOPPING CENTER — LOCATÁRIO REPRESENTADO PELA ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS — APROVAÇÃO DOS BALANCETES PELA MESMA — PREVISÃO CONTRATUAL — SUFICIÊNCIA. “Uma vez que o locatário se acha representado pela Associação dos Lojistas, suficiente se mostra a aprovação de despesas em balancetes assinados pela Associação, conforme expresso em estipulação contratual entre as partes” (2º TACIVIL, Ap. c/Rev. 463.453, 10ª Câ., Rel. Juiz Euclides de Oliveira, j. 10-9-1996, *Bol. AASP* n. 1.988). Ou: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS — PRÊMIO PAGO COM ATRASO — PAGAMENTO ACEITO, SEM QUALQUER RESSALVA — POSTERIOR MORTE DA SEGURADA — INDENIZAÇÃO DEVIDA. “Artigos 937, 939, 940 e 1.432, CC — Assentado pelas instâncias ordinárias que as seguradoras receberam o pagamento do prêmio efetuado com atraso, conferindo regular quitação, sem qualquer ressalva, por intermédio de instituição financeira a tanto autorizada, não é de ser acolhida, ante a superveniência do evento morte objeto da cobertura securitária, a alegação de *exceptio non adimpleti contractus* fundada na falta de cumprimento, no tempo devido, da obrigação assumida pela segurada” (STJ, 4ª T., REsp 36.022-6-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; j. 16-4-1995, v.u., ementa, *Bol. AASP* n. 1.953). E ainda: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — DESCABIMENTO — PRÁTICA DE ATO INCOMPATÍVEL COM O PODER DE RECORRER. “A prática de ato incompatível com o poder de recorrer implica a aceitação tácita da decisão, estabelecendo-se a chamada preclusão lógica” (TJSP, 6ª Câ. Cível, EDecl. 249.130-1/5-01-SP, Rel. Des. Munhoz Soares; j. 22-2-1996, v.u., ementa, *Bol. AASP* n. 1.981).

18. Como se percebe, a aplicação de critérios mais objetivistas não altera em nada, no caso da consulta, a interpretação, tal qual como foi feita no tópico anterior, com base na vontade declarada; pelo contrário, aqui, os critérios objetivistas confirmam os subjetivistas. Prosseguindo no critério agora adotado, convém salientar que o princípio da boa-fé, que veio corrigir eventuais excessos do subjetivismo individualista, além de impedir o *venire contra factum proprium*, impõe também a manutenção de uma linha de *conduta uniforme*, quer a pessoa esteja na posição de credor quer na de devedor. Não tem sentido, como devedor, pagar com a correção monetária “X” e querer receber, como credor, com a correção monetária “X+1”. Se a CAPRI tivesse direito de receber com uma correção monetária de índice superior, como informa o consulente ser sua pretensão, deveria ter pago ao BANCO CENTRAL com a mesma correção. Afinal, *equity must come with clean hands*; não há coerência na posição da CAPRI: na sua própria visão, ela teria pago a dívida do BANCO CENTRAL sem aquela correção mo-

netária que agora pretende obter, ou seja, estaria exigindo cumprimento de normas negociais que ela mesma teria desrespeitado. Ora, todas as nações têm expressões de condenação a esse comportamento dúplice: *non servanti fidei non est fides servanda* (cf. Capitant, *De la causa de las obligaciones*, trad. espanhola, Madrid, Gongora, s.d., p. 143, e Le Tourneau, *La règle "nemo auditur" ...*, Paris, LGDJ, 1970, p. 5 a 25 e 55).

19. A mesma idéia vem expressa na doutrina alemã (Larenz e Teubner) com alusão à célebre frase de Júlio Cesar, *tu quoque*, a significar "até você que agiu desse modo, vem agora exigir de mim um comportamento diferente?" Uma aplicação do *tu quoque* no direito brasileiro pode ser percebida na exceção do contrato não cumprido (art. 1.092 do CC bras.)⁷; quem não executou sua prestação no contrato sinalagmático não pode exigir, da parte contrária, a contraprestação. Há várias outras situações legalmente previstas nas quais também se percebe a perda de um direito, justamente pelas indevidas atitudes anteriormente tomadas; por exemplo, no art. 1.595, III, a exclusão da sucessão — perda da herança — daquele que inibiu o *de cuius* de livremente dispor de seus bens⁸; no art. 517, a perda do direito à indenização por benfeitorias ou do direito de retenção, se houve má-fé⁹, etc.

20. A jurisprudência brasileira é fértil em não admitir a duplicidade de comportamento. Assim, uma sociedade civil que pratica atos de comércio não pode, depois, para escapar da falência, alegar sua condição civil (TJSP, 1ª Câ. de Direito Privado, Ap. Civil n. 44.247-4/3, São Paulo, Rel. Des. Roque Mesquita, j. 9-9-1997, v.u., ementa, *Bol. AASP* n. 2.029). Adquirentes de imóvel destinado a assentamento de "sem terra", que não preenchem os requisitos básicos do plano de colonização, não podem, em caso de rompimento do contrato por inadimplemento, alegar falta da prévia interpelação do Dec.-lei n. 745/69 (REsp 60.853-SP, 3ª T. do STJ, j. 25-2-1997; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU*, 22-4-1997, *RT*, 742/215). Concluindo esse tópico: também sob as aplicações específicas do princípio da boa-fé, que são o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque*, a pretensão da CAPRI, tal e qual na interpretação com base na vontade, não tem razão de ser.

7. Art. 476 do novo Código Civil.

8. Art. 1.814, III, do novo Código Civil.

9. Art. 1.220 do novo Código Civil.

III — EFEITOS DO CONTRATO E SINALAGMA. A ASSUNÇÃO PELOS CONTRATANTES DE RISCOS ESPECÍFICOS E A IMPOSSIBILIDADE DE RISFUGIR DO “PROGRAMA CONTRATUAL” ESTABELECIDO

21. Há mais de duas décadas, Rodotà (*Le fonti de integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim*) salientava que são numerosas as fontes de integração do contrato. A visão tradicional da vontade dos contraentes é completada, como procuramos demonstrar no tópico anterior, pelo princípio da boa-fé e suas exigências. No mesmo sentido, outro ponto a considerar é o do *sinalagma*. O sinalagma dos contratos bilaterais é uma espécie de estrutura imanente ao contrato que liga prestação e contraprestação; ele estabelece um “programa” para as partes, que é tanto mais evidente quanto mais prolongada no tempo for sua execução. Cada parte assume no contrato determinados riscos — riscos contrapostos e projetados no futuro.

22. No caso *sub examine*, estamos diante de contrato em que o preço foi dividido em prestações; não se trata de contrato de obrigação duradoura, como são os de execução contínua ou os de trato sucessivo. Aqui, o contato não é de duração (*di durata*), e sim de obrigação repartida ou fracionada. Na exposição de Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1978, v. I, p. 78), as obrigações duradouras ou são de execução contínua “cujo cumprimento se prolonga ininterruptamente no tempo — *quotidie et singulis momentis debetur*, como a do depositário, a do locador, a do fornecedor de eletricidade, água, etc.; ou são de trato sucessivo “as que se renovam em prestações singulares sucessivas, por via de regra ao fim de períodos consecutivos”, como as do locatário, do foreiro, do devedor de renda perpétua, etc. O caso da COMBRASCAN e da CAPRI é de contrato com obrigações fracionadas ou repartidas: “dizem-se *fracionadas* ou *repartidas* as obrigações cujo cumprimento se protela no tempo, através de sucessivas prestações instantâneas, mas em que *o objeto da prestação está previamente fixado*, sem dependência da duração da relação contratual (preço pago a prestações; fornecimento de certa quantidade de mercadorias ou de gêneros a efetuar em várias partidas)”. (No mesmo sentido, Messineo, *Manuale de diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1959, § 135, n. 9, p. 627.)

23. Essas distinções importam porque, em geral (por exemplo, no art. 1.467 do CC it.), a admissão de modificação do contrato, quando há alteração das circunstâncias externas, somente se dá nas hipóteses de obrigações

duradouras, não nas de preço fracionado. Nestas, cada parte assume, desde o início, toda a álea que, naturalmente, qualquer ato humano acarreta. Uma mudança na prestação de uma ou outra parte quebraria o equilíbrio do programa contratual livremente constituído por ambos os contraentes.

24. A essas considerações, prende-se também a questão, proposta pelo consulente no quesito n. 2, sobre a não-exigência de correção plena em determinados tipos de obrigação. Nussbaum, na Alemanha, Grassetti, Ascarelli e outros, na Itália, nas décadas de 20 e 30 deste século (*apud* Enrique Carlos Banchio, *Obligaciones de valor*, Córdoba, Lerner, 1965, p. 98), fizeram a distinção entre dívidas pecuniárias (*debiti di valuta*) e dívidas de valor (*debiti di valore*). As primeiras são fixadas em dinheiro *ab initio*, ainda que possam ser reajustadas por índices de antemão previstos — é o caso examinado; nas últimas, inversamente, o valor monetário somente é tomado em consideração no momento final, na liquidação; o dinheiro, nestas, tem função meramente instrumental, contingente, pela necessidade de solver uma prestação de carácter econômico concreto. A Corte de Cassação da Itália, em 1995 (C. 634/95), assim definiu ambas as dívidas: “Le obbligazioni di valore si qualificano tali allorché l’oggetto diretto ed originario della prestazione sia una cosa diversa dal denaro, rappresentando questo solo un bene sostitutivo di una prestazione con oggetto diverso, mentre sono di valuta le obbligazioni aventi sin dall’origine ad oggetto una somma di denaro, anche se da determinare”.

25. A conversão das dívidas de valor em moeda — passagem do débito de valor a débito *di valuta* — se dá somente para os efeitos de pagamento. São de valor: as obrigações de ressarcimento de dano patrimonial, seja por ilícito aquiliano, seja por ilícito contratual, as de alimentos e as de restituição ou recomposição de patrimônio, por exemplo, em enriquecimento sem causa, quando a soma em dinheiro representa o equivalente de um bem ou de um serviço, o *tantundem* (cf. Messineo, o. c., § 112, p. 277, Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1973, n. 283, p. 375; e Pierre-François, *La notion de dette de valeur en droit civil*, Paris, LGDJ, 1975, p. 52). É evidente, portanto, que nas dívidas de valor o credor receberá tudo integralmente, isto é, o *quantum satis* para cobrir o objeto econômico concreto da prestação — os alimentos, os prejuízos, a coisa a restituir, etc.; nas dívidas pecuniárias, inversamente, ele receberá o *quantum* acordado em moeda, uma quantidade, independentemente de um conceito de “valor integral”, até porque, em geral, aqui, a prestação em moeda representa o correspectivo de algo — os imóveis, no caso presente —, *segundo a estimativa contratual* que as partes fizeram inicialmente de seus próprios interesses.

26. É princípio da situação sinalagmática a assunção, pelos contratantes, dos riscos próprios de cada prestação — da sua álea normal. Num contrato de venda-e-compra, é risco do comprador, que se torna titular do bem, a deterioração ou a perda da coisa (*res perit domino*) e são risco do vendedor as vicissitudes da moeda (valorização ou desvalorização, aplicação com juros altos ou baixos). *Ubi commoda ibi incommoda*. A não ser assim, todas as regras dos riscos contratuais seriam a todo tempo deixadas de lado com apelos ao Judiciário.

27. Isto posto, passamos a responder aos quesitos. Ao 1º e 2º, como deixamos escrito (especialmente, itens n. 15, 27, 29 e 30): as partes fizeram contrato sinalagmático em que o preço foi fracionado em prestações; essas prestações, fixadas inicialmente em ORTNs, eram obrigações pecuniárias (e não dívidas de valor), e passaram, depois, a se subsumir nos vários índices governamentais, como foi determinado pelas autoridades nos diplomas normativos e como as próprias partes, interpretando de forma autêntica o contrato inicial, entenderam. A cláusula 4ª, item 2, do contrato inicial, que se refere somente à correção monetária, sem mais, tinha o sentido óbvio de fixar o lugar de pagamento e há de ser entendida de acordo com o que a antecede, isto é, com referência às ORTNs; além disso, se, por absurdo, não se entendesse assim, o comportamento posterior das partes teria eliminado qualquer dúvida.

28. Ao 3º quesito, respondemos que não há nada, na relação contratual estabelecida, que imponha obrigatoriedade de “correção plena”, até porque nunca se saberia exatamente qual seria esta; ademais, como deixamos consignado (item n. 31), os riscos assumidos pelos contraentes são próprios de cada parte no contrato; não teria sentido, por exemplo, a COMBRASCAN exigir diminuição do preço por desvalorização do imóvel. Ao 4º quesito, afirmamos que as normas de direito econômico são cogentes. A expressão “ordem pública”, a não ser sinônima de norma cogente, parece-nos, porém, vaga, a ponto de preferirmos não a utilizar. Por outro lado, pelo exame do caso, somos de opinião que não há nenhum direito adquirido à correção monetária plena; as partes não fizeram nenhuma previsão nesse sentido; estipularam índices do Poder Público e a eles seguiram. Finalmente, ao 5º quesito, procuramos deixar claro (especialmente itens n. 20 e 23) que a pretensão da CAPRI vai contra o princípio da boa-fé em duas de suas aplicações específicas — *venire contra factum proprium* e *tu quoque* —, eis que não é admissível mudar de comportamento durante a execução contratual e exigir de outrem o que para si mesmo não se impôs. É o nosso parecer.

São Paulo, 20 de agosto de 1998.