

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Alberto Gosson Jorge Junior*

Sumário: 1. A responsabilidade civil na estrutura do novo Código. 2. Mantendo o princípio da responsabilidade civil centrada na culpa (subjéctiva) e a dicotomia entre a responsabilidade civil decorrente do contrato (*ex contractu*) e a responsabilidade civil extracontratual. 3. Tópicos em destaque: (I) a determinação da responsabilidade civil independentemente da apuração de culpa (par. único do art. 927); (II) proteção aos direitos da personalidade; (III) imputação em virtude do abuso do direito (art. 187); desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) (art. 50); (IV) presunção de culpa e solidariedade na responsabilidade de pais, tutores, curadores, empregadores, comitentes, donos de hotéis e estabelecimentos similares, por atos de seus responsabilizados (arts. 932 e 933); (V) cláusula geral vedando o enriquecimento sem causa (art. 884); (VI) regra genérica prevendo a reparação pelo dano moral (art. 186); (VII) a intensidade da culpa influenciando o quantum de indenização pelo dano (par. único do art. 944); (VIII) responsabilidade civil contratual; a função social no exercício do direito e a *boa-fé* objetiva. 4. Observações finais.

1. A responsabilidade civil na estrutura do novo Código.

Mais de vinte e cinco anos passados desde a apresentação do anteprojeto original que acabou por resultar, após sucessivas *démarches* e alterações, na redação final do Projeto de Código Civil, eis que nos encontramos em meio à nova codificação¹, a irradiar efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

De se considerar que no comparativo com a sistemática adotada pelo Código Civil de 1916, a responsabilidade civil sofreu alterações que se iniciam com o reordenamento das disposições de alguns capítulos perante o Livro do Direito das Obrigações², passando pela introdução de novidades, tais como: a da teoria do *abuso do direito*; a incorporação de uma cláusula geral prevendo a responsabilidade civil em virtude do *risco da atividade*; o estabelecimento de *presunção de culpa* na responsabilidade civil pelo *fato de terceiro*; o ingresso de um tópico específico para o *enriquecimento sem causa*; a previsão de uma regra genérica, ainda que singela, para o *dano moral*; uma variada gama de medidas que objetivam tutelar e ressarcir as lesões aos *direitos da personalidade*, não podendo deixar de se mencionar uma nova dimensão para a responsabilidade civil *ex contractu* face à adoção explícita dos

* Advogado e Professor Substituto de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

¹ Lei n. 10.406 de 10.01.2002 em vigor desde 11.01.2003.

² No Código de 1916 constava o Título VII – Das Obrigações por Atos Ilícitos – arts. 1.518 a 1.532, o Título VIII – Da Liquidação das Obrigações, subdividido em Disposições Gerais – arts. 1.533 a 1.536 e Da Liquidação das Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos – arts. 1.537 a 1.553. No diploma vigente, o Título IX – Da Responsabilidade Civil subdivide-se em Das Obrigações de Indenizar – arts. 927 a 943 e Da Indenização – arts. 944 a 954 constatando-se a intenção do legislador em relegar a determinação das obrigações para a lei processual (art. 946).

princípios que orientam o intérprete para a *função social* e a *boa-fé* no trato das relações contratuais, além de outras mudanças na técnica da redação de artigos pertinentes a outros institutos tradicionais da responsabilidade civil.

Não poderíamos deixar de mencionar a preferência do legislador em estipular uma regra específica para a *prescrição* tanto para as ações decorrentes de *responsabilidade civil* (inc. V, par. 3º do art. 206) como para aquelas atinentes ao *enriquecimento sem causa* (inc. IV do par. 3º do art. 206), que, doravante, passam a se consumir dentro do período de três anos³.

2. Mantendo o princípio da responsabilidade civil centrada na culpa (subjetiva) e a dicotomia entre a responsabilidade civil decorrente do contrato (ex contractu) e a responsabilidade civil extracontratual.

O novo Código mantém o fundamento da responsabilidade civil na *culpa lato sensu* ao dispor em seu art. 186 que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Este dispositivo conjugado com o do art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo” e tirante a menção expressa à responsabilização pelo dano moral, equívalem ao disposto no art. 159 do Código Civil de 1916.

Trata-se da culpa genérica, englobando o *dolo* e a *culpa stricto sensu*, mantendo-se em plena atualidade a observação de Aguiar Dias, no sentido de que: - “Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero *ato ilícito*, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem, embora se vislumbrem, no texto do citado dispositivo, as duas espécies: dolo (ação ou omissão voluntária) e culpa (negligência ou imprudência)”. Prossegue: “Das noções expostas, ficou-nos a concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é o vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude”⁴.

³ Na sistemática do Código de 1916, tanto a doutrina como a jurisprudência consideravam as ações decorrentes de responsabilidade civil como *ações pessoais*, incluindo-as na vala comum do art. 177, e, portanto, a prescrição, como *regra geral* para a responsabilidade civil, dava-se em vinte anos (Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed.: Forense, 2000, p. 339; Carlos Roberto Gonçalves. *Responsabilidade Civil*. 6ª ed.: Saraiva, 1995, p. 537). Reduzindo o prazo para três anos e instituindo uma rubrica própria para a responsabilidade civil no âmbito prescricional, o Código de 2002 segue os passos do Código Civil de Portugal - v. art. 498 do Decreto lei n. 47.344 de 25.11.1966.

⁴ Aguiar Dias, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Tomo I. 5ªed.: Forense Rio, 1973, pp. 140/141. O autor prossegue decompondo o conceito de culpa nas noções de negligência, imprudência e imperícia, qualificando-as como modalidades de falta de diligência, de prevenção, de cuidado. Diferencia a *omissão da abstenção*: a primeira é negligência, esquecimento das regras de proceder no desenvolvimento da atividade enquanto que a segunda é a inatividade. Aduz, que genericamente encarada, a omissão pressupõe a iniciativa enquanto que a abstenção a exclui (p. 141).

Alvino Lima nos esclarece que escritores notáveis como Ferrini, Henri de Page, Leon e Henri Mazeaud, Vittorio Polacco, Chironi, Esmein, Chiron e Abello, Simoncelli, Venzi, Pirson e Villé e tantos outros determinam, como critério fixador do conceito de culpa, a ordinária diligência do *bonus pater familias*, observando não ser possível determinar-se o conceito de culpa sem se verificar, previamente, como deve ser apreciado este erro de conduta, “esta ordinária diligência do *bonus pater familias*”⁵.

Criticando o que chama de *culpa objetiva* dos irmãos Mazeaud, Alvino Lima formula sua definição, estabelecendo que: – “*Culpa* é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”⁶.

Numa outra ordem de considerações vê-se que o Código mantém a dicotomia da responsabilidade civil nos dois grandes grupos, a saber: responsabilidade civil *contratual* e responsabilidade civil *extracontratual*.

Esta divisão veio substituir a antiga classificação *quadripartida*, originária do direito romano, que se fundamentava nas obrigações decorrentes do *contrato*, do *quase-contrato*, do *delito* e do *quase-delito*⁷, abrigada no Código Civil francês⁸.

No dizer de Maria Helena Diniz: – “A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana decorre de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante. Resulta, portanto, da inobservância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém”⁹.

⁵ Lima, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed., rev. e atualiz. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª tiragem, São Paulo: RT, 1999, p. 56. Este desenvolvimento de raciocínio levou o Prof. Alvino Lima a discorrer sobre a culpa *in abstracto* e a culpa *in concreto* elaborando a seguinte explanação: – “Surge, aqui, o debatido problema de se saber se a conduta do agente do ato lesivo deve ser apreciada *in concreto*, isto é, se devemos considerar a consciência do autor do dano, sondar seu íntimo, ou se devemos apreciar a conduta do agente em face da conduta normal dos indivíduos em geral, colocados nas mesmas circunstâncias em que o ato se desenrolou”. – “Em geral, os escritores defendem a apreciação da culpa *in abstracto*”, pois, “seria impossível fixar os princípios ou regras desta conduta [prudência e diligência], ou determiná-los para cada indivíduo particularmente, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis” (p. 57).

⁶ Op. cit., p. 69.

⁷ “Finalmente, no direito justinianeu – quando, com a fusão do *ius civile* com o *ius honorarium*, o termo *obligatio* passa a designar qualquer espécie de obrigação -, surge a classificação quadripartida, e, então, entre os *contratos* se enquadram apenas os acordos de vontade (por isso, a *negotiorum gestio*, que, nas *Institutas* de Gaio, era um contrato, não se apresenta mais como tal); entre os delitos, somente os atos ilícitos em que há dolo (donde o *damnum iniuria datum*, que, nas *Institutas* de Gaio, era um delito, deixa de sê-lo, por ausência de dolo); entre os *quase-contratos*, os atos lícitos, que não dependem de acordo de vontades (assim, por exemplo, a *negotiorum gestio*); e, entre os *quase-delitos*, os atos ilícitos praticados sem dolo (por exemplo o *damnum iniuria datum*) (José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. Vol. II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 30/1).

⁸ Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil* – Vol.V, 4ª ed.: Freitas Bastos, 1995, p. 11.

⁹ *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7º Vol. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed.: Saraiva, 1998, p. 427.

A doutrina discute se existe alguma diferença de natureza *ontológica* entre a responsabilidade civil *contratual* e a *extracontratual*¹⁰. Para Maria Helena Diniz – “A primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum dos contraentes, ao passo que o dever de reparar o dano resultante da inexecução contratual vai contra a vontade do devedor, que não quer a nova obrigação estabelecida com o inadimplemento da obrigação que contratualmente consentira. Desse modo, a obrigação decorrente do contrato é diferente da que nasce de sua execução”¹¹.

Ponto de vista que não é partilhado por Darcy Bessone ao sustentar que: - “Não é correta, pois, a opinião segundo a qual, descumprido o contrato, opera-se uma espécie de *novação*: a obrigação *contratual* se deixa substituir por uma outra obrigação, de natureza *delitual*. A verdadeira doutrina é a da permanência do mesmo direito resultante do contrato, que não poderia ser modificado por ato unilateral de um dos contratantes – precisamente o inadimplente. Excelentemente, De Page acentua que é “*l’obligation originaire qui subsiste, quoique exécutée en équivalent*”, pois, “*seule la forme de cette exécution est modifiée*”¹².

Alguns juristas ressaltam que a infração ao contrato resulta da inobservância dos deveres consubstanciados nas cláusulas estabelecidas entre as partes, enquanto que na responsabilidade decorrente do ato ilícito há que se caracterizar com maior rigor o descumprimento da obrigação legal, o que irá repercutir na incumbência do *ônus da prova*.

Assim sendo, na responsabilidade contratual o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida enquanto que no dano extracontratual o autor da ação (vítima) estará obrigado a provar que o fato se deu por culpa do agente.

Argumenta-se que as partes deverão estar adequadamente *capacitadas* para poderem contratar o que já não se faz necessário para a caracterização da responsabilidade civil extracontratual em que o menor e o amental¹³, poderão ser responsabilizados por si ou através de seus responsáveis legais.

¹⁰ Há respeitável corrente a assinalar que: - “o regime seria o mesmo, uma vez que os Códigos modernos tratam, de modo indiferenciado, a responsabilidade obrigacional, independentemente de saber se, na sua fonte, está a inobservância de obrigações contratuais ou legais” António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro referenciando o art. 798 do Código português: “O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável...” (*Da Boa Fé no Direito Civil*: Almedina, 1997, p. 633).

¹¹ Op. cit., p. 110.

¹² *Do Contrato – Teoria Geral*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 191. Este autor sustenta que a ideia de conceber uma *novação* da obrigação, que passaria de *ex contractu* para *ex delicto* seria devida aos irmãos Mazeaud: - “Que l’obligation née de l’inexécution du contrat soi logiquement distincte de celle née du contrat lui-même, ce n’est pas douteux; mais on ne saurait oublier qu’entre ces deux obligations, existe un lien extrêmement étroit: l’une se substitue à l’autre; la seconde naît seulement quand la première s’éteint. Il y a là quelque chose susceptible d’être comparée à une novation” (*Traité*, cit., v. 1, n. 101; op. e loc. cit., n.r. 26).

¹³ O art. 928 dispõe que - “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes” (v. incs. II e III do art. 3º). Silvío Rodrigues defende que este dispositivo do Código vem colmatar uma lacuna do Código de 1916: - “Mostrei, espero, que a regra do art. 5º, II, combinada com o art. 145, I, ambas do Código Civil, deixam em aberto uma situação olvidada pelo legislador. É a responsabilidade dos amentais pelos danos causados a terceiros, em hipótese idêntica ao texto projetado. Não hesito em afirmar que ali existe uma *lacuna da lei*” (*Direito Civil Aplicado*, 8ª vol.: Saraiva, 1999, p. 10).

Múltiplos aspectos poderiam ser abordados sem que se esgotasse a questão da natureza da dicotomia - responsabilidade decorrente *do contrato*, responsabilidade originária *do delito* (do ato ilícito como preferem alguns).

Sob outra vertente há que se consignar ser perfeitamente possível a ocorrência de danos não previstos na estipulação contratual e que, portanto estariam incursos na denominada responsabilidade civil *ex delicto*¹⁴.

O que não pode ser tolerado é uma reparação cumulativa pelo mesmo dano, fundamentando-se na responsabilidade pelo contrato e naquela decorrente do delito, cominando-se à parte infratora uma dupla condenação oriunda do mesmo fato lesivo.

Muito embora se diga que a doutrina de forma majoritária divide a responsabilidade civil em *extracontratual* e *contratual*, não deixa de ser interessante reparar que a responsabilidade civil, entendida como tal, é aquela decorrente das relações jurídicas extracontratuais, ou seja, assimilada à responsabilidade aquiliana ou *ex delicto*.

Esta peculiaridade não passou despercebida a Agostinho Alvim, que assim se pronunciou a respeito: - “A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, e qualquer delas pode fundar-se na culpa, ou no risco. Se se funda na culpa, os elementos da responsabilidade vêm a ser: culpa, dano e nexo causal. Se se funda no risco, prescinde-se da culpa...” “Embora todas estas espécies de responsabilidade caibam dentro da locução genérica *responsabilidade civil*, o certo é, todavia, que ela se emprega, de ordinário, para designar a responsabilidade fora do contrato”¹⁵.

3. Tópicos em destaque:

(I) a determinação da responsabilidade civil *independentemente da apuração de culpa* (par. único do art. 927);

Apesar de fundamentar a responsabilidade civil na *culpa*, o novo Código não deixa de atentar para as necessidades decorrentes das transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, incorporando em seu bojo o *princípio objetivista*¹⁶, ao introduzir autêntica *cláusula geral*¹⁷ quando determina no parágrafo único do art. 927 que: - “Haverá obrigação

¹⁴ Aguiar Dias observa que são características da *responsabilidade extracontratual* a injusta recusa de contratar (fases que *antecedem* ao contrato); a negativa de uma das partes em reconhecer consequências da *extinção* do contrato (não querendo restituir o objeto que detinha, p.e.) e no que se refere às decorrências do *contrato nulo* (o comprador de boa-fé de coisa alienada a *non domino* - op. cit., vol. I, n. 72, pp. 158/9). Procurando estremar com nitidez os campos dos dois segmentos de imputação, esclarece que: - “requisito indispensável para que funcione a responsabilidade contratual é o de que o dano resulte de *inexecução da obrigação* (i.n.)” ... não sendo admissível a ação do locador, fundada na locação, contra o locatário que o agrediu no curso de uma discussão sobre esse contrato, como não se compreenderia, com base no contrato de mútuo, ação do mutuante contra o mutuário, que, por imprudência, lhe pusesse fogo à casa (op. cit., p. 201).

¹⁵ *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*: Saraiva, 1955, n. 109, pp. 153/4.

¹⁶ Já assim se previa no Anteprojeto de Código de Obrigações como faz ver Caio Mário da Silva Pereira na sua *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 24.

¹⁷ Por *cláusula geral* concebemos determinado tipo de normas que trazem em seu bojo ou remetem à *valores*, os quais requerem uma *determinação* ou concretização de sentido, a ser realizada pelo aplicador do direito em cada caso concreto. Caracterizam-se, ademais, pela sua *extensão* (*abrangência*) e por conterem, a mais das vezes, *conceitos jurídicos indeterminados*. Pode-se dar como outros exemplos: a regra geral da *responsabilidade civil*, art. 186, a regra sobre o *abuso do direito*, a que prescreve a *função social do contrato*, a *função social da propriedade*, dentre outras.

de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A evolução das necessidades sociais que ensejaram a formulação da responsabilidade objetiva nos é relatada por Alvíno Lima através das seguintes considerações: - “Vimos que o conceito clássico da culpa, sob fundamento psicológico, exigindo do agente a imputabilidade moral, cedeu terreno às várias noções e aplicações da culpa objetiva, no sentido de eliminar da responsabilidade extracontratual o elemento subjetivo. O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista dos fenômenos não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam”¹⁸.

Prossegue esse autor:

“Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível reconhecer um sem número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano”¹⁹.

¹⁸ Op. cit. p. 114.

¹⁹ Op. cit. p. 115. É bastante conhecido o debate doutrinário entre os partidários da responsabilidade civil que decorre da culpa (*subjectivistas*) e os defensores da responsabilidade que independe dela (*objetivistas*). Com relação a estes últimos, vale e pena transcrever a análise de Caio Mário da Silva Pereira: - “A origem, todavia, da *doutrina objetiva* vai plantar suas raízes na obra pioneira de Saleilles e Josserand. O maior valor da doutrina sustentada por Raymond Saleilles, e que seria, por certo, a razão determinante da conquista de espaço em seu país e no mundo ocidental, foi ter engendrado a responsabilidade sem culpa, assentando-se em disposições do próprio Código Civil francês, que desenganadamente é partidário da teoria da culpa, proclamada por expresso no art. 1.382. Em esforço de interpretação do vocábulo “faute”, Saleilles argumenta com o art. 1.384, entendendo que foi empregado na acepção de “fait”, equivalente à causa determinante de qualquer dano” (op. cit., p. 16). Cabe mencionar que no direito brasileiro, antes mesmo da edição do Código Civil de 1916, o Decreto nº 2.681 de 7.12.1912 já previa com notável clareza, em seu art. 17, a responsabilidade das estradas de ferro por *culpa presumida* pelos danos causados aos viajantes em virtude de desastres ocorridos. Seus dois incisos apenas excepcionam: o caso fortuito ou a força maior e a culpa exclusiva do viajante. Na moderna legislação do Código de Defesa do Consumidor, encontramos no art. 12 que: - “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”(i.n.).

E dentro dessa ótica, encarou-se como decorrência natural que aquele que desenvolvesse atividades propiciadoras de *risco*, assumisse a responsabilidade pelos danos porventura resultantes de tais atividades, sem que para tal se fizesse necessário perquirir os meandros nem sempre acessíveis para configuração de negligência, imprudência ou imperícia, presentes na geração do ato danoso.

Alguns qualificaram esta concepção de doutrina do 'risco-proveito'²⁰, mas o certo é que a doutrina adotou a *teoria do risco* sem outras adjetivações, justificando-a como uma resposta satisfatória para a responsabilidade civil de determinados atos, que se dependentes do conceito estrito de culpabilidade deixariam a vítima sem reparação para as lesões sofridas, o que evidentemente não se coaduna com os propósitos do ordenamento jurídico²¹.

(II) proteção aos direitos da personalidade;

O Código inseriu um capítulo próprio para tratar dos chamados *direitos da personalidade* ou *direitos personalíssimos*²² e em termos de responsabilidade civil pode-se sustentar que a proteção e garantia destes direitos efetivamente se dão, através da regra geral do art. 186 c/c art. 927, principalmente com a previsão da *reparabilidade pelo dano moral* aposta no corpo do art. 186 conforme já se mencionou.

Todavia, pela importância e ineditismo do tema em sede de codificação civil no Brasil, fazemos menção ao *caput* do art. 12, o qual prescreve que: - "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei".

Ampla é, portanto, a gama de instrumentos que possibilitam a tutela aos direitos da personalidade. As medidas vão desde as de caráter inibitório - para fazer cessar a ameaça -, até aquelas que tem por finalidade reparar a lesão, reclamando-se as perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

(III) imputação em virtude do abuso do direito (art. 187); desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity) (art. 50);

O novo Código Civil introduz de forma inequívoca a concepção do *abuso de direito* ao assinalar em seu art. 187 que: - "Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

²⁰ Alvino Lima, op. cit., p. 120.

²¹ Atento à necessidade de dar eficácia às normas de reparação de danos causados aos consumidores, o legislador do CDC possibilita a *inversão do ônus da prova*, consoante disposição expressa contida no inc. VIII do art. 6º da Lei nº 8.078 de 11.9.1990, o que evidentemente se constitui numa poderosa ferramenta para imputação da responsabilidade favorecendo a parte *fragilizada* na relação contratual.

²² Arts. 11 a 21.

Pela redação do dispositivo e num primeiro momento valendo-nos exclusivamente dela, temos a transformação de um ato originariamente *licito* em *ilícito* na medida em que o agente afronte: a) o limite imposto pelo fim econômico ou social presente no valor que informa a norma jurídica; b) a boa-fé ou c) os bons costumes.

Em assim sendo, basta que o sujeito do direito exceda qualquer um dos elementos contidos na norma, seja o fim econômico, o social, a boa-fé ou os bons costumes para que esteja configurado o abuso de direito e a conseqüente ilicitude do ato-fato perpetrado.

Na lição de António Menezes Cordeiro colhemos que: - “Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem ou podem impor limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e econômico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício”²³.

Acrescente-se que os direitos referidos são os *direitos subjetivos*, definidos como uma “permissão normativa de aproveitamento específico”²⁴.

Este mesmo autor noticia que a teoria do abuso de direito teria caído em descrédito no direito comparado (p. 697), não só pela crítica da doutrina, como pela falta de aplicações pela jurisprudência (p. 705).

Há que se mencionar, todavia, o posicionamento de Alvino Lima. Este insigne jurista teceu longas considerações a respeito do tema em sua obra *Culpa e Risco*, comentando a teoria que vislumbra no abuso do direito uma expansão da noção de culpa (Mazeaud), enfatizando que quer se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual a questão se reduz à responsabilidade delitual ou quase-delitual inserindo-se no art. 1.382 do *Code Civil*, tratando-se sempre de uma resposta a um ato ilícito.

Sob outra ótica deparamos com aqueles que vêem no abuso do direito uma concepção autônoma, distinguindo o ‘ato abusivo’ do ‘ato ilícito’ (Josserand)²⁵.

O próprio Alvino Lima discorrendo sobre a matéria afirma que: - “Um delito, no sentido do art. 1.382 [do Código Civil francês], é uma violação de obrigação preexistente, legal ou convencional. No abuso de direito não há tal violação, visto como o autor do dano *age dentro dos limites objetivos da norma legal*, do seu direito” (p. 214)... Concluindo que: - “Na verdade, considerando a teoria do abuso de direito na sua concepção finalista ou objetiva e não apenas dentro do âmbito estreito do ato emulativo, só podemos concluir pela teoria dos que distinguem o ato abusivo do ato simplesmente culposo, nos termos da noção clássica. A ação ou omissão negligente ou imprudente, caracterizadora da culpa, é a violação dos limites objetivos da lei, porque é a violação da obrigação legal preexistente; a ação ou omissão abusiva

²³ Op. cit., pp. 661 e ss..

²⁴ Autor e obra cit., p. 662.

²⁵ Op. cit., p. 212 e ss..

é apenas a violação da finalidade do direito, de seu espírito, sem que o agente transgrida aqueles limites objetivos” (p. 215).

O insigne jurista lamentava a falta de um dispositivo direto como prevê o Código atual, mas defendia a corrente que interpretava o art. 160 e o art. 100 como normas ratificadoras da teoria do abuso de direito no sistema do Código Civil de 1916.

De se considerar, ademais, que a redação do art. 187 filia-o à corrente *finalista*, *objetiva*, ao indicar que o exercício do direito que exceda os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes configurará ato ilícito.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor²⁶, a possibilidade de o juiz intervir na pessoa jurídica para coibir a prática de abusos e fraudes de ordem civil, que viessem prejudicar os credores, só era levada em consideração pela doutrina²⁷, ausente o fundamento legal necessário para a intervenção, cuja necessidade muitas vezes saltava aos olhos, quedando-se o Judiciário impotente perante tais ilícitos.

Por conseqüência, sócios e administradores de má-fé viam-se estimulados a perpetrarem falcruas, cientes da cobertura que o manto da personalidade jurídica lhes concedia.

O Código Civil atual contempla norma específica para a questão ao dispor em seu art. 50 que:

- “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Pela redação do dispositivo citado, o juiz está autorizado a ‘*estender os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações*’ aos bens dos particulares (a franquia concedida ao magistrado não é absoluta, como se vê), quando caracterizada, alternativa ou cumulativamente, o *desvio da finalidade* da pessoa jurídica (deturpação dos objetivos sociais) ou a *confusão patrimonial* (sobreposição total ou parcial entre o patrimônio social e aquele particular dos sócios ou administradores).

Bem se vê, que muito embora persista a pessoa jurídica como uma entidade distinta das pessoas que a compõe²⁸, a inserção de um dispositivo como o do artigo 50 visa

²⁶ Lei n. 8.078 de 11.09.1990 - “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

²⁷ Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Parte Geral*. Vol. 1. 3ª ed.: Atlas, 2003, pp. 300 e ss.

²⁸ O Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 20 *caput* que – “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. O atual não dispõe de dispositivo congênere.

estabelecer limites à integridade ontológica da personalidade jurídica justamente com o objetivo de evitar o encobrimento de desvios, fraudes e ilícitos de uma maneira geral.

(IV) presunção de culpa e solidariedade na responsabilidade de pais, tutores, curadores, empregadores, comitentes, donos de hotéis e estabelecimentos similares, por atos de seus responsabilizados (arts. 932 e 933);

Dispunha o art. 1.523 do diploma revogado que – “Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”.

Era motivo de acirrada polêmica tanto na doutrina como na jurisprudência, a configuração da natureza da responsabilidade dos pais, pelos filhos menores que estivessem sob seu poder e em sua companhia (I), do tutor e do curador, pelos pupilos e curatelados que se achassem nas mesmas condições (II), e a do patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competisse, ou por ocasião dele (art. 1.522) (III).

Argumentava-se que com exceção das hipóteses cabíveis no inc. III do art. 1.521, em que por construção jurisprudencial introduzira-se a concepção do *risco* e consequentemente estaria caracterizada a responsabilidade independentemente de culpa em razão da atividade econômica desenvolvida pelos agentes ali elencados, as demais ficavam dependentes da prova da *culpa in eligendo ou in vigilando* por parte dos pais, tutores e curadores para que se pudesse incriminá-los pelos atos praticados por seus responsabilizados.

Era a lição de Alvino Lima em respeitada doutrina estruturada sob a égide do Código então vigente, quando salientava que: - “Mesmo, porém, os que sustentam que a culpa presumida do civilmente responsável é o fundamento de ambas as responsabilidades, não deixam de distinguir a natureza destas presunções; no caso da responsabilidade dos genitores, a presunção da culpa é *juris tantum*, admitindo, portanto, a prova em contrário, ao passo que a presunção de culpa, na hipótese dos comitentes ou padrões, é irrefragável, *juris et de jure*, não sendo possível a prova em contrário”²⁹.

Em assim sendo, cabia à vítima não só provar o nexo de causalidade culposo no ato do agente que praticou o dano, como também caracterizar a culpa de seu responsável legal, acarretando não poucas dificuldades de ordem prática como bem se pode antever...

Na sistemática do Código atual, o art. 933 dispõe que: - “As pessoas indicadas nos incisos I a III do artigo antecedente [as mesmas do art. 1.521 do CC], ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

²⁹ *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. 2ª ed., revista e atualizada por Nelson Nery Jr.: RT, 2000, p. 65. Em que pesassem ponderáveis argumentos a favor da distinção da natureza das responsabilidades acima aludidas, entendíamos que o proveito econômico (relação econômica entre patrão e empregado) e não o dever moral (educação dos filhos) e outras possíveis diferenciações, por si só não justificariam a diversidade de presunções entre estas duas formas de responsabilização (englobadas as hipóteses dos incs. I e II), carente ademais de uma expressa previsão legal que lhe desse suporte.

Mencionado dispositivo estatui indiscutivelmente a responsabilidade civil independentemente da apuração de culpa para os casos ali mencionados, pondo fim à polêmica referenciada.

(V) cláusula geral vedando o *enriquecimento sem causa* (art. 884);

O Código disciplina o *enriquecimento sem causa*³⁰ em capítulo próprio (IV do Título VII – Dos Atos Unilaterais) ao contrário do Código Civil anterior que não estabeleceu uma regulamentação independente para este instituto.

Nos três artigos pertinentes ao assunto, o 884 dispõe que: - “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Não se quer dizer que o instituto ou o princípio que veda o *enriquecimento sem causa* não estivesse presente no nosso ordenamento jurídico.

Seja pela disciplina do Pagamento Indevido (arts. 964 – 971 do CC/16 e 876 – 883 do CC/02), seja mediante a utilização da norma geral do art. 159 que previa a responsabilidade civil de forma ampla e incondicionada a todo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causasse dano a outrem, e, mesmo pela interpretação sistemática das normas de reparação civil que estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o certo é que existiam mecanismos para se coibir o enriquecimento sem causa.

O legislador atual entendeu que pela importância da matéria e por adequação doutrinária, melhor seria que ao instituto coubesse lugar próprio na legislação civil³¹.

Na doutrina se entende que - “O enriquecimento pode ser ou *material* ou *intelectual* ou *moral*; não é necessária a entrada de um valor positivo e pecuniário no patrimônio do enriquecido”..... “há enriquecimento não somente quando se adquire uma coisa, um bem que ainda não se possuía, como ainda quando se obtém uma remissão de dívida, ou ainda se fica liberado de algum ônus³². Como bem se expressou Von Tuhr, do mesmo modo que o prejuízo, o enriquecimento se constitui pela diferença entre o estado atual de um patrimônio e no qual se encontraria se um deslocamento ilegítimo de bens não houvesse ocorrido. Por conseguinte, o enriquecimento exige, antes de tudo, um deslocamento

³⁰ Silvio de Salvo Venosa enfatiza que o enriquecimento sem causa não se insere no campo da responsabilidade civil sob o argumento que se trata de ‘recomposição de patrimônios’ e ‘não indenização decorrente de ilícito’ (*Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. Vol. 2. 3ª ed.: Atlas, 2003, pp. 211, 215, 221).

³¹ Basta lembrar as ações originárias de atos por *improbidade administrativa*. A dificuldade maior em se obter a satisfação do direito nestes casos consiste na *prova* do enriquecimento ilícito, na constatação através de uma análise comparativa técnica do acréscimo injustificado ao patrimônio do improbo. É comum perceber-se por uma série de indícios claros o enriquecimento ilícito originário de corrupção, mas quando vai se determinar a *origem* e o *quantum*, o direito se esvai...

³² Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

de valor que irá incrementar o patrimônio do enriquecido. O que, entretanto, o caracteriza é dever processar-se sob a cobertura aparente de um Direito, porém, é no fundo, sem causa ou justificação que lhe sirva de base, o que atribui ao prejudicado uma ação de restituição³³”.

Serpa Lopes prossegue, estabelecendo uma diferenciação entre o que chama de *causa habilitante* e *causa justificante*.

“Distingue-se, assim, a *causa habilitante* da *causa justificante*; em relação à primeira, os deslocamentos patrimoniais sem causa acarretam a nulidade do ato e o retorno do objeto ao seu primitivo estado; em relação à segunda – *causa justificante* –, ao contrário, os deslocamentos são válidos e perfeitos (como no caso de especificação ou no de benfeitorias) produzidos legalmente, consoante o Direito, porém carentes de legitimação substantiva entre as partes, em razão do que *não dão lugar à nulidade do ato, senão à restituição por enriquecimento sem causa*”³⁴.

O art. 886 dispõe que: – “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

“Em que consiste o problema do caráter *subsidiário* da *actio in rem verso*? É que, enquanto certo grupo de juristas concede à ação de *in rem verso* um campo restrito, somente reputando-a viável quando o autor se encontra ilegitimado para a propositura de uma ação fundada num contrato ou em outra relação jurídica pessoal de qualquer natureza, outros entendem-na cabível, mesmo nas hipóteses onde são possíveis outras ações. Assim uma primeira corrente vê na *actio in rem verso* um caráter subsidiário, supletivo”³⁵.

De se ver pela redação do art. 886 que foi esta última a opção feita pelo legislador do novo Código, o que aliás está de acordo com a maioria da doutrina brasileira³⁶.

(VI) regra genérica prevendo a reparação pelo *dano moral* (art. 186);

O legislador introduziu a locução - *dano moral* - no corpo da codificação civil.

Como é de todos sabido, o Código de 1916 não possuía norma de *caráter genérico* que determinasse a reparação pelo dano moral, muito embora a doutrina e a jurisprudência tivessem construído, através do garimpo laborioso de vários dispositivos esparsos do próprio Código, da análise de leis especiais e pela própria ausência de restrição à regra ampla de reparação contida no art. 159, a permissibilidade pela indenização do *dano extrapatrimonial*³⁷.

³⁵ Serpa Lopes, cit., p. 76.

³⁶ Serpa Lopes, cit., p. 77. Acentuando o caráter subsidiário da *in rem verso* em comentário específico a este artigo do Projeto, v. Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações*, 2º vol. 11ª ed.: Saraiva, 1997, p.232.

³⁷ Talvez seja mais adequado conceituar o dano moral como *espécie* do *dano extrapatrimonial* dado que este pode alcançar inúmeras outras variantes de ofensas a bens jurídicos sem repercussão patrimonial direta.

Mas à bem da verdade, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 e a previsão contida no inc. X do art. 5º, assim como, com o empuxo conferido pelo Código de Defesa do Consumidor (incs. VI e VII do art. 6º) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13.07.90 – art. 17 combinado com art. 201, V, VIII e IX), que o ordenamento jurídico, como um todo, passou a incorporar de forma cada vez mais ampla a indenização pelo dano moral³⁸.

A previsão normativa contida no Código, ainda que singela, é oportuna e não poderia ficar ausente num corpo legislativo dessa magnitude.

(VII) a intensidade da culpa influenciando o quantum de indenização pelo dano (par. único do art. 944).

A análise conjunta dos arts. 944 e 945 conduz à idéia de uma *proporção* entre a culpa e a responsabilidade pela reparação do dano.

Esta concepção que tradicionalmente no direito brasileiro se localiza na esfera do direito penal (culpa levíssima, leve, média e grave) visa estabelecer uma relação de razoabilidade entre o grau de responsabilização que deve ser imputada ao sujeito e a reparação conseqüente.

É assim que o par. único do art. 944 assinala que – “Se houver excessiva desproporção entre a *gravidade* da culpa e o dano, *poderá* o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”(i.n.).

O vocábulo *poderá* implica numa faculdade outorgada ao juiz de reduzir ou não o quantum indenizatório e ao que nos parece, melhor teria sido a opção pelo *deverá* que evitaria a outorga de um arbítrio desnecessário ao julgador. Foi tímido o legislador nesse particular, talvez receoso pelo próprio impacto da exceção estabelecida à regra que determina prevalecer no âmbito civil a imputação.

(VIII) Responsabilidade civil *contratual*; a função social no exercício do direito e a *boa-fé objetiva*;

O Código de Defesa do Consumidor já havia traçado uma claro limitador para o abuso, muitas vezes freqüente, nas relações entre o fornecedor e o consumidor. Para cumprir tal tarefa inovou, ao proporcionar ao juiz, instrumentos poderosos com o objetivo de reequilibrar as partes, em relações jurídicas caracterizadas pela flagrante desproporção de forças e de informações.

³⁸ Para uma análise comparativa da doutrina e da jurisprudência antes e depois da CF/88; das interpretações do art. 76, 159 e outros do Código Civil de 1916; da Súmula 37 do STJ que permite a cumulação do dano moral ao dano material desde que oriundos do mesmo fato, há que se consultar a obra *Dano Moral*, do Prof. Yussef Said Cahali, 2ª ed., 5ª tiragem: RT, 1999, pp. 43 e ss..

Dentre outros mecanismos de intervenção e de responsabilização, podem ser mencionados: o recurso à revisão de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações excessivamente desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (inc. VI, art. 6º); vedação de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar (art. 25, *caput*); o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28); a descrição de fortes e enunciativos exemplos de práticas comerciais abusivas nos incisos do art. 39 e a cominação de nulidade para as cláusulas contratuais que se insiram nas situações assinaladas nos incisos e parágrafos do art. 51. Trouxe para o direito positivo o reconhecimento explícito dos contratos de adesão (art. 54 e parágrafos) e inovou na seara processual ao prever a possibilidade do ingresso de ações coletivas para amparo dos direitos difusos, dos interesses ou direitos coletivos e dos interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 81, par. único e incs.).

O Código Civil de 2002 moderniza, nesse contexto, a perspectiva do Direito Civil a nível de codificação.

Traz mecanismos importantes para a intervenção nos contratos, tendo em vista o princípio da preponderância dos interesses sociais, sem quebra da intangibilidade do princípio da autonomia da vontade.

O art. 421 do NCC nos revela que "...o princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer o vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual"³⁹.

O desenvolvimento da idéia subjacente ao princípio da *função social do contrato* é bem retratada nesta observação crítica do Prof. Renan Lotufo, reiterada em observações de classe na disciplina – Autonomia Privada e a Constituição no curso de Pós Graduação da PUC-SP: - "O Código francês, que deveria refletir os princípios da Revolução (Liberdade, Fraternidade e Igualdade), focaliza dois outros valores fundamentais: Propriedade e Contrato. Admite que a propriedade deve ser para todos e que deve existir liberdade contratual para todos, entendida como algo inato a todo ser humano, eis que todo ser humano é livre para contratar como e com quem quiser. Tal estrutura do Código foi extremamente criticada no curso do tempo, pois é exatamente a liberdade dada ao contratante que levou o fraco a ser submetido ao forte, de onde se chegou à célebre frase de Lacordaire: "*entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta*"⁴⁰.

³⁹ Maria Helena Diniz em *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 3ª vol. *Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 12ª ed. ver.: Saraiva, 1997, p. 32. O Projeto n. 6960/02 de autoria do deputado Ricardo Fiúza propõe a seguinte redação para o art. 421: - "*A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*" (i.n.) ao invés de "*A liberdade de contratar...*" na dicção atual do dispositivo Tal mudança deve refletir, na opinião dos críticos, um significado mais adequado à estipulações obrigacionais contidas no contrato, uma vez que a expressão *liberdade de contratar* revelaria, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos.

⁴⁰ *Da oportunidade da codificação civil*. Artigo publicado na ed. n. 68 - dez/02 da Revista do Advogado dedicada ao tema – *Novo Código Civil - Aspectos relevantes*, p. 22 – i. orig.).

Nesse particular pode-se ressaltar a possibilidade de se pedir a *resolução* (art. 478) ou a *revisão* (art. 479), de certas cláusulas e obrigações, dos contratos, uma vez constatada a *onerosidade excessiva*, caracterizada pelo legislador do Código quando: - a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis⁴¹.

E nestas breves considerações haveria que se mencionar o princípio da *boa-fé objetiva* insculpido nos arts. 113 e 422 do Código.

Ao determinarem que os negócios jurídicos deverão ser interpretados de acordo com a boa-fé (art. 113) e que os contratantes deverão guardar tanto na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé (art. 422), o legislador adotou as idéias e os ideais que animaram a boa-fé germânica, estruturada - “como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”⁴².

4. Observações finais.

Podemos concluir que o novo Código Civil traz inovações relevantes na seara da responsabilidade civil, o que pode ser constatado também por outras modificações não mencionadas no correr deste trabalho.

Nos dispositivos que disciplinam a *cláusula penal* e as *arras*, ainda que preservado o caráter penitencial destes institutos, verifica-se uma tendência de conceder a estas multas um objetivo de pré-avaliação por perdas e danos. A função reparatória se sobressai no comparativo com aquela eminentemente de índole punitiva⁴³.

Resta, doravante, aguardar as decisões emanadas do Judiciário e as interpretações oriundas da doutrina, para sedimentação dos conceitos, num campo tão complexo, como é o da responsabilidade civil.

⁴¹ Comparar com a dicação da norma congênere prevista no inc. V do art. 6º do CDC, que permite - “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, não fazendo menção ao caráter *extraordinário e imprevisível* exigidos pelo art. 478 do CC/02.

⁴² Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª ed., 2ª tiragem: RT, 2000, p. 412.

⁴³ Art. 413: - “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (que em essência repete o art. 924 do CC/16); o parágrafo único do art. 416: - “Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo de indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”. Art. 419: - “A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização”. Art. 420: - “Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar”.

