

**FACULDADES INTEGRADAS CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
HELDERLIANE MACHADO DA LUZ RICKLI**

**REVISÃO CONTRATUAL
PRESSUPOSTOS E LIMITES MATERIAIS E PROCESSUAIS**

**CURITIBA
2006**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

HELDERLIANE MACHADO DA LUZ RICKLI

**REVISÃO CONTRATUAL
PRESSUPOSTOS E LIMITES MATERIAIS E PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Empresarial e
Constituição: inclusão e sustentabilidade das
Faculdades Integradas Curitiba, como requisito
parcial para obtenção do Título de Mestre em
Direito

Orientador: Prof^a. Dr. Carlyle Popp

**CURITIBA
2006**

HELDERLIANE MACHADO DA LUZ RICKLI

**REVISÃO CONTRATUAL
PRESSUPOSTOS E LIMITES MATERIAIS E PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

PROF. DR. CARLYLE POPP

PROF. DR. PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

PROF. DR. FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

Curitiba, 19 de Dezembro de 2006.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais que desde tenra idade inculcaram em mim a idéia de que o único, verdadeiro e indestrutível patrimônio que se pode construir ao longo da vida é a aquisição do conhecimento intelectual, forjando em mim o gosto pelo contínuo aprender.

Dedico aos meus filhos, razão primeira da minha vida, que tiveram paciência em me esperar nas jornadas dedicadas às aulas do Programa de mestrado e aos incontáveis “agora não posso”.

Dedico ao Rogério, marido e companheiro, no mais lato sentido do termo, a quem estou ligada por laços além do matrimônio; insubstituível amigo de todas as horas, e nos braços de quem sempre encontro aconchego.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, professor Doutor Carlyle Popp, pelo aprendizado e incentivo nos momentos oportunos, sem cujo auxílio não poderia ter concluído este trabalho.

Agradeço a Carla Santos fiel secretária e dileta amiga, pois sua competente assessoria e inestimáveis palavras de ânimo me deram suporte durante o cumprimento dos créditos do Mestrado.

Agradeço a Sandro Pereira, outrora aluno e hoje colega, que tanto me auxiliou nas tarefas da advocacia, quanto prestou sua dedicação na formatação e revisão das referências bibliográficas.

Agradeço a parceira e amiga Janete Ilibrante, cujo socorro na advocacia e na revisão ortográfica foram imprescindíveis para a conclusão deste trabalho.

Agradeço as competentes e incansáveis Elizabeth Licke da Luz e Rubiara Aparecida Melo, respectivamente bibliotecária e funcionária da Biblioteca das Faculdades Novo Ateneu de Guarapuava.

À amiga Eva Prestes reputo o meu mais sincero muito obrigada por ter acalentado meus filhos nos momentos de minha ausência, sempre disposta a prestar todo e qualquer tipo de auxílio.

**(...) o direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.
(Arnoldo Wald)**

RESUMO

O trabalho tem por objetivo estabelecer elo entre os hodiernos princípios contratuais, quais sejam: a autonomia privada; justiça contratual; boa-fé objetiva; conservação dos contratos; e a necessidade de revisão judicial dos pactos, diante de onerosidade excessiva advinda de fato exógeno ao contrato. Prende-se o estudo em três principais tópicos, a saber: a comparação entre a revisão contratual fundamentada no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil; a demonstração da omissão legislativa quanto aos limites de atuação judicial e prazos para o ajuizamento de ações revisionais; bem como a utilização, por analogia, do prazo ditado pelo artigo 178 do Código Civil. Destaca a dissertação a possibilidade do contratante-réu opor-se ao pedido revisional através da reconvenção.

Palavras-chave: Contrato; revisão; onerosidade excessiva; justiça contratual; reconvenção,

ABSTRACT

The present study has as its principal objective to establish a link among the current contractual principles, which are: private autonomy; contractual justice; objective good faith; contracts conservation; besides the necessity of judicial pacts revision, because of the huge onerousness caused by external facts out of the process. The study is based on three principal topics: the comparison between the contractual revision established on the Consumer's Code and on the Civil Code; the demonstration of the law omission regarding to the limits of the judicial acting and expiring dates for the reviewing lawsuits judging; as well as the use, as an analogy, of the term dictated by the 178 article of the Civil Code. The paper emphasizes the possibility of an opposing argument by the contracting-defendant to the revision request thorough the new convention.

Key Words: Contract; revision; excessive onerousness; contractual justice; reconvention.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 MODELOS CONTRATUAIS	6
1.1 MODELO LIBERAL	6
1.2 MODELO SOCIAL.....	11
1.3 CONTRATO ENQUANTO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA.....	16
1.4 LEITURA DA TEORIA CONTRATUAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	22
2 REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO	32
2.1 CAPACIDADE	33
2.2 LEGITIMAÇÃO.....	34
2.3 CONSENTIMENTO.....	35
2.4 OBJETO.....	37
2.5 CAUSA.....	38
2.6 FORMA	43
3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	47
3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	47
3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	57
3.2.1 Função Interpretativa do Princípio da Boa-Fé Objetiva	60
3.2.2 Função Integrativa da Boa-Fé Objetiva	63
3.2.2.1 Dever de lealdade	64
3.2.2.2 Dever de assistência ou cooperação	65
3.2.2.3 Dever de informação	65
3.2.2.4 Dever de segredo	66
3.2.3 Função de Limitar o Exercício dos Direitos Subjetivos.....	67
3.2.3.1 <i>Tu quoque</i>	69
3.2.3.2 <i>Venire contra factum proprium</i>	69
3.2.4 Distinção entre Boa-Fé Subjetiva e Boa-Fé Objetiva	70
3.2.5 Limites da Boa-Fé Objetiva	72
3.2.6 Boa-Fé Objetiva como Norteador das Práticas Contratuais	73
3.3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA CONTRATUAL.....	74

3.4 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	79
4 REVISÃO CONTRATUAL	86
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	86
4.2 BREVE HISTÓRICO – DA TEORIA DA IMPREVISÃO À REVISÃO CONTRATUAL	89
4.3 REVISÃO X MODIFICAÇÃO DO CONTRATO	99
4.4 PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS CONTRATOS	103
4.5 A REVISÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL	108
5 TEORIAS REVISIONISTAS.....	113
5.1 TEORIA DA IMPREVISÃO.....	113
5.2 TEORIA DA PRESSUPOSIÇÃO DE WINDSCHEID	116
5.3 TEORIA DA BASE SUBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO - OERTMANN	118
5.4 TEORIA DA QUEBRA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO – LARENZ.....	121
5.5 TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	129
5.6 TEORIA DO EQUILÍBRIO DAS PRESTAÇÕES - GIORGI	132
6 PRESSUPOSTOS DA REVISÃO CONTRATUAL.....	134
6.1 CONTRATO DE TRATO SUCESSIVO	135
6.1.1 Execução Diferida	136
6.1.2 Execução Continuada	137
6.1.3 Execução Periódica.....	137
6.1.4 Execução a Termo	137
6.2 ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	138
6.3 FATO SUPERVENIENTE.....	146
6.3.1 Inimputabilidade do Evento ao Contratante Prejudicado.....	148
6.3.2 Imprevisibilidade.....	149
6.3.3 O Risco Contratual	157
6.3.4 A Mora da Parte Lesada.....	162
6.4 EXTREMA VANTAGEM PARA UM DOS CONTRATANTES.....	169
7 ALGUNS ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA REVISÃO CONTRATUAL	174

7.1 LEGITIMIDADE	174
7.2 LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ	179
7.3 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	190
7.4 RECONVENÇÃO	200
CONCLUSÃO	205
REFERÊNCIAS.....	208

INTRODUÇÃO

Poderá o julgador diante do pedido de revisão criar cláusula contratual? Em criando cláusula nova quais critérios e circunstâncias deverá atender para aferição do gravame gerado pelo fato superveniente? Qual prazo terá o contratante lesado para buscar guarida judicial em face do fato exógeno agravador da prestação devida?

Estas inquietações ainda não encontram respostas definitivas no ordenamento jurídico, e nem mesmo na jurisprudência. A angústia gerada pela falta de solução a estes questionamentos deve-se a recente promulgação do Código Civil, e ao fato de que pleitos fundamentados na novel lei civil ainda não alçaram as instâncias superiores. Donde dizer que sequer se pode antever qualquer entendimento que possa a vir a ser consolidado.

Contudo, não se pode furtar, ainda que em sede de investigação acadêmica, ao menos a busca de possíveis respostas ou formulações. Lacunoso o texto da lei, abebera-se da doutrina e do instrumental principiológico que rege o sistema jurídico brasileiro.

O trabalho abrange o estudo dos modelos contratuais, dos requisitos de existência do contrato, e da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana através do contrato. Compreende ainda a leitura do contrato conforme a Constituição e a constatação de que novos princípios contratuais tais quais a justiça contratual, boa-fé objetiva e função social do contrato foram agregados à teoria contratual. Lembra que a autonomia continua sendo princípio orientador da referida teoria, mas com nova matiz, e sob nova denominação – autonomia privada.

A análise da principiologia contratual é elaborada mediante a constatação de que o contratante, e as demais pessoas por ele eventualmente atingidas, sob o prisma do sistema constitucional, requerem proteção integrada que sublime a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, qual seja a promoção da dignidade da pessoa humana.¹

¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50.

Isto porque os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico e dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Exercem os princípios constitucionais os papéis de condensar valores; dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Afinal, é o ser humano a razão da existência da sociedade, logo ele deve ser o principal foco das atenções.

A incidência de princípios constitucionais, como os da igualdade substancial e da solidariedade social, proporcionou uma profunda modificação do direito das obrigações e de seu instituto historicamente mais destacado: o contrato. A obrigação, como complexo de direitos e deveres, assume uma conotação normativa que lhe atribui um perfil funcional, voltado ao atendimento de valores fundamentais do ordenamento.²

E entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. E estes são, sobretudo os princípios e decisões valorativas que encontraram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da 'dignidade da pessoa humana' (...), a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, com as suas concretizações.³

E é porque o sistema jurídico não se posiciona fora e depois do contrato, unicamente como um sistema de garantia da execução forçada dos seus efeitos vinculativos⁴, que as cláusulas gerais contidas nos artigos 420 e 421 do Código Civil de 2002 possibilitam o cumprimento dos preceitos constitucionais. O primeiro, consubstanciado na exigência de atendimento da função social do contrato, impondo aos contratantes um agir com socialidade, ou seja, a liberdade de contratar encontra como limitador o comprometimento dos parceiros contratuais em não atingir interesses e direitos de terceiros, de forma que o velho princípio da relatividade dos efeitos perde força perante a busca de uma sociedade solidária (art. 3º, I CF). Enquanto o disposto no artigo 422, exige dos contratantes um agir ético, um laborar

² MATTIETTO, Leonardo. Função Social e Relatividade do Contrato: Um contraste entre Princípios. Revista Jurídica, n. 342, abr-jun. 2006.

³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 410.

⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 215.

de acordo com a boa-fé e a probidade de forma que o contrato contribua para o alcance da dignidade da pessoa humana, bem como favoreça a construção de uma sociedade justa e possa, inclusive, nos efeitos contratuais contribuir para a promoção do bem estar de todos (arts. 1º, III e art. 3º, I e IV da CF).

Assim, o contrato somente reflete condição de justiça, quer em relação aos contratantes, quer em relação à sociedade na qual é pactuado, quando atender os princípios ordenadores da teoria contratual. E quando ocorrer ruptura entre as condições contratuais estabelecidas pelas partes na oportunidade da contratação e a sua execução (especialmente nos contratos de trato sucessivo), e que o equilíbrio das prestações desapareça, a justiça contratual estará afetada, impondo-se a revisão do pacto.

Não se cuida de fazer letra morta do princípio da *pacta sunt servanda*, muito menos de desconhecer o risco próprio e natural do contrato, mas sim em redimensionar tanto a obrigatoriedade, que não deve ultrapassar o que seja sensatamente aceitável, quanto o risco que pode atingir o extremo de causar a ruína do contratante.

Destacam-se as principais formulações tendentes a estabelecer critérios e parâmetros para a alteração judicial dos contratos. Parte-se da Lei 48 do Código de Hamurabi, passa-se pela fórmula *qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, conhecida largamente como cláusula *rebus sic stantibus*⁵, perpassando pela teoria da pressuposição, teoria da base subjetiva do negócio jurídico, teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, teoria da onerosidade excessiva, entre outras de menor repercussão. Percebe-se em todas o esforço dos juristas e glosadores a tentativa de explicar imprevisibilidade e os contratuais dela decorrentes. Algumas com relativo sucesso foram acolhidas por ordenamentos estrangeiros e outras, ainda pendentes de discussão acadêmica e conflito jurisprudencial. No que toca ao direito brasileiro, ao menos três são prestigiadas pela lei, quais sejam a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, a teoria da onerosidade excessiva e de forma genérica a teoria da imprevisão.

⁵ “Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim”.

Diferencia-se revisão de modificação contratual, estabelecendo comparação com a revisão intentada com base na legislação consumerista e no Código Civil. Demonstra-se ainda a prevalência do princípio da conservação do contrato em face da possibilidade legal da resolução, o que indica que havendo condições os pactos devem ser revistos e não resolvidos. Não apresenta a legislação civil opção expressa pela manutenção do pacto, mas utilizando-se da interpretação sistemática do Código Civil percebe-se esta opção.⁶ Salientando-se que “os princípios têm sido estudados e têm sido colocados, pela doutrina, como verdadeiras fontes de informação do sistema positivado. Por isso mesmo é que temos princípios explícitos e princípios implícitos.”⁷

Embora uma leitura perfunctória das normas concernentes ao instituto da onerosidade excessiva, postas no Código Civil, possam levar à equivocada idéia de que a regra seria a resolução contratual e a exceção a sua revisão, pela interpretação sistemática e pelo princípio implícito da conservação dos contratos quer parecer que primeiramente deve-se buscar a revisão e somente quando ela se afigurar inviável ou ocasionar a extinção da finalidade contratual valer-se-á da resolução.

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha facultado a possibilidade de revisão dos contratos (artigos 480 e 317), não estabeleceu o legislador quais sejam os pressupostos autorizadores à inauguração do pleito revisional e nem mesmo quais seriam (e se devem existir) limites à atuação judicial ao modificar cláusula ou cláusulas contratuais. Estas indagações têm por foco a constatação de que sempre há a possibilidade de que a decisão judicial altere as bases negociais que foram justamente as motivadoras da contratação. Também não estabeleceu o legislador prazo para o ajuizamento da ação revisional, o que motiva a indagação quanto a tratar-se de prazo prescricional ou decadencial e ainda se é possível promover-se

⁶ Artigo 184 do Código Civil: Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

⁷ LOTUFO, Renan. **A prescrição, os títulos de crédito, a certificação do inadimplemento após o novo Código Civil.** In **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil:** estudos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves: (coord. Arruda Alvim, *et alii*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 531.

analogia tocante ao prazo com as hipóteses previstas nos artigos 205 e 206, parágrafo 5º do Código Civil.

Diante da ausência de delimitação legislativa quanto aos pressupostos autorizadores da revisão contratual, prazo prescricional ou decadencial para o ajuizamento das demandas revisionais, poder de atuação judicial no que tange à modificação de cláusula ou cláusulas contratuais, são abordadas as dificuldades das partes contratantes ajuizarem ou contestarem pedidos revisionais, tanto quanto do juiz em decidir de forma equânime. Afinal, de uma banda encontra-se o contratante que não pode cumprir o pacto sem que sejam revistas as condições negociais, e de outra o contratante que mesmo conhecedor das alterações das condições em que originariamente foi pactuado o contrato, não sofreu qualquer vantagem desarrazoada.

1 MODELOS CONTRATUAIS

1.1 MODELO LIBERAL

Um dos valores mais buscados pelo homem sempre foi e continua sendo a liberdade. Nada que conquiste terá o gosto e trará satisfação ao ser humano se lhe faltar a liberdade, se lhe faltar a possibilidade de auto-determinar-se e conduzir sua vida como lhe aprouver. Afinal,

Toda a evolução da sociedade civil pode ser resumida no caminho do *status* para o contrato. É a liberdade contratual a verdadeira mola mestra de toda a teoria negocial.⁸

O Estado Liberal surge com expressiva evidência na Revolução Francesa de 1789, que traz como bandeira a defesa dos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, busca a separação entre o Estado e sociedade enquanto conjunto das atividades particulares dos indivíduos, sobretudo as de natureza econômica.

Assim, no plano econômico, o liberalismo opôs-se à intervenção do rei nos negócios que se dava por meio de procedimentos típicos da economia mercantilista tais como a concessão de monopólios e privilégios. Pretendia-se a defesa da propriedade privada, dos meios de produção e a economia de mercado, baseada na livre iniciativa e competição, sob a alegação de que o equilíbrio poderia ser alcançado pela lei de oferta e procura.

Nesta esteira, no campo contratual, preconiza-se o primado do *laissez-faire*, *laissez-passer*, *le monde va du lui-memê* (“deixar fazer, deixar passar, que o mundo anda por si mesmo”).

O liberalismo econômico, também ele uma doutrina desenvolvida no século XVIII, inspira-se na valorização da *vontade individual* como elemento de garantia do *equilíbrio econômico* e da prosperidade. Na base desta doutrina econômica está a concepção de que a satisfação dos interesses individuais dá lugar, como consequência inexorável, à satisfação do interesse geral, que nada mais é do que a soma dos interesses individuais.

O ‘contrato social’ é, neste contexto, ao mesmo tempo fundamento e limite do controle do Estado sobre certa esfera da vida em sociedade. As

⁸ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 37.

limitações impostas pelo Direito objetivo à liberdade dos indivíduos retiram a sua legitimidade do consentimento. No âmbito das relações interprivadas, a lógica mantém-se: o contrato constitui um instrumento de autolimitação da liberdade individual e, nesta medida, só pode justificar-se desde que fundado no consentimento dos indivíduos que assim se tornam 'relativamente' menos livres em face da força obrigatória do vínculo entre eles voluntariamente formado.⁹

Tem-se a crença ou quer crer-se, neste momento, que o equilíbrio contratual seria decorrência lógica da valorização da vontade individual como pilar do contrato; que cada parte ao contratar estaria restringindo sua liberdade e assim respeitando a esfera de liberdade do outro. E mais, que a satisfação econômica de cada um representaria a satisfação econômica coletiva.

Protege-se a liberdade, inclusive a contratual, em confronto ao absolutismo que dantes reinava. Na defesa da liberdade conquistada, avança o liberalismo para defesa da liberdade individual, e esta se concretiza na auto-determinação e na autonomia da vontade no ato de contratar.

A noção de contrato, como expressão da liberdade individual ou da autonomia da vontade, foi desenvolvida em um contexto histórico preciso: O Estado moderno. E, mais precisamente, na fase do Estado liberal. Seu ápice coincidirá com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX, quando se elaborou a teoria do negócio jurídico.¹⁰

Fruto da Revolução Francesa, o Code - o Código Civil de Napoleão é formulado sob as premissas da igualdade e liberdade, do qual emerge o contrato como instrumento de circulação de riquezas e da ascensão da classe burguesa, firmando-se a idéia de Fouillée: "*Qui dit contractuel, dit juste.*" E a concepção moderna do que fosse justiça contratual neste período, tem seu sustentáculo no livre exercício da vontade individual.¹¹

Para aquele momento histórico,

⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 25-26.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O Contrato: Exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 13, *apud* NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 48.

¹¹ NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 108-109.

As revoluções do século XVIII são o ponto de partida para o Estado de Direito liberal, que tem seu apogeu no século seguinte. São um *turning point* histórico, sinalizando a mudança de uma sociedade estamental típica do feudalismo para a sociedade burguesa, caracterizada no plano jurídico pela igualdade formal e pelos direitos de primeira geração.

É entre esses direitos, mais importantes que os direitos de participação (o *status activus*, direitos políticos) eram os definidores do *status negativus*, i. e. uma esfera de liberdade imune à intervenção do Estado (daí sua denominação também como direitos de defesa). Pois mais importante que o direito a participar na configuração política do Estado era a garantia de uma economia não importunada por ele. (...) Em outros termos: se não se podia ter o Estado conforme se queria, que ao menos ele não constituísse óbice ao bom andamento da economia.¹²

A deflagração da Revolução Francesa traduziu a verdadeira emancipação - ao menos da classe burguesa em relação ao *status quo* em vigor. Mesmo não se desenvolvendo como o modelo desejado, ao menos no campo econômico a classe economicamente ativa mostrava-se satisfeita, eis que almejava e conquistara a liberdade contratual.

Assim, quando surgiu o Estado Liberal, baseado nos fundamentos básicos, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade, aliados ao princípio da não-intervenção estatal, houve verdadeira mutação no tratamento jurídico; as pessoas que direito algum possuíam, passaram a ter todos; a desigualdade transformou-se em igualdade absoluta; idêntica situação ocorreu com a liberdade. O meio termo era conferido pela fraternidade.¹³

Mesmo que a *forceps*, mesmo que via revolução incitada pela classe burguesa, conquista-se a liberdade, inclusive a contratual, que vem fundamentada na igualdade e somente após algum tempo descortinasse como igualdade tão somente formal e não material. De qualquer sorte, o rompimento do absolutismo representou emancipação dos paradigmas então vigentes.

Nesta passagem entre o paradigma do absolutismo e o paradigma liberal firmaram-se influências significativas no Direito, quais sejam o liberalismo econômico, o individualismo e o voluntarismo. Era necessário naquele momento histórico para que a burguesia pudesse prosperar, que o modelo de circulação de riquezas se livrasse das amarras do sistema feudal. Daí incorporaram-se ao discurso

¹² VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. **O chamado direito civil constitucional**. In **A Reconstrução do Direito Privado**, Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.

¹³ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-negocial: O Rompimento das Tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 37.

da Revolução Francesa dois essenciais princípios da teoria clássica dos contratos, quais sejam a igualdade formal das partes contratantes e a liberdade de contratar. Buscava-se com esta apologia a plena igualdade dos cidadãos perante a lei e o exercício da tão propagada liberdade, que a burguesia pudesse ter acesso irrestrito a toda espécie de bens, mesmo aos que eram reservados ao clero e à nobreza.

Rogério Ferraz Donini lembra que:

O contrato, nesse modelo liberal, faz lei entre as partes, e sua força é reconhecida no brocardo *pacta sunt servanda*. Destarte, se os contratantes são livres para celebrar um pacto e o fazem, passam a assumir todas as obrigações convencionadas, segundo a vontade manifestada, devendo, pois, ser cumprido aquilo que foi acordado.¹⁴

Como baluarte de liberdade o contrato no século XVI passou a ser reconhecido e tratado como o mais importante dos negócios jurídicos realizados entre as pessoas. Afinal, era representativo da liberdade recém conquistada; liberdade esta que era fruto da vitória da burguesia sobre o Estado absolutista então reinante. Conquistada a liberdade e resultando possível o acesso da burguesia aos bens que antes estavam restritos aos nobres, os contratantes tinham o mais pleno respeito ao contrato, eis que a ele puderam vincular-se justamente por terem se sagrados vencedores na batalha contra a nobreza. Disto decorria a lógica que o respeito ao pacto livremente firmado representava respeito à própria conquista da liberdade.

A valoração dos princípios da liberdade e igualdade ganhou tamanha força entre os séculos XVIII e XIX que somente se entendia que a liberdade individual do homem se media pela sua possibilidade de tratar, ou seja, sendo capaz de contratar o indivíduo era considerado livre.¹⁵

Sustentou o liberalismo que o contrato, além de fonte de direito por excelência, constituir-se-ia em mecanismo idôneo a estabelecer relações individuais justas. E sob este pensar decorreu a construção do primado autonomia da vontade, representando o espaço concedido aos particulares, recém libertos do absolutismo,

¹⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. **A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3.

¹⁵ Darcy Bessone, *apud* Paulo Neves Soto. **Novos perfis do direito contratual**. In **Diálogos sobre direito civil**. Organizadores Carmem Lucia Silveira Ramos e outros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

para que pudessem livremente exercitar seus desejos e anseios outrora impedidos pelo Estado totalitário. Construiu-se tal pensamento sob o fundamento de que o exercício das liberdades individuais resultaria na realização da justiça. Propugnou-se pela tese de que cada indivíduo exercendo autonomamente sua liberdade, em especial a contratual, retrataria um modelo de sociedade justa.

Este primado estava umbilicalmente ligado à chamada harmonia dos interesses retratada por Adam Smith:

Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo. [...] É evidente que cada indivíduo, na situação local em que se encontra, tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo.¹⁶

De forma que para o liberalismo econômico há uma relação de igualdade entre o “justo” e o “querido” e as partes negociantes teriam como único limite objetivo ao conteúdo de suas convenções a moral pública.¹⁷ Alerta Carlos Alberto da Mota Pinto que

Num ordenamento que admita, sem limitações, a liberdade contratual, não há uma justiça ou rectidão contratual há um “justum pretium”. Essa perspectiva está hoje ultrapassada: importa criar e garantir os pressupostos da formação dos contratos, num quadro de real e efectiva autodeterminação recíproca. Impõe-se corrigir ou impedir os desenvolvimentos absolutos da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes, bem como as exigências da justiça social. Assim o reclama uma consideração conjunta e permanente da personalidade do homem e da sua socialidade.¹⁸

Ocorre que a igualdade formal entre os indivíduos e entre estes e empresas e órgãos estatais não corresponde a uma igualdade real. A vida em coletividade revela que alguns são dotados de maior conhecimento, outros dotados de maior poder aquisitivo e ainda outros dotados (no caso das empresas e de órgãos do

¹⁶ *Apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

¹⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 98.

¹⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 98.

Estado detentores de exclusividade da distribuição de bens e serviços) de maior poder de negociação.

Este exercício de liberdade que a burguesia propagava dar-se através de liberdade contratual conquistada, não era imune de interesse por parte desta casta, ao contrário a esta categoria interessava propagar o emergente capitalismo.

Deste período pode se constatar que somente se considerava livre o indivíduo que pudesse contratar, todos os demais estariam fadados a exclusão do modelo de sociedade patrimonial então reinante. E de outra banda, os contratantes, vinculados ao contrato pela premissa da obrigatoriedade em virtude da liberdade exercida através do ato contratual, muitas vezes tornavam-se escravos da tão festejada igualdade formal e liberdade contratual.

Pelas amarras causadas pela interpretação extremada dos axiomas da Revolução Francesa, o modelo liberal de contrato acabou por naufragar, pois a história provou que tal sistema econômico e os efeitos jurídicos que lhe eram próprios, ou seja, a não-intervenção, apenas privilegiava o forte. Afinal, como as pessoas eram desiguais não eram verdadeiramente livres e na temível e inevitável luta econômica pela sobrevivência somente o forte era privilegiado.¹⁹

1.2 MODELO SOCIAL

Por não mais apresentar congruência com as inovações trazidas pela Revolução Industrial, o modelo liberal de contrato mostrou-se inapto a servir como instrumento justo para circulação das riquezas. Afinal, com a produção de bens em massa, as mercadorias e serviços passaram a ser negociados de forma padronizada, de modo a tornar de difícil realização contratos nos quais as partes pudessem discutir as cláusulas que melhor lhes conviessem.

Deste descompasso entre o modelo contratual clássico acompanhado da evolução do pensamento jurídico surge uma nova concepção de contrato – que se

¹⁹ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 38.

firma como concepção social do contrato e que contrapõe o modelo liberal clássico, o modelo contemporâneo.²⁰

Note-se que o declínio do contrato tradicional, fundado na absoluta liberdade contratual, resulta da massificação das relações contratuais. Porém, enquanto a massificação da política já era patente no século XIX, a massificação contratual ganhou evidência na virada do século e somente assumiu características de situação dominante na era pós-Segunda Guerra Mundial. Embora de searas diversas, tanto o sufrágio universal praticado pela democracia exercida no século XIX não garantia igualdade real entre todos os cidadãos - somente os que tinham poder eram ouvidos – quanto a festejada igualdade entre as partes contratantes não impedia que o mais forte determinasse o conteúdo do pacto.

Com o evento da massificação do contrato a posição do mais fraco ficou visivelmente a descoberto. Aliás, note-se que o fenômeno ficou patente não tanto pela impossibilidade de o mais fraco conseguir a inclusão de cláusulas divergentes das padronizadas, como pelo fato de que foi a própria massificação que permitiu que os mais fracos adquirissem consciência de que também tinham força: eles constituíam a *massa*, estando igualados na “desgraça”, o que facilitava a sua reação coletiva.²¹ Fernando de Noronha destaca ainda que

se o fenômeno da própria massificação já era suficiente para impor aos Poderes Públicos preocupações acrescidas com a população e os seus problemas e se as demandas desta por justiça já não podiam deixar de sensibilizar a *jurisprudência*, acresce ainda, nas sociedades organizadas politicamente como democracias, que são as massas que detêm o voto – e aquela fatia de poder associado a ele. E ainda que o poder associado ao voto, mesmo em regimes democráticos, não seja absoluto (e possa ser aproveitado por grupos, especialmente aqueles com poder econômico, como apoio para se manterem no poder ou a ele se guindarem), sempre é poder não desprezível. Daí que à ação da jurisprudência se tenham juntado os movimentos dos consumidores, e a eles se tenha somado a intervenção do Estado, com leis de proteção contra cláusulas abusivas, etc.²²

²⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24.

²¹ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 73.

²² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 73-74.

Neste diapasão percebe-se que a consciência adquirida pelo cidadão/contratante/eleitor estava sendo subjugado pela massificação do ato contratual, de certa forma pressionou a classe política, e porque não dizer poderosa, a promover intervenções na ampla liberdade contratual. Afinal, se a classe contratante eleitora encontrava insatisfeita o próprio poder delegado aos homens do poder estava ameaçado, eis que em última instância seu poder se mantém pela aquiescência do eleitor. Chega-se neste momento, já considerado democrático, a premente necessidade dos governantes e legisladores promoverem uma releitura da liberdade contratual de forma a efetivamente transformá-la numa das conquistas do estado democrático de direito.

Em decorrência dos abusos e atentados contra a dignidade da pessoa humana durante a II Guerra Mundial, as constituições passaram a inserir em seus textos cláusulas gerais de proteção à pessoa humana em sua dignidade existencial. E na busca da concretização destes valores o Estado passa atuar de forma intervencionista, eis que a revolução industrial e tecnológica e o regime capitalista vigente promoveram profundas transformações econômicas na sociedade. A multiplicação das operações de crédito, de financiamento, de fornecimento de serviços,

ditaram modificação da função do contrato: deixou de ser mero veículo do poder de autodeterminação privada para tornar-se um instrumento de realização, também, do interesse coletivo. O contrato passou, então, a *ter função social*, num fenômeno semelhante ao ocorrido com a propriedade. Aliás, isto não deve causar surpresa, na medida em que o contrato, nos moldes tradicionais, é concebido como engenho para servir à propriedade.²³

Nesta reengenharia econômica de massificação fêz-se necessário compensar a fraqueza econômica dos pobres com uma superioridade jurídica através da utilização de técnica legislativa que determinasse o conteúdo do certos contratos, pois era preciso criar um sistema de defesas e garantias para impedir que

²³ VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 44, p. 112, 1988.

os fracos fossem espoliados pelos fortes, bem como assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais.²⁴

Eros Grau observa que o atuar do Estado sobre o domínio econômico impacta de modo muito sensível o regime jurídico dos contratos, eis que ele

deixa de ser responsável apenas pela realização da ordem, segurança e paz e passa a cumprir o papel de ordenador do processo econômico, devendo prover a realização de justiça social e desenvolvimento – fins da ordem econômica – passa ele, mediante a dinamização de instrumentos e mecanismos vários, a condicionar e a direcionar o exercício daquela prerrogativa. (...) Do momento de voluntarismo passamos ao dirigismo contratual [...]. A ação intervencionista do Estado acaba por impor a reformulação da teoria ortodoxa dos fundamentos do contrato (...)²⁵

Várias foram as restrições estatais na busca da equalização dos interesses dos contratantes. Algumas determinando a estabilidade da convenção, como o caso da prorrogação e renovação de locações prediais; outras como garantia contra certas áleas, tais como as indenizações por acidentes de trabalho e privilégio dos trabalhadores nos processos falimentares; outras de natureza limitadora de despesas e encargos como as regras sobre o preço das locações; e ainda algumas restrições referentes a garantia de um mínimo de proveito como a imposição de salário mínimo.²⁶

E não só, o Estado Social, na ânsia de desenvolver o *Welfare State*, promoveu limitações contratuais através do fenômeno do dirigismo como também parte da sociedade buscou associar-se, quer através de associações de fazendeiros, inquilinos, mutuários do sistema financeiro, consumidores.

Por esse fenômeno associativista, nos dizeres de Antunes Varela:

As pessoas em lugar de permanecerem isoladas, dispersas, desarticuladas perante o crescente poder do Leviathan, que é o Estado moderno socialista ou intervencionista, procuraram organizar-se e concentrar a sua força em torno de interesses fundamentais que facilmente as aglutinam em grandes grupos.²⁷

²⁴ BESSONE, Darcy. **Do Contrato: Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 35.

²⁵ *Apud* Marta Maria Vinagre. A outra face do contrato. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 44, p. 113. 1988.

²⁶ BESSONE, Darcy. **Do Contrato: Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 35.

²⁷ *Apud* Marta Maria Vinagre. A outra face do contrato. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 44, p. 114-114, 1988.

Portanto, a ideologia social, traduzida por valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX ao tempo em que a sociedade exige ter acesso aos bens da vida. E neste cenário firma-se

A communis opinio de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor.²⁸

Contudo, a intervenção estatal não pode aniquilar a autonomia privada, mesmo porque não se pode falar em contrato sem que as partes contratantes possam regular seus interesses, ainda que de forma pré-limitada pelo Estado. Dessa forma, busca-se através de normas jurídicas, estimular formas obrigatórias de cooperação, de solidariedade entre a comunidade, fundamentalmente para viabilizar a convivência, a paz social, dirimir conflitos latentes, e cria-se instrumentos de distribuição dos benefícios sociais da vida em coletividade. O direito social quer gerar justiça, permitindo a acumulação capitalista, mas evitando alguns impactos negativos, que colocariam em risco a coesão social.²⁹

Não por ser Estado Social o Estado pode declinar do contrato. E o contrato oriundo da autonomia da vontade na auto-regulamentação dos interesses privados deve servir como meio racional, inteligente e civilizado de compor interesses, de prevenir demandas, de promover a riqueza privada e o desenvolvimento social, ele tem de ser um instrumento de paz, de segurança, de confiança e de estabilidade das relações jurídicas. E neste contexto, o Estado Social, modificando as bases contratuais prestou sua contribuição, intervindo e dirigindo quando necessário. Mas, aponta-se que o momento seria o do retorno ao indivíduo, sem regresso às antiquadas concepções liberais, mas fincando-se num meio termo em que se procure estabelecer a paz e a segurança no meio social, sem o aniquilamento da

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 3.nov.2006.

²⁹ TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 844, p. 89, 2006.

personalidade privada, e sem que se tire da preocupação do jurista e do sociólogo a pessoa humana, ela em si e como tal considerada.³⁰

1.3 CONTRATO ENQUANTO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

A fuga do Estado Liberal e a busca pela construção de ordenamentos jurídicos que se afastassem dos regimes totalitários, tal como o socialista, fez-se construir através da elaboração filosófica do Estado Social. A mudança de paradigma se fez com vistas a busca de normas que pudessem facultar aos homens uma convivência mais justa, equânime e igualitária. A construção deste novo paradigma não se concretizou imune a intervenção estatal, mas assim acontece para que a construção de uma teoria contratual possa refletir os anseios do solidarismo e do respeito à dignidade da pessoa humana. Daí surge uma concepção do contrato mais social, como instituição jurídica flexível, que possa servir de ponto de encontro dos direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos e merecedores de serem sujeitos de direitos fundamentais.³¹

Somente com a desconstrução dos postulados que permeavam a teoria contratual liberal se pode reconstruir uma teoria contratual capaz de satisfazer a prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana³² (art. 1º, I e III, da CF), fundamentos da República, e ao princípio da igualdade substancial (art. 3º, III) e a isonomia formal (art. 5º e § 2º CF).

Na busca da construção dum sistema jurídico capaz de resguardar tão importantes valores, necessário se fez um diálogo entre o direito público e o direito privado. Isto a partir de

³⁰ VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 44, p. 116, 1988.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 210.

³² Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como a "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínima para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. In **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

Uma conclusão óbvia no sentido de que responsável pela promoção humana não é tão somente o aparelhamento público, mas também a sociedade, especialmente no que concerne o valor respeitante à solidariedade. Portanto, ao que parece, a construção doutrinária setORIZADA deve dar lugar à tutela fundamental dos direitos humanos em sua concepção mais ampla. Nesta direção, inclusive, caminharam as Constituições de diversos países após o último grande cataclismo, aproximando de forma acentuada os fins do direito público e do direito privado.³³

Se em diversas situações conflituosas postas à análise judicial a resolução dos conflitos passa pela interpretação integrada entre o direito público e o direito privado, no que toca à tutela da personalidade esta efetivamente não pode ocorrer em setores estanques, distinguidos entre direitos humanos de um lado e situações jurídicas de direito privado de outro. A pessoa, sob o prisma do sistema constitucional, requer proteção integrada, que sublima a dicotomia direito público e direito privado e atenda à clausula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade da pessoa humana.³⁴

De forma que o direito privado cede lugar a existência de direitos intermediários, que, tanto na tarefa de unificação do Direito quanto na resolução dos casos concretos advindos da experiência jurídica, exigem interpretações *integradas*.³⁵ E assim, a concepção distintiva entre direito público e privado, por mais esforços que os doutrinadores deslocassem para explicá-la deixou de fazer sentido. E, na medida em que

Pela evolução da sociedade, o centro das ações deixou de ser uma relação de subordinação existente entre o ente público e o particular, a distinção deixou, igualmente, de ter sentido prático. Isto porque a regra constitucional também deixou de significar norma destinada ao poder legislativo, tornando-se regra suprema de conduta, de caráter positivo e negativo, destinada a todos, inclusive ao Poder Público.³⁶

Mesmo porque o direito civil não se apresenta como antítese ao direito público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e de

³³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e Relações Jurídicas Contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58. v. 15, p. 55-56. abr-jun.2006.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50.

³⁵ DIAS, Joaquim José de Barros. **Direito Civil Constitucional**: Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 18.

³⁶ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-negocial. O Rompimento das Tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 45.

sistematização de institutos atinentes à vida dos cidadãos como titulares de direitos civis e retornando-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado, não existe contraposição entre o público e o privado, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário.³⁷

Contudo a transposição da dicotomia do direito entre público e privado e o entendimento do Direito como ordenamento jurídico unitário e coeso com base nos valores constitucionais não ocorreu de forma tranqüila. Antes sim, passou-se pelo trauma mundial do nazismo, que em boa parte estava garantido porque previsto no ordenamento jurídico. Desta experiência, entre outras, percebe-se que não bastava a existência de regras a comandar a ação do Estado, nem tampouco um democracia genérica, porque nem sempre a vontade da maioria reflete o sentimento mais adequado no âmbito dos direitos humanos. Passado o trauma da II Guerra Mundial migra-se para um sistema de total intervencionismo estatal, sob a falsa premissa da prevalência do direito público sobre o privado. Somente com a promulgação da Constituição Italiana em 1947 destaca-se o homem como foco do ordenamento jurídico, passa-se a proteção do indivíduo enquanto indivíduo e não como mola propulsora do capitalismo. Portugal e Espanha, embora com considerável atraso; seguem o modelo italiano e alemão e instituem em seus textos constitucionais (1976 e 1978 respectivamente) a valorização do ser humano como preocupação precípua. E, o Brasil, - mais tardiamente – somente com a promulgação da Constituição de 1988 insere de maneira verdadeiramente relevante a dignidade da pessoa humana que passa a ser corolário constitucional.³⁸

Cumprе salientar que a relevância do art. 1º, III da Constituição reside no fato do dispositivo indicar como um dos fins do Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas se tornem dignas.

A inserção, no texto constitucional, do princípio da dignidade humana como princípio fundamental encontra seu fundamento no personalismo ético. Para Larenz

O personalismo ético atribui ao homem, precisamente porque é pessoa em sentido ético, um valor em si mesmo – não simplesmente como meio para

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

³⁸ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-negocial**: O Rompimento das Tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 45-48.

os fins de outros – e, neste sentido, uma ‘dignidade’. Disto se segue que todo ser humano tem frente a qualquer outro o direito de ser respeitado por ele como pessoa, a não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo, a saúde) no mesmo âmbito que cada indivíduo está obrigado frente a qualquer outro. A relação de respeito mútuo que cada um deve a qualquer outro e pode exigir dele é a ‘relação jurídica fundamental’, a qual segundo esta concepção, é a base de toda convivência em uma comunidade jurídica e de toda relação jurídica em particular. Os elementos essenciais desta relação jurídica fundamental são o direito (a pretensão justificada) e o dever, assim como a reciprocidade dos direitos e deveres nas relações das pessoas entre si.³⁹

A essencialidade do respeito à dignidade humana, que se apresenta como direito e dever - que tanto pode ser exigido como deve ser prestado por todos os que convivem em sociedade -, ao ser incluído no texto constitucional como princípio fundamental deve servir como critério de interpretação e de integração do direito posto, dando coerência geral ao sistema jurídico. Serve ainda, enquanto princípio, como meio necessário à efetivação da garantia constitucional dos direitos fundamentais exercendo função fundamentadora, supletiva, diretiva e limitativa, neste último caso, para as normas programáticas.⁴⁰

Gisele Maria Bester pontua que o princípio da dignidade da pessoa humana representa

Valor supremo que norteia e atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais em nosso ordenamento; é o princípio que se sobrepõe a tudo e em primeiro lugar, por isso considerado megaprincípio, superprincípio (...) e para sua efetividade requer: f) função social do contrato, derivando do princípio geral constitucional da função social e indicando a constitucionalização do direito civil brasileiro, eis que esta previsão está no art. 421 do novo Código Civil. Assim, até este que era o reduto impenetrável da vida privada, agora pode sofrer ingerências do Estado sempre que estiver violando ou deixando de cumprir uma função social, o que, em última instância, comunica-se, pela via da proteção dos hipossuficientes, como princípio da dignidade da pessoa humana.⁴¹

Fundada no personalismo ético e inserida no texto constitucional como fundamento da República e ainda, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, a dignidade da pessoa humana

³⁹ *Apud* POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-negocial: O Rompimento das Tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 54.

⁴⁰ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. p. 270-271.

⁴¹ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. p. 289-291.

configura cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico.⁴² Decorrência deste status constitucional é que a plena realização da dignidade humana não se conforma com a setorização da tutela jurídica ou com a tipificação de situações previamente estipuladas, exige ao reverso instrumentos de proteção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratualmente.⁴³

Restando estabelecido pela doutrina majoritária que a dignidade da pessoa humana deve permear toda a sistematização do ordenamento jurídico, a legislação infraconstitucional relativa às normas de trabalho, previdenciário e direito acidentário somente admitem restrições às garantias individuais ou sociais se tiverem o condão de proteger a própria dignidade humana. Entretanto, no direito privado encontra ele, além de sua exortação natural, uma especificidade ao tempo em que são regulamentados os chamados direitos da personalidade.⁴⁴ E a personalidade como ensina Pietro Perlingieri, não é um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.⁴⁵ E quanto à regulamentação das relações jurídicas patrimoniais,

Já na regulamentação das relações jurídicas patrimoniais, ao revés, a dignidade da pessoa humana é o limite interno capaz de definir como novas bases as funções sociais da propriedade e da atividade econômica. A assertiva é confirmada pela técnica empregada pelo constituinte, associando, expressa e imediatamente, à garantia do direito de propriedade (art. 5º, xxii), o atendimento de sua função social (art. 5º, xxiii); e às finalidades da ordem econômica, o dever de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e sociais, além da busca do pleno emprego (art. 170, *caput*, e incisos iii, vii e viii). (...) Definidos os objetivos maiores e os fundamentos da república, na técnica constitucional de enumeração introdutória de princípios fundamentais, a eles não se pode supor alheia toda a gama de relações de direito privado, cabendo aos operadores do direito cotejarem a atividade econômica privada com parâmetros do texto maior.⁴⁶

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 48.

⁴³ *Passim* TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 46.

⁴⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 155.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49-50.

No que toca à teoria contratual, a Constituição Federal não retira o caráter patrimonial do contrato, não lhe retira a característica principal de servir de instrumento a circulação de riquezas. Antes disso, prestigia sob o tópico da ordem econômica (art. 170 caput CF), a livre iniciativa alicerçada contudo na valorização do trabalho humano que deve conduzir a existência digna. Claro está que a Constituição Federal preza e estimula o desenvolvimento econômico do país, que dentre outros mecanismos também se desenvolve através das estipulações contratuais.

Contudo, qualquer que seja a esfera negocial necessário atentar-se para o fato de que o princípio da dignidade da pessoa vincula também o âmbito das relações entre particulares. Isto porque já há algum tempo se percebeu, em face da opressão socioeconômica exercida pelos denominados poderes sociais, que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral. E a dimensão particular da opressão econômica, provocada em parte pela globalização econômica, privatizações e pelo nível de exclusão promovido por grandes corporações internas e transnacionais⁴⁷ por vezes também atinge a dignidade humana em virtude das condições negociais impostas aos parceiros contratuais ou aderentes.

Com efeito, ainda que determinado contrato tenha sido travado em pleno exercício da autonomia privada dos contratantes, acaso atinja alguma das esferas da dignidade da pessoa humana caberá ao Estado intervir a fim de proteger a pessoa ou pessoas que atentaram contra sua própria dignidade.

Ingo Wolfgang Sarlet, buscando no direito comparado um exemplo concreto de intervenção estatal a fim de resguardar a dignidade humana pela via contratual, anota:

Assim, em sede de direito comparado, vale referir decisão da Corte de Apelação de Paris, quando, ao reconhecer a existência de um direito à moradia (*droit au logement*), por sua vez reconduzido ao princípio da dignidade da pessoa humana, admitiu restrições ao direito de propriedade, que – de acordo com a Corte – não autoriza o abuso por parte do proprietário, notadamente quando configurado o abandono, de tal sorte que, nestas circunstâncias, deverá prevalecer o direito à moradia, já que

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 110.

exigência para uma vida com dignidade. No mesmo sentido, situam-se as decisões que, em prol de uma proteção da dignidade da pessoa, reconhecem limitações à liberdade individual, especialmente no campo da autonomia privada e liberdade contratual, inclusive – como já referido – no sentido de uma proteção da pessoa contra si mesma.⁴⁸

A dignidade da pessoa humana, em seu viés ético, ocupou tanto a atividade do legislador constitucional quanto o legislador ordinário. Previu o legislador constitucional a inserção de tal valor como fundamento da República e, atendendo a lógica sistemática do ordenamento jurídico, o legislador ordinário destinou o capítulo II do Livro I do Código Civil a proteção aos direitos próprios da personalidade.

No tocante à teoria contratual, esculpiu o legislador nos artigos 421 e 422 as cláusulas gerais da função do contrato, probidade e boa-fé, que em última *ratio* são decorrentes da proteção à dignidade da pessoa humana. Afinal, os contratantes em face das referidas cláusulas gerais devem mutuamente se respeitar e laborar preocupadamente com seu parceiro contratual a fim de cumprir o dever ético da boa-fé e da probidade. E ao tempo que se servirem do contrato visando à satisfação dos próprios interesses devem manter incólumes os direitos da coletividade. Somente com a adequação da teoria contratual aos princípios norteadores da Constituição da República será possível a plena fruição da dignidade da pessoa humana.

1.4 LEITURA DA TEORIA CONTRATUAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O contrato é um modo constituinte de juridicidade, uma fonte de normas de conduta dotadas das garantias e sanções que são inerentes ao direito, normas a que cabe uma quota-parte da função ordenadora das relações sociais. Ainda que com as especificidades advenientes da sua natureza de ato de autonomia, de livre iniciativa dos obrigados, o contrato integra-se, como um dos elementos da normação, da ordem jurídica global da sociedade.⁴⁹

E como parte integrante do ordenamento jurídico, porque criador de normas entre as partes, deve obedecer a uma teoria contratual e esta por sua vez deve estar

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 113-114.

⁴⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 213.

em consonância com o ordenamento jurídico vigente como um todo. A acolhida da tese de unidade do ordenamento jurídico implica o reconhecimento da supremacia dos valores e princípios insculpidos na Constituição que devem alcançar o sistema jurídico como um todo.⁵⁰

E para o reconhecimento dos princípios constitucionais como ordenadores do sistema jurídico, necessário buscar-se a eficácia ou força normativa da Constituição. Konrad Hesse especialmente preocupado com a efetividade das normas constitucionais alude que

A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).⁵¹

E para que esta vontade de Constituição atinja efetividade suficiente a servir como norma fundamental do ordenamento jurídico, a Constituição de uma nação há que ser encarada como categoria que representa o ordenamento jurídico total, e não apenas como um complexo de normas políticas justapostas, ou documento que assenta um modelo político a ser seguido. Há que representar a Constituição um instrumento indispensável de proteção de direitos, quer no âmbito do direito privado, quer no âmbito do direito público.⁵² E isto torna-se possível na medida em que o texto constitucional seja lavrado como instrumento de proteção dos direitos essenciais à vida digna e solidária, estando esta proteção de direitos expressa

⁵⁰ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos.** In **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 166.

⁵¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19.

⁵² DIAS, Joaquim Jose de Barros. **Direito Civil Constitucional.** In **Direito Civil Constitucional.** Coord. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 22.

através de normas pragmáticas ou através de princípios identificadores da sociedade que se busca concretizar.

Assevere-se que com o advento da Constituição mexicana em 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, valores até então adstritos ao Direito Privado passam a compor os textos constitucionais. Passam a ser reconhecidos os direitos decorrentes das relações de trabalho e reconhece-se a obrigatoriedade da prestação educacional, a liberdade de expressão, a funcionalização da propriedade privada além de criar-se o sistema de seguridade social. E com o findar das guerras mundiais novas categorias de direitos humanos além da liberdade e igualdade, os chamados direitos fundamentais do cidadão, foram positivados.⁵³

Esses direitos fundamentais, resultantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, contemplam o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a vedação a qualquer forma de discriminação, o direito à vida, à segurança pessoa, a proibição da escravidão e da tortura, o princípio do juiz natural, o acesso ao Judiciário, o princípio da presunção de inocência, a inviolabilidade da honra, da imagem e da vida privada, liberdade de locomoção, direito à nacionalidade, direito à propriedade, liberdade de opinião e expressão, direito ao trabalho e à livre escolha de profissão, direito à justa remuneração condizente com a existência do trabalhador e sua família.

Neste passo interessa salientar que após a segunda metade do século XX ocorreu uma grande transformação na idéia de Constituição. Ela renuncia à função meramente coadjuvante de norma ordenadora de divisão de competências e de limitação da atuação do Estado e converte-se em norma jurídica superior do sistema, dotada de imperatividade e prevalência valorativa. A Lei Maior emite decisões políticas fundamentais, estabelecendo as prioridades do ordenamento jurídico. Contudo, o poderio da Constituição só pode ser compreendido mediante a análise de seus princípios, vez que estes exercem a tarefa de conduzir o ser humano ao centro do ordenamento.⁵⁴

⁵³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77.

⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

Esta transformação da idéia de concretude da Constituição conduziu o ser humano ao centro e razão do ordenamento jurídico. Fenômeno similar ocorreu com a Constituição brasileira de 1988, que consagrou nova tábua de valores, dentre os quais prevalecem a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial; valores estes que tornaram-se fundamentos da República. Considerando que a Constituição deve ser compreendida como norma jurídica superior do sistema, a partir da inclusão dos referidos valores como princípios, todas as relações de direito civil, antes arraigadas à esfera privada, precisam ser revisitadas e nutridas com os valores prestigiados pelo texto maior.

Impõe-se a esse tópico alertar que a Constituição não pode ser tida como mero conjunto de normas de conteúdo programático e com papel secundário, sem qualquer valor para orientação do operador da lei.⁵⁵ Por conseguinte, ao aplicar-se as normas do Código Civil, e em especial as normas referentes a teoria contratual, há que se atentar para o fato de que o Código Civil.

certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.⁵⁶

Os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico e dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Exercem os princípios

⁵⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 6.

constitucionais os papéis de condensar valores; dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete.⁵⁷

Cabe clarificar o sentido e a missão da interpretação no processo de aplicação da lei. Quanto a este tema debruçou-se Karl Larenz e defendeu que interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático e que a atividade de interpretação tem por missão evitar a contradição entre normas. A fim de evitar-se contradições de valoração sugere Larenz ser útil orientar a interpretação aos princípios éticos-jurídicos, tais como o princípio da tutela da confiança e o princípio de responder pelas insuficiências do círculo negocial próprio.⁵⁸

Donde dizer que pela supremacia da Constituição os princípios⁵⁹ nela inseridos repercutem em todo direito privado e por consequência no direito civil. Tanto que a Constituição brasileira de 1988 abriga matéria não exclusivamente constitucional, situadas ora como normas programáticas e ora como princípios e direitos fundamentais, tais como o reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade, a capacidade de trabalho do ser humano, a livre iniciativa, a responsabilidade civil, a garantia da propriedade privada, as diretrizes referentes ao direito de família e a garantia a herança.

Mais ainda, estabelece a Constituição de 1988 como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E assim, tanto os princípios e direitos fundamentais retro referidos, quanto os objetivos da República destinam-se a todos de maneira direta (entes públicos e particulares) como instrumento de proteção dos chamados Direitos Humanos.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo). **Revista Interesse Público**. Nota Dez, n. 11. p. 61, 2001.

⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 474.

⁵⁹ Paulo Bonavides anuncia que “os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do direito civil. Transitando daí para as constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa.” *Apud* Nelson Rosendal. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46.

Afinal, é o ser humano a razão da existência da sociedade, logo ele deve ser o principal foco das atenções.⁶⁰

Por conseguinte, tendo a Constituição da República contemplado em seu bojo matéria tradicionalmente voltada ao direito privado a dicotomia público privado não mais se sustenta. E ainda quando as matérias de direito privado encontrarem-se contextualizadas no teor do Código Civil ou em leis civis esparsas, a leitura de ditas normas deverá ser realizada conforme a Constituição.

Esta leitura implica que no caso de normas com vários significações possíveis preferir-se-á aquela que estiver em consonância com o texto constitucional, a fim de evitar-se declaração de inconstitucionalidade e conseqüente extirpação do ordenamento jurídico. Contudo é

Extremamente importante ressaltar que a interpretação conforme a Constituição somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não, ou, no dizer de canotilho, “a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outros em desconformidade com ela”.⁶¹

Tal vinculação entre o texto constitucional, enquanto balizador e limitador, e o texto das leis de direito privado e em especial do Código Civil, antes de implicar em modismo, decorre de uma fundamentada metodologia interpretativa da normalística cível, aqui abrangidos princípios e regras.⁶² Como afirma Pietro Perlingieri não se trata somente de uma mudança de etiqueta, o direito civil não

Se apresenta em antítese ao direito público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe a evidência os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao estado. Neste enfoque,

⁶⁰ POPP, Carlyle. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade Negocial – A Proteção Contratual no Direito Brasileiro**. In **Direito Civil Constitucional**. Org. Renan Lotufo. São Paulo: Max Limonad. p. 158.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45.

⁶² NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 31.

não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário.⁶³

A primogenitura do Direito enquanto ciência está intimamente relacionada à criação do Direito Civil, ramo que estabeleceu vigas mestras que deram azo a todas manifestações evolutivas do direito, eis a partir de relações singelas da vida cotidiana do homem bem como do desenvolvimento destas vinculações foram sendo esculpidos conceitos gerais em torno do direito das obrigações que passaram mais tarde a compor a base negocial de toda e qualquer relação jurídica. Toma assim o Direito Civil, centro das relações privadas, considerável impulso com a consolidação da consciência filosófica e histórica, em especial após a proclamação dos ideários de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, contidos nas constituições americana e francesa.⁶⁴

De forma que as nações que foram influenciadas pelos ideais da Revolução Francesa passaram a inserir em seus códigos toda uma concepção calcada em valores burgueses, no qual se impunha a figura do indivíduo como centro orientador do sistema, dotado de capacidade de expandir-se sobre as coisas externas e correr riscos de sua própria iniciativa.

Cabia ao Direito a missão de garantir que os valores então dominantes fossem observados de forma que as escolhas individuais e suas atuações fossem facilitadas.⁶⁵ E,

Ao direito não era atribuída, contudo, a preocupação legitimadora dos valores sociais dominantes, já que estes se encontravam tão fortemente arraigados no ordenamento e tão claramente disseminados, que não havia sentido para grandes composições retóricas legitimantes.⁶⁶

Contudo, com o passar do tempo constataram-se os inconvenientes gerados pelo subjetivismo exagerado da interpretação das regras civis por demais arraigadas à teoria da autonomia da vontade, interpretação esta que acabou por dar

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

⁶⁴ DIAS, Joaquim José de Barros. **Direito Civil Constitucional** In **Direito Civil Constitucional**. Org. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros Editores. 2002. p. 15.

⁶⁵ SILVA, Jorge César Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 38.

⁶⁶ SILVA, Jorge César Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 38.

causa a arbitrariedade de particulares e do próprio Estado. Tais arbitrariedades acabaram por demonstrar que a concepção voluntarista e individualista mostrou-se inviável a orientar as relações contratuais dentro de um propósito maior de bem-estar coletivo e de realização de um sentimento de justiça social.⁶⁷ Daí

A necessidade de intervenção estatal na economia e a crise entre o instrumental teórico, de um lado, e a realidade econômica e social, do outro, fizeram com que temas, antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade passassem a integrar uma nova *ordem pública*: a *ordem constitucional*.⁶⁸

Considerando que a atual ordem constitucional brasileira, em muito influenciada pelo direito europeu e em especial pela política legislativa do *welfare* leva à constatação de que a constitucionalização de categorias próprias do Direito Civil representou a ruptura da clássica dicotomia público/privado. De forma que

A Constituição acaba ocupando espaço legislativo e social que deveria ser reservado ao Código Civil, qual seja, a tutela do “homem ser”. Como a sociedade brasileira hoje se dá conta da importância dos valores existenciais do homem, superiores inclusive aos materiais, algum texto de lei é convocado a tutelar estes “novos direitos”, e na falta de uma lei infraconstitucional que os acolha, surge a Constituição, exigida em performance de eficácia sem precedentes. Por esses aspectos, o contrato, instrumento por excelência de circulação dos interesses (materiais e imateriais) do homem, não fica imune à onda constitucional.⁶⁹

Para que o direito civil, e especialmente o direito contratual, possa acompanhar os ditos novos direitos trazidos pelo texto constitucional, sem que abandone os princípios clássicos que o norteia, acresce à sua sistemática novos princípios congruentes com a Constituição, quais sejam a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato. Esta nova teoria contratual acrescida de valores morais e éticos pinçados da Carta Magna visa que os negócios

⁶⁷ DIAS, Joaquim José de Barros. **Direito Civil Constitucional** In **Direito Civil Constitucional**. Org. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 16.

⁶⁸ DIAS, Joaquim José de Barros. **Direito Civil Constitucional** In **Direito Civil Constitucional**. Org. Renan Lotufo. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 17.

⁶⁹ NALIN, Paulo. **Do Contrato**: Conceito Pós-Moderno. Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 101.

jurídicos tenham como escopo a realização do bem-estar da pessoa humana e partir daí a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.⁷⁰

Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. E estes são, sobretudo os princípios e decisões valorativas que encontraram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da 'dignidade da pessoa humana' (...), a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, com as suas concretizações.⁷¹

E ao intérprete caberá aferir se o hipotético negócio firmado entre contrapartes cumpre as exigências de valoração da pessoa, para, posteriormente, avançar sobre a tônica patrimonial.⁷² Restando ao Estado o papel de garantidor das regras da livre contratação e dos efeitos do não-cumprimento do contratado, ou de sua anulação, em caso de vício, tão-somente – para corrigir situações de desigualdade, quer desde logo quando da contratação (lesão), quer em momento posterior (onerosidade excessiva).⁷³

Considerando-se que o contrato não se processa num espaço vazio de normatividade, a preencher inteiramente pela livre atividade negocial das partes, antes se inscreve num quadro de referências e de representações jurídico-culturais, num universo institucional que predispõe formas, estruturas e padrões da ação comunicativa e determinativa dos contraentes⁷⁴, para que os preceitos constitucionais possam ser cumpridos relevante é a função das cláusulas gerais. Pois estas viabilizarão a compreensão do conceito contemporâneo de sistema, o que se apresenta relativamente aberto, móvel e estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo.

São justamente as cláusulas gerais que possibilitam o assentamento das diretivas constitucionais, pois permitem a inflexão ponderada no ordenamento

⁷⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de Perigo no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 81.

⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479.

⁷² NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 36.

⁷³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6.

⁷⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato: As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 214.

privado dos princípios da Constituição; reafirmando-se desta forma que as esferas do Direito Público e do Direito Privado não estão seccionadas por intransponível muro divisório.⁷⁵

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 753, p. 36. jul.1998.

2 REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO

A validade do contrato requer a observância de determinados elementos que devem apresentar-se no momento de sua formação. Na lição de Betti, elencada por Darcy Bessone, os pressupostos do negócio jurídico se agrupam em três categorias, quais sejam: o sujeito, o objeto ou a situação do sujeito em face do objeto.⁷⁶ Mas, não basta apenas a presença dos pressupostos do negócio para concretização do contrato. Há que estar presente também requisitos complementares, considerados elementos intrínsecos indispensáveis à validade do contrato, que Orlando Gomes lista como sendo o consentimento, a causa, o objeto e a forma.⁷⁷

Contudo a doutrina divide-se entre a ala que entende tratar-se de elementos e outra ala que entende tratar-se de requisitos para a Constituição válida do contrato. Para a primeira, os componentes dos atos jurídicos, parte da noção filosófica de elementos, em que das partes se forma o todo, ou se constituem as coisa materiais, aplicando esta mesma noção comparativamente às coisas imateriais. Tal doutrina distingue os elementos entre essenciais, naturais e acidentais e assim seriam essenciais os elementos que compõem os atos jurídicos, qualificam e os distinguem dos demais atos, elementos sem os quais ou sem algum dos quais aqueles atos não ser formariam, nem se aperfeiçoariam. E ainda estariam subdivididos entre genéricos e específicos. Os genéricos representariam os elementos comuns a todos os atos jurídicos e específicos os atinentes a cada tipo de ato jurídico particularmente considerado. Entre os elementos genéricos dos atos jurídicos estariam a vontade do agente, o objeto possível, lícito, determinado ou determinável, a forma e segundo certa corrente ainda a causa. E entre os elementos naturais estariam os vinculados à índole de cada ato e disciplinados pelo ordenamento jurídico para prevalecer no silêncio das partes e os acidentais, os elementos cuja inclusão nos atos jurídicos suscetíveis de recebê-los só da vontade

⁷⁶ *Apud* Darcy Bessone. **Do Contrato**: Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89.

⁷⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 16. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Jr. **Rio de Janeiro**: Forense, 1995. p. 45.

dos que dispõem ou contratam depende, como a condição, o termo, o modo, a cláusula penal e mais cláusulas que, assim criadas, nos atos jurídicos se integram.⁷⁸

Outra ala da doutrina entende que não se tratam de elementos a serem atendidos para a validade do contrato, mas sim requisitos. Partem da noção de que requisito é o que se exige para a constituição ou composição dos atos jurídicos. Segundo este critério de classificação os requisitos são intrínsecos, os que devem existir e se conter no interior do próprio ato e extrínsecos, os que fora do ato devem se realizar. Os elementos intrínsecos estariam divididos em essenciais ou constitutivos e acidentais. Enquanto os extrínsecos se qualificam como pressupostos de validade dos atos, tal como a capacidade do agente e sua legitimação.⁷⁹

Filia-se de forma saliente a doutrina brasileira à corrente que admite que os contratos para sua validade devem apresentar determinados requisitos e pressupostos. Considerando-se que os pressupostos e os requisitos se completam, confundem-se, apesar de serem elementos diversos, a doutrina majoritária tem preferido relacionar pressupostos e requisitos dos contratos, utilizando a expressão requisitos.⁸⁰

De forma que a legislação e doutrina brasileira entendem que o negócio jurídico somente será válido e se prestará à aquisição, modificação ou extinção de direitos caso apresente determinados requisitos. Tratando-se os contratos de espécie do gênero negócio jurídico, também para validade daqueles a observância de requisitos são imprescindíveis, quais sejam: capacidade, licitude do objeto, legitimação, consentimento, forma e causa.

2.1 CAPACIDADE

A capacidade, como qualidade do sujeito, distingue-se em capacidade jurídica, ou de direito ou de gozo, e capacidade de fato, ou de exercício ou de agir. A

⁷⁸ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico: Noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais.** O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 85.

⁷⁹ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico: Noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais.** O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 86.

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Contratos.** 16ª edição. Atualizada por Humberto Theodoro Jr. **Rio de Janeiro:** Forense, 1995. p. 45.

primeira confunde-se com a própria personalidade, como aptidão para ser titular de direitos ou sujeito de relações jurídicas. Ela é também pressuposto da validade do contrato.⁸¹

Ausente a capacidade, os contratos serão nulos (art. 166, I CC) ou anuláveis (art. 171, I CC), acaso a incapacidade absoluta ou relativa, não for suprida pela representação ou assistência (arts. 1634, V, 1747, I e 1781 CC). A capacidade exigida é a capacidade de agir em geral, que pode estar ausente em razão da menoridade, da falta de discernimento ou de causa transitória (art. 3º CC). Tratando-se de pessoas jurídicas a capacidade será conferida através da verificação dos atos constitutivos ou do contrato social do qual conste a indicação da pessoa com poderes de representação, ou ainda, por documento apartado que aponte o administrador da sociedade empresária.

2.2 LEGITIMAÇÃO

Outro requisito elencado como subjetivo se refere à legitimação. Orlando Gomes destaca a compreensão de legitimação preocupando-se em distingui-la da capacidade, nos seguintes termos:

Trata-se de pressuposto diverso do de *capacidade*, porque a impossibilidade de agir é circunstancial. No problema da capacidade, o que se discute são as qualidades intrínsecas da pessoa que a habilitam, ou não, ao exercício dos atos da vida civil, enquanto no problema da *legitimação* o que conta é a posição da pessoa em relação a determinados bens que podem ser objeto de negócios jurídicos em geral, ou em relação as especiais categorias de negócios. O conceito da *legitimação* tende, porém, a ampliar-se, para abranger casos nos quais não se apresenta como um dos aspectos da *idoneidade* do objeto, a que se reduziria, se entendido como simples posição do sujeito em relação ao objeto do contrato. Assim, um contrato celebrado por alguém que não pode ter interesse na coisa que constitui seu objeto é estipulado por parte *ilegítima*, e, sob esse fundamento, inválido, sem que seu objeto seja impossível.⁸²

Ou seja, mesmo que determinada pessoa (física ou jurídica) detenha capacidade, que o objeto seja possível, determinado ou determinável e lícito, diante de algumas circunstâncias pode encontrar-se impedida ou impossibilitada de

⁸¹ BESSONE, Darcy. **Do Contrato: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 91.

⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 47.

contratar. Por isso dizer-se que a legitimação ou não para contratar deve ser apreciada diante da circunstância de quem pratica o ato, ou seu eventual impedimento em face de determinado bem ou em relação à categoria do negócio jurídico envolvido.⁸³ Concerne a legitimação à situação circunstancial daquele que contrata ou à sua idoneidade em relação a determinados bens ou em relação à categoria do negócio jurídico em questão, independentemente de sua capacidade para os atos da vida civil.⁸⁴

De forma que determinado indivíduo possa ser plenamente capaz para os atos da vida civil em geral, mas não detenha legitimação para concretização de um contrato específico, como é o caso dos tutores que, embora capazes, não podem contratar a compra de bens de seus tutelados, ou ainda os pais que somente podem promover a venda de bens a um determinado filho mediante a anuência dos demais.

2.3 CONSENTIMENTO

Sem que haja manifestação das partes com intuito de vincular-se ao contrato este não se concretiza. Mesmo porque o acordo volitivo é a força propulsora do contrato: é ele que cria a relação jurídica que vincula os contratantes sobre determinado objeto.⁸⁵

Ruggiero, citado por Darcy Bessone, conceitua consenso como encontro de duas declarações de vontade, que, partindo de dois sujeitos diversos, se dirigem a um fim comum, fundindo-se.⁸⁶

Assim, para a concretização do contrato há que se fazer presente o consentimento, este se apresenta como a convergência das declarações de vontade. Orlando Gomes sintetiza a conjugação das vontades declaradas para formação do consentimento nos seguintes termos:

Na concepção lata, o *consentimento* significa a integração das vontades distintas. Na acepção restrita, a vontade de cada *parte*. Integradas as vontades, dá-se o acordo, que consiste, pois na fusão de duas declarações, distintas e coincidentes. As declarações são independentes. Sujeita-se,

⁸³ SPEZIALI, Paulo Roberto. **Revisão Contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 10.

⁸⁴ SPEZIALI, Paulo Roberto. **Revisão Contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 10.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** 3. v. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

⁸⁶ *Apud* Darcy Bessone. **Do Contrato**: Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 1997. p.116.

cada qual, às regras que regulam as manifestações individuais de vontade. Emitidas de harmonia como os requisitos exigidos, é preciso que se encontrem. Indispensável, portanto, que cada parte leve sua vontade ao conhecimento da outra. A *comunicação* é condição necessária à formação do *consentimento*, pertencendo a proposta e aceitação à categoria das declarações receptícias ou recipiendas de vontade. Para a conclusão do contrato é preciso o intercâmbio das duas declarações precedido, freqüentemente, de negociações preliminares. A troca de declarações não é entretanto suficiente. Necessário se torna que as duas declarações se ajustem, integrando-se uma na outra.⁸⁷

O consentimento para compor os requisitos de validade do contrato deve ser livre e espontâneo, sob pena de sua validade ser fulminada por vícios ou defeitos do negócio jurídico, como o erro, o dolo, a coação, estado de perigo, lesão ou fraude.

A manifestação do consentimento dos contratantes pode ser exteriorizada de forma tácita, quando a lei não exigir que seja expressa (art. 111 CC). Este é o caso, por exemplo, da aceitação referente a doações puras em que o donatário embora não manifeste de forma expressa sua aceitação age de forma que inequívoca quanto a esta (usa, mantém a posse e guarda do objeto).

Contudo, a declaração tácita não se confunde com o silêncio, cujos efeitos, quais sejam as circunstâncias, possam ser equiparados aos da manifestação ou declaração da vontade. Isto porque o silêncio nem sempre é voluntário, pode decorrer de impossibilidade de fato, por ausência ou por alguma circunstância em especial. E nos casos referidos, o silêncio por sua involuntariedade não poderia produzir efeitos jurídicos. Ainda quanto à diferença entre o silêncio e a manifestação tácita, esta tanto pode resultar de um fato positivo, quanto de um fato negativo enquanto o silêncio sempre decorrerá de um fato negativo, atitude despida de qualquer significação quando pura e simples e de conseqüência imprópria a representar a vontade em consentir com o negócio. Nos dizeres de Vicente Ráo,

Pelo direito, é o silêncio tido e havido, em regra, como *fato ambíguo* que isolado, ou desprovido de elementos outros, não autoriza qualquer conclusão: “qui tacet nequet negat, neque utique fatetur”. Na realidade, o silêncio só produz efeitos jurídicos quando, devido as circunstâncias ou condições de fato que o cercam, a falta de resposta a interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, a abstenção, a atitude omissiva e *voluntária* de quem silencia induz a outra parte, como qualquer pessoa normalmente induziria, à

⁸⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 48-49.

crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada.⁸⁸

Assim, o consentimento manifestado de forma tácita não corresponde ao silêncio do contratante, este somente pode ser considerado como consentimento acaso indene de dúvidas à aceitação e conclusão do negócio.

Pode também a manifestação do consentimento dar-se de forma expressa quando exteriorizada verbalmente, por escrito, gesto ou mímica, de forma inequívoca. Em algumas circunstâncias, para que o contrato seja válido, lei exige o consentimento por escrito, como por exemplo, o contrato de locação (art. 13 da Lei 8.245/91).⁸⁹

2.4 OBJETO

Esta categoria de requisitos refere-se a possibilidade, liceidade, determinação e economicidade do objeto do contrato. Para que o contrato seja considerado válido também se exige que o objeto não atente contra a lei, a moral ou os bons costumes.

Considera-se objeto imediato do contrato a conduta do contratante de dar, fazer ou não fazer. Enquanto o objeto mediato refere-se aos bens ou prestações sobre os quais incide a relação jurídica obrigacional.⁹⁰

Também deve o objeto ser possível física e juridicamente. Tratando-se de impossibilidade absoluta o contrato será nulo, esta a previsão contida no art. 166, II do Código Civil. Acaso se trate de impossibilidade relativa não constituirá impossibilidade obstáculo ao negócio jurídico. Tal premissa encontra-se insculpida no art. 106 do Código Civil. Já a impossibilidade jurídica do objeto refere-se à

⁸⁸ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico: Noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais.** O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 119.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: V. III. Contratos e Atos Unilaterais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: V. III. Contratos e Atos Unilaterais.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.16.

proibição estampada no ordenamento jurídico, como exemplo a vedação de se negociar herança de pessoa viva.⁹¹

E ainda quanto ao atendimento dos requisitos objetivos o contrato deverá apresentar objeto determinado ou determinável. Se não for possível a determinação *ab initio* ao menos hão as partes de estabelecer critérios, indicando o gênero e quantidade para que o cumprimento do pacto seja possível.

E, embora não conste expressamente da lei, o contrato, segundo a doutrina, deverá ser suscetível de apreciação econômica. De sorte que o objeto do contrato deverá conter conteúdo de apreciação econômica.

2.5 CAUSA

A inclusão da causa como um dos elementos do contrato longe está de configurar consenso na doutrina. Também a conceituação de causa gera tormentos nas análises dos juristas. Tão grande é a discussão quanto a assertividade de inserir-se a causa como elemento do contrato, que Vicente Ráo afirma que

Difícilmente se encontrará, no campo da dogmática, um problema que tenha provocado e venha provocando tantas e tão profundas divergências quanto o problema da causa. Opiniões as mais diversas, senão contraditórias, reinam entre os causalistas, quer entre os sequazes da teoria subjetiva, quer entre os partidários da teoria objetiva, quer entre os que se afastam destas duas correntes doutrinárias, ou entre os que procuram conciliá-las. Uns e outros ora consideram a causa como elemento do ato, elemento subjetivo segundo uns, objetivo segundo outros, ora a qualificam como razão justificativa, ou como função no próprio ato objetivada, ora como algo que fora do ato deva existir; e enquanto alguns se referem à causa das obrigações, mais autores só aludem à causa dos contratos, ou ainda, à causa dos atos jurídicos em geral.⁹²

É certo que em vista da dificuldade de se conceituar a causa alguns doutrinadores simplesmente preferiram negá-la, entre os quais Planiol que foi seguido por Clóvis Beviláqua, em razão de cuja influência o Código Civil de 1916 não incluiu a causa como elemento necessário à validade do contrato. Tanto que a

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: V. III. Contratos e Atos Unilaterais. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p.17.

⁹² RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: Noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 88.

doutrina jurídica brasileira sempre foi avessa à causa, por entendê-la desnecessária e sem consistência prática, desconsiderando, sem razão, a distinção entre obrigações causais e abstratas.⁹³

Antônio Junqueira de Azevedo, afirma que embora a causa não sirva para determinar o regime jurídico a que obedece o negócio, nem por isso se há de dizer que a causa é juridicamente irrelevante. Ao contrário, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, age, ou no plano da validade, ou no plano da eficácia.⁹⁴

Em qualquer das hipóteses em que se situe a causa na constituição do contrato seu reconhecimento e incidência é de vital importância. Não obstante haja considerável divergência entre os doutrinadores no que toca à causa como elemento do contrato, não há que se negar a importância da causa como fim imediato e motivo típico do contrato. Afinal, se alguém utiliza um contrato para alcançar fim que não pode ser conseguido por seu intermédio, ou para obter fim ilícito, diz-se que esse contrato é nulo por ter falsa causa ou causa ilícita.⁹⁵

O dissenso dos doutrinadores quanto à causa pode ser dividido entre a corrente subjetivista e a corrente objetivista. Dentre a corrente subjetivista, destaca Vicente Ráo que entre as principais variantes ou conceituações divergentes se destacam nos contratos onerosos a causa da obrigação de cada parte consistente

No propósito, ou fim, de receber a prestação da outra parte; nos chamados contratos reais, as obrigações de entregar e restituir constituem sua causa recíproca e nos contratos gratuitos a causa da obrigação corresponde ao *animus donandi*; considerada de modo geral, é a causa o momento psicológico que determina a declaração de vontade; é a razão ou princípio que impele à prática do ato; é o imediato que determina a declaração de vontade; é o fim prático e comum da vontade das partes; é o motivo direto e imediato que conduz o agente a praticar o ato; é o motivo típico do ato; é a razão de ser da obrigação; é o motivo juridicamente suficiente que determina a vontade dos contraentes; é a causa final determinadora do consentimento.⁹⁶

⁹³ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31.

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152.

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**: 16. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 55.

⁹⁶ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico: Noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 88.

Da corrente subjetivista, dentre doutrinadores brasileiros destaca-se Paulo Barbosa de Campos Filho, para quem a causa é aquele interesse material ou moral, a cuja realização tende o agente e que, se conforme a ordem jurídica, legitima o resultado procurado. Referido autor além de sistematizar um conceito de causa aguerrido a corrente subjetivista propõe séria crítica a corrente objetivista afirmando que

Graças à doutrina moderna “tornou-se possível a construção teórica da causa como função social do negócio jurídico – e o que também importa salientar – desapareceu, com isso, a invencível dificuldade de se distinguir entre ‘causa’ e ‘motivo’, passando a constituir ‘causa’ o motivo juridicamente relevante e remanescendo ‘motivo’ aquele que o não seja” [...] a doutrina em questão, se consegui levar para o terreno do ato ou do negócio jurídico a indagação da causa, não conseguiu, entretanto, desvincilhar-se de outro equívoco, de não menor gravidade, qual o da errônea publicação do problema [...] de considerar a causa um ‘elemento’, seja da obrigação, seja do contrato, seja do negócio ou do ato jurídico.⁹⁷

Muito embora o embate entre a corrente subjetivista e objetivista conte com respeitáveis defensores, tal qual o citado Paulo Barbosa de Campos Filho, a dificuldade apresentada pela corrente subjetivista em distinguir-se causa e motivo, resta esclarecida. Isto porque a expressão causa comporta dois significados, quais sejam a causa-motivo, como expressão causa ilícita, que somente pode ser entendida como o motivo determinante ilícito, e o de causa-fato jurídico, equivalente ao fato jurídico que dá origem à obrigação. Pelo que predomina atualmente o sentido objetivo de causa, qual seja, a função prático-social ou econômico-social do negócio.⁹⁸

Este entendimento de causa relacionada à função ou fim econômico-social do contrato, resulta da consagração da corrente objetivista pelo Código Civil italiano, que incluiu em seu artigo 1.325 entre os requisitos do contrato a causa, pura e simplesmente.

E dentre os doutrinadores italianos destaca Vicente Ráo alguns que conceituam causa segundo a corrente objetivista; assim para Betti a causa deve ser

⁹⁷ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**: Noções, pressupostos, elementos essências e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 90-91.

⁹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 153.

buscada na função, ou no porquê do negócio objetivamente considerado; para Ascarelli, a causa é a função econômico-jurídica; para Cariota Ferrara, causa é função prático-social do negócio reconhecida pelo direito, ou seja, função que o negócio objetivamente possui e o direito como tal reconhece e sanciona, e para Francesco Ferrara causa corresponde ao equilíbrio econômico das obrigações.⁹⁹

Dentre os doutrinadores brasileiros, Torquato de Castro entende que

A causa nunca foi excluída do direito brasileiro e corresponde ao conceito de causa final, da filosofia aristotélica, não podendo ser confundida com motivos, nem com os propósitos psicológicos dos agentes; em outras palavras, a causa “é a função que o ato jurídico tende a realizar”. Ela é de ser vista no ato que lhe garante a individualidade. É a função útil do negócio, o escopo prático e econômico, que permite a nomeação legal dos contratos, sendo todos estes causais.¹⁰⁰

Ou seja, ao contrário de obrigações decorrentes dos títulos de crédito, as obrigações nascidas em contratos sempre terão por nascedouro uma causa. Esta causa enquanto escopo prático do contrato se afigura como elemento necessário à validade do ato negocial. Eis que

A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, *nulidade* por falta de causa (portanto, a existência da causa é, aí, *requisito de validade*) e, quando a hipótese for de causa final, *ineficácia* superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia).¹⁰¹

Resta claro que a causa, muito embora o direito brasileiro procure ignorá-la, constitui-se em elemento de validade do contrato. Isto porque é recorrente, quando se distinguem negócios causais dos abstratos, a discussão acerca da causa do negócio, quando não o próprio legislador se refere a justa causa; ou ainda a jurisprudência suscita a falta da causa para justificar decisões que pretende sejam equânimes.¹⁰² Quer pela menção legislativa esparsa, quer porque em certas circunstâncias somente a falta de causa ou a causa viciada pela ilicitude pode gerar

⁹⁹ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico: Noções, pressupostos, elementos essenciais e acidentais.** O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 90-91.

¹⁰⁰ *Apud* Paulo Luiz Netto Lôbo. **Teoria Geral das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31.

¹⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152.

¹⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 154.

decisão justa, inegável mostra-se a inclusão da causa como requisito de validade do contrato.

Ainda que o direito brasileiro pretenda ignorar a causa como elemento do contrato; ainda que os textos legislativos não incluam a causa como essencial de forma expressa, implicitamente admite a legislação brasileira a necessidade de uma causa para o negócio jurídico. A causa é um dos elementos da obrigação, sendo mesmo o seu 'sopro vital'. É uma daquelas 'verdades jurídicas universais, um daqueles princípios imanentes do direito, que não precisam estar escritos nas leis, para que sejam reconhecidos. O Código Civil embora não a tenha expressamente incluído entre os requisitos essenciais dos atos jurídicos, nem por isso a teria dispensado, podendo ela definir-se como 'o escopo jurídico, prático, ou razão econômico-jurídica do negócio', que jamais lhe poderia faltar.¹⁰³

E apesar do legislador brasileiro negar-se à inclusão da causa como elemento essencial do negócio, bem como não haver consenso entre os doutrinadores, o papel da causa é essencial tanto para aferição da validade quanto da eficácia do negócio contratual. Eis que a falta original e total da causa acarreta a nulidade do contrato; a falta parcial da causa implicará na rescisão do contrato e acaso se trate de ausência da causa a indicação será pela resolução contratual.¹⁰⁴

Entre algumas das hipóteses (embora não prevista de forma expressa) a ausência da causa para o fim de determinar-se a nulidade do negócio pode ser destacada da norma contida no artigo 367 do Código Civil; que de forma oblíqua fulmina a novação com nulidade acaso a obrigação novada seja nula ou esteja extinta. Não mencionou o legislador de forma expressa que será considerada nula a novação de dívida sem causa, mas outra não deve ser a interpretação da referida previsão. Prevê o artigo 850 do Código Civil que se as partes não tiverem ciência do conteúdo da sentença transitada em julgado a transação convencionada sobre o mesmo litígio será nula. Tal disposição legal igualmente macula com nulidade eventual transação referente a litígio que tenha sido objeto de análise e decisão judicial; isto porque não há causa motivadora para transação, cujo objetivo precípua

¹⁰³ Lino de Moreas Leme, *apud* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 160.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**: 16. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 56.

é justamente prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas (art. 840); ou seja, quando o litígio já foi apreciado e julgado pela esfera competente do Poder Judiciário ausente o ânimo preventivo ou terminativo da lide composta labor judicante e de consequência ausente causa motivadora da transação.

Os exemplos pinçados retratam que embora o legislador brasileiro não tenha incluído no texto legal a causa como elemento necessário à validade e eficácia do contrato, por interpretação de alguns dispositivos inseridos no corpo do Código Civil não há como negar que a legislação interna a reconheça como essencial.

2.6 FORMA

Fruto da autonomia privada ao contrato, embora em sua formulação deva respeitar as normas cogentes e os princípios norteadores da teoria contratual e do ordenamento jurídico, não se impõe em regra forma pré-determinada. Aliás, o princípio da liberdade da forma rege todo o sistema regulador do negócio jurídico, o que implica em dizer que na maioria das relações negociais a formatação ou a instrumentalização das disposições contratuais são dispostas pelas próprias partes.

Tal orientação de regra geral importa em que a proposta e a aceitação de um contrato (e em geral as declarações de vontade) podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo, quer pela via oral, escrita, mímica, pelo silêncio ou por outro ato pelo qual se possa deduzir a declaração de vontade. Exige-se contudo que a manifestação do declarante comunique ao destinatário, de modo adequado e inteligível, a vontade de contratar e o conteúdo que se tenciona dar ao trato.¹⁰⁵

Assim, por forma entende-se o meio ou o conjunto de meios de que se valem os contratantes para exteriorizarem seus interesses, suas manifestações de vontade, na relação jurídica contratual.¹⁰⁶ E como menciona o artigo 107 do Código Civil¹⁰⁷ brasileiro, em regra a validade dos negócios jurídicos independe de forma pré-estabelecida. Esta orientação é característica das sociedades contemporâneas, que na lição de Clóvis Beviláqua é

¹⁰⁵ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 96.

¹⁰⁶ *Passim* AZEVEDO, Álvaro, Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 51.

¹⁰⁷ Artigo 107 do CC: A validade da declaração da vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Princípio aceito pelo direito moderno que as declarações de vontade não estão sujeitas a uma forma especial, senão quando a lei expressamente a estabelece. É até um dos resultados da evolução jurídica, assinalado pelas história e pela filosofia, a decadência do formalismo, em correspondência com o revigoramento da energia jurídica imanente nos atos realizados pelos particulares, a expansão da autonomia da vontade e a conseqüente abstenção do Estado que se acantoa, de preferência, na sua função de superintendente, pronto a intervir, quando é necessário restabelecer coativamente o equilíbrio de interesses.¹⁰⁸

A liberdade da forma origina-se do triunfo da ideologia do jusnaturalismo e a conseqüente valorização da vontade e do seu poder criador, de onde unicamente se poderiam decorrer as conseqüências legais vinculativas para o sujeito. E

Comprimir a manifestação do seu querer, dentro das rígidas malhas de formas pré-determinadas de modo vinculante, significava restringir intoleravelmente a liberdade. Liberdade do querer postulava, pois, liberdade de formas: esta afirma-se com o código napoleónico e chega a nós, informando um sistema no qual é regra que os contratos possam ser concluídos sem formalidade alguma.¹⁰⁹

Contudo é salutar evidenciar que não há negócio sem forma. No plano da validade do contrato se concebe que há contratos que podem ser firmados sem obediência a uma forma livre e outros que devem obedecer a alguma forma prescrita em lei, contudo mesmo nas espécies contratuais em que não se exige forma pré-estabelecida, alguma forma há de ter, ao contrário inexistiriam.

E muito embora a regra seja liberdade da forma alguns contratos especificamente exigem para sua validade a forma prescrita na lei. A tais contratos denominam-se solenes ou formais porque a conclusão dos mesmos depende de um ritual especial através do qual às declarações de vontade devem ser expressas. A tal forma contratual denomina-se *ad solemnitatem*, em cuja modalidade a forma é da substância do ato e indispensável para que a vontade produza efeitos. No direito brasileiro corresponde a tal hipótese, entre outras, as negociações referentes a direitos reais sobre imóveis – art. 108 do Código Civil.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. Tomo T. 1, V. IV. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 25-26.

¹⁰⁹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 97.

¹¹⁰ Art. 108 CC: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Abrange também o direito brasileiro a hipótese ad *probationem tantum*, em que embora a forma não seja essencial a validade do ato, o atendimento da previsão legal é essencial à prova do negócio jurídico, v.g. artigo 227 do Código Civil.¹¹¹

A necessidade dos negócios jurídicos obedecerem uma determinada forma, quer convencional, quer legal, guarda uma razão de cunho privado e uma de cunho público. Assim, ao impor a legislação a forma escrita ou até mesmo o ato público notorial para realização de determinados contratos, restará garantida uma política fiscal, dado que tal forma garante uma percepção cômoda e segura dos tributos devidos sobre as transferências de riquezas.¹¹²

O formalismo nos contratos também considera os interesses das partes à medida em que ao se exigir a forma escrita para transações imobiliárias, protege-as de decisões precipitadas e as coloca em condições de ponderar sobre suas iniciativas econômicas. Serve a formalização do contrato por escrito para tornar certo e não controvertido o fato da sua conclusão e o teor das cláusulas que constituem seu conteúdo, gera também a tranqüilidade quanto ao momento em que a fase das negociações se esgota e dá espaço a conclusão do trato, esclarecendo as posições recíprocas, prevenindo dúvidas e controvérsias sobre dados e prevenindo litígios.¹¹³

A certeza quanto às cláusulas contratuais e às obrigações assumidas quando o trato é firmado por escrito, ao prevenir litígios satisfaz de forma indireta também o interesse público na medida que litígios travados entre os cidadãos geram custos à coletividade.

E por fim a forma contratual guarda como sua principal e mais importante função tornar cognoscíveis pelos terceiros estranhos à relação contratual, mas potencialmente atingidos por seus efeitos. Serve como exemplo desta importante função da forma a obrigatoriedade da transcrição do título translativo da propriedade no Registro de Imóveis para validade da transferência, conforme preceitua o art. 1245, § primeiro do Código Civil.¹¹⁴ A obrigatoriedade de ato escrito e exigência de

¹¹¹ Art. 227 CC: Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

¹¹² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 100.

¹¹³ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 100.

¹¹⁴ Art. 1245 CC: Tranfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

sua transcrição nos registros imobiliários destina-se à tutela dos terceiros, que precisamente através de tal sistema de publicidade são garantidos contra o risco de adquirir um imóvel sem saber que o mesmo já foi vendido a outrem, ou que sobre ele recai hipoteca.¹¹⁵

§ 1º - Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

¹¹⁵ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 101.

3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

O contrato pode ter por conteúdo de matéria civil e extracivil, ou seja, pode contemplar pactos relativos ao direito de família, ao direito comercial, a Administração Pública, o processo civil (quando admite foro de eleição e arbitragem), o direito internacional dentre tantos outros. E ainda que se possa pensar exagerada a lição de Josserand retratada por Orlando Gomes, o direito das obrigações constitui base de relações obrigacionais que tendem a adaptar interesses muito diversos, de forma que constitui armadura e substrato do Direito, e ainda de modo geral, de todas as ciências sociais.¹¹⁶

Alcançando o contrato searas outras não exclusivas do direito obrigacional, cabe constatar a existência de uma teoria geral a ele superior, que informará seus modos de aplicação, interpretação e integração. Cumprindo-se advertir que o estudo da teoria geral dos contratos encontra nos princípios que podem ser operacionalizados no sistema através das cláusulas gerais, verdadeiras vias de mão dupla que permitem ao operador o manuseio sistemático dos princípios gerais no direito. (regra motriz). Donde dizer que a teoria contratual é informadora e não conformadora aos contratos, permitindo um acesso sem obstáculos aos princípios constitucionais e aos valores fundamentais.¹¹⁷

3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Nas sociedades primitivas as obrigações jurídicas eram estatutárias, ou seja, não dependiam da vontade da pessoa, mas de sua posição social no grupo; não havia obrigações voluntariamente assumidas e por consequência não havia contrato, apenas obrigações legais.

Quem assumia as obrigações primitivas eram os grupos, famílias ou pequenas unidades sociais. Assim, as primeiras formas contratuais foram celebradas entre grupos, entre chefes de família e somente com a individuação da

¹¹⁶ *apud* Orlando Gomes. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 2.

¹¹⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e Relações Jurídicas Contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58. v. 15 p. 58-59. abr-jun.2006.

propriedade, entre pessoas. Surgem contratos típicos tais como o contrato de locações de barcos, prestações de serviços, instituições de servidões e transações com móveis, bem como contratos de cunho sagrado, através dos quais a parte que sobrevivesse à outra se obrigava a levar oferendas periódicas ao túmulo da que morresse primeiro. Contudo, a palavra dada obrigava apenas quando por meio do juramento fosse invocado o nome do faraó, que mediante penas graves garantiria o cumprimento do pacto. O descumprimento do pacto implicava em desrespeito aos deuses, razão pela qual se sacrificava o faltoso a fim de evitar males maiores (secas, enchentes, pragas). E pelo Código de Manu, o credor poderia até mesmo transformar o devedor em escravo.¹¹⁸

A forma era essencial e permeava todos os negócios jurídicos, quer no direito egípcio, no babilônico ou no hebraico, e somente mediante a obediência a risca das frases corretas se poderia atingir a proteção divina. Portanto, até neste momento histórico não se cogitava de autonomia dos pactuantes, vale dizer que os contratos eram cumpridos por obediência aos deuses e não por ter sido empenhada a palavra.

Os romanos, porque desconheciam a liberdade e igualdade considerada como princípio da subjetividade, não prestigiavam a autonomia da vontade, algo que lhes era estranho.¹¹⁹

A determinação do Direito pela atividade processual e o rígido formalismo, que marcam caracteristicamente a primeira fase do Direito romano, fizeram com que, mesmo no período clássico, a vontade fosse sempre considerada como algo fático, não se reconhecendo, à sua autonomia a posição de princípio.¹²⁰

Somente com vigor do direito canônico se iniciou a formação do dogma da autonomia da vontade, com fundamento em Aristóteles e Santo Agostinho. Primeiro atestando que

¹¹⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 321.

¹¹⁹ ASSIS, Olney Queiroz. **Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objetiva): Uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 5.set.2006.

¹²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 17-18.

Deliberamos sobre as coisas que estão ao nosso alcance e podem ser realizadas¹²¹

Enquanto Santo Agostinho propagava a idéia de que “pode-se obrigar um homem a fazer qualquer coisa, mas não se obrigá-lo a querer”. E em decorrência o contratante estava indissociavelmente vinculado ao contrato, pois o desejou e não poderia arrepender-se.¹²²

Este pensamento restou reafirmado pelo ideário de Kant que elaborou a seguinte premissa de quando alguém decide alguma coisa a respeito do outro é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio.¹²³

E é na Idade Média, com o deslocamento da liberdade para o interior da subjetividade que ocorre a separação entre querer e poder. Passa-se a considerar que o querer é uma espécie de optar, mas não necessariamente realizar (quero, mas não posso). Segue-se o entendimento de que a vontade é inteiramente livre no sentido de que ela pode exercer ou não exercer o seu ato voluntário (posso, mas não quero).¹²⁴

A autonomia da vontade ou liberdade subjetiva reside justamente na possibilidade do indivíduo querer ou não querer qualquer coisa. E a partir do momento em que se estabelece que o homem está obrigado unicamente porque ele assim o quis e na exata medida de seu querer, respeita-se, antes de tudo, a sua liberdade, tão cara ao individualismo filosófico.

Para Pontes de Miranda, o auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite que a pessoa conhecendo o que se produzirá com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum* que a vincule.¹²⁵

¹²¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 62.

¹²² SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato – Elementos para uma conceituação. **Revista de Direito Privado**. n. 13. p. 100-101.

¹²³ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 54.

¹²⁴ ASSIS, Olney Queiroz. **Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objetiva)**: Uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br> Acesso em 05.set.2006.

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA, *apud* Alinne Arquette Leite Novais. **A teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 40.

A liberdade do indivíduo é que lhe torna autônomo para que possa contratar ou não, mediante o pressuposto de que tenha consciência dos reflexos de sua contratação. Mas não foi somente o Direito Canônico o responsável pela construção do princípio da autonomia da vontade. Outras influências contribuíram para construção do dogma da prevalência da vontade. Destacam-se a teoria do direito natural, a teoria de ordem política e a Revolução Francesa e teorias econômicas e o liberalismo.

Da teoria do direito natural extrai-se a base teórico-filosófica da autonomia da vontade, especialmente devido às idéias de Kant, para quem a pessoa humana tornou-se um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois, é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza.¹²⁶ Tal foi a influência das idéias de Kant na sistematização do Direito alemão, que tornaram-se bases para a *Willenstheorie*, para a qual a vontade interna, manifestada sem vícios, é a verdadeira fonte do contrato, a fonte que legitima os direitos e obrigações daí resultantes, os quais devem ser reconhecidos e protegidos pelo direito.¹²⁷

Cláudia Lima Marques ressalta que para Kant as pessoas só podem se submeter às leis que elas mesmas se dão, no caso, o contrato.¹²⁸ Ou, seja, pela opção do homem, considerado com elemento central do sistema jurídico, contrato teria plena validade e obrigatoriedade justamente porque o homem-contratante assim o desejou.

Destaca-se ainda a referida autora que a construção da autonomia da vontade sofre ainda influências de teorias de ordem política, da Revolução Francesa, teorias econômicas e do Liberalismo. Da ordem política pinça os reflexos da teoria do contrato social lançada por Rousseau, segundo a qual, por opção os homens escolhem unir suas vontades através de um contrato para formar a sociedade, e em decorrência o Estado como atualmente é concebido.¹²⁹ Daí a suprema importância da autonomia da vontade refletida através do contrato.

¹²⁶ Miguel Reale *apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

Na concepção de Rousseau, se o homem não tem poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direito, restam as convenções, que são o esteio de toda autoridade legítima entre os homens.¹³⁰

O consentimento dos cidadãos, segundo o liberalismo, constituía fonte de direito e meio pelo qual se reconheciam como justas as relações firmadas mediante o seu querer. Assim, tendo os indivíduos manifestado suas respectivas vontades na concretização do contrato, isto automaticamente refletia a realização da justiça. Como se a busca individual por cada um do que lhe pertencia ou seria de seu interesse refletisse na comunidade a satisfação do interesse geral, que em *ultima ratio* seria a soma das vontades individuais, livremente manifestadas, e que somadas representariam a vontade coletiva. E para que isto pudesse acontecer impunha-se que cada indivíduo dispusesse de parte de sua liberdade, o que não deixava de representar uma manifestação de sua própria vontade.

Roppo por sua vez atenta para o fato de que a

Liberdade contratual e igualdade formal dos contraentes apareciam como os pressupostos, não só da prossecução dos interesses particulares destes últimos, mas também do interesse geral da sociedade. As teorias económicas então prevalentes – traduzidas no plano prático, na directiva do *laissez-faire, laissez-passer* – pretendiam, de facto, que o bem estar colectivo podia conseguir-se da melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência – a “mão invisível” de Adam Smith – teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização óptima dos recursos, para o máximo incremento da “riqueza da Nação”. E é claro que esta liberdade de iniciativa económica, considerada socialmente útil e necessária, traduz-se no plano jurídico precisamente na liberdade, entendida igualmente como conforme ao interesse social, de estipular contratos quando, como e com quem se queira.¹³¹

Para que as promessas fossem cumpridas, a fim de favorecer a ampla circulação das riquezas na sociedade, as teorias económicas do século XVIII propõem a liberdade como panacéia universal, em especial a liberdade contratual. Passa-se a acreditar que o contrato traria em si uma natural eqüidade e proporcionaria harmonia social e económica. Afinal, reinava o axioma “qui dit contractuelle, dit juste” (quem diz contratual, diz justo). Desta construção iniciada

¹³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Martin Claret, 2000. Escrito em 1757.

¹³¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 35-36.

chega-se ao século XIX – auge do liberalismo - a concepção tradicional do contrato, calcado nos imperativos da liberdade individual e da autonomia da vontade.¹³²

Em rigor esta idéia de autonomia da vontade convinha ao paradigma liberal, sob cuja égide inclusive ganhou vigor. Em momento de firme separação da esfera pública da esfera privada, em que se refutava a ingerência estatal própria do absolutismo e da estrutura feudal, que então encontravam seu ocaso, fortaleceram-se as iniciativas de garantias de liberdades. E neste contexto se procurava realçar um desses direitos de liberdade, justamente a liberdade de contratar.¹³³

De forma que a autonomia da vontade se concretiza através da liberdade de contratar e na liberdade contratual. Configurando-se a primeira na faculdade de optar entre contratar e não contratar de acordo com seus interesses e conveniência, enquanto a liberdade contratual refere-se na possibilidade das partes fixarem o conteúdo dos pactos que desejaram firmar, estipulando as obrigações, condições, prestações, pregando-se como já se afirmou que o contrato por partir da pretendida livre vontade das partes, seria por este motivo sempre justo.

Fruto da concepção voluntarista da autonomia das partes para elaboração dos contratos, entendia-se ser esse o mecanismo de circulação da propriedade e de vinculação da força de trabalho aos meios de produção. E por tal motivo parecia ser coerente a instrumentação jurídica baseada no princípio da igualdade formal, ligada ao reconhecimento da abstrata e genérica liberdade ao sujeito jurídico deferida para entabulação de contratos, liberto das amarras do Estado.¹³⁴

Na lição de Ana Prata, retratada por Cláudio Godoy, a idéia de autonomia da vontade não era totalmente estranha à preocupação funcionalizadora do contrato, apenas:

a concepção de funcionamento econômico e social parte do pressuposto de que o negócio, como produto da autonomia privada, realiza, por si só, e automaticamente, a função que lhe é reservada. Isso é, desvaloriza-se a função porque se confia que o seu preenchimento resultará tão-somente da

¹³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 48.

¹³³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15.

¹³⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16-17.

liberdade do sujeito jurídico: a utilização dessa liberdade basta para garantir o funcionamento em termos ótimos da vida econômica e social.¹³⁵

Contudo o modelo liberal acabou por revelar uma real desigualdade em relação à liberdade contratual. A desigualdade material, o desequilíbrio intrínseco e inerente a determinadas relações.

impôs - já em novo paradigma, do Estado Social, a que subjacentes novos valores, de dignidade da pessoa humana e de solidarismo, de que é instrumento um princípio de igualdade que seja substancial, e não só formal – a edição de novo instrumental jurídico que prestigiasse aqueles elementos axiológicos, fazendo-os efetivos, quer pela intervenção legislativa, quer judicial, no instituto do contrato e, pois, na liberdade de firmá-lo.¹³⁶

Este novo paradigma contratual, divide os doutrinadores, sendo que pregam alguns a diferença entre autonomia da vontade de autonomia privada. Enquanto outros atestam que neste momento histórico, o antes festejado princípio basilar da teoria contratual clássica – autonomia da vontade – reclama uma nova formatação e passa a receber nova nomenclatura.

Como já restou assentado neste trabalho, a dicotomia público privado não mais se justifica, daí dizer que a investigação do que passa a ser reconhecido como autonomia da vontade, ou em sua novel nomenclatura autonomia privada, passa necessariamente pela análise dos primados constitucionais, pelas regras constitucionais e pelas matrizes axiológicas do ordenamento jurídico.

Daí compreender-se que perspectiva do princípio da autonomia privada, bem com seus limites decorrem da interpretação sistemática do princípio constitucional da legalidade. Isto porque a Constituição Federal determina expressamente no artigo 5º, II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” A indicação constitucional refere-se a todo ordenamento jurídico e não somente a denominada lei ordinária, donde dizer que a autonomia privada não decorre exclusivamente da norma jurídica mas também dos princípios que a informam.¹³⁷

¹³⁵ Ana Prata, *apud* Cláudio Luiz Bueno de Godoy. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

¹³⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16.

¹³⁷ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 219.

Este ponto de vista reforça o que dito alhures de que a autonomia privada ecoa como princípio contratual evoluído da autonomia da vontade. E importa lembrar que a vontade nunca deixou de ser elemento constitutivo do contrato quando cotejada através do consenso. Antes, o prestígio e a sobrevida da autonomia da vontade, sob novo enfoque, decorre do próprio valor de liberdade, que é cânone constitucional, contudo focada com as limitações impostas pelo ordenamento jurídico.¹³⁸ E evidencia-se desta forma que não se pode determiná-la em abstrato, mas sim em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica em que por diversas formas se coloca a sua exigência.¹³⁹

Em geral pode-se entender a autonomia privada como o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar as modificações jurídicas como conseqüências de comportamentos em qualquer medida assumidos. Liberdade de regular por si as próprias ações, ou permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento através de um entendimento comum. Esta liberdade influenciou o pensamento jurídico, colocando-se como marca do valor liberdade individual e que em escondia o liberalismo econômico e as regras jurídicas de relações de força mercantil. Contudo esta concepção mudou consideravelmente na hierarquia constitucional dos valores. A liberdade não se identifica com a iniciativa econômica, a liberdade da pessoa e a conseqüente responsabilidade, ultrapassa e subordina a si mesma a iniciativa econômica a ponto de que também a legislação ordinária tem buscado recompor o ordenamento no sentido constitucional.¹⁴⁰

Exemplo desta adequação da legislação ordinária aos princípios constitucionais (nos quais se fundam o ordenamento jurídico como um todo), como moderadores da autonomia privada, ou mais especificamente da liberdade contratual, se pode constatar da previsão do artigo 421 do Código Civil brasileiro, que estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da

¹³⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e Relações Jurídicas Contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 58. v. 15 p. 60. abr-jun.2006.

¹³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17.

¹⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17.

função social do contrato. Ao estabelecer o texto constitucional a funcionalização da propriedade privada, e considerando-se que o contrato serve como instrumental para negociação de aquisição e transferência da mesma, resta contida na lei ordinária o princípio da função social a nortear o exercício da autonomia privada.

Também demonstra a legislação ordinária – *ex vi* do artigo 422 do CC – coerência com os princípios constitucionais e limitação da autonomia privada, ou melhor dizendo sua nova concepção, através da exigência de que os contratantes guardem, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Refere-se à adequação do princípio da autonomia privada, porque o texto da norma traz a expressão – são obrigados -, de modo que somente se pode exercer a liberdade contratual atentando-se à boa-fé e à probidade.

Justamente porque o ordenamento quer como factor de liberdade pessoal e de elasticidade do sistema, a autonomia privada não sofre de limites internos e positivos, no sentido de as faculdades que encerra estarem vinculadas a escopos programaticamente fixados por uma entidade dirigente. Sem prejuízo da necessária observância da sua função, dos limites que resultam da sua natureza intrínseca de mecanismos de tutela de interesses próprios, e sem esquecer as implicações normativas autogeradas pelas circunstâncias e conteúdo da relação por ele criada (dando azo, por vezes, a deveres de agir), a verdade é que a autonomia privada só está subordinada ao ordenamento na medida em que é este a definir o seu espaço de actuação. Para além de estabelecer as regras procedimentais constitutivas de toda a acção contratual, ele está informado por princípios e edita normas que se sobrepõem ao arbítrio dos contraentes, subtraíndo-lhes, no âmbito das suas previsões, objectos possíveis de auto-regulação. Nisso, no ser ele a estabelecer (dentro dos quadros constitucionais) os modos de ordenação (com reflexos, obviamente, no domínio dos respectivos conteúdos), se afirma basicamente a superioridade do ordenamento. Mas apenas nisso, pois no interior da esfera de autonomia contratual as partes são livres (juridicamente livres, entenda-se) na escolha dos fins e na selecção de meios que, em seu juízo, melhor servem seus interesses.¹⁴¹

De modo que hodiernamente torna-se imprescindível aferir se esta liberdade contratual encontra correspondência nos princípios gerais do ordenamento. São esses princípios que servem de base para avaliar se a autonomia privada é digna de proteção por parte do ordenamento; ela afinal não é um valor em si.¹⁴² E conquanto

¹⁴¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual.** Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 228.

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 18.

sejam os princípios orientadores do ordenamento jurídico que delimitem os reflexos de atuação da autonomia privada, esta continua sendo a mola mestra do atuar negocial, contudo integrada por uma visão mais solidária e preocupada com a sorte do parceiro contratual e não como fulcro do interesse exclusivamente individual de caráter egoístico.¹⁴³

Reconhece-se à autonomia privada livre curso, mas apenas dentro dos limites que lhe são demarcados. É a observância desses limites que cumpre averiguar, para saber se ela se conteve dentro da sua esfera de competência ou se terá invadido áreas cuja composição (ou formas de composição) o ordenamento reservou imperativamente para si. Na primeira hipótese, a estipulação é válida, independentemente da razoabilidade objetiva e equilíbrio dos seus termos; na segunda, é nula, por força da ilegitimidade que resulta de autonomia ter sido exercitada fora do poder de se usar dela.¹⁴⁴

Giovanni Ettore Nanni esclarece que:

a autonomia privada sujeita-se à limitação da ordem estatal que deixa espaço (autonomia) em que se pode inserir a atividade normativa dos particulares. Assim, podemos afirmar que sua fonte de validade está nas normas legais, que devem ser obedecidas para o exercício do poder individual de criar normas singulares decorrente da autonomia privada. (...)¹⁴⁵

E por isso defende Nanni que a

a concepção de autonomia privada em contraponto à autonomia da vontade não autoriza o pensamento de que a autonomia privada representa o livre subjetivismo, como meio de realização de normas jurídicas individuais segundo a livre iniciativa da vontade. Não é mero idealismo, pois se assim ocorresse estar-se-ia diante da mesma figura de outrora, qual seja, a autonomia da vontade, apenas renomeada. Efetivamente, a autonomia privada é circundada de limites não apenas ideológicos mas reais e jurídicos, impostos para garantir que as relações jurídicas sejam revestidas daqueles aspectos já citados que decorrem da

¹⁴³ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 219.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 229.

¹⁴⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do Direito Civil Obrigacional**: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In *Cadernos de Autonomia Privada*. (coord. Renan Lotufo) Curitiba: Juruá, 2001. p. 171.

constitucionalização do direito civil, tais como a liberdade, a justiça social, a igualdade e a solidariedade.¹⁴⁶

A construção duma teoria contratual fulcrada nos princípios constitucionais e co-relacionada com os fundamentos do ordenamento jurídico, no qual está inserida, configuram os limites da autonomia privada. No tocante ao direito brasileiro, uma vez insertas no texto do Código Civil dispositivos que delimitam a liberdade contratual, entre estes a boa-fé, esta funciona como corolário da dignidade da pessoa humana, e integrada pela solidariedade constitui-se em verdadeiro limite da autonomia privada.¹⁴⁷

Certamente caberá ao intérprete a apreciação do poder individual que deflui da autonomia privada frente às idéias de justiça e solidariedade. Podendo o julgador, utilizando-se das cláusulas gerais inseridas no texto do código civil, decidir quanto a obrigatoriedade ou não dos contratos que por ventura tenham sido concluídos em desacordo com a limitação à liberdade contratual, ou quiçá a sua revisão quando esta for idônea a conduzir a adequação do pacto aos justos limites da autonomia privada.

3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A exacerbação do individualismo jurídico e o liberalismo econômico reinante até início do século XX, bem como a utilização do primado da autonomia contratual como justificadora da estipulação de contratos díspares, causou crise social ensejadora da reformulação dos princípios basilares da teoria contratual. A busca pelo resgate de igualdade das partes perdida com a incidência da massificação dos contratos, bem como a procura de meios para amenizar o desequilíbrio resultante das modificações supervenientes da base negocial motivaram a remodelagem e funcionalização do contrato, admitindo a intervenção estatal em casos de interesse social.

¹⁴⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do Direito Civil Obrigacional:** a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In Cadernos de Autonomia Privada. (coord. Renan Lotufo) Curitiba: Juruá, 2001. p. 173.

¹⁴⁷ POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial:** o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001. p. 221.

Nesse prumo do resgate dos valores prestigiadores do ser humano, que possam levar à construção de uma sociedade mais justa e solidária em confronto encontrou eco no labor do legislador constitucional que em sua tarefa incluiu axiomas de justiça, solidariedade e dignidade humana entre os fundamentos e objetivos da República.

E, consoante já constou deste trabalho, o sistema do direito é aberto. Ainda que hierarquizado, permeado por princípios, valores e normas, é aberto. E assim se tem construído justamente para favorecer a evolução dos conceitos jurídicos de molde a promover a adaptação entre as situações da vida e a tarefa jurídica e judicante. Mas o objetivo do sistema jurídico não é somente direcionar sua abertura à evolução do sistema de maneira casual, mas sim, seguir diretrizes hierárquicas que permitam tal proceder. O norte principal está na Carta Magna e nos seus fundamentos.¹⁴⁸ No que toca ao direito civil conformador das normas da teoria contratual, o modelo estático de positividade não encontra mais ressonância capaz de oferecer respostas às mais diversas relações jurídicas possíveis de serem concretizadas, de forma que o

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica casuística. Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.¹⁴⁹

Para que ordenamento jurídico seja funcional, possa perseguir os objetivos

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: %ztokenexec_continue

STACK:

-filestream-

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)