



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

ADRIANA ADELIS AGUILAR DA COSTA

**O INTERVENCIONISMO ESTATAL NAS RELAÇÕES
PRIVADAS: REDIMENSIONAMENTO DOS LIMITES
DA LIBERDADE CONTRATUAL**

Londrina
2007

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

ADRIANA ADELIS AGUILAR DA COSTA

**O INTERVENCIONISMO ESTATAL NAS RELAÇÕES
PRIVADAS: REDIMENSIONAMENTO DOS LIMITES
DA LIBERDADE CONTRATUAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Valkíria Aparecida Lopes Ferraro

Londrina
2007

Costa, Adriana Adelis Aguilar da.
O Intervencionismo Estatal nas Relações Privadas:
redimensionamento dos limites da liberdade contratual / Adriana
Adelis Aguilar da Costa. - Londrina, PR : [s.n], 2007.
94f.

Orientadora: Dra. Valkíria Aparecida Lopes Ferraro.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Londrina.
Bibliografia: f.

1. Intervencionismo Estatal. 2. Autonomia da Vontade. 3.
Autonomia Privada. 4. Contrato. 5. Liberdade contratual. 6.
Princípios Sociais. I. . Universidade Estadual de Londrina.

ADRIANA ADELIS AGUILAR DA COSTA

**O INTERVENCIONISMO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS:
REDIMENSIONAMENTO DOS LIMITES DA LIBERDADE
CONTRATUAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Valkíria Aparecida Lopes Ferraro
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira
Instituição Toledo de Ensino

Londrina, 12 de novembro de 2007.

Ao Guto, meu amor, companheiro de todas
as horas e à Maria Fernanda, minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por mais essa oportunidade.

À professora Valkíria Aparecida Lopes Ferraro, excelente profissional e exemplo de vida; mais que orientadora, uma grande amiga.

Ao Professor Elve Miguel Cenci, pela colaboração na elaboração desse trabalho.

Ao Professor Flávio Luís de Oliveira, pela participação na Banca.

A todos os professores do curso de mestrado, que com os conhecimentos transmitidos colaboraram no enriquecimento deste estudo.

Aos colegas de curso, pelo companheirismo.

Ao Francisco, secretário do mestrado, sempre pronto a colaborar.

Aos meus pais, João e Arlete, pelo que representam em minha formação pessoal e profissional.

Aos meus sogros, João e Maria, pelos incontáveis momentos de apoio.

À Andréia, minha irmã, que com a força de vontade e a garra que lhe são peculiares, ingressou na turma de 2007 deste curso de mestrado.

Ao João e à Sueli, que cuidaram com amor da minha princesa nos muitos momentos em que precisei me dedicar exclusivamente à elaboração dessa pesquisa.

"Mudam os fatos, mudam os homens, muda a realidade social, altera-se, por força da consequência, a arquitetura jurídica subjacente. Mas o contrato é sempre o contrato, afinal. Sob o paradigma simplesmente individualista da burguesia revolucionária francesa, ou sob o paradigma da consagração dos princípios contratuais como princípios próprios da ordem natural, ou sob o paradigma meramente dogmático de conformação do direito com a lei, o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de cada época. Até que se mostre, a cada época, como insustentável ou deficiente, quando então ele se remoldura e busca sua readequação, para prosseguir como o que sempre fundamentalmente foi: um instrumento essencial da organização social."

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

COSTA, Adriana Adelis Aguilar da. O Intervencionismo Estatal nas Relações Privadas: redimensionamento dos limites da liberdade contratual. 2007. 94 fl. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO

Analisa a evolução da concepção clássica do contrato para a nova teoria contratual, verificando, em cada uma delas a possibilidade de intervenção do Estado nas relações privadas e os limites impostos à liberdade contratual. Aponta os fundamentos que deram origem à concepção clássica e suas principais características, dentre as quais enfatiza a autonomia da vontade das partes contratantes. Discorre acerca dos fatores econômicos, políticos e sociais que determinaram o declínio do princípio da autonomia da vontade e o surgimento da nova teoria contratual, de cunho nitidamente mais social. Apresenta a necessária distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, bem como diferencia liberdade contratual de liberdade de contratar. Analisa o ordenamento jurídico brasileiro frente à nova ordem contratual. Trata da intervenção legislativa no âmbito das relações negociais e dos principais instrumentos consagradores da visão mais socializada dos contratos: a) Constituição Federal de 1988; b) Código de Defesa do Consumidor; c) Código Civil de 2002. Apresenta os princípios sociais do contrato e o instituto do abuso do direito como mecanismos de atuação da nova teoria contratual. Verifica a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito das relações negociais e trata das cláusulas gerais como instrumentos necessários à realização da justiça contratual.

Palavras-chave: Intervencionismo Estatal. Autonomia da Vontade. Autonomia Privada. Contrato. Liberdade contratual. Princípios Sociais.

COSTA,Adriana Adelis Aguilar da. The State Intervention in the Private Relations: redimensioning of the contractual freedom limits.2007. 94 fl. Dissertation (Negotiable Law Master's Degree Program) – Universidade Estadual de Londrina.

ABSTRACT

It analyzes the classical conception evolution of the contract to the new contractual theory verifying in each one of them the possibility of the state intervention in the private relations and the limits imposed to the contractual freedom. It shows the fundamentals that originated the classical concept and its main characteristics, among them that emphasizes the will autonomy of the contracted parties. It relates about the economical, social and political factors that determine the decline of the will autonomy principle and the appearance of the new contractual theory, clearly more social. It shows the distinction needed between the will autonomy and the private autonomy, as well as differentiates contractual freedom from the freedom to contract. It analyzes the Brazilian judicial order, in the scope of negocial relations and the main instruments consecrated in a more socialized vision of contracts: a) Federal Constitution of 1988; b) Consumers¹ Defense Code; c) Civil Code of 2002. It presents the contract social principles and the institution of law abuse as acting mechanisms of the new contractual theory. It verifies the possibility of intervention of the Judicial Power in the area of negocial relations and deals with general clauses like necessary instruments to the making of contractual justice.

Key Words: State Intervention. Will Autonomy. Private Autonomy. Contract. Contractual Freedom. Social Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	O CONTRATO COMO NEGÓCIO JURÍDICO	15
3	A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO CONTRATO	19
3.1	Fundamentos que deram origem à doutrina clássica	19
3.1.1	A importância da Revolução Comercial para o desenvolvimento da Teoria Contratual Clássica	19
3.1.2	O individualismo como fundamento filosófico	21
3.1.3	O liberalismo como fundamento ideológico e econômico	24
3.2	Principais características da concepção clássica	27
3.3	A autonomia da vontade	30
3.3.1	O apogeu do princípio da autonomia da vontade	31
3.3.2	O declínio do princípio da autonomia da vontade	32
3.3.2.1	A massificação dos contratos como fator de declínio do princípio da autonomia da vontade	33
3.4	A suposta “crise” contratual	35
4	A NOVA TEORIA CONTRATUAL.....	38
4.1	Autonomia da vontade e autonomia privada: necessária distinção	41
4.2	Liberdade contratual e liberdade de contratar.....	44
5	O INTERVENCIONISMO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS	47
6	O DIREITO BRASILEIRO FRENTE À NOVA ORDEM CONTRATUAL ...	49
6.1	Intervenção legislativa no âmbito das relações negociais	49
6.1.1	Instrumentos legislativos consagradores da nova ordem contratual no direito privado brasileiro	50
6.1.1.1	A Constituição Federal de 1988	51
6.1.1.2	O Código de Defesa do Consumidor	56
6.1.1.3	O Código Civil de 2002	59

6.1.2	Os princípios sociais do contrato	61
6.1.2.1	A função social do contrato	62
6.1.2.2	A boa-fé objetiva	66
6.1.2.3	A equivalência material	69
6.1.3	O abuso do direito	75
6.2	A intervenção do Poder Judiciário no âmbito das relações negociais	79
7	CONCLUSÃO	87
	BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	89

1 INTRODUÇÃO

O contrato exerce na sociedade a função primordial de circulação de riquezas, proporcionando o trânsito jurídico patrimonial entre sujeitos de direito. Esse trânsito jurídico é realizado mediante um acordo de vontades entre as partes da relação jurídica contratual e o ajuste de pretensões se vislumbra com maior magnitude na liberdade de celebrar ou não um contrato e na liberdade de se estipular o conteúdo negocial, esta última denominada de liberdade contratual.

Com o advento do liberalismo, o contrato passou a ser o principal instrumento de realização da vida econômica, apresentando fundamental importância para a formação da concepção clássica do contrato, pois, ao defender a liberdade do mercado, proibindo sua organização e planejamento pelo Estado, acabou por fortalecer, no campo jurídico, a idéia de liberdade dos atores da relação contratual.

Para essa visão individualista, vivenciada, sobretudo, nos séculos XVIII e XIX, a liberdade contratual era regida pelo princípio da autonomia plena da vontade das partes em estipular as cláusulas contratuais. Os contratantes tinham, assim, conforme sua vontade, liberdade para pactuarem da forma que melhor lhes apossesse, cabendo ao Estado apenas garantir que essa vontade fosse isenta de vícios e defeitos, bem como que o conteúdo estipulado na avença fosse devidamente observado.

Essa concepção tradicional do contrato atendia aos reclamos da sociedade de então que, tendo à frente a classe burguesa, grande influenciadora da evolução política, econômica e jurídica da sociedade, consagrou o individualismo como princípio fundamental da ordem jurídica contratual, a fim de assegurar o livre jogo negocial, sem interferência de nenhum poder externo.

A sociedade, após diversas transformações ocorridas no âmbito social, político e econômico não mais aceitava que as relações contratuais garantissem apenas a liberdade material entre os sujeitos contratantes, trazendo à tona o desajuste entre a doutrina tradicional do contrato e a realidade que se impunha.

Com a Revolução Industrial, que promoveu a formação de classes sociais, o advento duas grandes guerras mundiais, o significativo aumento

demográfico, o avanço da sociedade de consumo e a conseqüente massificação das relações negociais, fatos que trouxeram a lume a desigualdade entre os indivíduos no plano dos fatos, certo é que o ideal outrora ferrenhamente defendido de autonomia plena das partes contratantes como garantia da justiça contratual, entrou em declínio.

Urgia, nesse ambiente, que o Estado não se apresentasse mais como mero espectador das relações privadas, devendo agir de modo a garantir que a igualdade, antes meramente formal, fosse vislumbrada substancialmente. A teoria dos contratos foi então modificada pela crescente intervenção estatal, a qual, no plano legislativo, se convencionou denominar de dirigismo contratual, passando a vontade das partes a ter uma posição relativa.

Vê-se, assim, que historicamente, a visão liberal do contrato se transmudou para uma visão social, desaguando na nova teoria contratual, passando a liberdade dos contratantes a sofrer expressivas limitações de ordem estatal. Foram limitações tão significativas que este fenômeno passou a ser denominado de “crise do contrato”, vez que o mesmo não mais representava a plena vontade das partes.

E o que se chama atualmente de nova ordem contratual se trata justamente do remodelamento do contrato frente à realidade hodiernamente vivenciada.

É precisamente esta adequação, um redimensionamento da liberdade contratual, que tem sido perpetrada no âmbito do contrato. O contrato atualmente exerce função muito mais social do que individual. O Estado vem intervir nas relações privadas a fim de fazer valer os atuais paradigmas do direito privado, consubstanciados na Constituição Federal de 1988.

Este o fo

análise acerca das formas de intervenção estatal nas relações privadas, a fim de identificar no ordenamento jurídico privado brasileiro, notadamente no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor, exemplos de institutos que vieram modificar substancialmente a liberdade contratual.

E o direito brasileiro tem experimentado expressivas alterações principiológicas, todas posteriores à Constituição Federal de 1988, fruto do cumprimento dos desígnios do legislador originário quanto à promoção da igualdade, da eticidade, da sociabilidade e de outros paradigmas.

Importante que se registre, que este intervencionismo não possui sua fonte apenas no Estado legislador, mas de igual importância no Estado julgador, que é o aplicador da norma e possui o mister de trazer justiça ao caso concreto, materializando os valores e princípios estatais de cunho intervencionista.

2 O CONTRATO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Antes que se estabeleça qualquer digressão específica acerca das teorias contratuais, especialmente da nova ordem contratual vigente hodiernamente, imprescindível se faz o esclarecimento acerca da posição ocupada pelo contrato no mundo jurídico, ainda que de forma bastante sucinta.

Num primeiro momento, vale observar que existem eventos que são apenas fatos sociais, próprios do ser humano. Apenas quando referidos fatos sociais repercutem de alguma forma no direito é que serão por este regulados, dando origem, assim, aos fatos jurídicos.

Fato jurídico é, pois, todo acontecimento natural ou humano, que possa criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações no mundo jurídico.

PONTES DE MIRANDA assim o conceitua¹:

Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não diname, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.

Nas lições do mesmo doutrinador, os fatos jurídicos podem ser classificados em²:

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 77.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p.222.

a) fatos jurídicos *stricto sensu*; b) fatos jurídicos ilícitos (contrários ao direito), compreendendo fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto sensu* são espécie, como os atos ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; c) atos-fatos jurídicos; d) atos jurídicos *stricto sensu*; e) negócios jurídicos.

O componente que estabelece a diferença substancial entre as diversas formas de fato jurídico é a presença ou não de uma conduta humana como elemento essencial.

Dessa forma, os fatos jurídicos *stricto sensu* são simples fatos da natureza ou do animal, que prescindem da presença de um ato humano para que restem caracterizados.

Quanto aos atos-fatos jurídicos, necessária se faz para a sua caracterização a existência de conduta humana, porém, sem a exigência de vontade para a prática da conduta. Valoriza-se, neste caso, mais o resultado fático que decorre da conduta do que a própria conduta em si.

Por fim, para a configuração dos atos jurídicos *lato sensu*, a vontade do agente em praticar o ato é indispensável.

O ato jurídico *lato sensu* pressupõe a existência de elementos essenciais à sua caracterização, quais sejam: uma conduta que exteriorize a vontade do agente e que seja juridicamente relevante; que haja consciência da exteriorização da vontade; que o ato tenha por objetivo a obtenção de um resultado protegido pelo direito³.

Divide-se o ato jurídico em duas espécies, quais sejam, ato jurídico

stricto sensu e negócio jurídico. Em ambos os casos, o elemento vontade é imprescindível, como já observado, diferenciando-se ambos em razão da escolha da categoria jurídica.

No ato jurídico *stricto sensu* não é permitido aos participantes estabelecer ou alterar os efeitos advindos de seus atos, os quais são pré-estabelecidos pela lei. Já no negócio jurídico, é outorgada aos participantes, observados alguns limites, liberdade de escolha e de regramento de seus interesses, de acordo com suas conveniências.

PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA conceituam ato jurídico⁴:

O ato jurídico em sentido estrito, reconhecido por inúmeros doutrinadores de escol, constitui simples manifestação de vontade, sem conteúdo negocial, que determina a produção de efeitos legalmente previstos.

O negócio jurídico, segundo EMILIO BETTI, pode ser assim conceituado⁵:

³ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: Parte Geral. v I. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.338.

⁵ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. t. I. Campinas: LZN, 2003, p. 79.

É o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato pelo qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido).

O contrato, que se caracteriza como o “acordo de vontades contrapostas para o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação específica”⁶, é a principal modalidade de negócio jurídico, embora não seja a única.

Evidente sua classificação como negócio jurídico, uma vez que a vontade é imanente à sua estrutura e os efeitos dela emanados são aqueles queridos pelos agentes negociais, sempre nos limites eventualmente impostos pela ordem estatal. É o que se extrai da lição de MARCOS BERNARDES DE MELLO⁷:

Assim é que, por exemplo, nos contratos – que são a mais importante espécie de negócio jurídico – em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem.

O contrato, como negócio jurídico, possui como característica a liberdade das partes em determinar o conteúdo eficaz da relação jurídica contratual, produzindo-se os efeitos por eles desejados na medida em que, de

⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 149.

⁷ MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva,

regra, é dado às partes determinar as cláusulas contratuais. Este alvedrio de determinação do conteúdo contratual é nominado de liberdade contratual, que será analisada por ocasião do desenvolvimento do presente trabalho.

3 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO CONTRATO

Embora a origem do contrato se confunda, no decurso dos séculos, com a própria origem da humanidade⁸, tendo se desenvolvido de forma fecunda nos mais de treze séculos do Direito Romano⁹, em suas várias fases, direito este que foi recepcionado pelos Estados na Idade Média¹⁰, certo é que a Idade Moderna tem especial importância para o estudo do tema proposto, pelo surgimento do Estado Moderno e pela racionalização do pensamento e da cultura, o que favoreceu de forma notável o desenvolvimento da teoria contratual.

3.1 Fundamentos que deram origem à doutrina clássica

A concepção tradicional do contrato, baseada fundamentalmente no princípio da autonomia da vontade, representa “o ponto culminante e aglutinador da evolução teórica do direito após a Idade Média e da evolução social e política ocorrida nos séculos XVIII e XIX”.¹¹

Referida concepção não teve sua origem em um único momento histórico. Sofreu influências das mais variadas ordens, como a seguir se verá.

⁸ As primeiras trocas de objetos e as primeiras prestações de serviço representam o contrato na sua forma mais rudimentar.

⁹ O Direito Romano compreende o conjunto de normas jurídicas que vigoraram em Roma e em seus territórios desde a criação da cidade, em 753 a.C., até a morte do Imperador Justiniano, em 565 d.C.

¹⁰ Costuma-se considerar a Idade Média como o período que vai da conquista de Roma até a queda de Constantinopla, sede do Império Romano do Oriente (476-1453 d.C.).

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 55.

3.1.1 A importância da Revolução Comercial para o desenvolvimento da Teoria Contratual Clássica

A Idade Moderna¹² é caracterizada por importantes modificações sofridas em vários setores da sociedade (político, econômico, social, religioso e cultural), as quais repercutiram de forma significativa em todo o direito privado, especialmente no campo negocial.

Dentre as mudanças ocorridas na Idade Moderna, uma das que apresentou maior repercussão no direito privado foi a revolução comercial, vislumbrada no período compreendido entre os séculos XV e XVII, caracterizada pelo conjunto de transformações ocorridas nas relações de troca entre a Europa e o resto do mundo. Referido processo foi determinante para o fim do sistema feudal.

Com revolução comercial, fase incipiente do capitalismo, o comércio se desenvolve por toda a Europa e faz nascer uma nova classe, a burguesia mercantil, a qual terá grande influência na evolução política, econômica e jurídica da sociedade de então. No aspecto jurídico, a classe burguesa, na ânsia pela arrecadação de capital, consagra o individualismo como princípio fundamental da ordem jurídica, a fim de que nenhum poder externo interfira no livre jogo negocial.

Como consequência da revolução comercial, surge o sistema capitalista, que se caracteriza pela propriedade privada dos bens de produção e de consumo, consagrando a liberdade de iniciativa privada, a concorrência e a atividade negocial com fins lucrativos. Tratando da importância da Revolução Comercial para o desenvolvimento do regime capitalista, FRANCISCO AMARAL afirma¹³:

À revolução comercial devem-se, portanto, “quase todos os elementos que vieram a constituir o regime capitalista” e, ainda, a “ascensão da burguesia ao poder econômico e político, o início da europeização do mundo, entendendo-se como tal o transplante dos hábitos e da cultura européia para os outros continentes”.

¹² A Idade Moderna é o período compreendido entre a queda de Constantinopla, em 1453, ou a descoberta dos novos mundos, ou ainda, a Revolução Protestante iniciada em 1517, na Alemanha, e a Revolução Francesa em 1789, para uns, ou a Revolução Industrial do séc. XIX.

Vê-se, assim, que o mercantilismo e o capitalismo foram essenciais para o surgimento da teoria contratual clássica, uma vez que possibilitavam a concretização dos ideais da classe burguesa.

3.1.2 O individualismo como fundamento filosófico

Fenômeno diretamente ligado à revolução comercial é o progresso da filosofia verificado nos séculos XVII e XVIII, de que é notável expressão o individualismo, que acentuava o predomínio da personalidade e considerava que as instituições políticas e jurídicas de um país deveriam colocar-se a serviço dos interesses particulares.

O individualismo, nas lições de FRANCISCO AMARAL, é a “doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana um primado relativamente à sociedade, o indivíduo como fonte e causa final de todo direito”. Acrescenta, ainda, que o individualismo significa uma “tendência a colocar as instituições políticas, jurídicas e sociais de um país ao serviço dos interesses particulares dos indivíduos que compõem a população, de preferência aos interesses coletivos”.¹⁴

Com o individualismo, a vontade individual foi erigida como a causa primeira do Direito. Supervalorizou-se a pessoa humana frente à sociedade, passando o indivíduo a ser a fonte e a causa final de todo o ordenamento.¹⁵

Filosoficamente, o individualismo explica os fenômenos históricos e sociais como decorrência da atividade consciente e interessada dos indivíduos. Na área política o individualismo contrapõe-se à intervenção estatal, vislumbrando que as instituições políticas, jurídicas e sociais de um país devem estar a serviço dos interesses particulares de seus membros, em detrimento aos interesses coletivos.

O indivíduo é considerado, pois, a única fonte de todas as regras do direito, a razão de ser de toda a atividade jurídica, especialmente a estatal.

Os ideais do individualismo foram consagrados na Revolução

¹³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118.

¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 353.

Francesa, tendo o Código Civil Napoleônico erigido a vontade como sustentáculo de todo o direito privado.¹⁶

A teoria do contrato social, de Jean-Jacques Rousseau, contribuiu de maneira decisiva para o primado da autonomia da vontade. Para este filósofo, não há como se justificar a escravidão ou qualquer poder advindo dela, uma vez que os poderes fundados na força não são legítimos. Dessa forma, o poder político fundado na força também não é um poder legítimo. Segundo ele, a única forma de se exercer um poder legítimo seria por meio de um contrato social.¹⁷

Afastando do pacto social o que não constitui a sua essência, JEAN-JACQUES ROUSSEAU o reduz aos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e tôda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo”.¹⁸

O contrato social, nos dizeres de MARIA FERNANDA LOMBARDI DOS SANTOS, é o “ato de alienação total dos indivíduos para com o grupo”.¹⁹

Para ROUSSEAU, o homem é naturalmente livre e a única maneira legítima de realizar um pacto e recuperar a igualdade entre os homens é através do que denomina contrato social. O possível abandono a essa liberdade imanente ao homem é possível apenas quando livremente consentido, na limitação e condições que o contrato social determinou. A convenção, pois, para ROUSSEAU, é o fundamento de toda a autoridade entre os homens, derivando daí o próprio poder do Estado.

Embora a teoria do contrato social tenha contribuído de forma significativa, é na teoria do direito natural que se encontra a base teórico-filosófica mais importante na formação da concepção clássica, eis que, à luz dessa teoria, a pessoa humana se tornou um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois

¹⁵ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. Revista de Direito do Consumidor, n. 23-24, p. 41-78, jul./dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 48.

¹⁶ Dispõe o artigo 1.134 do Código Napoleônico que *as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes*.

¹⁷ FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. *As razões da desigualdade*. Revista Discutindo Filosofia. Ano I, n. 5, p. 52-56. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 53-54.

¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1971, p. 31.

¹⁹ FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. *As razões da desigualdade*. Revista Discutindo Filosofia. Ano I, n. 5, p. 52-56. São Paulo: Escala Educacional, 2006, p. 54.

é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza.²⁰

É no direito natural que se encontra a base do dogma da liberdade contratual, eis que referida liberdade seria imanente ao homem e apenas poderia ser restringida pela vontade do próprio homem.

O filósofo IMMANUEL KANT, adepto da teoria do direito natural, contribuiu de forma ampla para difusão das idéias do individualismo. Para ele, a única fonte das obrigações é a vontade individual, não podendo a pessoa se submeter a outras leis, senão àquelas que a si mesmo dá. Neste sentido, assim se manifesta²¹:

A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá.

Segundo UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA, foi com as idéias de KANT que a autonomia da vontade ganhou conotação dogmática, “passando a imperativo categórico de ordem moral. Se a vontade é a única fonte de obrigações, ela também vem a ser considerada a única fonte de justiça”.²²

Vale ressaltar que o jusnaturalismo sofreu forte influência do direito canônico, o qual defendia a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma: a palavra proferida conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.

Para os canonistas, o contratante era obrigado a respeitar, por sua própria consciência, a palavra dada, não podendo o consentimento estar viciado; não poderia haver por parte de qualquer dos contratantes enriquecimento injusto; por fim, para os canonistas, a palavra não poderia ter sido dada por uma causa ilícita

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 56.

²¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução do Alemão por Paulo Quintela. Coimbra: Edição Atlântida, 1960, p. 76.

²² OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. Revista de Direito do Consumidor, n. 23-24, p. 41-78, jul./dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 49.

ou imoral.

Tratando do desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade, ROSALICE FIDALGO PINHEIRO destaca as influências do direito canônico e do direito natural na formação da concepção clássica dos contratos²³:

O desenvolvimento histórico dessa concepção filosófica guarda influências do cristianismo, ao colocar o homem no centro das preocupações. Mas também do direito natural, ao idealizar que os direitos subjetivos teriam origem na própria essência humana e não no direito objetivo. Tais postulados vão encontrar ressonância nas teses contratuais da origem do Estado e da sociedade, a qual passa a se encontrar no próprio homem e na sua vontade. Outorga-se, então, um fundamento voluntarista para as instituições políticas e jurídicas, em que o homem passa a ser considerado como autônomo e capaz de se obrigar apenas pela sua vontade.

Argumento decisivo para a formação da concepção clássica do contrato encontra-se também no plano econômico, impondo-se em toda a sua plenitude com a doutrina do liberalismo.

3.1.3 O liberalismo como fundamento ideológico e econômico

Com o fim do regime feudal, no qual a terra representava a principal fonte de riqueza, surge a economia capitalista, que acentua a importância dos demais bens de produção, próprios do comércio e da indústria explorados pelos burgueses.

O Estado Moderno surge, num primeiro momento, como Estado absoluto, vigente até fins do século XVIII, caracterizado pela concentração do poder real, enfraquecimento da nobreza, ascensão da burguesia, culto da razão de Estado, e pela vontade do rei como lei²⁴.

²³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 391.

²⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

Tratando dos direitos conferidos aos soberanos²⁵ no Estado Absolutista, especificamente acerca do poder legiferante conferido ao Monarca, TOMAS HOBBS afirma que “pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos”²⁶.

Com a Revolução Francesa, o Estado absoluto é substituído pelo Estado liberal, próprio do liberalismo econômico, cujas principais características são o império da lei, no sentido de que todos os poderes dela derivam, como expressão da vontade geral; a divisão dos poderes; a generalidade e abstração das regras jurídicas; a distinção entre o direito público e o direito privado; a crença na completude e na neutralidade do ordenamento jurídico; a concepção do homem como um abstrato sujeito de direito, correspondente à idéia do homem livre e igual, pressuposto do processo de aquisição e circulação de direitos. Em síntese, o Estado liberal é o Estado da legalidade e da liberdade dos indivíduos, livres e iguais²⁷.

O filósofo JOHN LOCKE, pai do liberalismo, argumentava que todo indivíduo possui direito à liberdade e à propriedade e que estes direitos precedem, inclusive, à criação de um governo, pois este resulta de uma convenção pela qual os indivíduos decidem livremente se associar para melhor proteger seus direitos. Segundo ele, não apenas o poder de proteção dos direitos era ínsito aos indivíduos, como também o poder de julgar e punir aqueles que não respeitassem esses direitos. Neste sentido, afirma²⁸:

O homem nasceu, como já foi provado, com um direito à liberdade perfeita e em pleno gozo de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, assim como qualquer outro homem ou grupo de homens

²⁵ Por exemplo, o poder de representar a pessoa de todos os súditos; o poder de autoridade judicial; o direito de fazer guerra e paz; o poder de recompensar com riquezas e honras e de punir com castigos corporais ou pecúniais, dentre outros.

²⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <<http://www.esnips.com/doc/3d650b2d-ac10-46f9-b6d7f2da42e53d79/Thomas.Hobbes.de.Malmesbury-Leviata>>. Acesso em 28 de outubro de 2007. p. 63

²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120-121.

²⁸ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos. Ensaios Sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil*. Introdução de J. W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 132.

na terra; a natureza lhe proporciona, então, não somente o poder de preservar aquilo que lhe pertence – ou seja, sua vida, sua liberdade, seus bens – contra as depredações e as tentativas de outros homens, mas de julgar e punir as infrações daquela lei em outros, quando ele está convencido que a ofensa merece, e até com a morte, em crimes em que ele considera que a atrocidade a justifica.

O grande crescimento vivenciado no novo sistema pela indústria e pelo comércio desaguou na necessária separação entre os meios de produção e a mão-de-obra. O trabalho deveria ser especializado. O número de empregados a serem contratados aumentava significativamente. E, ao contrário do que se verificava nas relações de vassalagem, próprias do regime feudal, o obreiro deveria ser livremente contratado.

Urgia, neste novo ambiente, que o sistema jurídico viabilizasse a livre circulação dos bens e dos sujeitos. Desse modo, para possibilitar a livre contratação, todos os indivíduos passaram a ser considerados sujeitos de direito, pois só assim poderiam participar como agentes no novo modelo econômico, por sua própria vontade.

Como consequência desse poder autônomo da vontade e, ainda, para possibilitar sua instrumentalização, surge a noção de negócio jurídico.

Para a doutrina do liberalismo, o livre jogo da vontade dos particulares garante o máximo de produção e, como efeito da livre concorrência, a diminuição dos preços.

Assim, a autonomia da vontade, que tinha por base a liberdade e a igualdade formal, estendia a todos os sujeitos a poder de contratar, o poder de escolher com quem contratar e, ainda, o poder de estabelecer o conteúdo do contrato. O contrato representava o principal instrumento para a rápida circulação de bens, possibilitando a generalização das trocas, uma vez que garantia a liberdade de atuação no mercado.

Nada além da vontade poderia intervir no processo de produção e circulação de bens, cabendo ao Estado “apenas assegurar o livre comércio, a liberdade de trabalho e a propriedade privada. O Estado gendarme não interferia na área econômica privada. Apenas propiciava a segurança e garantia a manutenção das

regras atinentes à livre negociação”.²⁹

Assim, na visão liberal, o Estado deveria abster-se de qualquer intervenção nas relações entre os indivíduos. A lei, como conseqüência, deveria moldar-se à vontade, protegê-la, interpretá-la e reconhecer a sua força criadora. Esta força obrigatória reconhecida pelo Direito, não poderia sequer ser alterada pelo Juiz, que se limitava a assegurar que as partes atingiriam os efeitos queridos pelo negócio jurídico celebrado.

Buscando uma primeira aproximação ao estudo da concepção tradicional do contrato, a professora CLÁUDIA LIMA MARQUES aponta os elementos básicos que a caracterizam: “(1) a vontade (2) do indivíduo (3) livre, (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito.”³¹

Para essa concepção, portanto, vislumbrada pela ciência jurídica dos séculos XVIII e XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito Privado, estando o vínculo contratual centrado na idéia da vontade como elemento principal.

O dogma da vontade foi erigido sobre a certeza de que a verdadeira fonte jurídica era a vontade dos contratantes, interna ou declarada.

Importante esclarecer, no que tange à relação existente entre a vontade e a declaração, que duas teorias travaram um embate, a saber, a teoria da vontade (ou subjetiva), de Savigny e a teoria da declaração (ou germânica). Para a primeira teoria, essencialmente psicológica, deve sempre prevalecer a vontade verdadeira do contratante, independentemente de sua declaração, e, somente esta vontade é suscetível de produzir efeitos jurídicos. Para a segunda teoria, a vontade que se infere da declaração do agente, ainda que fictícia, deve prevalecer sobre a vontade verdadeira, uma vez que o sentido normal da vontade somente existe, do ponto de vista do direito, por sua expressão externa.³²

A substancial divergência entre as doutrinas apontadas cinge-se à

³⁰ BRAGA FILHO, Pedro. *Globalização e a Teoria Geral dos Contratos*. In: LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (Coords.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 241.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 54.

³² Neste sentido, comenta Antônio Junqueira de Azevedo, *in Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 87-102.

prevalência no tocante à vontade interna e a declarada, evidentemente, quando conflitantes. No entanto, certo é que em ambas predomina o voluntarismo como fundamento do negócio jurídico.

A teoria clássica relegava à ciência do direito uma posição meramente supletiva: proteger a vontade criadora e garantir o cumprimento das avenças, assegurando a realização dos efeitos desejados pelas partes, não se cogitando acerca da posição econômica e social ocupada pelos contratantes, eis que a igualdade entre eles era presumida, assim como a existência de uma liberdade no momento de contrair a obrigação.

Para que as declarações de vontade das partes contratantes possuíssem o mesmo valor, a lei afirmava a igualdade formal. Assim leciona GERSON LUIZ CARLOS BRANCO³³:

O direito, tendo como centro a propriedade e o contrato, transforma-se num corpo abstrato de normas, afirmando a igualdade, ao menos sob o ponto de vista jurídico, condição para que toda e qualquer declaração de vontade tenha o mesmo valor.

Tratando da principal característica da concepção clássica dos contratos, qual seja, a vontade individual, SERPA LOPES assim se manifesta³⁴:

³³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé*. Direito e Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 1, p. 95-112. Canoas: Editora ULBRA, 2000, p. 99.

Na teoria clássica, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser de uma força obrigatória. As partes não se vinculam senão porque assim o quiseram e o papel da lei resume-se em consagrar esse entendimento. Nada pode o juiz ante essa vontade soberana; a sua função limita-se a assegurar-lhe o respeito, na proporção da inexistência de qualquer vício de consentimento ou de qualquer vulneração às regras de ordem pública.

A teoria clássica traz junto de si a noção de que a justiça é inerente e natural ao contrato, por exigência da livre concorrência, e qualquer intervenção, a qualquer pretexto, provocaria uma injustiça.

Analisando-se a linha contratual defendida pelo Estado liberal, verifica-se que, para zelar pela segurança nas relações privadas, para promover a justiça nos casos concretos, bastava que o Estado garantisse a liberdade contratual dos indivíduos.

Lecionando sobre a impossibilidade de ocorrer injustiças quando garantida a liberdade das partes contratantes, ROSALICE FIDALGO PINHEIRO afirma³⁵:

A partir dessa formulação, também ficam esgotadas as possibilidades de injustiça, pois esta torna-se impossível de ocorrer, na medida em que o homem decide-se por si mesmo. A tal aceção, encontra-se ligada a idéia de que toda justiça provém do contrato, o que não poderia ser mais adequado à doutrina econômica liberal, pois “quem diz contratual, diz justo”.

³⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil. Fonte das Obrigações: contratos*. v. III. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 33.

LOURIVAL VILANOVA, tratando da posição ocupada pelo Estado de mero garantidor das liberdades individuais, disciplina³⁶:

As leis normativas, no domínio econômico do desenvolvimento, deveriam ser as mínimas possíveis para não perturbar o livre jogo das leis naturais. A teoria do progresso é uma teoria do desenvolvimento com o mínimo de politicidade. Em vez do Estado-polícia (*Polizeistaat*), o Estado-vigia (*État gendarme*): reduzido aos cuidados dos serviços da comunidade, ao mister de fazer leis dentro dos limites constitucionais protetores das liberdades e ao encargo de dizer o direito aplicável ao caso controvertido. O juiz do Estado liberal faz a exegese do direito, sempre tendo em vista o postulado da liberdade, contendo o Estado nos limites traçados. [...] A proteção dos direitos no Estado liberal-democrático, é função jurisdicional que se faz *dentro* da lei (no sentido amplo) e na qual a discricionariedade judicial tende em favor do indivíduo.

São as próprias convenções que, pelo livre jogo da oferta e da procura, determinam o justo. A vontade e a liberdade dos contratantes propiciam o modelo de justiça contratual apregoado pelo liberalismo. Dessa forma, o equilíbrio das prestações é livremente obtido pelas partes, prescindindo de qualquer intervenção por parte do Estado.

Apenas as regras imperativas formuladas pela lei serviam de obstáculo à liberdade contratual. Referidas regras tinham por função justamente proteger a vontade dos indivíduos e fornecer parâmetros para a interpretação correta da vontade das partes.

3.3 A autonomia da vontade

³⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 392 e 393.

³⁶ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. V. 2. São Paulo: Axis Mvndi/lbet, 2003, p.

A doutrina seguida pela concepção clássica do contrato, qual seja, a da autonomia da vontade, considera que a única fonte das obrigações é a vontade dos próprios contratantes.

A atividade contratual, como “expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade”³⁷, é erigida como pilar de sustentação do direito privado.

Acerca da definição de autonomia, a própria etimologia da palavra já demonstra seu alcance. Autônomo vem do grego *autos*, próprio, e *nomos*, lei. Em breves palavras, a autonomia da vontade pode ser caracterizada como a faculdade conferida às pessoas de concluírem livremente seus contratos, em qualquer das modalidades que estes se apresentem.

Segundo a visão clássica, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos e não da autoridade da lei. Esta teria apenas a função garantidora da vontade dos contratantes e do cumprimento do conteúdo avençado.

Além disso, para os defensores do princípio da autonomia da vontade, apenas a vontade, livre, real e isenta de vícios ou defeitos, poderia originar um contrato válido, capaz de gerar direitos e obrigações. Nasce, assim, a teoria dos vícios do consentimento. Quando isenta de vícios ou defeitos, a vontade formadora do contrato o erigia à posição de lei, trazendo à baila a idéia da força obrigatória dos contratos.

Ainda, referido princípio estabelece a liberdade contratual como um de seus corolários. Liberdade contratual assim entendida como a possibilidade

476.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

conferida às partes contratantes de livremente disciplinarem o conteúdo de suas avenças.

Acerca da autonomia da vontade, elemento nuclear da concepção contratual tradicional, tratar-se-á, de forma mais pormenorizada, em outro tópico do presente estudo, apresentando sua distinção com o princípio da autonomia privada.

3.3.1 O apogeu do princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade, como expressão máxima da concepção tradicional do contrato, favorecia os interesses da classe burguesa, propiciando a livre circulação de mercadorias. Sequer era necessário se cogitar de qualquer outra justificação para a formação de obrigações entre as partes contratantes. A vontade valia por si própria.

Era o regime do *laissez-faire*, *laissez-passer*, *laissez-contracter*, tido como imprescindível para atender à necessidade de rapidez e segurança nos negócios jurídicos, frente à crescente industrialização e desenvolvimento do comércio.

A doutrina do liberalismo preconizava, assim, a plena e absoluta liberdade dos homens na economia, vedando a interferência estatal nas operações de circulação de bens. E era através dos contratos que essa autonomia atingia sua expressão máxima, eis que por eles se criam, modificam e extinguem relações jurídicas. Por meio deles são estabelecidas as regras disciplinadoras dos

comportamentos das partes.

Mencionado poder jurídico não se manifestava apenas na formação, modificação e extinção das relações jurídicas, mas também no estabelecimento de seu conteúdo.

Neste contexto é que o dogma da autonomia da vontade reinou absoluto nos séculos XVIII e XIX.

3.3.2 O declínio do princípio da autonomia da vontade

Assim como o início da concepção tradicional do contrato não pode ser atribuído a um isolado acontecimento histórico, também o declínio do pensamento liberal, individualista e voluntarista, que tinha como pilastra mestra o dogma da autonomia da vontade, não se deu em único momento e por uma única razão.

Com a Primeira Grande Guerra Mundial, começaram a eclodir significativas modificações na sociedade. A população foi sofrendo um acentuado desnivelamento social, resultante do capitalismo guiado por critérios exclusivamente econômicos. Por outro lado, o aumento da população mundial deu margem a novas relações jurídicas, massificadas ou coletivas³⁸.

³⁸ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. Revista de Direito do Consumidor, n. 23-24, p. 41-78, jul./dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.

A Igreja Católica clamava pelo reconhecimento dos direitos sociais e pela necessidade de garantia dos mesmos por parte do Estado³⁹. Se a razão do Estado era velar pelo bem comum, era seu dever maior amparar os direitos dos cidadãos, especialmente dos mais fracos. No mesmo sentido, as correntes socialistas, que tiveram Karl Marx como principal expoente, exigiam normas de tutela específica da classe operária e de suas relações contratuais com os empresários.

Com a Segunda Guerra Mundial, encetada especialmente como reação aos regimes políticos totalitários, houve um fortalecimento aos pensamentos de mudança, levando o Estado a assumir novas posturas, sempre com vistas ao Estado social, onde a preocupação, no âmbito do direito contratual, passou a ser mais com o coletivo, com o interesse social, deixando de lado a concepção do contrato como instrumento de realização meramente individual⁴⁰.

Embora as grandes mudanças sofridas na concepção clássica dos contratos, bem como a postura do Estado perante as relações privadas tenham se acentuado a partir das duas grandes guerras mundiais, pode-se afirmar que a formação de classes, fomentada pela Revolução Industrial, desaguou em grandes problemas sociais e deu origem à primeira grande intervenção do Estado Liberal nas relações privadas, o Direito do Trabalho.

Ao lado dos fatores políticos e ideológicos que ensejaram o declínio do pensamento liberal, despertava o fator econômico: o expressivo aumento

³⁹ Neste sentido a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, na qual o Papa Leão XIII defendia os direitos sociais e o dever do Estado de intervir na vida econômica e social.

⁴⁰ NOVAIS, Aline Arquette Leite. *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*. In TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18.

demográfico deu margem a novas relações jurídicas, evidenciando, assim, outro aspecto que demonstrava a fragilidade do até então intangível princípio da autonomia da vontade.

3.3.2.1 A massificação dos contratos como fator de declínio do princípio da autonomia da vontade

O contrato como visto pela concepção tradicional, vislumbrava a posição igualitária dos parceiros contratuais, os quais discutiam individual e livremente as cláusulas conforme o acordo de suas vontades. Era o contrato paritário ou individual. Porém, com o avanço da sociedade de consumo, as relações jurídicas ganharam nova roupagem e, ao lado dos contratos individuais, surgiram os contratos de massa.

Em razão do excessivo aumento nas atividades de produção e de distribuição de bens e serviços, urgia a criação de um novo modelo contratual, que melhor se amoldasse às novas necessidades sociais. Os contratos, para atenderem aos reclamos da sociedade moderna, caracterizada pelo consumo exacerbado⁴¹, deveriam ser mais práticos e econômicos.

Assim, o sistema de produção e distribuição em grande quantidade trouxe às empresas (aí incluído o Estado como fornecedor de serviços essenciais), pela posição econômica que ocupam, a possibilidade de estabelecer contratos cujas cláusulas estejam previamente redigidas e que serão aplicadas a uma série

⁴¹ Gerson Luiz Carlos Branco chega a afirmar que os entes econômicos da sociedade pretendem transformá-la num imenso *Shopping Center*, onde só há lugar para consumidores e não para cidadãos. *In Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé. Direito e Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, v. 1, n. 1, p. 95-112. Canoas:

de futuras relações. Os contratantes sequer estão definidos no momento em que as cláusulas são estipuladas.

Surgem, assim, os contratos de massa, os quais, segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES podem ser representados pelos contratos de adesão e pelos contratos submetidos a condições gerais. Diferenciando as duas figuras, conforme entendimento elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias, a doutrinadora ensina⁴²:

[...] para dar maior clareza à exposição, vamos inicialmente acatar a diferenciação feita pela Comissão das Comunidades Europeias, entre *contratos de adesão* e *contratos submetidos a condições gerais*. Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por *escrito*, preparados e *impressos* com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviço, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais dos negócios entenderemos aqueles, *escritos ou não escritos*, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico.

As vantagens das novas técnicas contratuais são indiscutíveis. É manifesto que a sociedade atual necessita, para possibilitar o sistema de produção e distribuição em massa, das figuras contratuais referidas.

Porém, se de um lado é imprescindível a contratação em massa para permitir a própria sobrevivência do modelo econômico e social atual, de outro,

Editora ULBRA, 2000.

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. o novo regime das

não restam dúvidas de que os contratos assim firmados se caracterizam pela superioridade econômica ou técnica de uma das partes contratantes, obviamente, do fornecedor dos produtos ou serviços. Aos consumidores resta aderir, muitas vezes sem sequer conhecer as cláusulas do contrato firmado.

Evidente que a teoria clássica relativa aos contratos não se adapta à nova realidade social e econômica do século XX. Um modelo que presume a liberdade e a igualdade das partes contratantes não pode mais ser admitido, eis que absurdamente irreal.

Os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra. De um lado o fornecedor, o autor das cláusulas; de outro, o consumidor, simples aderente. Diferente do que se vislumbrava na teoria contratual clássica, não basta garantir a liberdade dos contratantes para que a justiça contratual seja alcançada.

A crise que abalava a concepção tradicional dos contratos era incontestável. Apesar da liberdade, da igualdade e da autonomia da vontade dos contratantes estarem asseguradas no campo teórico do direito, no campo prático dos fatos o desequilíbrio era flagrante.

3.4 A suposta “crise” contratual

Com as flagrantes alterações advindas na teoria geral dos contratos, em decorrência do declínio da teoria clássica, chegou-se a pensar que o contrato havia perdido sua função primordial. A autonomia da vontade, ferrenhamente defendida nos séculos XVIII e XIX, era o fundamento do negócio jurídico. Garantida a autonomia dos contratantes, garantida estaria a justiça contratual.

Nas sociedades massificadas, essa verdade estava longe de ser absoluta, pois a igualdade e a liberdade das partes contratantes, na maioria das vezes, era apenas formal, não ocorria no mundo dos fatos.

SAVATIER⁴³ chega a prever que o contrato tende a desaparecer, surgindo outro instituto em seu lugar. No mesmo sentido, ORLANDO GOMES renunciou o fim do contrato⁴⁴:

A crise atinge o âmago mesmo da autonomia privada, de que o negócio jurídico é a expressão de maior relevo. A pouco e pouco vai murchando a esfera da liberdade individual, enquanto se dilata o pan-administrativismo. E à medida que murcha, o contrato, seu mais perfeito instrumento, vai desaparecendo melancolicamente da cena jurídica.

Ocorre que, a despeito de todas as transformações sofridas, não há que se falar em “crise” no sentido de aniquilação do instituto contratual, e sim em redimensionamento de seus limites. Neste sentido, FLÁVIO TARTUCE leciona⁴⁵:

Na realidade, “crise” pode significar alteração da estrutura – e é realmente isto que entendemos estar ocorrendo quanto ao tema - , uma convulsiva transformação, uma renovação dos pressupostos e princípios da Teoria Geral dos Contratos, que tem por função redimensionar seus limites e não extingui-los. Entendemos que o contrato não está em crise, mas sim em seu apogeu como instituto emergente e central no direito privado.

Também aduzindo sobre a impropriedade do entendimento que prenuncia o aniquilamento do instituto contratual, GISELDA HIRONAKA assim se manifesta⁴⁶:

Confundindo-se, muitas vezes, *liberdade de contratar com liberdade contratual*, o diagnóstico foi sempre muito pessimista, a respeito da sobrevida institucional do contrato. Mas, como o “*sonho* de John Lenon”, o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder.

⁴³ Apud TARTUCE, Flávio. *A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 de out. 2005.

⁴⁴ GOMES, Orlando, VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Editora

A chamada “crise”, vislumbrada por alguns doutrinadores, na verdade não se deu nos contratos, mas sim, no dogma da autonomia da vontade. Quanto ao contrato, em decorrência das alterações sofridas em seus elementos, não há que se falar em crise, mas sim, em reestruturação, para que possa atender de maneira eficiente aos reclamos da nova sociedade.

O conceito de contrato sofreu um desenvolvimento fecundo. Verifica-se que na história recente, com o aumento crescente da sociedade de consumo, não apenas o número de contratos concluídos aumentou como também surgiram novas figuras contratuais⁴⁷.

privado. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em 25 de julho de 2006, p. 1.

⁴⁷ A exemplo, os contratos de *shopping center*, *leasing*, *know-how*, *franchising*.

4 A NOVA TEORIA CONTRATUAL

O direito, como ciência social por excelência, não poderia quedar-se inerte frente ao surgimento das novas relações negociais, decorrentes das tendências sociais já mencionadas, em virtude dos postulados de um novo Estado Social e da realidade da sociedade de massa.

Com o inevitável desajuste entre a doutrina tradicional dos contratos e a realidade socioeconômica que se impunha, imperiosa a atuação do direito, através dos legisladores e aplicadores das normas, no sentido de se buscar a adequação necessária.

Os embates sofridos pela concepção voluntarista, decorrentes, dentre outras razões, da superação de suas matrizes filosóficas e políticas, determinaram a revisão da teoria do negócio jurídico em pontos fundamentais.⁴⁸

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1980, p. 43.

No campo filosófico, ao individualismo se contrapõem as tendências sociais da Idade Contemporânea⁴⁹, eis que o homem, ser social, vive necessariamente em grupo, razão pela qual sofre inevitáveis restrições na sua liberdade de agir. Se pela concepção tradicional do contrato, as partes tinham garantida uma plena liberdade individual, a nova concepção, pelo nítido cunho social que apresenta, prevê a limitação dessa autonomia conferida aos contratantes.

No campo econômico, justifica-se a intervenção do Estado na organização dos setores básicos da economia, sob o fundamento da inconveniência de se deixar às forças de mercado a condução da economia nacional. Sob o ponto de vista moral, constatou-se que a igualdade, garantida formalmente, estava cada vez mais distante da realidade fática vivenciada pelos agentes do negócio.

Não há mais que se falar em garantia da igualdade formal para a realização da justiça contratual. Necessário se faz que o equilíbrio entre as partes contratantes esteja garantido no plano dos fatos, na busca do que se convencionou chamar de igualdade material.

Tratando do assunto, ANA PRATA afirma a necessidade de realização da igualdade material entre as partes contratantes⁵⁰:

A ideia subjacente aos direitos sociais deixa de ser a da igualdade dos sujeitos, convertendo-se na necessidade de realização do equilíbrio entre pessoas desiguais. Como afirma Radbruch, “a igualdade deixa de ser o ponto de partida do direito, tornando-se objectivo do ordenamento jurídico, adquirindo um conteúdo diverso: de igualdade formal passa a igualdade (tendencialmente) substancial”.

⁴⁹ A Idade Contemporânea corresponde ao período atual da história do mundo ocidental, iniciado a partir da Revolução Francesa (1789, d.C.).

O equilíbrio contratual, outrora presumido, desde que garantida a liberdade plena de cada indivíduo em determinar, de acordo com suas próprias faculdades com quem contratar, quando contratar, e, especialmente, o que contratar, não possui mais guarida na sociedade industrializada.

Nos contratos de massa, dirigidos aos integrantes de toda uma coletividade, e não a indivíduos determinados, a vontade de uma das partes fica adstrita, na maioria das vezes, à aceitação de cláusulas previamente determinadas. Ademais, o interessado em adquirir mercadorias ou serviços não possui poder econômico que o possibilite impor mudanças nos textos já definidos.

O evidente desnível entre as partes contratantes é questão reprovada pelos novos paradigmas que orientam a sociedade. Por esta razão é que a vontade passa a ter uma posição relativa perante o novo modelo contratual, alterando significativamente o quadro anterior, onde a vontade era o princípio dominante.

Neste quadro é que surgiram os primeiros clamores por uma socialização do Direito, os quais exigiam que as normas jurídicas tivessem por inspiração a realidade social.

O primeiro Código Civil a disciplinar, em alguns aspectos, questões sociais, trazendo institutos como o contrato de adesão e as condições gerais dos contratos, foi o Italiano, de 1942, muito embora tenha mantido os esquemas tradicionais do direito.

Com as crescentes mudanças sociais, era necessário que o Estado

⁵⁰ PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p 113.

passasse a não apenas garantir a vontade dos indivíduos, mas, acima de tudo, velar pelo bem comum, amparando os direitos dos cidadãos, especialmente dos mais vulneráveis, assumindo posição ativa frente aos problemas que passaram a fazer parte das relações cotidianas.

LOURIVAL VILANOVA aduz sobre a necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas da economia moderna, onde o desequilíbrio entre os sujeitos da relação é patente⁵¹:

Sem a complexidade da economia moderna, cuja estabilidade se torna relevante sob o ponto de vista da segurança nacional, sem os desequilíbrios no produzir e no consumir, em cuja lei de oferta e procura a economia clássica via regulador automático do fluxo da riqueza na sociedade, não teríamos a intervenção do Estado no domínio econômico. Intervenção que toma modalidades diversas: como agente direto no mecanismo dos fatores econômicos, com o monopólio, a empresa pública, a fundação pública, na sociedade de economia mista (com ente público majoritário nas ações); ou como poder de fiscalização e controle, impondo preços, limitando lucros, reprimindo o abuso do poder econômico (trustes e cartéis). Sem esses fatos novos de ordem social e econômica, não se explicariam as limitações ao direito de propriedade e à liberdade de contratar.

Neste panorama, a nova concepção do contrato passou a ser uma concepção social, não importando apenas o momento da manifestação da vontade dos contratantes, mas, também e principalmente, os efeitos sentidos no seio da sociedade.

A aplicação da justiça não está mais centrada na garantia de que os indivíduos vivam plenamente a liberdade contratual, como ocorria nos tempos da concepção clássica dos contratos. A segurança nas relações privadas teve seu foco alterado e somente poderá ser alcançada se o Estado intervier nas relações entre os cidadãos, garantindo que os direitos fundamentais de cada um sejam observados.

Esta é a nova roupagem do direito contratual frente às tendências

⁵¹ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v. 2. São Paulo: Axis Mvndi/Ibet, 2003, p. 477/478.

do Estado Social Democrático de Direito, onde a lei, na busca pelo bem comum, passa a proteger determinados interesses sociais. Evidencia-se, cada vez com maior frequência, o intervencionismo do Estado nas relações negociais, a fim de relativizar o dogma da autonomia da vontade, adequando-o às novas preocupações de ordem social.

Essa alteração não significa que a vontade tenha sido colocada em posição de pouca ou nenhuma importância. O que houve foi apenas um redimensionamento dos limites conferidos à liberdade individual das partes, no sentido de possibilitar que a teoria contratual se ajustasse às novas tendências do mundo contemporâneo.

O direito contratual, frente à nova realidade econômica, política e social, teve que evoluir e se adaptar. Não basta mais garantir a liberdade dos agentes contratuais. Deve-se buscar, antes de tudo, a realização da justiça e do equilíbrio material.

Está-se diante do que os doutrinadores chamam socialização da teoria contratual. Equidade, boa-fé e segurança nas relações contratuais: este é o cerne do novo conceito de contrato. A liberdade individual conferida aos contratantes transmuda-se de autonomia da vontade para autonomia privada, ganhando nova feição.

4.1 Autonomia da vontade e autonomia privada: necessária distinção

Embora muito estudiosos do direito utilizem como sinônimas as expressões autonomia da vontade e autonomia privada, certo é que ambas não se confundem. LUIGI FERRI manifestou sua insatisfação e a imprecisão do uso indiscriminado das referidas expressões, destacando a necessidade de se restringir o conceito de autonomia individual para chegar à formação de um instrumento útil.⁵²

Não se pode, pois, considerar que haja identidade entre autonomia da vontade e autonomia privada.

Num primeiro momento, como ponto de aproximação entre os dois conceitos, está o termo “autonomia”, que pode ser definida como a esfera de liberdade que o indivíduo possui no âmbito do direito privado. Logo, autonomia da vontade e autonomia privada têm em comum a liberdade jurídica do sujeito.

Liberdade jurídica, por sua vez, é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. A liberdade jurídica pode ser vislumbrada sob dois aspectos: sob o ponto de vista do sujeito e sob o ponto de vista objetivo. No primeiro aspecto, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. No segundo, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento e a proteção do direito⁵³.

E é justamente no aspecto da liberdade jurídica no âmbito do direito privado que reside a distinção entre a autonomia da vontade e a autonomia privada. A autonomia da vontade apresenta como característica a possibilidade do indivíduo praticar um ato jurídico e determinar o seu conteúdo, a sua forma e os seus efeitos. A autonomia privada, por sua vez, se caracteriza como o poder conferido ao

⁵² FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Traduzida por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 6 e ss.

⁵³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 346-347.

particular de estabelecer as regras jurídicas de seu comportamento, conforme os limites impostos legalmente.

Mencionada orientação é apresentada por FRANCISCO AMARAL, que assim se manifesta acerca do assunto⁵⁴:

Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E, quando nos referimos especificamente ao *poder* que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal.

Vê-se, de acordo com a distinção apresentada, que a autonomia da vontade está historicamente relacionada ao voluntarismo jurídico que nela buscava sua legitimidade, em decorrência do exacerbado poder jurígeno da vontade. Em relação à autonomia privada, certo é que referida expressão traz em seu bojo um fato objetivo, qual seja, o poder conferido às partes contratantes de auto-regular seus interesses, poder este que necessariamente deve estar reconhecido pelo ordenamento jurídico e nele fundamentado.

Trazendo a distinção para os limites do presente estudo, verifica-se

que para os adeptos da teoria clássica o poder de criar o direito era considerado um dado imanente aos contratantes, caracterizando, assim, a autonomia da vontade. Para a nova teoria contratual, o poder de criar o direito traduz-se como uma concessão do ordenamento e, portanto, a liberdade individual existe em virtude e nos limites conferidos pelo Estado. Essa liberdade, agora limitada pelo poder estatal, traduz a autonomia privada.

Passa-se a entender que o contrato não obriga pelo simples fato de ter sido desejado, mas sim pela necessidade de se tutelar a confiança dos agentes econômicos e garantir a segurança do negócio jurídico.

MARIANA SOUZA PARGENDLER, orientada por JUDITH MARTINS-COSTA, aponta a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada nos seguintes termos⁵⁵:

Os princípios da autonomia da vontade e da autonomia privada pertencem a diferentes estágios da evolução da Teoria do Direito. O primeiro decorre do voluntarismo oitocentista, consagrado no Code, que elevou a vontade ao mesmo plano da lei como raiz ou causa dos efeitos jurídicos. O segundo, influenciado pelas transformações socioeconômicas que conduziram à sociedade de massas, liga-se à tendência de objetivação do negócio e tutela da confiança. A utilização do conceito de autonomia da vontade, já ultrapassado pela ciência jurídica e permeado de conotações negativas, impede a real compreensão do princípio da autonomia privada, nuclear do Direito Privado. À autonomia privada – que é o poder de regular os próprios interesses mediante a criação de negócios jurídicos – deve ser estendida a tutela constitucional do direito, ao livre desenvolvimento da personalidade, porque indispensável à autodeterminação e a própria responsabilidade da pessoa humana.

⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

⁵⁵ PARGENDLER, Mariana Souza. *A resignificação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor da autodeterminação da pessoa*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm>. Acesso em 13 de julho de 2007, p. 22 e 23.

Tratando da nova ordem contratual, onde a liberdade individual é exercida dentro dos limites impostos pelo Direito, ANELISE BECKER afirma⁵⁶:

Embora a liberdade persista como um dos princípios fundamentais do Direito dos contratos, isto não ocorre porque o Direito se incline diante de uma suposta onipotência da vontade, mas porque permite uma organização eficaz e útil da vida social. O Direito, no entanto, preocupa-se igualmente com a justiça das soluções: força obrigatória do contrato não decorre simplesmente da utilidade deste, mas é reconhecida unicamente se respeita a justiça.

Vale observar que, não obstante a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, a jurisprudência brasileira ainda desconhece o conceito desta. Ao tratar dos princípios sociais, que regem a nova ordem contratual, utiliza-se predominantemente da expressão autonomia da vontade⁵⁷.

⁵⁶ BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 59.

⁵⁷ A título exemplificativo, a seguinte ementa: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE CUMULADA COM REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA 297, DO STJ. FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS (PACTA SUNT SERVANDA). PRINCÍPIO MITIGADO PELA NOVA REALIDADE CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL VISANDO RESTABELEECER O EQUILÍBRIO ENTRE OS CONTRATANTES. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. AFASTAMENTO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. ADMISSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1) Em que pese a anuência da contratante, tendo em vista a mitigação da autonomia da vontade, os contratos bancários, típicos de adesão, estão sujeitos à revisão pelo Judiciário, visando estabelecer o pretendido equilíbrio contratual. 2) É vedada a capitalização de juros em períodos inferiores a um ano, mesmo nas operações com as instituições financeiras, salvo naquelas regidas por legislação especial, como é o caso das cédulas de crédito rural, industrial, comercial e bancário, bem como nos contratos de mútuo bancário celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da publicação da MP nº 1.963-17, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, cuja vigência encontra-se assegurada pelo art. 2º da EC nº 32, de 11 de setembro de 2001 (Resp. nº 629487/RS), ressalvas estas que não se enquadram no caso em tela.

4.2 Liberdade contratual e liberdade de contratar

Embora a teoria contratual tenha sofrido consideráveis modificações, a fim de se amoldar à nova realidade socioeconômica vivenciada hodiernamente, certo é que, tanto para a teoria clássica dos contratos, quanto para a atual, às partes contratantes é garantida a liberdade individual, mais abrangente no primeiro caso.

Ocorre que, em virtude da aparente semelhança entre ambos os institutos, os mesmos possuem dimensões distintas, as quais devem ser estabelecidas a fim de se especificar em qual aspecto específico se encontra a limitação imposta pela nova ordem contratual.

A liberdade contratual caracteriza-se como a liberdade facultada a todas as pessoas de firmarem seus contratos, não se cogitando acerca de limitação quanto ao conteúdo da avença. Já a liberdade de contratar é a possibilidade atribuída às partes para livremente disporem sobre o conteúdo de suas avenças, ou seja, manifestarem livremente seus interesses perante o negócio a ser firmado.

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA apresenta a distinção entre os institutos nos seguintes termos⁵⁸:

⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em 25 de julho de 2006, p 7.

[...] a *liberdade de contratar* revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou de não os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade.

Mas, diferentemente, põe-se a *liberdade contratual*, a qual, no dizer de Álvaro Villaça Azevedo, é *considerada como a possibilidade de livre disposição de interesses, pelas partes, no negócio*. Enfoca o conteúdo, ele mesmo, dos contratos, quer dizer, a sua consistência interna, traduzidas pelas cláusulas que compõem o negócio.

ARNOLD WALD também apresenta distinção entre a liberdade de contratar e a liberdade contratual⁵⁹:

Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.

Como resultado da diferenciação entre liberdade de contratar e liberdade contratual, pode-se concluir que a primeira é ilimitada, enquanto a segunda, em face da nova ordem contratual, pode ser limitada por normas de ordem pública que estabeleçam qual o conteúdo cogente de determinadas cláusulas contratuais.

Vale ressaltar que, muito embora haja nítida distinção entre os dois aspectos da liberdade individual, certo é que ainda hoje ambos são confundidos,

inclusive o foram pelo o legislador brasileiro quando da elaboração do Código Civil de 2002⁶⁰.

⁵⁹ WALD, Arnold. *Obrigações e Contratos*. 12 ed. São Paulo: RT, 1995, p. 162.

⁶⁰ Neste sentido, o artigo 421 do Código Civil Brasileiro de 2002, quando determina que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

5 O INTERVENCIONISMO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Para o Estado liberal, onde a teoria clássica dos contratos teve guarida, a separação entre o Estado e a sociedade era praticamente absoluta, devendo aquele permitir e garantir a liberdade contratual, sem intervir nas relações obrigacionais entre particulares. A lei apenas se moldava à vontade, protegendo-a e reconhecendo sua força criadora.

Aos juízes era admitido somente um controle formal acerca da presença ou ausência da vontade dos agentes contratuais e a aferição sobre a existência de vícios ou defeitos que pudessem macular essa vontade. Não lhes era permitido um controle do conteúdo do contrato, da justeza de suas cláusulas ou do equilíbrio entre as partes contratantes.

Com o surgimento das tendências sociais e da realidade da sociedade de massa, que culminaram na renovação da teoria contratual, o Estado passou a intervir nas relações negociais, em todos os casos em que fosse possível vislumbrar uma ameaça, ainda que indireta, a valores sociais consagrados pelo ordenamento jurídico, à economia popular, à livre concorrência, à autonomia e soberania estatais, bem como às liberdades e garantias individuais.

Sobre a necessidade de intervenção do Estado para garantir maior equilíbrio nas relações contratuais, leciona FRANCISCO AMARAL⁶¹:

A realização dos valores fundamentais da ordem jurídica, a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social exigem a presença cada vez maior do Estado no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais em conflito. Não mais se admite a economia liberal do século XIX, que se substitui por uma economia concertada, com uma intervenção crescente do Estado para o fim de proteger as categorias sociais menos favorecidas, como os trabalhadores assalariados, e organizar a produção e distribuição dos bens e serviços por meio de um conjunto de medidas cuja disciplina jurídica toma o nome de ordem pública econômica.

Essa ingerência por parte do Estado tem reflexos significativos no âmbito do direito negocial, especialmente no campo contratual, tendo em vista a salvaguarda de interesses sociais mais significativos que a simples pretensão dos contratantes.

Não há que se perder de vista que o contrato, na qualidade de instrumento essencial da organização social, deve evoluir sempre, como a própria evolução da pessoa humana e suas relações intersubjetivas. A dinâmica própria da sociedade e as realidades jurídicas que dela emanam, justificam a necessidade da urgência desta releitura contratual, a fim de amoldá-la aos novos anseios sociais.

Tratando acerca da socialização da teoria contratual e a conseqüente intervenção estatal nas relações privadas, CLÁUDIA LIMA MARQUES observa⁶²:

⁶¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 362.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 167.

É importante notar que esta socialização, na prática, se fará sentir em um poderoso intervencionismo do Estado na vida dos contratos e na mudança de paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações. A reação do direito virá através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para a autonomia da vontade, tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo.

O Estado passa a exercer uma vigilância sobre os negócios privados, seja através da edição, pelo Poder Legislativo, de normas que limitam a liberdade contratual, seja pela aplicação concreta de institutos que possibilitam a alteração do conteúdo de determinadas cláusulas, apresentando o Poder Judiciário importante papel na concretização dos direitos legalmente previstos.

6 O DIREITO BRASILEIRO FRENTE À NOVA ORDEM CONTRATUAL

Na contramão da tendência mundial de socialização do direito civil, especialmente no campo dos contratos, no Brasil, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, a nova ordem contratual teve pouca repercussão legislativa.⁶³ As idéias de Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito, é que, na época, fascinavam os juristas nacionais.⁶⁴ Dessa forma, as normas brasileiras referentes aos contratos, permaneciam as mesmas desde o início do século.

Ocorre que, assim como no resto do mundo, a realidade econômica e social vivenciada no país não mais se adaptava ao individualismo e voluntarismo presente nas normas elaboradas sob a égide do pensamento liberal.

A despeito da evidente incongruência entre a realidade fática e o ordenamento jurídico vigente, as coisas assim permaneceram até a edição da Constituição Federal de 1988, primeiro diploma legal que efetivamente trouxe em seu bojo normas que rompiam com a concepção clássica dos contratos.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi o Código de Defesa do Consumidor que inaugurou doutrinas próprias da nova teoria contratual, visando incutir igualdade e equilíbrio material nas relações consumeristas, caracterizando as tendências de intervenção do Estado nas relações privadas. No âmbito do Direito Civil, especialmente nas relações contratuais, somente após a edição do Código Civil de 2002, é que se notou, com maior incidência, a intenção do legislador em incutir os princípios sociais nas relações negociais.

6.1 A intervenção legislativa no âmbito das relações negociais

Em análise à perspectiva histórica do direito positivo brasileiro, vislumbra-se que, paulatinamente, diversos diplomas legais foram introduzindo mecanismos de contenção da plena liberdade contratual, figurando hipóteses nas quais o contrato poderia sofrer modificações.⁶⁵

A intervenção legislativa no âmbito do direito privado evoluiu para o denominado “dirigismo contratual”⁶⁶. O dirigismo contratual consiste em um

⁶⁵ A exemplo o Dec. Lei nº 24.150/34, a “Lei de Luvas”, que introduziu a faculdade de renovação contratual na locação comercial, como forma de proteção ao inquilino, bem como a cláusula revisional em proveito do locador.

⁶⁶ PENTEADO JR., Cássio Martins Camargo. *O Relativismo da Autonomia da Vontade e a Intervenção Estatal nos Contratos*. Revista de Direito Privado, n. 14, p. 148-161, abr./jun. São

fenômeno de intervencionismo estatal no âmbito dos contratos, onde o Estado, através de intervenção legislativa limita a liberdade contratual através da imposição de normas cogentes.

Acerca dos benefícios advindos do dirigismo contratual, GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA afirma⁶⁷:

A intervenção legislativa do Estado assim levada a cabo fez florescer um tempo novo, onde os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social que se estendeu ao economicamente mais fraco. As formas contratuais nas quais os direitos competiam todos a uma só das partes e as obrigações só à outra parte, foram repelidas severamente pelo que se convencionou chamar *dirigismo contratual*.

Cumpra aqui destacar a impropriedade da utilização indistinta dos termos intervencionismo estatal e dirigismo contratual, haja vista que o primeiro é mais abrangente, sendo o segundo, apenas uma das formas de intervenção do Estado nas relações privadas, a qual pode se dar, ainda, no âmbito judicial.

6.1.1 Instrumentos legislativos consagradores da nova ordem contratual no direito privado brasileiro

Em se tratando de intervencionismo estatal no âmbito legislativo, diversos diplomas legais vieram limitar o poder de auto-regulação dos interesses nas relações entre as partes contratantes. Dentre eles, dada sua maior importância e aplicabilidade, podem ser citados a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.

6.1.1.1 A Constituição Federal de 1988

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 152.

⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em:

Atualmente, nos países democráticos como o Brasil, o ápice do sistema jurídico é a Constituição Federal. Porém, durante os séculos XVIII e XIX, auge do individualismo e do liberalismo econômico, a Constituição possuía função meramente limitadora do Poder Estatal. O direito privado, especialmente o direito civil, era o centro de todo o sistema.

Com a difusão das idéias sociais e a massificação das relações negociais, no século XX floresce a nova teoria contratual, passando o Estado a intervir nas relações privadas, o que resulta no reconhecimento de que a Constituição não possui a mera função de limitar o Estado, mas passa a servir como medida normativa de todo o sistema do direito.

Diante do novo cenário político, econômico e social, não resta dúvidas de que a Constituição Federal representa a norma máxima, o núcleo do próprio sistema do direito brasileiro. E, em razão da posição de superioridade que ocupa em relação às demais normas do ordenamento, deve servir de guardião e de centro irradiador das linhas que orientam a nova ordem contratual, influenciando todas as demais leis.

O dinamismo da atual sociedade de massa, atrelado à generalização excessiva dos Códigos do Século XVIII e XIX, desencadeou a elaboração de um grande número de leis esparsas, especiais, que, em sua essência, são contraditórias às normas até então estabelecidas.

Neste ínterim é que a Constituição Federal surge como norte para todo o ordenamento, tanto para o direito público, como para o direito privado, tomando o lugar de codificação maior.

No tocante ao direito privado, este passa a sofrer influência direta dos princípios decorrentes da nova ordem pública imposta pela Constituição Federal, e o livre arbítrio das partes passa a sofrer um sensível controle estatal.

Aduz PAULO LUIZ NETTO LÔBO⁶⁸, em análise à nova sistemática hermenêutica de índole constitucional:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em 25 de julho de 2006, p. 2.
⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 de abril de 2007, p.1.

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre).

Não se trata apenas da inserção do direito civil na Constituição Federal. Os próprios fundamentos de validade jurídica do estatuto civil devem dela ser extraídos. Esse é o fenômeno denominado de constitucionalização do direito civil.

No tocante à constitucionalização do Direito Civil, esclarece PAULO LUIZ NETTO LÔBO⁶⁹:

Pode-se afirmar que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

Necessário distinguir, ainda que em brevíssimas palavras, os processos de publicização e de constitucionalização do direito civil, muitas vezes utilizados de forma indistinta.

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n.

Enquanto a publicização compreende a crescente intervenção do Estado no âmbito legislativo infraconstitucional, com redução do espaço da liberdade individual no intuito de garantir a tutela jurídica dos mais fracos, a constitucionalização tem por finalidade precípua submeter o direito positivo aos fundamentos de validade estabelecidos constitucionalmente.

Por meio da Constituição Federal, o Estado passou a defender interesses dantes restritos à liberdade individual dos membros da sociedade. Procura inculir no restante do ordenamento a eficácia prática dos direitos fundamentais do indivíduo, pela inclusão dos objetivos constitucionais nas normas ordinárias de direito privado.

A intervenção do Estado determinada pelo texto constitucional, diminui o espaço reservado aos particulares para auto-regulamentarem seus interesses. Além de limitar a liberdade contratual, limita o poder de decisão do próprio Estado, através de seus três poderes, pois estes também devem atuar conforme as linhas ordenadas pela Constituição.

A participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis merece especial atenção, a começar pelo Art. 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa “a dignidade da pessoa humana”, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico.

O princípio⁷⁰ da dignidade da pessoa humana concede unidade aos

33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 de abril de 2007, p. 1.

⁷⁰ Segundo Robert Alexy “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”. In: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 86.

direitos e garantias fundamentais, sendo inerente à personalidade humana. Para ALEXANDRE DE MORAES⁷¹:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deverá assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

Tratando acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO afirmam que a “dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”⁷².

Embora incluído no texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana caracteriza-se como um instituto basilar do direito privado, eis que representa o vértice do Estado de Direito, desencadeando a rediscussão de diversos dogmas civilísticos.

Referido princípio tem por papel fundamental redirecionar as normas do direito privado para a proteção da pessoa humana, dando relevância à

⁷¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: contratos*. v. IV. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33.

visão mais socializada presente na nova teoria contratual.

Neste sentido, GUSTAVO TEPEDINO⁷³ assenta a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento.

A aplicação do princípio em comento no campo do direito contratual determina a impossibilidade de que o tratamento dispensado ao contratante subjugue o respeito que se deve ter em face da pessoa humana.

Igualmente os princípios da solidariedade (Art. 3º, I, CF) e da igualdade substancial (Art. 3º, III, CF). Pelo princípio da solidariedade, passam-se a ser reconhecidos os direitos sociais, próprios de um Estado Social Democrático de Direito. Pelo princípio da igualdade substancial, os contratos, de forma geral, seguindo a linha principiológica emanada da Constituição Federal, devem garantir igualdade às partes contratantes, igualdade de fato e não meramente formal, como aquela vislumbrada nos tempos da concepção clássica dos contratos.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25.

Outros aspectos trazidos pela Constituição Federal que merecem destaque em razão da concepção social que encerram e que denotam que os contratos são verdadeiro ponto de encontro dos direitos fundamentais são apresentados por CLÁUDIA LIMA MARQUES⁷⁴:

Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5º, XXXII, da CF/88), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especial, acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas deste sujeito de direitos fundamentais, o consumidor.

Haja vista o contrato se traduzir em mecanismo para a circulação de riquezas, acerca do cunho nitidamente social revelado pelo artigo 170 e incisos, da Constituição Federal, ANDRÉ RAMOS TAVARES se manifesta acerca da ordem econômica⁷⁵:

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 256 e 257.

⁷⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 134.

pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.

Em obediência à ordem jurídica vigente, é fundamental que a interpretação de todas as normas do sistema seja consentânea com os princípios constitucionais, conseqüentemente relativizando dogmas e postulados considerados absolutos, como a autonomia da vontade nos contratos e a liberdade de contratar.

A força normativa do direito constitucional no direito privado não pode ser negada. A verdade é que a Constituição Federal de 1988 colocou a pessoa no centro dos interesses, como ser que goza de substancial dignidade. E todo o ordenamento deve seguir essa linha principiológica, na busca pela igualdade material entre os indivíduos.

Vê-se, assim, que o primeiro instrumento legislativo que efetivamente albergou normas coerentes com a nova ordem contratual no Brasil foi a Constituição Federal de 1988.

6.1.1.2 O Código de Defesa do Consumidor

Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, os consumidores, considerados vulneráveis às práticas abusivas do mercado, em 1990 entra em vigor a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 1º do diploma consumerista deixa claro que suas normas dirigem-se à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, ao disciplinar que o código “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e de interesse social”.

Seguindo a tendência de socialização da teoria contratual, a Lei nº 8.078/90 intervém de maneira imperativa nas relações jurídicas privadas, antes dominadas pela autonomia da vontade. Denota-se que o Código estabelece que suas normas são de ordem pública, ou seja, interessam mais diretamente à

sociedade que aos particulares e, por esta razão, são inafastáveis pela vontade individual.

O Código de Defesa do Consumidor, lei de função evidentemente social, impõe novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, positivando uma série de direitos aos consumidores e impondo, na via oposta, uma série de deveres aos fornecedores.

A aparente desigualdade advinda da lei é justamente o resultado da busca do equilíbrio contratual; uma tentativa de promover a igualdade material, frente à evidente posição de superioridade dos fornecedores em relação aos consumidores.⁷⁶ Permite-se, pois, a desigualdade formal no intuito de alcançar a igualdade material.

Assegurando vantagens aos consumidores em face dos fornecedores, o Código de Defesa do Consumidor garante-lhes direitos como os de informação e transparência nas relações, buscando dar proteção à abalada liberdade contratual.

Acerca da adoção pelo Código de Defesa do Consumidor da nova teoria contratual, de cunho mais social, as palavras de GERSON LUIZ CARLOS BRANCO⁷⁷:

Nesta circunstância, a incidência do Código de Defesa do Consumidor tem o papel de garantir aquilo que as legislações liberais se propuseram, mas não conseguiram: a liberdade e a igualdade (nem se fale da fraternidade).

As regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, embora busquem alcançar os mesmos objetivos, encaram o contrato numa outra ótica, distinta daquela fixada pelo Código Civil. No novo regime, não é exceção o contrato ser por adesão, ou submetido a condições gerais, mas sim a regra.

Não existe somente aquele esquema contratual fundado na tratativa e na negociação do consenso. Por sinal, um esquema raro que cedeu lugar para um novo modelo, mais ágil e hábil para regulamentação das relações de massa. Porém se, por um lado, tal contrato facilitou as relações econômicas, por outro, trouxe uma série de restrições jurídicas à liberdade e à igualdade.

⁷⁶ Vale aqui lembrar a máxima jurídica que determina consistir a igualdade em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

⁷⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé*. Direito e Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 1, p. 95-112. Canoas: Editora ULBRA, 2000, p. 102/103.

A legislação consumerista, ao impor novos parâmetros de boa-fé e harmonia nas relações, pode repercutir, por meio de seus princípios e cláusulas gerais, em todo o ordenamento brasileiro. É o chamado diálogo das fontes. Neste sentido o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, RUY ROSADO DE AGUIAR⁷⁸:

O Codecon traça regras que presidem a situação específica de consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé.

O Código de Defesa do Consumidor, como resultado da nova ordem contratual, traz diversas normas cogentes aplicáveis aos contratos de consumo, como: a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor (Art. 47); direito de arrependimento (Art. 49); cláusulas abusivas (Art. 51); contratos de adesão (Art. 52); dentre outras.

Além de trazer normas cogentes que limitam a liberdade contratual, o Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor, disciplinando princípios éticos como a boa-fé, a lealdade, a cooperação, o equilíbrio e a harmonia das relações.

Assim, trata-se de um instrumento legislativo cujo conteúdo reflete uma intenção estatal de intervenção nas relações privadas, impondo normas que buscam dirigir, ainda que em parte, o conteúdo contratual, sendo uma das mais importantes formas de intervenção legislativa brasileira nas relações privadas.

6.1.1.3 Código Civil de 2002

⁷⁸ Voto do Ministro no REsp 80.036, DJ 25.03.1996.

Seguindo a linha principiológica constitucional, o Código Civil de 2002 disciplinou normas eminentemente intervencionistas, nomeadamente no âmbito contratual, amoldando este instituto jurídico à realidade econômica, política e social brasileira.

Através das modificações legislativas na esfera do contrato, vislumbra-se o primado pela ética, justiça e pelo social, próprias de medidas governamentais de um Estado Social.

MIGUEL REALE, analisando o espírito do atual Código Civil, demonstra a quebra de paradigmas próprios de um estado liberal e a inserção no diploma civilista de novos princípios como a eticidade e sociabilidade⁷⁹:

Bastará dizer que Clóvis Bevilacqua redigiu seu anteprojeto de Código Civil em fins do século dezenove, quando ainda prevaleciam princípios de marcante individualismo. No caso do Brasil acrescia o fato de nossa civilização ainda corresponder a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo, ao passo que, hoje em dia, predomina o sentido inverso da vida urbana aberta aos imperativos da socialização do progresso.

Por outro lado, nos domínios da Ciência do Direito prevalecia a preocupação oitocentista da escola francesa da Exegese ou da germânica dos Pandectistas visando resolver as questões sociais tão somente à luz de categorias jurídicas, enquanto que, nos tempos atuais, se compreende o Direito em perene vinculação com valores sociais e éticos.

Eticidade e socialidade, eis aí os princípios que presidiram a feitura do novo Código Civil, a começar pelo reconhecimento da necessária indenização de danos puramente morais, e pela exigência de probidade e boa fé tanto na conclusão dos negócios jurídicos como na sua execução.

Tratando acerca do sentido mais social adotado pelo Código Civil de 2002, em afronta à visão individualista adotada ao tempo da concepção clássica dos contratos, MIGUEL REALE, em comentário ao Projeto daquele diploma, antes

⁷⁹ REALE, Miguel. *Espírito da Nova Lei*. Revista Jurídica, n.º 144. Consulex: Rio de Janeiro, 2003.

mesmo de sua entrada em vigor, afirmou⁸⁰:

O "sentido social" é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Bevilacqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da "socialidade", fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.

Evidente que o Código Civil de 1916 não mais correspondia aos anseios da sociedade contemporânea, eis que extremamente formal, com quase nenhuma referência a critérios éticos. Nesse ínterim é que o Código Civil de 2002, abandonando o formalismo exacerbado do anterior diploma civilista, apresentou normas mais adequadas à realidade social. Assim, os ensinamentos de MIGUEL REALE⁸¹:

O Código atual peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos. Esse espírito dogmático-formalista levou um grande mestre do porte de Pontes de Miranda a qualificar a boa-fé e a equidade como "abecenrragens jurídicas", entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, através de normas expressas, sem apelo a princípios considerados metajurídicos. Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios etico-jurídicos que permita chegar-

⁸⁰ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2007.

⁸¹ REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2007.

se à "concreção jurídica", conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou eqüitativa. [...] Como se vê, o novo código abandonou o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que o desenvolvimento dos meios de informação vem ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade.

Cumprе salientar que as mudanças trazidas pelos novos institutos civilistas, especialmente os princípios, aprimoraram os contratos, adequando seus limites à justiça social tão almejada nos tempos modernos. Esta é a razão de ser dos princípios da função social do contrato, da boa-fé (objetivamente considerada), do equilíbrio material, bem como do instituto do abuso de direito, todos limitadores da liberdade de contratual e que serão adiante analisados.

Esta nova organização principiológica e normativa revela, enfim, a feição contemporânea do contrato e seu traço de adaptação e coerência com a pessoa mais ética dessa pós-modernidade, centro de todo o interesse epistemológico do direito atual.

6.1.2 Os princípios sociais do contrato

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e do atual Código Civil, buscou-se afastar o individualismo que marcou o Código Civil de 1916 através da ascensão de novos paradigmas próprios de um Estado Social Democrático de Direito.

E dois destes paradigmas são justamente a eticidade e a socialidade, os quais influenciaram o legislador a criar "novos" princípios que pudessem traduzir o ideário de um Estado Social: a função social do contrato; a boa-fé objetiva e a equivalência material.

Estes princípios ditos sociais, não afastam a incidência dos

princípios clássicos do contrato⁸². Ocorre que, com sua aplicação, os princípios liberais tiveram a sua aplicabilidade e alcance limitados, mas nem por isso foram abolidos.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO⁸³, responsável pela denominação de “princípios sociais do contrato”, alerta que os princípios clássicos, apesar de limitados, não perderam sua aplicabilidade:

Os princípios sociais do contrato não eliminaram os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo.

Referidos princípios sociais estão presentes nos mencionados códigos e representam o fenômeno da socialização do contrato e o reconhecimento da equidade e da eticidade, não somente como valores a servirem de critério hermenêutico, mas como normas jurídicas de conteúdo indeterminado e de natureza cogente, a serem observadas pelas partes no contrato que celebrarem.

E essa indeterminação decorre justamente da técnica legislativa utilizada para a inserção destes princípios sociais no bojo dos instrumentos legislativos citados, qual seja, a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que serão oportunamente analisados no decorrer do presente estudo.

6.1.2.1 A função social do contrato

⁸² Assim considerados o princípio da autonomia da vontade, o do *pacta sunt servanda* e o da eficácia relativa.

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 23 maio de 2007, p. 2.

O contrato constitui um pilar fundamental do Direito Privado, sendo a expressão mais acabada da autonomia privada. Tem fundamental importância no seio social, vez que promove o trânsito jurídico, ou seja, a migração de bens, coisas e interesses. Consiste em um instrumento basilar para a movimentação de riquezas e para a realização dos legítimos interesses individuais.

Ocorre que a despeito das funções atribuídas ao contrato, não se pode perder de vista que referido instituto deve ser tido como um instrumento que visa promover as trocas econômicas de forma mais justa, e não como forma de opressão e de alcance de fins diversos.

Para que o contrato cumpra esta função no seio social, mormente em uma sociedade como a atual, onde os sujeitos das relações jurídicas possuem um desnível econômico, cultural e social muito acentuado, deve o Estado, através de normas cogentes, limitar a liberdade contratual.

O Código Civil de 1916 foi criado para uma sociedade eminentemente rural, onde os interesses tutelados eram os individuais. Atualmente, com a maioria da população residindo em aglomerados urbanos, o senso do “coletivo” é que prepondera, em detrimento do individualismo. Os problemas oriundos das relações jurídicas privadas, atualmente, não importam somente às pessoas individualmente, mas também e fundamentalmente, ao Estado e às comunidades.

LUIZ EDSON FACHIN demonstra a transformação perpetrada na relação jurídica negocial, a qual passa a surtir efeitos não somente entre os atores da relação contratual, mas também no âmbito coletivo⁸⁴:

Sabe-se que quem contrata não apenas contrata com *quem* contrata, e que quem pactua não avença tão-somente o *que* contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé.

⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331.

Não foi outro o posicionamento do legislador ao estatuir o princípio da função social do contrato, vez que a socialidade foi uma diretriz seguida na elaboração do Código Civil de 2002. A socialidade deve ser entendida, assim, pelo seu prisma axiológico, como valor essencial e princípio fundamental.

FRANCISCO AMARAL⁸⁵ identifica a sociabilidade como diretriz utilizada pelo legislador do atual Código Civil:

O princípio da socialidade orientou o legislador no sentido de superar o individualismo que marcava o Código de 1916, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.

Fica assim clara e inequívoca a inspiração socializante do Código Civil atual, que culminou na adequação de institutos que tiveram que se despir do caráter individualista do contrato e primar pelo social. A exemplo, os artigos 187⁸⁶ e 421⁸⁷ do Código Civil, que prestigiam, efetivamente, a função social do contrato. O primeiro erigindo a função social como limite ao exercício de um direito, que será analisando posteriormente, e o segundo, como princípio do direito contratual e como cláusula geral.

E esta socialidade decorre de um comando constitucional, onde o poder constituinte originário erigiu os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil⁸⁸. Bem como, assentou como garantia fundamental⁸⁹ e princípio da ordem econômica⁹⁰ a função social da

⁸⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98.

⁸⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁸⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁸⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

propriedade. E, sendo o contrato o instrumento jurídico para o trânsito desta propriedade, o mesmo deve cumprir seu mister social.

Sobre a função social do contrato e sua origem constitucional, explicita PAULO LUIZ NETTO LÔBO⁹¹:

A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado social; enquanto houver Estado social haverá função social do contrato.

Com exceção da justiça social, a Constituição não se refere explicitamente à função social do contrato. Fê-lo em relação à propriedade, em várias passagens, como no art.170, quando condicionou o exercício da atividade econômica à observância do *princípio da função social da propriedade*. A propriedade é o segmento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que a faz circular.

E continua o autor⁹², fazendo digressões sobre a liberdade de contratar e as alterações promovidas pelo princípio da função social do contrato:

No novo Código Civil a função social surge relacionada à "liberdade de contratar", como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁹⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 23 maio de 2007.

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 23 maio de 2007.

especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código a função social não é simples limite externo ou negativo mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos "exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (art. 421).

A função social do contrato redimensiona, assim, a liberdade dos sujeitos da relação jurídica contratual, para o fim de adequá-lo às exigências desta nova realidade, passando a ser controlado e submetido a uma série de imposições e limitações, mais eqüitativas.

6.1.2.2 A boa-fé objetiva

Seguindo ainda as diretrizes constitucionais, o legislador civil fez questão de trazer às relações negociais um senso de eticidade. E essa eticidade tem na boa-fé objetiva seu principal reflexo no âmbito contratual.

A boa-fé objetiva limita os interesses privados, impondo um comportamento ético e probo ao sujeito de direito, que deve seguir um modelo de conduta pautada na lealdade, probidade, transparência, assistência, confiança, entre outros princípios éticos.

A boa-fé é um atributo natural do ser humano, um conceito ético e social que ingressou no ordenamento jurídico como norma. E dentro do direito positivo pode ser considerada sob dois ângulos: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, cada qual com conceitos e aplicações diferentes.

A boa-fé subjetiva é o comportamento do sujeito da relação jurídica, isento de espírito lesivo e sem a consciência e vontade de prejudicar outrem. Diz respeito ao estado psicológico e íntimo do sujeito. É a boa-fé da intenção, que deve ser pura e isenta de dolo ou engano.

A civilista JUDITH MARTINS-COSTA expressa o significado da boa-fé subjetiva, e o faz nos seguintes termos⁹³:

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 411/412.

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando o direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado.

Já a boa-fé objetiva, não diz respeito ao elemento subjetivo do sujeito da relação jurídica. A conduta do sujeito é analisada sob o aspecto objetivo, o padrão de comportamento que o homem correto possui. É uma norma de conduta que determina que as partes devem agir conforme um padrão objetivo de conduta leal. É um *standard* jurídico, um modelo, um arquétipo de conduta.

A boa-fé é apresentada, como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida.

A boa-fé objetiva no Código Civil se apresenta como cânone hermenêutico-integrativo do contrato, como norma criadora de deveres jurídicos e como norma de delimitação de direitos subjetivos.

O artigo 113⁹⁴ do Código Civil explicita a função de cânone hermenêutico-integrativo que a boa-fé objetiva exerce no contrato. Acerca do assunto, JUDITH MARTINS COSTA indica que “atua aí a boa-fé como kanon hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos

⁹⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

contratantes”⁹⁵.

De fato, neste aspecto a boa-fé objetiva serve como uma via para que o magistrado interprete as cláusulas contratuais e integre as cláusulas e intenções das partes, de modo que o contrato não atinja a finalidade oposta àquela a que econômica e socialmente seria lícito esperar.

No contrato existem os deveres primários de prestação, os secundários e os laterais, estes também conhecidos como anexos ou instrumentais. O dever principal constitui o cerne, o núcleo da relação obrigacional e que irá definir, inclusive, o tipo contratual. Os deveres secundários subdividem-se em deveres meramente acessórios da obrigação principal e deveres com prestação autônoma. Os primeiros se prestam a assegurar o cumprimento da obrigação principal, e os segundos se apresentam como decorrentes da obrigação principal, como o dever de indenizar o inadimplemento culposos.

O que importa para fins de verificação da boa-fé objetiva são justamente os deveres laterais de conduta, extraído da exegese do artigo 422⁹⁶ do Código Civil. São deveres que andam ao lado da prestação principal e secundária. Têm a função de auxiliar a realização da função social do contrato, o fim a que o mesmo se propôs, servindo como verdadeiros instrumentos a serviço do exato processamento da relação obrigacional.

JUDITH MARTINS-COSTA explicita a função da boa-fé objetiva como criadora de deveres laterais de conduta no contrato⁹⁷:

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 428.

⁹⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

a) os deveres de cuidado, previdência e segurança [...]; b) os deveres de aviso e esclarecimento [...]; c) os deveres de informação [...]; d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação [...]; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte [...]; g) os deveres de omissão e de segredo [...].

Por fim, a boa-fé objetiva exerce função de limitação de direitos subjetivos, conforme previsto no artigo 187 do Código Civil. Referido artigo traz a figura do abuso do direito, que será analisada em item próprio deste estudo, juntamente com os aspectos da boa-fé como limite à liberdade contratual, dada sua extrema relevância.

A par de todas as considerações feitas, tem-se o princípio da boa-fé objetiva como norma interpretativa e integrativa do contrato, como criadora de deveres laterais de conduta, e como limite ao exercício de direitos subjetivos, remodelando as matizes da liberdade contratual, claramente limitada por este princípio social do contrato.

6.1.2.3 A equivalência material

A fim de cumprir os escopos da Constituição Federal, ao disciplinar que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é objetivo da República Federativa do Brasil (Art. 3º, I), o legislador civil fez questão de imprimir na relação jurídica contratual um senso de equidade, o que se traduziu em institutos que buscam trazer um equilíbrio ao sinalagma.

É precisamente no justo equilíbrio entre a prestação e a contraprestação na relação jurídica contratual, que se obtém a justiça contratual, revelada através do princípio da equivalência material. Redimensiona-se, assim, a liberdade contratual no que se refere a uma limitação do princípio da força

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 439.

obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Nos dizeres de PAULO LUIZ NETTO LÔBO⁹⁸ identificando o sentido e alcance do princípio da equivalência material:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.

Mais uma vez, com a adoção deste princípio social, busca-se dar primazia à igualdade substancial, ao revés da igualdade apenas formal dos sujeitos da relação jurídica contratual, como se vislumbrava na concepção clássica dos contratos. E o princípio da equivalência material leva em conta a questão subjetiva, analisando a vulnerabilidade do sujeito da relação jurídica, bem como leva em conta a análise objetiva, observando se há justa proporção entre os objetos da relação jurídica (prestação e contraprestação).

Neste sentido continua PAULO LUIZ NETTO LÔBO⁹⁹, identificando o duplo aspecto do princípio da equivalência material, quais sejam, objetivo e subjetivo:

O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 23 maio de 2007, p. 5/6.

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 23 maio de 2007, p. 6.

distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes.

Este ideal de equidade se traduz em uma paridade subjetiva e objetiva e pode ser vislumbrado em diversos institutos do atual Código Civil, dentre eles: o estado de perigo (Art. 156); a lesão (Art. 157); a possibilidade do magistrado reduzir eqüitativamente o montante da cláusula penal (Art. 413); a prestação desproporcional (Art. 317); a resolução por excessiva onerosidade (Art. 478).

No Código de Defesa do Consumidor, este princípio vem da previsão da igualdade contratual (Art. 6º, II), do direito à revisão do contrato por onerosidade excessiva e cláusula de renegociação (Art. 6º, V¹⁰⁰ c/c Art. 39 V¹⁰¹), bem como as cláusulas abusivas (Art. 51¹⁰²), dentre inúmeros institutos dispersos que pugnam pela proteção do equilíbrio contratual entre a prestação do consumidor e a contraprestação do fornecedor, combinado com seu parágrafo 1º, III.

O estado de perigo¹⁰³ consiste em defeito do negócio jurídico a ensejar a invalidade do ato, cominando a anulabilidade como sanção. Trata da hipótese de algum sujeito se obrigar a uma prestação excessivamente onerosa no caso de necessidade iminente de salvar-se, ou salvar pessoa de sua família de grave dano conhecido pela outra parte.

¹⁰⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

[...]

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

¹⁰¹ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

¹⁰² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

¹⁰³ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação

É cediço que em momentos de infortúnios, situações delicadas e perigosas, a pessoa acaba não se manifestando de maneira livre e desembaraçada, vez que seu raciocínio acaba obinubilado pela busca da integridade física e, não raras vezes, pela sua vida ou pela vida de ente querido. Assim, o legislador atento a essa relação jurídica contratual, onde o sinalagma fica desproporcional, pendendo prestação excessiva e exorbitante para a parte que se submeteu a contratar em condições díspares, erigiu como suscetível de anulação o ato eivado desse defeito do negócio jurídico.

A lesão¹⁰⁴, igualmente vício de consentimento, se verifica nos casos em que um sujeito se vê em situação de hipossuficiência ou em estado de necessidade, obrigando-se a uma prestação manifestamente desproporcional à contraprestação oferecida pela

previsão legal da possibilidade de resolução do contrato de execução continuada ou diferida no caso da prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa em razão de fatos extraordinários e imprevisíveis. É adoção da teoria da imprevisão propriamente dita, também adotada no citado artigo 317, onde se adota a teoria da base subjetiva, condicionando a incidência do instituto à imprevisibilidade do fato extraordinário que torna a prestação excessivamente onerosa.

Referido instituto traduz a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, onde, implicitamente, em um contrato existe cláusula em que se preserva o equilíbrio econômico do contrato, ou seja, a justiça contratual. Frise-se que a desproporção aqui decorre de um fato superveniente à formação da relação jurídica contratual. Se a desproporção se der na formação do contrato, estaremos diante do instituto da lesão, e não da resolução por onerosidade excessiva.

Consagra ainda a possibilidade de se evitar a resolução contratual por onerosidade excessiva, facultando ao réu a modificação eqüitativa das condições do contrato e ao devedor pleitear a redução da prestação ou a alteração do modo de executá-la.

Sobre o instituto lecionam PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO¹⁰⁸:

A teoria da imprevisão, por sua vez, pressupõe a existência de um *contrato válido*, de execução continuada ou diferida, que, por circunstância superveniente, onera excessivamente o devedor. Não há, pois, aqui, *fundo de abuso de poder econômico*, como ocorre na lesão, mas sim alteração da base objetiva por fato posterior imprevisível. Caso se trate de situação previsível e de conseqüências calculáveis, dentro da álea econômica ordinária, ainda que *impossibilite* o cumprimento da obrigação principal, não há que se falar em aplicação da teoria sob análise, nem, muito menos, pretender-se a revisão judicial do contrato.

Nos contratos de consumo, acerca da igualdade nas contratações,

tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

¹⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: contratos*. v IV. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 301/302.

em comentário ao artigo 6º, II, leciona CLÁUDIA LIMA MARQUES¹⁰⁹:

Efetivamente, com o advento do CDC o contrato passa a ter seu equilíbrio, seu conteúdo ou sua equidade mais controlados, valorizando-se o seu sinalagma. Segundo Gernhuber, sinalagma é um elemento imanente estrutural do contrato, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações co-respectivas, é o nexu final que, oriundo da vontade das partes, é moldada pela lei (Gernhuber, p. 52). Sinalagma não significa apenas bilateralidade, como muitos acreditam, influenciados pelo art. 1.102 do Código Civil francês, mas sim contrato, convenção. É um modelo de organização (Organisationsmodell) das relações privadas (etimologicamente, a palavra grega significa contrato ou convenção e só no direito romano e em sua interpretação na Idade Média passou a ser considerada sinônimo de bilateralidade perfeita nos contratos). O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa-fé nas relações de mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente sinalagma e, por conseqüência, o equilíbrio contratual.

O Código de Defesa do Consumidor traz a previsão da modificação de cláusulas desproporcionais. Consagra, assim, forte intervenção estatal quanto às cláusulas abusivas e que estabeleçam obrigações tendentes a afrontar o sinalagma contratual.

No tocante à excessiva onerosidade, o Código de Defesa do Consumidor adota a aplicação da teoria da base objetiva, denominada de teoria da excessiva onerosidade, onde não se perquire a imprevisibilidade do acontecimento superveniente. Prevê, ainda, a revisão do contrato como regra, ao invés da resolução contratual e retorno das partes ao *status quo ante*.

Neste sentido PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO¹¹⁰, esclarecem acerca das peculiaridades do princípio da equivalência material nos institutos do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 177.

¹¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*:

Diferentemente do Código de Beviláqua, que não cuidou da matéria, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, , inovou, ao consagrar a teoria com novo matiz, ao admitir que o consumidor pudesse pleitear a revisão do contrato, se circunstância superveniente desequilibrasse a base objetiva do contrato, impondo-lhe prestação excessivamente onerosa.

Vê-se, pois, da análise deste dispositivo, que a moldura jurídica dada pelo legislador a esta teoria é peculiar, na medida em que permite a revisão contratual, *independentemente de o fato superveniente ser imprevisível*.

A diferença entre a excessiva onerosidade do Código Civil e a do Código de Defesa do Consumidor, reside, principalmente, no fato de que neste, o instituto enseja a revisão contratual, adotando a teoria da base objetiva, iluminado pelo princípio da conservação do contrato, enquanto que no Código Civil o instituto resulta na resolução, calcada na teoria da imprevisão da base subjetiva, promovendo a modificação eqüitativa das condições do contrato ou a redução da prestação, para fins de evitar a onerosidade e preservar o negócio jurídico.

O legislador comina a sanção de nulidade para a cláusula que for declarada abusiva, com base em diversas hipóteses sugeridas, deixando, inclusive, o rol aberto à interpretação do magistrado no caso concreto, para aferir se há, ou não, abusividade na cláusula.

Nos institutos supramencionados se pode observar a forte tendência do legislador em intervir nas relações privadas, promovendo o equilíbrio entre as respectivas prestações dos contratantes, restabelecendo o sinalagma contratual, de forma a garantir a equivalência material subjetiva e objetiva no contrato.

6.1.3 O abuso do direito

Em razão da impossibilidade da lei prever e alcançar todas as hipóteses em que possa haver desequilíbrio ou abuso no exercício da liberdade contratual, o legislador brasileiro, quando da edição do Código Civil de 2002, disciplinou, além dos princípios sociais relativos aos contratos, a figura do abuso do

direito.¹¹¹

Quando da adoção da teoria do abuso do direito, o Código Civil novamente apresenta um compromisso com a manutenção da ética no comportamento jurídico, especialmente nas relações negociais.

Quando alguém, no exercício de um direito, exorbita manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, incorre em abuso desse direito.

O abuso do direito é o ato realizado pelo titular de um direito, que, ao exercê-lo com apoio em preceito legal, excede manifestamente seus limites, os quais são determinados pelo fim social e econômico do direito, pela boa-fé e pelos bons costumes. Ou seja, o titular de um direito cometerá abuso, quando, no exercício anormal de seu direito, lesa o direito de outrem.

O abuso do direito corresponde, pois, ao exercício de um direito subjetivo ou outras prerrogativas individuais de maneira exacerbada, ou seja, de modo desconforme aos limites estabelecidos pelos fundamentos axiológico-normativos inerentes ao direito ou prerrogativa individual exercitada.

Observa-se que o legislador optou por um sistema aberto de definição do ato praticado em abuso do direito. Ao revés de descrever, casuisticamente suas hipóteses de incidência, deixou ao aplicador a possibilidade de reconhecê-lo diante das lides cotidianas, preenchendo o conceito do que seja exercício ilegítimo do direito.

O ato abusivo de um direito consiste em ato ilícito, e, por

¹¹¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

consequente, resultando dano a bem jurídico alheio, gera responsabilidade civil decorrente da obrigação de indenizar, conforme prescreve o art. 927 do Código Civil Brasileiro, indicando que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

E a ilicitude resulta do exercício demasiado de um direito legítimo do sujeito de direito, como a liberdade contratual. HELOÍSA CARPENA nos ensina que¹¹²:

Exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui estes mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o.”

E o exercício deste direito deve ser realizado de maneira excessiva, demasiada, extrapolando limites, limites através dos quais o sujeito adentra no plano da antijuridicidade.

O primeiro limite é a função econômica do direito. O contrato tem como veste jurídica a circulação de riquezas, transferindo-as de um patrimônio para outro. O contrato, assim, tem sua função econômica na sociedade e dela não pode se desvirtuar. A partir do momento que o contrato perde este cunho, sua função econômica de instrumentalizar a circulação de riquezas da sociedade, o Estado, por meio de um instituto limitador da liberdade contratual, intervém na relação havida entre os particulares, erigindo determinada conduta como abusiva do direito.

Elucidativas as lições de CAVALIERI FILHO ao identificar o sentido e alcance do “fim econômico”, como elemento caracterizador do abuso do direito¹¹³:

¹¹² CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 174.

Esse fim econômico tem grande relevância principalmente no Direito Obrigacional. O contrato – ninguém contesta – é primeiramente um fenômeno econômico, o jurídico vem depois, para dar segurança ao econômico, aparar alguns excessos e traçar determinados rumos. Então, o fenômeno econômico está na raiz do contrato. Não poderá o titular de um direito contratual ir contra essa finalidade econômica, porque seria contrariar a própria natureza das coisas.

Ainda acerca do sentido e alcance da expressão “fim econômico”, em especial sua análise perante o contrato, ARNOLD WALD informa¹¹⁴:

A sociedade necessita do bom funcionamento da circulação das riquezas e da segurança jurídica baseada na sobrevivência de relações contratuais eficientes e equilibradas. Num mundo em constante transformação, o contrato deixa, de definir direitos necessariamente imutáveis e situações jurídicas estratificadas para ser um instrumento de parceria no qual as partes estabelecem um determinado equilíbrio econômico e financeiro que pretendem salvaguardar, fazendo as adaptações contratuais necessárias para tal fim. Não desaparecem, pois, nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar; ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução e de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional.

Outro limite é a função social. No âmbito contratual, abusa do direito quem excede a função social do contrato, que já foi objeto de análise em item anterior.

A boa-fé também é referida como limite ao exercício de direitos

¹¹⁴ WALD, Arnold. A dupla função econômica e social do contrato. Revista Trimestral de Direito Civil.

subjetivos a ensejar abuso do direito. No sentido de que, através da boa-fé objetiva inserida como limite à liberdade contratual, ROSALICE FIDALGO PINHEIRO se manifesta¹¹⁵:

O princípio da autonomia privada encontra no direito subjetivo e no negócio jurídico seus veículos de realização revelando, assim, um nexos que os liga de tal forma que estes últimos também expressam a liberdade individual. Considerando-se que a principal categoria de negócio jurídico constitui-se no contrato, este configura-se como o principal instrumento pelo qual aquele poder é exercitado. Trata-se da liberdade contratual que, ao encontrar tradução na liberdade de contratar e na estipulação de seu conteúdo, revela-se como expressão daquele princípio anteriormente referido.

Como limite ao exercício de direitos subjetivos JUDITH MARTINS COSTA¹¹⁶ identifica a boa-fé objetiva:

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos. Por essa razão é alargadíssimo esse campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, com a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência etc. Nesse panorama privilegiarei, porém, a invocação de três hipóteses, quais sejam a teoria do adimplemento substancial, em matéria de resolução de contrato, a invocação de regra do *tu quoque*, em matéria de oposição

v. 17. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 5.

¹¹⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 403/404.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 454.

da exceção de contrato não cumprido, e o *venire contra factum proprium*, todas possíveis de ser englobadas na ampla categoria da inadmissibilidade da adoção de condutas contrárias à boa-fé.

O último limite ao exercício de um direito, aqui em foco a liberdade contratual, são os bons costumes. Os bons costumes nada mais são do que práticas constantes, reiteradamente praticadas e aceitas no seio social.

Fruto da diretriz da eticidade, a alocação dos bons costumes como limite ao exercício da liberdade contratual, implica que todos os sujeitos de uma relação jurídica contratual que não observarem um senso ético, não agirem da forma pela qual a sociedade reputa ética e moralmente correta, estará cometendo abuso do direito.

Assim, conclui-se que o abuso do direito é um instituto que demonstra a ingerência estatal nas relações privadas, limitando a liberdade contratual, estando repleto de causas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que serão determinados no caso concreto pelo exegeta ao aplicar o direito, razão pela qual, busca, com isso, trazer justiça contratual na realidade concreta inquinando de ilicitude o ato que exorbita os limites da liberdade contratual.

6.2 A intervenção do Poder Judiciário no âmbito das relações negociais: as cláusulas gerais

Com a adoção da nova ordem contratual, o Estado passou a intervir de forma significativa nas relações privadas. Embora referida intervenção possa ser sentida de forma mais intensa no âmbito legislativo, certo é que o Poder Judiciário também é responsável por boa parcela do intervencionismo estatal nos ajustes entre particulares, em razão da possibilidade de alteração do conteúdo de cláusulas contratuais.

No auge da concepção clássica dos contratos, o Poder Judiciário possuía papel de mero fiscalizador e garantidor dos interesses contratuais estabelecidos pela autonomia da vontade dos contratantes. Hoje, diferentemente, possui papel atuante, devendo garantir que interesses sociais mais relevantes se sobreponham ao mero interesse individual.

Não se queira argumentar que a possibilidade conferida aos magistrados de alterar o conteúdo de cláusulas contratuais, firmadas, portanto, no âmbito da liberdade individual, poderia gerar insegurança nas relações negociais. Isso porque a intervenção judicial em matéria contratual está restrita aos termos da lei, o que, de certo modo, acaba por vedar que os magistrados acatem postulações revisionais das partes ao alvedrio de suas razões.

LOURIVAL VILANOVA esclarece que é justamente para garantir a certeza das relações inter-humanas que ao Poder Judiciário é conferida certa margem de “criação do direito”¹¹⁷:

Justamente, porque o ordenamento não é um sistema fechado, à semelhança dos sistemas formais – lógico e matemático -, dispondo de proposições normativas para a solução de qualquer fato, por isso que se faz necessário, em função da certeza das relações inter-humanas, que o juiz sempre decida, [...], por isso, mesmo, a função judicial sempre dispõe de u'a margem livre de criação do direito.

Muito embora os aplicadores do direito possuam um forte instrumento para a realização da justiça nos casos concretos, na prática existe certa resistência quanto à aplicação dos institutos que possibilitam a alteração contratual, tudo em nome da segurança negocial. Neste sentido, CASSIO M. C. PENTEADO JR.¹¹⁸:

As Cortes de Justiça – geralmente – compartilham, ainda hoje, dessa

¹¹⁷ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v. 2. São Paulo: Axis Mvndi/Ibet, 2003, p. 473.

¹¹⁸ PENTEADO JR., Cássio Martins Camargo. *O Relativismo da Autonomia da Vontade e a Intervenção Estatal nos Contratos*. Revista de Direito Privado, n. 14, p. 148-161, abr./jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 155.

ótica “contratista”, com o perdão do neologismo, acenado com o intuito de preservar a segurança negocial, sobretudo prestigiando as declarações de vontade das partes.

A intervenção do

Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.

Assim é que o Código Civil de 2002 adotou o modelo de cláusulas gerais, elevando referido diploma legal ao nível das legislações mais desenvolvidas e avançadas. É o que expõe JUDITH MARTINS COSTA¹²⁰:

[...] a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extra sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.

A intenção do legislador ao incluir as cláusulas gerais dentre os dispositivos do Código Civil, não foi a de solucionar todos os problemas da realidade, mas a de permitir que no sistema jurídico de direito escrito, a criação da norma esteja ao alcance do juiz, como um verdadeiro convite para uma atividade jurisdicional mais criadora, destinada a complementar a legislação vigente com novos princípios e normas.

A pretensão das cláusulas gerais não é dar resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas são progressivamente construídas pela

Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 8.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do novo código civil brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 15 de junho de 2007.

jurisprudência.

Ao lado das citadas vantagens das cláusulas gerais, JUDITH MARTINS COSTA afirma que elas apresentam também a desvantagem de provocar incertezas quanto ao estabelecimento de seus limites¹²¹:

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar – até que consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isso evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que, assim, o grau de certeza jurídico seria mínimo.

Os elementos que preenchem o significado das cláusulas gerais não são, necessariamente, jurídicos, podendo também advir de conceitos sociais, econômicos ou morais.

Vários artigos do Código Civil de 2002 contêm cláusulas gerais. Dentre elas, os que introduziram os princípios da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material, sem olvidar o abuso do direito.

Conforme já salientado, cabe aos juristas, aplicadores do Direito, interpretar e aplicar estes institutos que redimensionam a liberdade contratual, cômicos de sua responsabilidade social. De fato, conforme salientado no decorrer deste estudo, o Brasil enfrenta um período de forte intervencionismo estatal na área jurídica, mormente no âmbito contratual, e um recrudescimento, cada vez maior, em outros setores como o social e o econômico.

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO alerta para a responsabilidade social dos juristas, não para a “reprodução” de um sistema de aplicação do direito, mas sim de “construção”¹²²:

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do novo código civil brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 15 de junho de 2007.

¹²² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro:

Com um perfil “progressivo, ativo-produtivo, prático, destacam-se novos modelos de pensamento jurídico, sob as vestes da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores ou Valorações. O jurista é chamado a transpor os limites daquela atuação, antes esboçada, voltando sua atenção para os “interesses” e “valores” que os institutos jurídicos podem cumprir.

LENIO STRECK nos remete a um universo em que a hermenêutica, ora referida, se apresenta muito distante de ser concretizada, devido à resistência de transposição de valores que a magistratura apresenta¹²³:

Assim, a partir disso, pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o *modo de produção* de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício ou onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o réu/vítima. Assim, se Caio (sic) invadir (ocupar) a propriedade de Tício (sic), ou Caio (sic) furtar um botijão de gás ou automóvel de Tício (sic), é fácil para o operador do Direito resolver o problema. (...)
Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina.

De fato, não se poderia falar em concreção de novos paradigmas próprios de um Estado Social e Democrático de Direito com um Poder Judiciário formatado a partir de manuais individualistas, cético a mudanças, calcado em um individualismo exacerbado em detrimento do senso coletivo, bem como abraçado no formalismo jurídico, onde o apego à burocracia e procedimentos supera a

Renovar, 2002, p. 417.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed., revista, atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 34-356.

realização da justiça ao caso concreto. É a visão de LENIO STRECK¹²⁴:

No âmbito da magistratura – e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da justiça -, Faria aponta dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática: “o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo [...]” Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos”.

E para viabilizar a atuação dos magistrados, que irão promover a intervenção judicial no contrato, as cláusulas gerais representam um enorme avanço do Código Civil de 2002 e da luta diuturna da doutrina civilista. Sua aplicação exige uma nova postura dos magistrados, “despindo-se das vestes de um sistema fechado com vistas a se configurar como um sistema aberto”.¹²⁵

Este grau de abstração da norma, que deverá ser identificado concretamente pelo magistrado, já é, de outrora, bastante utilizado. Conceitos que deixam margem de liberdade objetiva para o juiz interpretar o alcance da norma são largamente utilizados em todos os ramos do direito. Inclusive, para valoração dos elementos intelectivos que compõem a lide, o juiz, em sua decisão, deve motivar fundamentadamente o direito aplicável ao caso concreto. E esta decisão poderá, ainda, em caso de insatisfação das partes, ser sujeita à revisão por um colegiado. É o que nos ensina SILVIO RODRIGUES¹²⁶:

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed., revista, atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 34-36.

¹²⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 420.

¹²⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v.4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 56/57.

Não que temamos demais o arbítrio do juiz: confiamos nele; é indispensável não o prender a regras fixas. Ao menos é preciso que ele saiba o que se lhe pede. Ora, o que se lhe pede? Pede-se-lhe determinar a função social de um direito, de dizer com que escopo o legislador reconhece a existência do direito de propriedade, do pátrio poder etc. Uma tal questão não comporta solução sobre o terreno jurídico, porque é imensa. O juiz, compelido a respondê-la, deverá sair do domínio do Direito; ele cairá no domínio da política. Eis o perigo do critério: um socialista terá o mesmo conceito sobre o fim para o qual é conferido o direito de propriedade, ou o direito de associação, que um adversário da doutrina de Karl Marx? Evidentemente não. Defender a doutrina da finalidade social dos direitos, não é absolutamente cair no socialismo, mas é compelir o juiz a encarar o problema da responsabilidade sob o ângulo da política.

Acerca da necessidade de compreensão do espírito da nova Lei civil pelos magistrados, especialmente quanto à compreensão de sua estrutura e metodologia, sinalizando uma renovação metodológica, JUDITH MARTINS COSTA, em palestra proferida perante seminário realizado na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, em debate ao atual Código Civil, nos esclarece a autora¹²⁷:

(...) tenho insistentemente dito que novo Código Civil é um *Código destinado basicamente aos juízes*. E essa não é uma afirmação retórica, gratuita: pelo contrário, ela resulta de uma construção científica decorrente da análise dos pressupostos filosóficos e culturais do Código e da conseqüente metodologia que ele incorpora. É exatamente daí que decorre a importância de os juízes compreenderem o novo Código e sua metodologia, o que vai conduzir às potencialidades de sua aplicação para o futuro, vai permitir aquilo que o Professor Miguel Reale tem chamado de *vocação prospectiva* da normatividade jurídica. Portanto, uma primeira observação que já sublinho: muito mais importante do que ficar fazendo uma análise pontual, de regra após regra do Código, é compreender o seu espírito, a sua estrutura, a sua metodologia, pois aí está sinalizada a renovação que vem provocar.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Adimplemento e Inadimplemento*. Revista da EMERJ. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho de 2002, p. 95-113. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

Em sua teoria crítica ao Código Civil, LUIZ EDSON FACHIN alerta para as mudanças perpetrada no atual Código Civil, indicando que a superação de paradigmas representa um velho problema, consistente na dificuldade de modificação da mentalidade dos aplicadores do Direito ¹²⁸:

O grande desafio é superar um velho problema, a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência. Esse dilema, simploriamente reduzido ao fosso entre a teoria e a prática, convive diuturnamente na educação jurídica. Compreendê-lo corresponde a fazer de uma lei instrumento de cidadania na formação para o Direito, nas salas de aulas e de audiências, no acesso democrático ao Judiciário, e nos espaços públicos e privados que reclamam por justiça, igualdade e solidariedade. Naquilo que apresenta de positivo, ainda que não seja tudo o que se almejou para a nova lei, queira que a hermenêutica construtiva do novo Código Civil contribua para que o Brasil não chegue ao final do século XXI com pés atolados na baixa Idade Média. Um desafio que não espera, convoca.

Assim, o Poder Judiciário possui em suas mãos instrumentos legislativos que lhe garantem poder interventivo nas relações jurídico-contratuais para limitar a liberdade contratual, fazendo valer as diretrizes e paradigmas constitucionais que clamam pela socialidade e eticidade no contrato.

¹²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 332/333.

7 CONCLUSÃO

Para a nova teoria contratual, de cunho nitidamente mais social que a concepção clássica dos contratos, a vontade das partes, livremente manifestada, não mais se configura como o único fator decisivo na avença: a lei possui importante papel garantidor do equilíbrio entre as partes contratantes. A intervenção do Estado nas relações privadas é medida necessária, a fim de limitar a liberdade dos sujeitos da relação contratual.

Embora no restante do mundo a tendência de socialização do direito civil tenha sido sentida desde meados do século XX, no Brasil a nova ordem contratual apenas teve repercussão com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto princípios consagradores da visão mais personificada do direito, os quais deveriam servir de diretrizes a toda e qualquer legislação infraconstitucional.

Neste aspecto o direito civil brasileiro, a iniciar pelo Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002, consagrou como um de seus eixos fundamentais a realização dos interesses da pessoa humana, inclusive no âmbito contratual, albergando institutos que denotam a preocupação do legislador com a visão mais ética e social da atualidade.

Não obstante o atraso de várias décadas, a ingerência por parte do legislador brasileiro na estruturação das relações contratuais, tem como foco a salvaguarda de interesses mais significativos que a simples intenção das partes contratantes. O contrato se remodela em favor do interesse coletivo e em atenção às exigências do bem comum.

A ordem jurídica privada, diante das intervenções estatais perpetradas com o escopo de garantir o cumprimento da supremacia constitucional hermenêutica, apresenta-se como um terreno fecundo para a implementação das promessas da modernidade. Não se trata apenas de um processo de transformação formal, mas sobretudo material, onde os institutos consagradores da eticidade e socialidade devem ser recepcionados não com uma visão individualista e

egocêntrica. Que não sejam as modificações legislativas, como o princípio da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da equivalência material e o instituto do abuso do direito, apenas ostensivas, mas sobretudo tenham aplicabilidade concreta.

Certo é que o intervencionismo do Estado, apesar de percebido de forma mais contundente no âmbito legislativo, também pode se dar através do Poder Judiciário, o qual, ao dizer o direito aplicável ao caso concreto, deve afastar toda e qualquer pretensão que não esteja em conformidade com o direito. Para tanto, possui mecanismo poderoso para fazer valer a justiça material: as cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema.

Não obstante, o que se tem percebido na prática, é que os julgadores brasileiros ainda permanecem, em sua grande maioria, valendo-se da concepção contratual voluntarista dos ideais napoleônicos, inclusive utilizando de forma indistinta os termos autonomia da vontade e autonomia privada, evidentemente distintos entre si.

O que se pode afirmar, sem qualquer sombra de dúvida, é que, embora tenha havido uma forte ingerência por parte do Estado nas relações privadas, seja através da edição de normas, seja no momento da aplicação dessas mesmas normas, dando novo contorno à liberdade conferida às partes contratantes, o contrato não perdeu espaço. Apenas se apresenta com uma nova roupagem, muito mais adequada à nova realidade.

O contrato permanece como campo fértil e necessário para a realização da vontade dos partícipes da relação negocial e deve, na medida do possível, assentar-se na autodeterminação das partes. Do contrário, caso fosse proibida a busca pelo interesse privado, certamente referido instituto perderia mesmo seu sentido e razão de ser.

Jamais se pretendeu afirmar que o contrato não serve mais como instrumento de realização da vontade. Apenas se conclui que, embora a vontade dos contratantes permaneça como elemento formador do contrato, quando esta vontade estiver em conflito com interesses sociais ou com o bem comum, estes devem prevalecer.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. *Autonomia da Vontade no Direito Contratual*. Revista de Direito Privado, n. 27, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 279-292.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. t. I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BRAGA FILHO, Pedro. *Globalização e a Teoria Geral dos Contratos*. In: LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (Coords.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 241-255.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Os Princípios Reguladores da Autonomia Privada: autonomia da vontade e boa-fé*. Direito e Democracia – Revista do Centro de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 1, p. 95-112. Canoas: Editora ULBRA, 2000..

CARPENA, Heloísa. *O abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte Geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

DANZ, Erich. *A Interpretação dos Negócios Jurídicos (contratos, testamentos e, etc): estudo sôbre a questão de direito e a questão de facto*. Versão portuguesa de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia. – Editores, 1941.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. *As razões da desigualdade*. Revista Discutindo Filosofia. Ano I, n. 5, p. 52-56. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Traduzida por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. v I. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. v IV. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1980.

GOMES, Orlando, VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

HIRONAKA, Giselda. M. F. N. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4194>>. Acesso em 25 de julho de 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <<http://www.esnips.com/doc/3d650b2d-ac10-46f9-b6d7f2da42e53d79/Thomas.Hobbes.de.Malmesbury-Leviata>>. Acesso em 28 de outubro de 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução do Alemão por Paulo Quintela. Coimbra: Edição Atlântida, 1960.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil. Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies*. 3. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 23 de maio de 2007.

_____. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 de abril de 2007.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos. Ensaios Sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil*. Introdução de J. W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Análisis Crítico de la Autonomía Privada Contractual*. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 5-19, abr./jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1 ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Adimplemento e Inadimplemento*. Revista da EMERJ. Anais dos Seminários. EMERG Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho de 2002, p. 95-113. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

_____. *O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do novo código civil brasileiro. Jus Navegandi, Teresina, a.4, n. 41, maio de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 15 de junho de 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MELO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. Revista de Direito do Consumidor, n. 23-24, p. 41-78, jul./dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PARGENDLER, Mariana Souza. *A resignificação do Princípio da Autonomia Privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor da autodeterminação da pessoa*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm>. Acesso em 13 de julho de 2007.

PENTEADO JR., Cássio Martins Camargo. *O Relativismo da Autonomia da Vontade e a Intervenção Estatal nos Contratos*. Revista de Direito Privado, n. 14, p. 148-161, abr./jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado*. t. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REALE, Miguel. *Espírito da Nova Lei*. Revista Jurídica, ano 7, n. 144, p. 14-122. Consulex: Rio de Janeiro, 2003.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Visão Geral do Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a.6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 mar. 2007.

RIBEIRO, Eduardo Andrade. *O Negócio Jurídico*. Revista da EMERJ. Anais dos Seminários. EMERJ Debate o Novo Código Civil, pt. I, fevereiro a junho de 2002, p. 85-94. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1971.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio. Atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações: Contratos*. 5. ed. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TARTUCE, F. *A Realidade Contratual à Luz do Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 de out. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16..

_____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v. 2. São Paulo: Axis Mvndi/Ibet, 2003.

WALD, Arnold. *A dupla função econômica e social do contrato*. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 17. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. *Obrigações e Contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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](#)