

DOS CLÁSSICOS AOS SOCIAIS: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS À LUZ DO CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL

*FROM THE CLASSICS TO THE SOCIALS: AN ANALYSIS OF
THE MAIN CONTRACTUAL PRINCIPLES IN THE LIGHT OF THE
HISTORICAL-SOCIAL CONTEXT*

Delma Pires Pinto¹

¹ Mestra em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professora na União de Ensino Superior de Viçosa (UNIVIÇOSA). Advogada. E-mail: delmapires@yahoo.com.br

RESUMO: O contrato passou por diversas transformações desde o direito romano até o atual direito civil. Essas transformações são sentidas no estudo da teoria contratual, sobretudo dos princípios, os quais refletem a influência do contexto histórico-social no delineamento legal do instituto. O presente artigo objetiva fazer um estudo dos principais princípios contratuais do atual direito civil, a partir do momento histórico-social de seu surgimento e sob uma perspectiva dinâmica, contemplando os reflexos das mudanças histórico-sociais nesses princípios. Para tanto, parte-se do contrato enquanto fonte das obrigações no direito romano, perpassando pelo denominado contrato clássico, auge da liberdade contratual, até chegar ao modelo contratual atual, no qual emergem e passam a conviver paralelamente os chamados princípios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Teoria contratual. Princípios. Contexto histórico-social.

ABSTRACT: The contract underwent several changes from Roman law to the current civil law. These transformations are felt in the study of contractual theory, especially of principles, which reflect the influence of the social-historical context on the legal design of the institute. The present article aims to make a study of the main contractual principles of the present civil law, from the historical-social moment of its emergence and from a dynamic perspective, contemplating the reflexes of the social-historical changes in these principles. To do so, it starts with the contract as a source of obligations in Roman law, passing through the so-called classic contract, the rise of contractual freedom, until arriving at the current contractual

model, in which the so-called social principles emerge and coexist together.

KEYWORDS: Contracts. Contract theory. Principles. Historical-social context.

1. INTRODUÇÃO

O Direito enquanto fenômeno social, o qual “não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela” (REALE, 2001, p. 2), encontra-se intimamente relacionado ao contexto histórico-social no qual se insere. Fatores como o formalismo, o grau de importância da declaração de vontade, a liberdade e a intervenção estatal, responsáveis por relevantes características contratuais, são reflexos de um contexto histórico e social resultante da conjugação de fatores políticos, econômicos e culturais. Por essa razão, a compreensão dos institutos jurídicos é facilitada e ampliada quando há apropriação da conjuntura social na qual emerge.

O contrato no direito romano tinha como importantes elementos a manifestação de vontade e o formalismo. A importância da vontade conheceu seu auge no denominado contrato clássico, marcado pela liberdade contratual e afastamento do Estado das relações privadas de âmbito negocial. As consequências da liberdade contratual, aliadas ao contexto de surgimento da chamada sociedade de massas, na qual a produção e o consumo ocorrem em grande escala, conclamaram uma maior intervenção estatal nas relações privadas e a releitura da teoria contratual até então construída.

No presente artigo, pretende-se abordar a importância dos fatores pre-

sentes no contexto social na configuração do contrato, mais especificamente, nos princípios contratuais. Considerando-se a importância dos princípios na correta compreensão e aplicação dos institutos jurídicos, apresenta-se uma visão ampla e detalhada dos principais princípios contratuais, convidando-se o leitor a uma reflexão sobre a atual teoria contratual.

2. O CONTRATO NO DIREITO ROMANO

O direito romano admitia a criação de obrigações por meio de quatro diferentes fontes, segundo a classificação das Institutas de Justiniano: contrato, quase-contrato, delito e quase-delito (ALVES, 2001). Os contratos eram os acordos de vontade que, obedecendo a certas formalidades, criavam obrigações; os quase-contratos eram “os atos lícitos unilaterais de que resulta[vam] obrigações” (ALVES, 2001, p. 29); os delitos eram as figuras delituosas que Gaio descrevia em suas Institutas; os quase-delitos eram os atos ilícitos contra os quais o pretor concedia o direito de ação.

Interessa ao presente estudo o contrato, o qual era espécie, ao lado dos pactos, do gênero convenção.

O pacto era um acordo de vontades entre as partes que não gerava nenhuma obrigação civil. Este acordo de vontades era simples, ou seja, não era revestido por nenhuma formalidade e, não gerando obrigação, “não permitia a rem persecuendi in iudicio, não conferia às partes uma ação, mas gerava tão somente exceptiones, e, portanto, não era dotado de força cogente” (PEREIRA, 2004, p. 9). Exemplo de pacto no direito romano era o pactum de non petendo, que podia ser alegado como defesa contra as obrigações oriundas de qualquer contrato e consistia no “acordo de vontade

entre o credor e o devedor pelo qual aquele se compromet[ia] a não exigir deste o cumprimento de uma obrigação” (ALVES, 2001, p.104).

Sobre a principal distinção entre pactos e contratos, ensina Bessone (1987, p. 7) que:

O pacto era a convenção produtiva apenas de obrigações naturais. O contrato era a convenção que engendrava obrigações civis.

A distinção deitava raízes no Direito mais antigo, pelo qual o simples acordo de vontade não era suficiente para gerar obrigações dotadas de eficácia civil. Entendia-se que o princípio de que a vontade das partes é o elemento fundamental das convenções era de Direito natural. Para que esse elemento subjetivo produzisse obrigações civis, exigia-se que fosse aliado a alguma causa civilis.

Os contratos Romanos eram poucos e de contornos bem delimitados. Para ser contrato, obrigar as partes e originar ação, o acordo de vontades devia possuir um plus, um elemento objetivo formal. Em função deste elemento objetivo formal, os contratos poderiam ser classificados em contratos *verbis*, contratos *re* ou contratos *litteris*.

Os contratos reais eram aqueles que, para se perfazerem, exigiam como formalidade a entrega da coisa. Nas Institutas de Justiniano são encontrados quatro contratos reais: mútuo, comodato, depósito e penhor (ALVES, 2001). Esta classificação ainda se mantém no direito atual, como ensina Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 63): “Denomina-se real, o contrato para cuja perfeição a lei exige a *traditio* efetiva do objeto. Nele, a entrega da coisa não é fase executória, porém requisito da própria constituição do ato”, e segue citando como exemplos de contratos reais na atualidade os mesmos contratos do direito romano: comodato, mútuo, depósito, penhor, além das doações manuais de pequeno valor.

Os contratos verbais eram aqueles que se constituíam por meio da prolação de palavras solenes. Entre os contratos verbais, o mais importante era a *stipulatio*, que se formava por meio de uma sequência de perguntas e respostas às quais as partes respondiam oralmente e rigorosamente. As exigências formais eram tão importantes que mudos e surdos não podiam celebrar contratos por meio da *stipulatio* e os verbos utilizados nas respostas deviam ser exatamente os mesmos das perguntas. Assim, por exemplo, às perguntas “*facies?*” e “*promittis?*” cabiam, afirmativamente, apenas as respostas “*faciam*” e “*promitto*”, respectivamente (ALVES, 2001).

A *stipulatio* era a mais importante formalidade existente para contratação, porquanto tinha a força de tornar obrigatória qualquer convenção, mesmo que para esta não existisse um tipo contratual especificamente delimitado.

Os contratos literais eram aqueles cujas obrigações se originavam por forma escrita. Estes contratos geram divergências doutrinárias no sentido de saber se era ou não necessário o consentimento do devedor para que este se obrigasse, porquanto a escrita era feita pelo próprio credor, em seu livro próprio.

Com o tempo, o número e a importância dos pactos cresceram. Este crescimento deveu-se ao limitado número de contratos existentes. Os pretores passaram então a atribuir ações a alguns pactos, que passaram a ser denominados *pacta legitima*, em contraposição aos pactos sem ação, os *nuda pacta* (ALVES, 2001).

José Carlos Moreira Alves (2001) traça as duas principais diferenças entre os contratos romanos e os atuais. No direito romano, a aceção de contrato só abrangia os acordos de vontade destinados a criar relações obrigacionais. Hoje, ao contrário, fala-se em contrato em diversas áreas, como o direito do trabalho e o direito administrativo, tendo este a função de regular

as relações jurídicas em geral. A segunda diferença é que, em Roma, nem todo acordo de vontades originava obrigações: para surgir uma obrigação era necessário o requisito formal, sem o qual a convenção era apenas um pacto e não obrigava as partes. Hoje não mais existe um controle formal tão rígido sobre os contratos, em que pesem as exceções, como aquela contida no artigo 108 do Código Civil.

3. O CONTRATO CLÁSSICO

Desde o direito romano, o contrato passou por diversas transformações, as quais culminaram no modelo contratual clássico. Contextualizando o contrato de modelo clássico, é possível ver que seu auge se deu nos fins do séc. XVIII, triunfando no séc. XIX, quando seus princípios básicos – a autonomia da vontade, a força obrigatória e a relatividade dos efeitos contratuais – foram positivados nos Códigos Civis Alemão e Francês. Estes princípios se refletiram diretamente no Código Civil Brasileiro de 1916.

Segundo Cláudia Lima Marques (2005), quatro fatores foram de fundamental importância para a consolidação da autonomia da vontade, maior pilar de sustentação do modelo clássico contratual. O primeiro deles foi o direito canônico, que concedeu validade aos simples acordos de vontades, ou seja, a simples “palavra dada” passou a ser considerada suficiente para fazer nascer a obrigação contratual, independentemente de qualquer formalidade, como era exigido no contrato romano.

O segundo fator, segundo a autora, foi a teoria do direito natural que, concretizando o homem como ser dotado de razão, viu neste um ser capaz de, por sua simples e livre vontade, vincular-se às regras por ele mesmo criadas. O direito natural é tido como o mais importante fator de construção

da teoria clássica do contrato, exatamente pela tutela que prestou à liberdade de contratar, uma das vertentes da liberdade do homem enquanto ser individual. O pensamento de Kant teve grande importância neste período: um indivíduo jamais decide para si próprio algo que lhe seja prejudicial, injusto. Assim, se cada um for livre para decidir por si próprio, decidirá sempre em seu próprio interesse. Sendo o interesse geral a soma dos interesses individuais, o interesse geral sempre seria satisfeito e os contratos seriam sempre justos (NEGREIROS, 2006).

O terceiro fator, destacado pela autora, são as teorias de ordem política e a Revolução Francesa. Quanto às teorias de ordem política, merece destaque a teoria do Contrato Social de Rousseau. Segundo Rousseau, o Estado retira sua força e poder dos próprios cidadãos que, por um ato próprio de autonomia da vontade renunciam a uma parte de sua liberdade em favor de um ente superior: o Estado. A obrigatoriedade do respeito às leis do Estado, portanto, é legitimada pelos próprios cidadãos. Com os contratos de direito civil aconteceria algo semelhante: o indivíduo, por um ato de liberdade, vincular-se-ia a leis por ele criadas, a elas se submetendo. O outro fator importante foi a Revolução Francesa que, consolidando os ideais da burguesia mercantil (liberdade, igualdade formal), os positivará no Código Napoleônico de 1804, servindo de modelo a diversas nações europeias, e tendo reflexos diretos no Direito brasileiro (MARQUES, 2005).

O quarto fator de influência são as teorias econômicas e o liberalismo, os quais, em resumo, sinalizavam para a total liberdade individual e abstencionismo estatal nas relações privadas.

Com o reflexo destes fatores, construiu-se o modelo clássico de contrato. Perdeu-se a necessidade de formalidades, como regra, para a formação de contratos. Estas formalidades foram substituídas pelas vontades das partes, manifestadas de forma livre.

Também se perdeu a noção de justiça como requisito do contrato. Se no contrato romano era essencial certa paridade entre as partes para que o contrato fosse justo, no direito moderno a questão da justiça foi posta de lado, como ensina José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 369):

O voluntarismo foi a pouco e pouco afastando do direito a discussão e sobretudo o entendimento das regras de justiça. Um contrato, desde que livremente aceito, seria válido independentemente da discussão sobre a justiça de seu conteúdo. Com o tempo as questões de justiça passaram a ser objeto de conhecimento de filósofos, não de profissionais (acadêmicos ou práticos) do direito.

E o que o Estado fazia para conter estas iminentes injustiças? Nada. O princípio da autonomia da vontade, baseando-se numa falsa igualdade material entre as partes, acabou por instaurar a igualdade formal. Sendo impossível crer que uma pessoa dotada de razão e se obrigando livremente pudesse se obrigar a algo que lhe fosse prejudicial ou injusto, o contrato era sempre, presumidamente “justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois.” (ANDRADE, 1987, p. 31).

Neste cenário, o Estado, tanto na edição das leis quanto na interpretação destas e dos contratos, era o menos intervencionista possível. As leis objetivavam somente resguardar a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, sem se referir ao conteúdo do contrato, havendo controle somente dos aspectos formais do contrato, como a manifestação livre e a capacidade das partes. O juiz, por sua vez, buscava tão somente a vontade dos contratantes na relação negocial, independentemente de sua justiça ou injustiça. Sobre as leis contratuais no período clássico, ensina Cláudia Lima

Marques (2005, p. 62):

Na teoria do direito, a liberdade contratual encontra um obstáculo somente: as regras imperativas que a lei formula. Mas no direito contratual tradicional estas regras são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre capacidade. No mais, as normas legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta das vontades das partes e a oferecer regras supletivas para o caso dos contratantes não desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida, como, por exemplo, as regras sobre o lugar e o tempo do pagamento.

Diante desse contexto, emergiram três importantes princípios norteadores das relações contratuais e das atividades legislativa e judiciária, quais sejam: autonomia da vontade; obrigatoriedade contratual e relatividade dos efeitos do contrato.

3.1 Autonomia da vontade

Principal princípio regente do contrato clássico, a autonomia da vontade, nas palavras de Maria Helena Diniz (2007, p. 23), é o princípio “[...] no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

A ideia de autonomia da vontade surgiu de uma releitura equivocada da ideia Kantiana de autonomia moral (SILVA, 2006). Segundo o pensamento kantiano: “[...] a moralidade, em si, se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas

de caráter natural ou teológico.” (SILVA, 2006, p. 135).

O fundamento do princípio da moralidade, para Kant, seria uma vontade autônoma, livre das influências das necessidades do mundo sensível e guiada somente pela razão. A razão, dessa forma, ditaria máximas comportamentais válidas universalmente para todos os indivíduos. Essas máximas seriam universais porque os indivíduos não seriam afetados pelas suas necessidades individuais. Dentro do espírito voluntarista e liberal, essa ideia adquiriu novos contornos. A liberdade (autonomia) passou a ser identificada como não intervenção, deixando-se de lado fatores importantes à autonomia da vontade moral (SILVA, 2006).

A autonomia da vontade, no modelo contratual clássico, era baseada na crença da igualdade entre as partes e na justiça intrínseca do contrato. Se deixassem as partes livres para contratar, o contrato seria naturalmente justo, uma vez que estavam as partes em iguais condições e não celebrariam contrato prejudicial a si próprias. Dessa forma, não haveria necessidade de intervenção Estatal no domínio privado. Havia poucas exceções nas quais não prevaleceria a vontade: eram os casos das normas de ordem pública, dos bons costumes e dos vícios do consentimento (que afetavam a vontade). Esses óbices, contudo, não tinham muita aplicabilidade devido à dificuldade de conceituação de termos como ordem pública e bons costumes.

As normas legais, facultativas tornavam-se obrigatórias nos casos de omissão das partes. Quando a lei também era omissa, o juiz podia criar a solução para o caso, entretanto, devia-se ater ao que teria sido a vontade das partes caso tivessem previsto a situação omissa (ANDRADE, 1987). Como se percebe, a preocupação do ordenamento era com a vontade das partes. A atuação do Estado – juiz ou legislador – era a menor possível, e no sentido de fazer cumprir o pactuado.

Com a emergência dos princípios sociais e as mudanças sociais ocorridas, as normas de ordem pública se multiplicaram, implicando maior intervenção estatal nas relações contratuais. Orlando Gomes (1979) lembra alguns casos de intervenção estatal no contrato entre particulares: a obrigação de contratar, imposta por lei aos prestadores de serviços públicos e serviços de assistência vital, bem como aos exercentes de atividade econômica em regime de monopólio (limitação ao direito de contratar ou não); a inserção de cláusulas obrigatórias nos contratos, estando estas subentendidas no contrato caso seu texto não as mencione (limitação ao direito de determinar o conteúdo do contrato); também os princípios sociais dos contratos, como a boa-fé e a função social do contrato, limitam a liberdade de contratar (SILVA, 2006).

Por tudo, conclui-se que a autonomia da vontade, no ordenamento atual, encontra algumas limitações, dentre as quais a proteção estatal à parte presumidamente vulnerável do contrato e ao contratante de boa-fé.

3.2 Obrigatoriedade contratual

O princípio da obrigatoriedade contratual informa que todo contrato livremente pactuado deve ser cumprido pelas partes, sob pena de execução forçada. É isso o que informa Maria Helena Diniz (2007, p. 29): “[...] as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente”.

O princípio da obrigatoriedade está estritamente relacionado à liberdade contratual. Com efeito, se é livre para contratar ou não, escolher o conteúdo do contrato e o parceiro contratual, justo é que dele seja exigível o cumprimento da obrigação, como ensina Darcy Bessone de Oliveira Andrade (1987, p. 28): “[...] a obrigatoriedade haure a sua força na autono-

mia da vontade do promitente, por constituir a promessa uma permitida e perpétua renúncia da própria liberdade”.

Indagando sobre o fundamento da obrigatoriedade, Andrade (1987), ancorado nas lições de Giorgi, compendia sete possíveis explicações. A primeira justificativa seria a sociabilidade ou pacto social: existiria uma convenção, celebrada entre as partes, tácita e primitiva, de fidelidade às próprias promessas. A segunda justificativa seria a ocupação, posse ou tradição: a promessa pactuada geraria a abdicação de direito por uma das partes e a ocupação, pela outra, do direito abdicado, operando-se, dessa forma, a tradição. Outra justificativa seria o abandono da própria liberdade. Dessa forma, ao pactuar, o homem permite o ingresso de outro em sua esfera particular de direito, sendo justo que este se aproprie de parte da liberdade alheia. A quarta justificativa seria o interesse: é do interesse do próprio homem manter fidelidade às suas próprias promessas, pois, não o fazendo, perderia a confiança pública e dificilmente encontraria parceiros contratuais. A quinta justificativa seriam a consciência e a razão: estas direcionariam o homem a fazer o bem, o que inclui a fidelidade às próprias promessas. A sexta justificativa seria a proibição de lesar a terceiro, ofendendo direito seu (*neminem laedere*). Finalmente, seria justificativa a obrigação de dizer a verdade: existe uma lei natural que obriga o homem a dizer a verdade, caso não prefira calar-se.

Corolários da obrigatoriedade, a imutabilidade e a intangibilidade contratuais proibiam que o juiz interferisse no conteúdo contratual. Assim, havendo causa legal que afastasse a obrigatoriedade, só era permitido ao juiz anular o contrato, jamais modificar seu conteúdo, conforme ensina Gomes (1979, p, 40): “Se ocorrem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução

do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo”. Assim, havendo vício do consentimento, ofensa à ordem pública ou aos bons costumes, o contrato era declarado nulo. Também a injustiça do contrato não era óbice à sua obrigatoriedade. Resume bem Orlando Gomes, o princípio da obrigatoriedade, tomado nos termos rigorosos do contrato clássico:

Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. [...] Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias. (GOMES, 1979, P. 40).

A obrigatoriedade contratual certamente se mantém direito civil, entretanto, com claras moderações. Se aceita como principal fundamento da obrigatoriedade a necessidade de segurança jurídica no fluxo comercial. Com efeito, se não houvesse possibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento das avenças, a confiança depositada por um contratante em outro poderia ser facilmente frustrada. A obrigatoriedade é a base do direito contratual (GOMES, 1979), como ensina Venosa (2009, p. 366-7):

Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato

ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.

Assim, conquanto pareça sobremaneira rígida, a obrigatoriedade é fundamental no direito contratual, sob pena de, deixando-se o cumprimento das prestações ao arbítrio dos devedores, frustrar-se expectativas legítimas dos credores.

Fazendo-se um paralelo entre a obrigatoriedade no modelo clássico de contrato e no contrato contemporâneo, percebe-se a atenuação da força obrigatória, sobretudo a partir dos princípios sociais do contrato. O contrato clássico era verdadeira lei entre as partes, não se admitindo atenuações. As únicas excludentes eram o caso fortuito, a força maior e o novo acordo entre as partes (DINIZ, 2007).

Dentre os exemplos de limitação à obrigatoriedade, constantemente lembrados pela doutrina, tem-se a cláusula *rebus sic stantibus*, prevista no artigo 478 do atual Código Civil, a qual permite, em caráter excepcional, a revisão contratual nas hipóteses em que fato imprevisível ocasionar a excessiva onerosidade do contrato para um dos contratantes (DINIZ, 2007, p. 31).

O princípio da obrigatoriedade encontra-se limitado ainda pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio entre as prestações. Com efeito, estes princípios, dois deles consagrados nas cláusulas gerais dos artigos 421 e 422 do Código Civil, autorizam o juiz a interferir no contrato, inclusive criando deveres anexos às obrigações assumidas pelas partes, deveres estes que passam a integrar o conteúdo do contrato.

3.3 Eficácia relativa do contrato

A ideia de relatividade dos efeitos dos contratos é muito bem expressa pelo brocardo *justinianeu res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, ou seja, os efeitos do contrato só se produzem internamente entre as partes, não prejudicando nem aproveitando a terceiros. Com efeito, a função do princípio da relatividade do contrato é: “[...] limitar o efeito obrigatório do contrato às partes contratantes, ou seja, àqueles que através de um acordo de vontades, manifestam-se no sentido de concluir o contrato” (MULHOLLAND, 2006, p. 261).

A origem do princípio da relatividade pode ser buscada na natureza pessoal das obrigações romanas, onde as solenidades eram realizadas pessoalmente, por pessoas que se conheciam, qualificadas (LISBOA, 2007). Mais tarde, a relatividade passou a ser vista como corolário óbvio do princípio da autonomia da vontade, pois, se cada indivíduo é livre para se obrigar, como e quando quiser, não poderia estar obrigado sem que tivesse manifestado vontade neste sentido.

O princípio da relatividade pode ser estudado em relação a seu sujeito e em relação a seu objeto. Aqui interessa o primeiro.

Em relação ao sujeito, diz-se que somente entre as partes, contratantes diretos, o contrato produz seus efeitos. No modelo clássico de contrato, esta afirmação era tomada rigorosamente e o conceito de parte era bem restrito, abrangendo somente aqueles que estipularam diretamente o contrato. Os demais eram terceiros e, em regra, não podiam ser afetados por este.

A jurisprudência hoje vem reconhecendo a possibilidade de o contrato produzir efeitos em relação a terceiros, não partes no sentido clássico do termo. Teresa Negreiros lembra duas situações. A primeira delas refere-se ao terceiro, vítima de um dano consecutivo ao inadimplemento de uma

obrigação. A autora cita, como exemplo, um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual o desembargador considerou solidariamente responsáveis pela entrega de um imóvel tanto a construtora quanto a incorporadora e a financiadora, embora tenham sido celebrados contratos distintos com cada empresa (NEGREIROS, 2006).

A segunda situação se refere ao caso do credor que contribui para o inadimplemento do codevedor perante terceiro. Como exemplo, a autora lembra o caso de famoso cantor brasileiro que, tendo celebrado contrato para a realização de campanhas publicitárias para determinada marca de cerveja, contrato do qual constava cláusula de exclusividade, realizou propaganda comercial para uma marca concorrente. O Tribunal de Justiça de São Paulo proibiu a veiculação da propaganda realizada pela segunda empresa, durante o prazo de vigência da cláusula de exclusividade constante no primeiro contrato, muito embora a segunda empresa não fosse parte nesse (NEGREIROS, 2006).

Dessa forma, diante dos mais recentes princípios contratuais e da extensão dos efeitos dos contratos a terceiros não participantes diretamente da formação do contrato, duas posições são possíveis: ou se aceita o afastamento do princípio da relativização dos efeitos em alguns casos ou se aceita a extensão deste conceito – relativização –, de forma a abranger não apenas os contratantes diretos. Com efeito, há doutrina no sentido de que se deve admitir a quebra do princípio da relatividade em determinadas situações, como pensa Roberto Senise Lisboa (2007, p. 113-4): “É imprescindível, todavia, em meio ao desenvolvimento tecnológico e à massificação, que, diante dos casos nos quais se verifique a incidência de prejuízos a terceiros, uma ruptura de tal princípio clássico venha a suceder [...]”.

Por outro lado, a doutrina mais apegada ao princípio da relatividade

rigidamente considerado deve ao menos reconhecer que, embora o contrato somente produza efeitos entre as partes, o conceito de parte sofre hoje uma interpretação extensiva, como bem explica Caitlin Mullholland (2006, p. 266):

Se o sentido do princípio do efeito relativo do contrato continua o mesmo que quando estabelecido por nossos sistemas jurídicos individualistas e personalistas dos séculos XVIII e XIX, a noção de partes e terceiros ganha outro contorno, para adequar o princípio referido à evolução da teoria contratual. Assim, há um alargamento da noção de partes [...].

Na prática, a distinção não tem grande relevância. Importa, apenas, reconhecer que doutrina e jurisprudência tendem a reconhecer que o contrato pode gerar efeitos – diretos ou indiretos – tanto para as partes quanto para terceiros. Os efeitos diretos para terceiros, ou seja, aqueles efeitos previstos no contrato para terceiro, somente se produzem quando autorizados por lei, como os casos de promessa de fato de terceiro (artigos 439 e 440 do Código Civil 2002) e de estipulação em favor de terceiro (artigos 436 a 438 do Código Civil 2002).

Já os efeitos indiretos, ou seja, aqueles não previstos pelo contrato, mas que se produzem como decorrência dele, prejudicando terceiros, concedem a estes o direito de se opor ao contrato. Assim, sempre que um terceiro for lesado por uma relação contratual da qual não foi parte poderá se opor ao contrato ou à forma de sua execução, afastando o princípio da relatividade (LISBOA, 2007). O terceiro poderá invocar, em sua defesa, os princípios da função social do contrato e da boa-fé do terceiro. Assim, reconhece-se a limitação do princípio da relatividade diante de certas situações em que terceiros são lesados.

4. O ATUAL MODELO CONTRATUAL

Paralelo à autonomia da vontade, e fruto principalmente do acúmulo de capital permitido pelo liberalismo, culminou o desenvolvimento do capitalismo moderno com a Revolução Industrial. As transformações no modo de produção, que antes era baseado na manufatura e a partir da Revolução Industrial passou a ser industrial, permitiram a produção de bens em grande escala e a possibilidade de acesso a esses bens: surgiu, assim, o que até hoje é conhecido como cultura de massas. Carlos Alberto Bittar (1980, p. 241) enumera algumas destas mudanças:

A introdução das máquinas no processo de produção muda sensivelmente a sua estrutura: nova atividade (a industrial) desenvolve-se, gerando inúmeras outras (indústrias de complemento; atividades de distribuição e de colocação de produtos; serviços correlatos ou derivados etc.); substitui-se o trabalho humano por máquinas; possibilita-se a produção em série (em massa); novos produtos exsurtem; iniciam-se as concentrações humanas nos centros urbanos – em que se instalam as indústrias – e o êxodo rural; assiste-se ao surgimento de nova classe social (a operária); começa o deslocamento da mulher do lar e, com isso, um processo de paulatina desagregação da família.

A situação dos trabalhadores das indústrias era a mais crítica, mas não a única que necessitava de mudanças. Darcy Bessone (1987, p. 42) cita outras situações de flagrante desequilíbrio entre as partes:

[...] Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionais. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que houver falta no mercado. No mútuo,

o mutuário, de ordinário, deixar-se-á explorar, premido por invencíveis dificuldades do momento. Nos contratos com poderosas organizações de transporte e fornecimento de luz, água, gás, telefone, a clientela dispersa não terá meios de se resguardar de condições porventura demasiadamente rigorosas. Em todos estes casos, como em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania.

O aumento da produção (produção em série) e o aumento do consumo (consumo em massa), este último ocasionado principalmente pelo surgimento da classe operária, agora detentora do poder de consumir, trouxeram a necessidade de novas formas, mais ágeis, de se negociar.

A velocidade e o número das transações acabaram por inviabilizar as negociações pessoais entre vendedor e adquirente. A solução encontrada para tal problema foi a impessoalização dos contratos: não havia tempo para os poucos funcionários negociarem com cada comprador e nem era economicamente viável aos fornecedores contratar funcionários em número suficiente para tal empreitada. O jeito encontrado foi criar um contrato único, com cláusulas igualmente predispostas, e que era apenas apresentado ao adquirente, cabendo a este aderir ou não a tal contrato.

Neste contexto surgem os contratos estandardizados, ou contratos por adesão. A característica principal destes contratos é a formulação unilateral e prévia do conteúdo, deixando à outra parte apenas a opção de contratar ou não². Este esquema de contratação trouxe uma série de problemas, entre eles

2 A imposição unilateral é característica dos contratos de adesão consumeristas, mas não necessariamente se faz presente nos contratos de adesão civis e comerciais, regidos pelos artigos 423 e 424 do Código Civil, como ocorre, por exemplo, quando locador e locatário utilizam instrumento contratual pré-elaborado vendido em papelaria. Não se adentra no estudo dos contratos de adesão firmados no âmbito civil, bem como no estudo da normatização dos mesmos, por não constituir o contrato de adesão objeto do presente estudo.

a própria exigência de uma alteração legal e principiológica na normatização contratual, de modo a abranger as chamadas “contratações de massa”, haja vista que uma das partes teve sua autonomia consideravelmente reduzida: o conteúdo e a pessoa com quem contratar, muitas vezes, não mais dependiam da escolha – vontade – do contratante, que se tornava subordinado ao que lhe era oferecido. Sobre esta redução da autonomia da vontade de uma das partes, Fabiana Barletta (2002, p. 97) ensina que:

A massificação das relações contratuais tem como consequência uma relevante queda no valor da vontade emitida contratualmente, pois, na maioria das vezes, os contratos são elaborados pelo empresário fornecedor do produto ou do serviço, utilizando-se de um modelo padronizado, comum para todos os pretensos aderentes, os quais também não gozam da possibilidade de discutir as cláusulas impostas. Em face disso, ou o aderente emite sua vontade, sensivelmente enfraquecida por todas essas circunstâncias, ou simplesmente não a emite, deixando, portanto, de usufruir de um produto ou de um serviço, muitas vezes, essencial para si.

Muito embora o surgimento do contrato por adesão não tenha substituído por completo o modelo contratual clássico, sua propagação e características impuseram a necessidade de sua regulamentação, bem como uma alteração no panorama principiológico contratual clássico.

Diante dessa nova forma de contratar, seria inviável a manutenção da autonomia da vontade e demais princípios relativos à liberdade contratual. O contrato de adesão, nas relações de consumo, confere total autonomia a uma das partes para contratar, restringindo a liberdade da outra a apenas aceitar ou não. Portanto, já não havia mais autonomia completa da vontade das partes na sociedade de massa.

Neste contexto, surgem movimentos de proteção aos trabalhadores,

aos aderentes e, de forma geral, aos menos favorecidos (LISBOA, 2010). Começa-se a perceber a insuficiência dos esquemas privados para resolver os choques de interesses entre os particulares. Com efeito, a igualdade formal não se traduzia em igualdade material, e a liberdade contratual, a autonomia da vontade, possibilitava a exploração da parte fraca, sobretudo no referente às contratações em massa, onde os contratos eram pré-elaborados unilateralmente. Esses desníveis eram claros e não podiam ser ignorados; caem por terra os princípios da igualdade e da justiça intrínseca do contrato, como ensina Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 10):

De outro lado, falso também é o princípio da igualdade de todos na prática dos contratos. Os contratantes, em grande número de vezes, e até na maioria das vezes, encontram-se em posições de notório desequilíbrio, seja moral, seja econômico, seja técnico, seja mesmo de compreensão e discernimento. Soa fictícia, portanto, a afirmação de que é sempre justo o contrato porque fruto da vontade livre das partes iguais juridicamente.

Não há, realmente, como ignorar os desníveis, não raro absais, entre patrões e empregados, locadores e inquilinos, estipulantes e aderentes, profissionais e leigos, aproveitadores e necessitados, fornecedores e consumidores. Não há como recusar, no plano jurídico e econômico, a existência do forte e do débil.

Como lembra Carlos Alberto Bittar (1980), esses choques de interesses e esses desníveis sociais trouxeram situações incômodas até mesmo para os governos, inclusive conflitos armados. Diante desta situação, o Estado passou a ter uma posição mais ativa perante as relações privadas. As constituições passaram a ter normas específicas sobre a ordem econômica e social; leis supletivas tornaram-se imperativas; surgem novos princípios direcionadores da atividade privada ao mesmo passo em que se quebra a

rigidez dos princípios clássicos, enfim, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 11): “A justiça contratual deixou de ser problema apenas da esfera dos próprios contratantes para tornar-se preocupação efetiva também do direito positivo”.

Várias alterações ocorreram a fim de corrigir as situações então presentes (BITTAR, 1980; ANDRADE, 1987), principalmente o contrato, por meio do intervencionismo estatal na defesa da parte vulnerável da relação contratual.

No Brasil, os princípios sociais contratuais, alguns consagrados nas cláusulas gerais do Código Civil de 2002, passam a direcionar a atividade do juiz. Tudo isto tendo em vista a busca da justiça, a proteção à parte mais vulnerável da relação. Os princípios contratuais clássicos continuaram e continuam existindo, mas são agora mitigados, relativizados, pelos princípios sociais; são relidos na perspectiva social do contrato, como ensina Darcy Bessone de Oliveira Andrade (1987, p. 43): “Cumprido, portanto, entender os princípios da liberdade e da igualdade em uma compreensão mais larga das necessidades sociais, certo que é na harmonia entre a autonomia individual e a solidariedade social que repousa o grande ideal da sociedade humana”.

Com o intervencionismo, a vontade deixa de ser a única legitimadora dos negócios, a qual passa a dividir espaço com a lei. Esta ditará novos valores e princípios diretores dos negócios privados, como ensina Cláudia Lima Marques (2005, p. 252):

Para atingir esse ambicioso fim, de equidade contratual e boa-fé nas relações, o Estado utilizará, então, o instrumento de que dispõe, o poder de regular a conduta dos homens através das leis, limitando assim a autonomia privada. É o intervencionismo do Estado na vida dos contratos [...] (grifos no original).

Portanto, o novo modelo de contrato caracteriza-se pela intervenção estatal, sem afastar por completo os princípios clássicos, mas conferindo-lhes novas acepções e limitações. Desloca-se a fonte legitimadora do contrato (da vontade para a lei). Essa regulamentação estatal traz novos princípios reguladores dos contratos e transforma em cogentes normas que até então eram apenas dispositivas.

Insta esclarecer que a intervenção estatal, assim como a incidência predominante dos princípios sociais, é significativamente maior nas relações de consumo, havendo uma importância maior dos princípios clássicos nas relações civis e comerciais, ambas regidas pela legislação civilista, em razão da unificação entre as obrigações civis e comerciais promovida pelo Código Civil de 2002.

Referida diferenciação encontra fundamento na hipossuficiência e vulnerabilidade de uma das partes – o consumidor – na relação consumérista, situação inexistente, a priori, nas relações civis. Essa vulnerabilidade, segundo Marcelo Junqueira Calixto (2006), pode se apresentar sob três aspectos: o técnico, o jurídico ou contábil e a fática ou socioeconômica, sendo presumida para todos os consumidores (LISBOA, 2007), e não se confunde com a hipossuficiência, relacionada ao aspecto econômico (SAAD, 1999).

Por outro lado, nas relações civis e comerciais, ausente essa presunção de vulnerabilidade de uma das partes, sobrelevam em importância os princípios clássicos do contrato, ainda que fértil o campo de aplicação dos princípios sociais.

4.1 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé nas relações contratuais não é recente. A ideia de fides remonta ao direito romano, onde era constantemente invocada em

vários setores, tais como nas relações de clientela, na proteção possessória e nos negócios contratuais. O qualificativo bona foi posteriormente acrescentado à ideia de fides. Foi a bona fides que permitiu o surgimento dos contratos consensuais, desvestidos de formalidades específicas (MARTINS-COSTA, 1999).

A principal função do princípio da boa-fé é trazer para o negócio jurídico a exigência de lealdade, de fidelidade ao pactuado. Pode ser analisada sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. Em seu aspecto subjetivo, exige a boa-fé, que os contratantes ajam conforme a sua consciência interna indica ser a atitude leal e fiel perante a outra parte. Assim, a boa-fé subjetiva está relacionada a um estado de consciência. Nas palavras de Judith Martins-Costa (1999, p. 411-2):

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) 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.).

Já a ideia de boa-fé objetiva está relacionada à exigência de condutas objetivamente impostas às partes, denominadas deveres anexos. Assim, não basta a crença de se estar agindo de boa-fé, é necessário que se aja conforme um padrão objetivamente determinado. Assim, “[...] o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.” (NEGREIROS, 2006, p. 227).

A boa-fé subjetiva sempre esteve presente no ordenamento brasileiro. O que causou uma grande reviravolta no cenário contratual foi o surgimento e a amplitude de aplicação da boa-fé objetiva, como cláusula geral, primeiro no artigo 4º, III e no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, posteriormente, no artigo 422 do Código Civil de 2002.

Conquanto a boa-fé objetiva tenha ganhado amplo destaque na doutrina e jurisprudência, a boa-fé subjetiva ainda possui grande importância no direito contratual. São exemplos de incidência da boa-fé subjetiva os artigos 309, 689 e 879 do atual Código Civil. Apesar dos casos específicos nos quais se contempla a boa-fé subjetiva, salienta Venosa (2009, p. 370) que em nenhum caso se pode desconsiderar a vertente subjetiva da boa-fé: “Em qualquer situação, porém, não deve ser desprezada a boa-fé subjetiva, dependendo seu exame sempre da sensibilidade do juiz”.

A doutrina costuma atribuir à boa-fé objetiva três funções: a função interpretativa, a função limitadora do exercício de direitos e a função integrativa, por meio da criação de deveres anexos (NEGREIROS, 2009).

O Código Civil 2002 explicitou estas três funções respectivamente nos artigos 113, 187 e 422.

Dispõe o artigo 113 que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esta norma impõe ao intérprete que atribua ao contrato o sentido de um contrato celebrado por partes de boa-fé. A boa-fé aqui presente é a boa-fé objetiva, ou seja, é conceito indeterminado a ser preenchido pelo aplicador diante do caso concreto. Disso resulta que o juiz não buscará simplesmente a vontade das partes contratantes, mas a vontade conforme a boa-fé, podendo esta não coincidir com aquela. Por isto se pode dizer que a boa-fé limita a autonomia da vontade. Sobre a função interpretativa da boa-fé, ensina Teresa

Negreiros (2006, p. 229):

O contrato há de ser interpretado sob o pressuposto de que foi celebrado por ambas as partes com boa-fé, o que significa definir como objetivo do programa contratual, a condicionar a interpretação do contrato, uma finalidade que seja lícita e legítima, ainda que não consistente com a intenção real de um dos contratantes.

A segunda função atribuída à boa-fé é a de limitar o exercício de direitos, conforme expõe o artigo 187 do Código Civil 2002: “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”. Esta norma possui a estrutura de cláusula geral e, como tal, abrange um número indeterminado de hipóteses. A norma somente será concretizada pelo juiz diante do caso específico. É diante do caso concreto que se poderá avaliar se houve ou não abuso de direito, se a cláusula contratual ou o ato é ou não abusivo.

A terceira e mais importante função da boa-fé é a integrativa do negócio jurídico. Essa função está consagrada no artigo 422 do Código Civil 2002: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Essa norma também possui a estrutura de uma cláusula geral, uma norma aberta e cujo consequente jurídico cabe ao juiz decidir. É a cláusula geral de boa-fé objetiva do artigo 422, a norma do Código que consagra mais expressamente e de forma direta o princípio da boa-fé. O CDC também estabelece uma cláusula geral de boa-fé objetiva no artigo 4º, III.

Além dos artigos 422, 113 e 187, também expressam o princípio da boa-fé, embora não de forma tão direta, diversas normas da lei civil. Pode-se

citar, por exemplo, o artigo 180, que expressa a proibição do venire contra factum proprium, ou seja, a proibição do comportamento contraditório. No direito das coisas, a boa-fé é elemento reducionista do tempo de aquisição da propriedade dos bens móveis (artigo 1060, Código Civil 2002). De forma geral, pode-se dizer que a boa-fé permeia todo o ordenamento jurídico privado, não se limitando aos negócios jurídicos.

Como cláusula geral³, o artigo 422 é norma desprovida de consequência jurídica predeterminada. Essa ausência, aliada à presença de um conceito indeterminado – boa-fé – atribui à norma ampla potencialidade. Com efeito, só se poderá aplicar uma consequência jurídica por desrespeito à boa-fé diante do caso concreto, conforme a necessidade do caso concreto.

Assim, a cláusula geral do artigo 422 não possui um sentido determinado e, conquanto pareça apenas um conselho às partes contratantes, tem enorme força potencial. Dois fatores são determinantes na concretização desta cláusula geral: a valoração do intérprete e as condições do caso concreto, consoante assevera Judith Martins-Costa (1999, p. 412): “Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso”.

Antônio Junqueira de Azevedo (2000) tece crítica à estrutura da cláusula geral da boa-fé objetiva, afirmando que tal norma deixa sobre sua cogência ou dispositividade.

3 Sobre o tema, conferir: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004 e DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**, v.6, n.1, p. 15-34. Porto Velho: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, jan/jun 2010.

A doutrina, reconhecendo a importância desta norma, tende a atribuir-lhe o caráter de cogente. Teresa Negreiros (2006), por exemplo, assenta o fundamento do princípio da boa-fé na cláusula geral de tutela da pessoa humana. É com este fundamento constitucional que a autora apresenta seu argumento: “A cogência da norma que impõe aos contratantes atuarem com boa-fé parece-nos, contudo, dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão” (NEGREIROS, 2006, p. 139).

Couto e Silva (1980, p. 62) atribui à boa-fé tamanha importância que reconhece seu valor ainda que não expressa normativamente:

No Direito brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das Obrigações. Observe-se contudo ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa.[...]

Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falta disposição legislativa expressa.

Neste mesmo sentido da cogência da norma do artigo 422 do diploma civil, estão os enunciados nº 24⁴ e 26⁵ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Toda a potencialidade da cláusula geral da boa-fé leva a uma invoca-

4 24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

5 26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

ção intensiva desta norma, ora para fundamentar pedidos que encontram amparo em outra norma específica, ora é utilizado como coringa do direito obrigacional (NEGREIROS, 2006).

Para evitar este uso desmesurado e descriterioso da boa-fé, é necessário o estudo e levantamento de critérios de aplicação. Estes critérios evitariam a invocação romântica do princípio e a conseqüente anulação de outros, como o da autonomia, que exercem também funções fundamentais no ordenamento. Após concluir sua crítica à superutilização da boa-fé, conclui Teresa Negreiros (2006 p. 253), também neste sentido:

Por isso, e mais do que nunca, a boa-fé objetiva carece de uma constante investigação doutrinária que aprimore a sua conformação dogmática e que a articule e integre aos demais princípios contratuais e constitucionais. Só assim serão passíveis de um controle jurídico racional as decisões que a boa-fé propicia ao abrigo do Código Civil de 2002 – controle sem o qual seremos condenados ao voluntarismo do intérprete e ao abuso judicial, tornando a boa-fé no seu oposto.

4.2 Função social do contrato

A Constituição Federal 1988 trouxe novos contornos ao Direito, inclusive ao direito civil. A função social integra a tríade dos chamados princípios sociais dos contratos, ao lado da boa-fé e do equilíbrio das prestações, atuando como expressão da solidariedade social no sistema privado. Paulo Luiz Netto Lôbo (2002, p. 190) atribui um sentido mais geral ao princípio da função social, enfocando a contraposição entre interesses sociais e individuais: “O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalecentes”.

Pablo Rentería (2006) discute os significados que se têm dado à função social e, por meio de uma releitura funcional do contrato, aproxima a ideia de função social à de causa do contrato. O autor critica a postura de se considerar internamente a função social como o equilíbrio entre as partes e, externamente, como a obediência a valores superiores da ordem jurídica.

Funcionalizar os contratos significa atribuir-lhes uma função útil, de forma que estes “te[nham] origem social e receb[am] aprovação social em razão das finalidades úteis que realizam” (RENTERÍA, 2006, p. 294). O papel do ordenamento seria, portanto, controlar a iniciativa privada, de forma a proteger somente aqueles contratos que se mostrassem úteis a concretizar fins sociais. Sintetiza o mesmo autor, a perspectiva de análise funcional do contrato da seguinte forma: “Na perspectiva funcional, os institutos jurídicos são sempre analisados como instrumentos para a consecução de finalidades consideradas úteis e justas” (RENTERÍA, 2006, p. 294).

Segundo o autor, a finalidade social atribuída ao contrato pela perspectiva funcionalista não indica que todo contrato deve, de alguma forma, beneficiar diretamente a terceiros, ou à coletividade. Indica que todo contrato, tutelado pelo ordenamento, deve possuir uma finalidade última social, ainda que diretamente só acoberte interesses privados:

Essa finalidade social é inerente a qualquer situação jurídica subjetiva, mesmo àquela que não exiba nenhuma relevância social, ou seja, que não tenha aparentemente nenhum impacto sobre interesses coletivos ou difusos. Assim, mesmo na relação contratual que contraponha tão simplesmente interesses individuais patrimoniais, há uma finalidade social inerente que informa a tutela deferida pelo ordenamento (RENTERÍA, 2006, p. 294-5).

Esta perspectiva funcionalista, segundo a qual o contrato visa a realizar

sempre fins sociais, possuindo uma função social, está em sintonia com a limitação à liberdade, na medida em que o ordenamento passa a tutelar somente contratos que concretizam a sua função e não qualquer contrato, fruto da vontade. A vontade deixa de ser a legitimadora única do contrato, dividindo espaço com outros parâmetros impostos pelo ordenamento. Com esse entendimento, o autor afasta o conceito objetivo de causa, segundo o qual a função do contrato seria econômico-social, para defini-la como “síntese dos efeitos essenciais de cada contrato” (RENTERÍA, 2006, p.303). Assim, os efeitos essenciais previstos para determinado contrato constituiriam a sua causa. A realização destes efeitos concretizaria a função social.

Discussões à parte, a função social, embora limite, não exclui a liberdade contratual e a participação da vontade na formação do contrato. Não há critério delimitador de aplicação destes princípios, embora a doutrina reconheça sua coexistência no ordenamento (LOBO, 2002). Portanto, a busca de critérios deve ser tarefa incessante da doutrina, não só com o objetivo de conferir maior segurança na aplicação dos princípios, como também para que os diversos princípios possam conviver harmonicamente.

4.3 Equilíbrio das prestações

A noção de equilíbrio contratual está fortemente ligada à noção de justiça. Não se fará aqui um aprofundamento sobre o que seja a justiça, questão já muito debatida pela filosofia e para a qual ainda não há um consenso (NEGREIROS, 2006). Apesar da relatividade do conceito, variável, inclusive, conforme o tempo e o espaço, em matéria contratual a justiça está relacionada à proporcionalidade de direitos e obrigações entre as partes. Esta proporcionalidade significa equilíbrio. Assim, a noção de justiça está intrinsecamente ligada à ideia de equilíbrio, como salienta Teresa Negreiros (2006, p. 168-9):

Com efeito, a noção de equilíbrio no contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário de distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade.

O princípio do equilíbrio das prestações encontra fundamento no art. 3º, III, da Constituição: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. O equilíbrio entre as prestações contratuais é uma das formas de se evitar o enriquecimento de uma das partes em detrimento do empobrecimento da outra.

No Código Civil não há uma cláusula geral de equilíbrio das prestações, como há para a boa-fé objetiva e para a função social. Apesar disso, há institutos jurídicos que refletem esta busca pelo justo contratual. Dois merecem destaque: a lesão e a resolução por onerosidade excessiva.

A lesão encontra-se disciplinada no artigo 157, §§ 1º e 2º do diploma civil, constituindo uma inovação do atual diploma, posto que ausente no Código Civil pretérito. Há lesão quando, na fase de formação do contrato, estabelecem-se prestações desproporcionais para as partes (NEGREIROS, 2006, p. 170). Além do elemento objetivo (a desproporcionalidade das prestações), também se exige um elemento subjetivo: a parte prejudicada deve ter celebrado o contrato sob premente necessidade ou inexperiência.

Já a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva encontra-se prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil. Neste caso, a desproporcio-

nalidade das prestações é posterior à formação do contrato, só surgindo na fase de execução. Neste caso não se exige um elemento subjetivo de uma das partes. Exige-se apenas a significativa desproporção aliada à imprevisibilidade do fato que a gerou. Neste caso, a desproporção não é averiguada tendo por fundamento o equilíbrio ideal das prestações, mas sim a desproporção das prestações tal qual pactuadas pelas partes (NEGREIROS, 2006).

Pode-se dizer que a desproporcionalidade superveniente à formação do contrato não é oriunda da má-fé de uma das partes, nem da necessidade ou inexperiência de outra, muito embora leve à necessidade de equalização para uma das partes.

Na sistemática do CDC, o princípio do equilíbrio das prestações atua de forma mais intensa, com o manifesto objetivo de proteger o consumidor. Nesse sentido, têm-se as normas protetivas dos artigos 4º, III; 6º, V; 51 caput §1º, II.

Diferentemente do Código Civil, o diploma consumerista dispensa qualquer condição subjetiva do consumidor para que seja configurada lesão. E quanto às circunstâncias objetivas, basta que, sendo relação de consumo, haja desproporcionalidade. Na verdade, o consumidor já é presumidamente vulnerável. Essa vulnerabilidade é inerente à condição de consumidor, não podendo, na sistemática do CDC, ser afastada nem mesmo por prova em contrário (LISBOA, 2007). A presunção de vulnerabilidade encontra-se inserta no art. 4º, I do CDC e se reflete por todo o sistema consumerista, como observa Marcelo Calixto (2006, p. 322): “Em síntese, pode-se dizer que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor encerra os princípios básicos que se espraiam e fundamentam todas as demais normas do mesmo diploma legislativo”.

Insta observar que o princípio do equilíbrio, no instituto da lesão, está

estritamente ligado ao princípio da boa-fé (BARLETTA, 2002). Com efeito, a desproporcionalidade que surge no momento de formação do contrato indica que uma das partes agiu de má-fé, a fim de se aproveitar de uma situação de inexperiência ou necessidade que a outra parte tinha de contratar.

Por fim, cabe ressaltar que o princípio do equilíbrio das prestações não impede a celebração de contratos civis desproporcionais, como é possível, por exemplo, nos contratos aleatórios, disciplinados pelos artigos 458 a 461 do Código Civil. Ademais, conforme ressalta Carlos Roberto Gonçalves, a equivalência das prestações pode não ocorrer no plano objetivo, econômico, mas no plano subjetivo, ou seja, no espírito dos contraentes, conforme os interesses e conveniências de cada um (GONÇALVES, 2012).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de se aventurar no estudo dos princípios, é necessário compreender a sua importância e potencialidade. Refletindo valores de ordens diversas (sociais, econômicas, políticas, culturais, entre outras), os princípios norteiam não apenas a formação das normas legais, mas também a própria interpretação dessas e integração do ordenamento.

É imperioso reconhecer a coexistência, entre outros, dos seis princípios no ordenamento civil. Mais que isso, é preciso reconhecer a necessidade de compatibilização dos princípios de ordem social e dos princípios de liberdade individual na seara contratual. Com efeito, muito embora os denominados princípios sociais tenham produzido significativas alterações no modelo contratual clássico, a autonomia da vontade – que hoje é frequentemente anunciada como autonomia privada, em razão dos novos

contornos traçados pelos princípios sociais – ainda é um dos principais pilares do negócio jurídico.

Sendo certa a coexistência, sem grau de hierarquia, impõe-se a compatibilização entre esses princípios. Nesse sentido, soluções como a ponderação e o próprio princípio da proporcionalidade, já aplicadas aos princípios constitucionais, são sempre bem vindas. Contudo, há quem, defendendo a construção de um parâmetro dentro do próprio direito civil, propõe uma alternativa, como o faz Teresa Negreiros (2006) ao propor o critério de classificação dos bens conforme a sua essencialidade, e a preponderância de um ou outro grupo de princípios conforme a essencialidade do bem objeto do contrato.

A compreensão do contexto histórico de surgimento e auge dos princípios auxilia não apenas no seu entendimento e potencialidade, mas também na compreensão dos valores que tutelam. Espera-se que esse pequeno estudo sirva de convite a uma reflexão sobre importância e potencialidade dos princípios contratuais, quando bem compreendidos e trabalhados.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano, v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do contrato: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual. Revista de informação legislativa, ano 17, nº 66, abr-jun/1980.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 30 jul. 2017.

_____, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 jul. 2017.

_____, Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm > Acesso em: 30 jul. 2017.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: COUTO E SILVA, Clóvis do; ALVES, José Carlos Moreira; CAETANO, Marcello; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Estudo de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, v.6, n.1, p. 15-34. Porto Velho: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, jan/jun 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, v.3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. Contratos. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 3 – contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor, nº 42, ano 11, p. 187-195. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. 3. rev. atual. por Regis Fichtner. 1.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Recebido em 31/07/2017 – Aprovado em 13/11/2017