

O CONTRATO COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE EM FACE DOS MÉTODOS DE CONTRATAÇÃO EM MASSA

João Paulo Capelotti*

RESUMO: O artigo discute a compatibilidade do conceito clássico de autonomia da vontade com o atual estágio do direito das obrigações, envolvido pelos métodos de contratação em massa. Discute-se, primeiramente, o conceito de vontade e os embates teóricos sobre a não-correspondência entre a vontade querida e a efetivamente manifestada. Faz-se, em seguida, um pequeno resgate histórico da manifestação de vontade, desde sua pouca importância no direito romano, passando por sua exacerbação na época das grandes codificações, até a relativização dos dias atuais, em face do número cada vez maior de normas imperativas. Finalmente, aborda-se o efeito dos contratos de adesão e das condutas sociais típicas sobre o conceito de manifestação de vontade, o qual, em nome da preservação da natureza contratual de grande parte das transações do dia a dia, restou mitigado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Manifestação de Vontade; Contratos de Adesão; Condutas Sociais Típicas; Normas Imperativas.

* Mestrando em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR; Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP; Ex-bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP, com o projeto intitulado “Exoneração de responsabilidade em contratos de adesão e condições contratuais gerais”, sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Saad Diniz. E-mail: joao.capelotti@gmail.com

THE CONTRACT AS EXPRESSION OF MANIFESTATION OF WILL REGARDING MASSIVE CONTRACT METHODS

ABSTRACT: This article discusses the compatibility of the classic concept of manifestation of will with the present stage of the obligation's law, involved by the massive contract methods. It is discussed, at first, the concept of will, and the theoretical arguments about the mismatch between the desiderd and the effectively declared will. A little historical approach of the manifestation of will follows, beginning on its small importance in roman law, passing by its exaggeration in the great codes era, until the current relativization, in face of the increasing number of imperative rules. Finally, the effect of the adhesion contracts and the typical social behaviors over the concept of manifestation of will, which ended up mitigated to preserve the contractual character of those mentioned forms, are commented.

KEYWORDS: Civil Law; Manifestation of Will; Adhesion Contracts; Typical Social Behavior; Imperative Rules.

INTRODUÇÃO

Os contratos são o instrumento de maior relevância criado pelos seres humanos para a satisfação de seus interesses em sociedade. O contrato foi sempre tido como a expressão por excelência da autonomia da vontade.

Compreendendo a autonomia (*autos* – próprio + *nomos* – lei) como transmissora da ideia de “dar-se alguém regras a si próprio”; “autorregramento”; “autorregulamentação dos próprios interesses”, sua vinculação à vontade demonstra o querer do indivíduo na con-

cretização desse processo. A autonomia da vontade traduz, portanto, “o poder de autodeterminação da pessoa, a esfera de liberdade de sua atuação, consubstanciada no poder de exercer direitos, de usar de faculdades, estabelecer relações jurídicas” (MIRANDA, 1986, p. 67).

A preocupação do direito com a vontade enquanto fenômeno psíquico de implicações cruciais no mundo jurídico fez com que se disciplinasse com cuidado a não-correspondência entre a vontade querida e a efetivamente manifestada, o que rendeu e ainda rende controvérsias.

Já houve tempos em que a vinculação entre as partes era resultado da correção de fórmulas e rituais. Um processo longo e gradual, porém, fez com que se emprestasse tal relevância à vontade das partes terem querido se vincular que a força obrigatória dos contratos ganhou matizes absolutos. Com isso, tornava-se impossível discutir qualquer elemento de fundo no contrato – o desequilíbrio das prestações, a desigualdade gritante entre as partes, a ilicitude do pactuado – sob a desculpa do respeito absoluto à vontade exteriorizada.

Ultimamente, o rigor do *pacta sunt servanda* tem sido bastante mitigado, em razão de preocupações do legislador com o conteúdo da relação contratual, e não meramente da correspondência entre a vontade interna e a exteriorizada, sua antiga preocupação principal.

Ao par desse caminho que a teoria do contrato tomou, o direito contratual depara-se hoje com outro problema: a grande relativização do conceito de manifestação de vontade exigida nos dias de hoje. Atingiu-se um ponto tal que questiona-se se os contratos – em grande maioria de adesão – ainda merecem essa designação. Ademais, é indiscutível que o conceito de manifestação de vontade é atualmente tão diverso e tão sutil que não cabe mais na moldura clássica em que foi concebido.

2 VONTADE E MODO DE EXPRESSÃO DA VONTADE

Coelho (2005, p. 304-306) propõe que a vontade é a “característica do ato passível de ser controlado racionalmente com vistas a realizar certo objetivo, selecionado entre duas ou mais alternativas. Há vontade sempre que há possibilidade de decisão. A consciência é o efetivo controle do ato”. Haveria, pois, vontades inconscientes, “como a que se expressa pela imprudência na condução do veículo. Os atos automáticos de direção podem ser controlados, e isso indica que são voluntários. Se serão ou não postos sob controle das áreas de consciência do cérebro do ser que age é questão diversa”.

Para Betti (1969, p. 109), a vontade, “como facto psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, que pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual”, e que vai ganhar relevo apenas “na medida em que se torne reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos”.

A vontade, portanto, existe como fenômeno psíquico, e é certo que precisa vir ao mundo de alguma forma. Quando o mecanismo de expressão da vontade corresponde exatamente à vontade em si, ao desejo, à intenção pretendida pela pessoa, não se vislumbram problemas de monta. Mas e se o que foi dito, gesticulado, escrito, demonstrado, não foi o querido? A resposta a esse questionamento movimentou grandes juristas e deu margem a significativas controvérsias.

Para Savigny (1900 apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 22), o cerne do negócio jurídico está no querer individual, “isto é, a vontade mesma do autor da declaração negocial. Esta, portanto, opera apenas como instrumento de revelação daquela. Por isso, quando há conflito entre a vontade e a declaração, é a vontade que haverá de prevalecer”. O pensamento dessa doutrina coaduna-se perfeitamente à compreensão do contrato como expressão máxima da autonomia da vontade – assim, todo ato afetado por vício de consentimento seria inválido, pois a vontade extravasada não seria livre e consciente. Tal posicionamento não foi imune às sérias críticas que lhe foram feitas, notadamente a respeito dos inconvenientes gerados ao tráfico

negocial, à segurança jurídica e à coletividade como um todo. Pois, contraposto ao interesse do declarante em preservar a pureza de sua vontade, há o interesse do meio social, “onde o negócio jurídico estabelece uma expectativa de que a declaração de vontade produzirá os efeitos programados, não podendo, razoavelmente, aceitar que, por motivos íntimos do declarante, se estabeleça o perigo da sua fuga da obrigação assumida” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 22-23).

A reação à chamada teoria da vontade real consubstanciou-se na denominada teoria da declaração, que preconizava a exteriorização da vontade, e não a vontade em si – o que seria não apenas um imperativo de segurança jurídica, mas também um reconhecimento de que a vontade subjetiva seria inacessível. Do mesmo jeito que um crime apenas cogitado não é punível, o direito trabalha com fatos – somente a declaração de vontade tem o condão de emanar efeitos jurídicos. Segundo Saleilles (1999 apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 23), “não haveria segurança alguma nas relações privadas se quem emite uma declaração não aceitasse ficar vinculado a quem ela se endereçou, dentro do sentido normal das expressões empregadas”. No entanto, se a teoria da vontade favorecia o declarante, a teoria da declaração protegia demasiadamente o destinatário da declaração, não só dando azo à má-fé de quem procurasse se prevalecer do erro alheio para obter benefícios, mas também se distanciando da própria raiz do negócio jurídico, que é a vontade (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 23-24).

É claro que entre as posições radicais surgiu uma terceira, intermediária, denominada teoria da responsabilidade. De acordo com Ferrara (1999 apud THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 24), não obstante a autonomia da vontade seja fundamento do negócio jurídico, “impõe-se admitir que, mesmo havendo divergência entre a vontade e a declaração, esta deve prevalecer, se o desacordo for provocado por culpa ou dolo do próprio declarante”. A questão estaria solucionada, portanto, da seguinte forma: havendo divergência entre vontade e declaração, prevalece aquela, salvo se, por exemplo, o

contratante cometeu erro por sua própria negligência ou dolo, ocasião em que terá de se sujeitar aos efeitos do negócio jurídico, para não prejudicar o terceiro que nele confiou (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 24). Em suma, as partes são responsáveis por aquilo que declaram – “na realização do negócio jurídico o declarante tem o dever de observar as cautelas com que age uma pessoa normal, nas circunstâncias em que a contratação tenha se verificado”. A culpa do agente o privaria, por conseguinte, do direito de anular o negócio em que se deu a defeituosa noção da realidade (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 51).

As críticas que se fizeram a essa doutrina objetaram que a consequência do ato ilícito culposo não é a criação de negócio jurídico, e sim a obrigação de indenizar, ao que se respondeu que esse é o resultado da proteção do ordenamento jurídico à vontade, por conta da expectativa legítima criada em terceiro. Ademais, continuam os partidários da teoria da responsabilidade, o cumprimento da declaração feita seria uma forma de reparação – a não anulação do negócio, seu cumprimento *in natura*, seria, pois, uma alternativa vantajosa à conversão em perdas e danos (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 25).

Finalmente, surgiu um quarto enfoque do problema, a chamada teoria da confiança: é necessário analisar a divergência entre vontade e declaração não apenas pelo ângulo de quem a emite, mas também de seu destinatário – “se este manteve sua expectativa de vinculação segundo a boa-fé, ou se de alguma forma concorreu com culpa no evento” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 25-26). Esboçada inicialmente no BGB, a teoria da confiança logo ganhou corpo em outras codificações, como a italiana, tendo em vista a dominante concepção moderna do direito privado nos moldes da boa-fé e do interesse social (THEODORO JÚNIOR, 2003).

De acordo com Theodoro Júnior (2003, p. 26-27), o Código Civil de 2002, na disciplina genérica dos vícios de consentimento, aparentemente adotou a teoria da vontade real, facultando a anulação dos negócios em que o consentimento não foi livre e conscientemente manifestado. “No campo do erro substancial, porém, onde o regime

era no Código anterior dominado (por exegese jurisprudencial) pela ‘teoria da responsabilidade’ (culpa do autor da declaração), evoluiu-se para a ‘teoria da confiança’”. Assim, “ainda que haja divórcio entre a vontade e a declaração, esta prevalecerá se o outro contratante (de boa-fé) não tinha condições de perceber o erro do declarante” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 27).

Em outras palavras, “vale para a disposição do Código brasileiro, portanto, a observação da doutrina italiana consolidada de que o antigo regime da *excusabilidade* foi substituído pelo da *reconhecibilidade*, de sorte que perdeu relevância a indagação sobre ser ou não escusável o erro cometido pelo declarante” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 55). De sorte que “o dever de evitar o locupletamento por decorrência do erro faz com que o destinatário da declaração de vontade deva ter mais atenção às condições pessoais do declarante. Pelo princípio da lealdade, terá de observar o nível de compreensão e discernimento, de experiência comercial do outro contratante, porque a partir desses detalhes será mais fácil perceber o erro quando praticado” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 56).

Segundo o autor citado, a teoria da confiança também foi prestigiada pelo novo Código nas hipóteses de dolo e coação de terceiros, que ensejam anulação do negócio apenas se a parte a quem eles aproveitam os conhecia ou tinha condições de conhecê-los.

Azevedo (1974), porém, entende estéril toda a discussão travada entre simpatizantes das teorias da declaração e da vontade e derivadas: segundo ele, não sendo a vontade elemento de existência do negócio jurídico, mas antes pressuposto dele, consubstanciado na declaração de vontade, não se trava embate algum entre vontade e declaração de vontade. Sabendo que a declaração de vontade é elemento de existência do negócio jurídico, existindo a declaração (e presentes os outros elementos de existência), o negócio existe. Questão que repercute em outro plano – o da validade – é se esta vontade é livre e isenta de vícios; é apenas já existindo que se verificará se o negócio é nulo ou anulável, de acordo com o grau de ofensa ao direito, sendo possível até que ele seja válido por decurso do pra-

zo estabelecido para que sua anulabilidade seja pleiteada. Conclui Azevedo (1974, p. 97):

Que haja, por desrespeito a um requisito, sanções mais ou menos rigorosas, não resta dúvida, mas o problema, aí, é somente de grau na sanção, não havendo nenhuma necessidade de opção prévia, como ambas as teorias impõem a quem aceita sua formulação inicial.

3 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

No direito romano, conhecia-se “apenas o contrato formal e a forma por excelência”. A mais difundida era a *stipulatio*, “que servia para tornar juridicamente válida (exequível) qualquer convenção lícita” (MIRANDA, 1986, p. 16). Havia nulidade se ausente a troca de determinadas palavras entre credor (*Spondesne?* [Promete?]) e devedor (*Spondeo!* [Prometo!]). Sem as formalidades exigidas, estabelecia-se um simples *pactum*, do qual não cabia nenhuma ação. Daí o brocardo *ex nudo pacto, actio non oritur* (de um pacto nu não se origina ação) (GILISSEN, 2001, p. 731-732). A *stipulatio*, assim, resultava vinculativa mais por força de sua forma cerimonial, de seu valor místico, do que pelos termos do contrato em si (GORLA, 1954, p. 29).

A aceitação de que apenas o consenso das partes bastaria para estabelecer o contrato foi resultado de uma lenta evolução, protagonizada pela Igreja Católica, pelos glosadores e pelos comerciantes.

A contribuição do direito canônico foi o relevo atribuído à palavra dada, equiparando-se a não execução de uma promessa feita sob juramento ao desrespeito a uma promessa solene feita a Deus. Com isso, glosadores como Bernardo de Parma passaram a defender que “do pacto nu surge uma acção... pois comete pecado mortal quem se afasta do pacto... Deus não faz diferença entre uma simples

declaração e um juramento” (GILISSEN, 2001, p. 743). Firmou-se, posteriormente, que *ex nudo pacto, actio oritur* – isto é, que uma ação pode nascer mesmo de um pacto nu, tornando inócua a antiga distinção do direito romano (GILISSEN, 2001, p. 735).

Concomitantemente, o direito costumeiro também flexibilizou e subverteu o direito romano. Surgiu no sul da França a chamada *convenance* (do latim *convenire*, estar de acordo), “em que a vontade basta para obrigar, sem gestos nem declarações formalistas’ (Ourliac)”; para Beumanoir, “os negócios ficam firmes logo que celebrados pelo acordo das partes”; uma compilação de costumes do interior da Bélgica do início do século XIV afirmava: “todo prometido é devido”; Loisel, traduzindo uma glosa medieval às *Institutas* (III, 14), arrematou: “ligam-se os bois pelos cornos e os homens pela palavra, tanto valendo uma simples promessa ou uma convenção como as *stipulationes* do direito romano” (GILISSEN, 2001, p. 736-737).

O chamado “consensualismo”, em oposição ao formalismo de outrora, foi enfim positivado no Código Civil francês de 1804 e, a partir daí, adotado pelas demais legislações civis. Resultado de um movimento pró-codificação surgido com a Revolução Francesa, o *Code Civil* traduzia perfeitamente o estado social e político de seu tempo, ao garantir a todos os indivíduos a liberdade de contratar. Erigido a eixo fundamental da liberdade, o contrato era o protótipo dos valores e dos princípios da nova sociedade em oposição à economia fechada e aos privilégios odiosos do *ancien régime*.

Concedeu-se, então, à vontade a função de comandante do intelecto. Atrelou-se liberdade intelectual e vontade livre, elegeu-se a regra *pacta sunt servanda* como princípio base de todo o direito natural, fixou-se o homem como senhor supremo de suas opiniões e atos.

A influência de Descartes é grande; ao ‘penso, logo existo’, os juristas substituirão ‘quero, logo tenho direitos’; ‘quero, logo obrigo-me’. É deste modo que Pufendorf insistirá: ‘Cada um deve respeitar

inviolavelmente a sua palavra, ou seja, aquilo a que se comprometeu por qualquer promessa ou convenção' (GILISSEN, 2001, p. 737-738).

A liberdade de contratar, com a conseqüente possibilidade de executar, mesmo que injusta ou socialmente perigosa, não escapava à concepção de que todo compromisso querido era justo. O *Code Civil* estampava: “As convenções legalmente formadas impõem-se como lei àqueles que as celebraram” – *voluntas facit legem*, a vontade faz lei.

No decorrer do século XX, tais concepções ultraindividualistas foram mitigadas. O foco da atenção do legislador desviou-se da perfeição da vontade manifestada, isto é, na exata correspondência entre o querido e o declarado, na tutela dos vícios de consentimento, para um enfoque mais conteudista, para preocupações com a justiça contratual, para o equilíbrio entre as prestações, para a criação do instituto da lesão, para a tutela da parte hipossuficiente.

Primeiro por imperativos constitucionais; depois, pela criação de leis especiais, dentre as quais se destaca o Código de Defesa do Consumidor; e, por fim, pela adoção de novas regras e princípios no Código Civil de 2002, o direito dos contratos no Brasil conheceu um grande influxo de normas de ordem pública no que antes era o terreno da absoluta liberdade das partes.

As normas de ordem pública podem ser conceituadas como “uma série de imposições cogentes, mas equitativas” (MARQUES, 2002, p. 39), que “procuram garantir a prevalência do interesse social sobre o interesse meramente privado, egoisticamente manifestado” (COSTA, 2005, p. 49).

Assim, por conta da obrigatória atenção a preceitos de ordem pública – a lei como fonte heterônoma (ROPPO, 1988, p. 341) – o contrato já não é mais necessariamente o reflexo puro e simples de qualquer vontade das partes, na medida em que o ordenamento tolhe ou acrescenta conteúdo à relação contratual.

Reconheceu-se que a liberdade de contratar e de não contratar

(isto é, de contratar se quiser) mostra-se atualmente relativa, pois “a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar, frequentemente, contratos de toda espécie, como o de transporte, de compra de alimentos, de aquisição de jornais, de fornecimento de bens e serviços públicos (energia elétrica, água, telefone etc)” (GONÇALVES, 2008, p. 22). Daí porque, especialmente no campo das relações de consumo e dos contratos de adesão, a limitação imposta à parte que predispõe as cláusulas é uma resposta às limitações da contraparte na hora de fechar o contrato, em vista, por exemplo, de sua necessidade do produto ou serviço oferecido.

3 OS MÉTODOS DE CONTRATAÇÃO EM MASSA E A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

Paralelamente à projeção de normas imperativas sobre o regime dos contratos, outro fator significativo contribui para questionar a concepção do contrato como terreno absoluto da manifestação de vontade: é a considerável mitigação que este conceito vem sofrendo.

Isso porque a esmagadora maioria dos contratos celebrados nos dias de hoje pode ser considerado de adesão, na medida em que a discussão a respeito das cláusulas contratuais é inexistente ou insignificante, pois elas já vêm completamente predispostas, restando à contraparte aderir ou não ao contrato em bloco. Com tamanha redução do poder de discussão, argumentou-se que, obra mais de uma das partes que de outra, o contrato de adesão não seria verdadeiramente um contrato.

Devem ser mencionadas também as chamadas “condutas sociais típicas”, que, ao lado dos contratos de adesão, contribuem para erigir questionamentos sobre o alcance da manifestação de vontade em sentido clássico nos dias atuais.

3.1 O PROBLEMA DOS CONTRATOS DE ADESÃO

Já houve certa polêmica doutrinária sobre o caráter do contrato de adesão – advogava-se que ele não seria um real acordo de vontades, mas um ato unilateral.

Os argumentos dos defensores da natureza não-contratual dos instrumentos de adesão se concentram em três pontos: a) a dificuldade de conhecimento das cláusulas no momento da adesão; b) a ausência de discussão prévia; c) a desigualdade dos contratantes. A eles se oferecem as seguintes contestações: a) nada impede que o interessado se intere previamente do contexto oferecido à sua adesão, ou se contente com o conhecimento dos elementos essenciais; b) a discussão prévia jamais foi exigida aos contratos por qualquer regra ou princípio de direito (“negócios sem *pourparles*”); c) os contratantes sempre são, em maior ou menor grau, desiguais, e, em geral, uma das partes acaba sempre tendo papel preponderante no resultado final do contrato (BESSONE, 1997, p. 59).

Em suma, embora o predisponente das cláusulas continue a deter um maior poder de barganha, considera-se que, ainda que pequena, há liberdade de contratar ou não. Verdadeiramente, é apenas com a adesão da contraparte que o contrato nasce, que deixa de ser um mero pedaço de papel (*Stückpapier*, na doutrina alemã) (MARCQUES, 2002, p. 62).

Ressalte-se, contudo, que, não obstante os argumentos listados acima justifiquem a natureza contratual dos contratos de adesão, eles não deixam de transparecer que se trata de uma categoria ímpar de contrato, à qual a lei atribui proteção especial, tendo em vista precisamente o potencial desconhecimento das cláusulas pela parte aderente, o fato de ela não poder influir em nada ou em quase nada do conteúdo pactuado, e sua manifesta desigualdade econômica.

Por outras palavras: conhecimento e discussão das cláusulas e igualdade material das partes não são nem nunca foram requisitos para caracterizar nenhum contrato, daí porque não podem ser impeditivos para caracterização de um contrato de adesão como um. Não se perquire, por outro lado, que o desconhecimento do conte-

údo pactuado, a ausência ou a insuficiência de discussões e o fosso econômico que por vezes separa as partes sejam fatores de extrema relevância, que repercutem decisivamente na proteção que a lei optou por conferir aos contratos de adesão, e, na verdade, acaba por justificá-la.

3.2 NOVAS CONCEPÇÕES DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

Hoje, ao lado dos contratos de formação clássica, “há inúmeros outros, sem dúvida a maior parte, pelo menos nos grandes centros urbanos, que apresentam na sua estrutura, subjetiva e objetiva, profunda dessemelhança em relação ao seu modelo original” (MIRANDA, 1986, p. 47).

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, temos presenciado profundas transformações nas concepções de vida e nos padrões de comportamento social, em decorrência, principalmente, do desenvolvimento tecnológico e da explosão demográfica. No mundo massificado em que hoje vivemos, as relações negociais perderam, em muito, o caráter individual, que antes tinham, passando a se estabelecer de um modo impessoal, muitas vezes, até, por intermédio de máquinas (MELLO, 2003, p. 188-189).

O contrato clássico amparava-se na liberdade de contratar, em seus diversos aspectos: “a de escolher a outra parte, a de negociar irrestritamente, em princípio, o seu conteúdo, a de modificar seu regime legal dispositivo, a de celebrar contratos atípicos e, principalmente, a liberdade de não contratar” – tendo como pressuposto “a igualdade formal, a igualdade de todos perante a lei, que permitia que se considerasse justo o que era contratual” (GOMES, 1983, p. 6).

Tal sistema é incompatível com a sociedade moderna e com a

economia de mercado no qual está plasmada. O “extraordinário incremento do volume das trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores dos seus produtos e os utentes dos seus serviços)” – gerando uma verdadeira sociedade de massas, e, conseqüentemente, consumo em massa – fez com que se tornasse imperativo “garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações”. Isso foi feito através da chamada “objetivação do contrato”, ou seja, de modo que “as transacções sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico” – algo marcadamente incompatível com “a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade” (ROPPO, 1988, p. 298). A objetivação do contrato implica, portanto, na redução de sua faceta subjetiva – ou seja, há uma tendência de “despersonalização dos contraentes” (GOMES, 2001, p. 7).

Dessa forma, não se concebem mais demoradas tratativas entre as partes, a não ser excepcionalmente. A concepção tradicional de contrato como obra de duas partes em posição de igualdade que discutem cláusula por cláusula ainda existe, mas em número mais limitado e geralmente nas relações entre particulares (MARQUES, 2002, p. 52).

As exigências geradas pelo novo tráfico mercantil fizeram com que “se abandonassem as técnicas negociais baseadas em oferta e contraoferta, para dar lugar a um mecanismo mais adequado, mais rápido, ágil e seguro” (MANDELBAUM, 1996, p. 126). Assim, com a massificação social, surgiu “uma população que para ser atendida precisava da simplificação e intensificação do ritmo dos negócios” (JUSEFOVICZ, 2003, p. 156).

São cada vez mais comuns as chamadas condutas sociais típicas, em que o mero comportamento da parte exprime seu desejo de vincular-se à outra, como é o caso da compra do bilhete de ônibus, que supõe um contrato de transporte entre o usuário, comprometido a pagar o preço, e a empresa, responsável por entregá-lo incólume

em seu destino final. Ou, ainda, das máquinas de refrigerante, que subentendem um contrato de compra e venda pelo simples depósito de dinheiro e o apertado de um botão. Nem há necessidade de verbalização da vontade: ela se presume dos gestos, dos atos, das condutas adotadas pelas partes, dentro de um determinado contexto.

Não é com pequeno esforço que se podem enquadrar todas essas modalidades contratuais no conceito clássico de negócio jurídico como manifestação de vontade. Então, “ou todas essas espécies de contratos não são negócios jurídicos, o que é um evidente absurdo, ou então o conceito de declaração de vontade, no sentido tradicional, não pode abarcar toda a realidade contratual dos nossos dias, impondo-se assim a sua reformulação” (MIRANDA, 1986, p. 61).

Imperativo, por conseguinte, o alargamento do conceito de manifestação de vontade.

Por exemplo, a exposição de produtos nas gôndolas de um supermercado é considerada oferta, manifestação de vontade, dirigida não a pessoas específicas, mas à coletividade. O fato de alguém apanhar uma mercadoria da prateleira, levá-la ao caixa e pagar por ela também é visto como manifestação de vontade em um contrato de compra e venda.

Em última análise, a liberdade de forma consagrada pelo Código Civil não diz necessário que se declare a vontade de vender e comprar, mas simplesmente que haja manifestações concludentes nesse sentido, ainda que não-verbais e puramente comportamentais (MELLO, 2003, p. 192). Ou seja: “a forma do acto obriga, em regra, o agente, segundo o seu objectivo significado social” (BETTI, 1969, p. 252). Por outras palavras: “se atribui, convencionalmente, o valor de declaração contratual a comportamentos sociais valorados de modo típico, por aquilo que eles socialmente exprimem, abstraindo-se das atitudes psíquicas concretas dos seus autores” (ROPPO, 1988, p. 302).

Quando alguém toma um ônibus, não está pensando em fazer um contrato de transporte, nem quando vai ao cinema tem o intuito de realizar um

contrato de exibição. Mas, quando se toma um ônibus ou se vai ao cinema, quer-se aquilo que se manifesta, com o intuito prático de ser transportado ou de assistir a um filme (MELLO, 2003, p. 142-143).

Isso não significa, contudo, que a vontade foi limada do ordenamento jurídico, e que o silêncio equivale ao consentimento. Por isso, “não se poderá inferir aceitação do silêncio não circunstanciado, do silêncio desacompanhado de atos que a pressuponham, ainda que a proposta venha complementada por cláusulas cominatórias, como, por exemplo, a de desconsiderar aceito o objeto remetido, se não devolvido dentro de certo prazo” (MONTEIRO, 2007, p. 21). Cartões de crédito, jornais, revistas, qualquer produto enviado ao consumidor sem sua solicitação é considerado amostra grátis, nos termos do art. 39, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Não lhe é exigível, pois, que pague e entenda-se obrigado caso se mantenha inerte. Permite-se apenas que, querendo a assinatura do periódico ou a utilização do cartão de crédito, pratique condutas que impliquem na sua aceitação – o pagamento do boleto ou o desbloqueio do cartão, por exemplo. Do contrário, “seu silêncio não pode ser interpretado como manifestação da vontade, já que nada o obriga a devolver jornal não encomendado. O proponente não pode impor a falta de resposta como aceitação de sua oferta” (MONTEIRO, 2007, p. 21).

Dessa forma, conquanto não se pode negar que houve uma significativa erosão do papel da vontade, também não é o caso de se afirmar que a própria autonomia da vontade encontra-se prejudicada. Todo esse processo constitui, em verdade, não uma restrição econômica aos operadores, mas uma transformação inevitável e necessária de adequação às exigências do mercado capitalista (ROPPO, 1988, p. 311). Não se tirou do contrato a posição de instrumento por excelência da iniciativa econômica. Até porque, de acordo com Santoro Passarelli (apud ROPPO, 1988, p. 365), “o contrato, nas suas inesgotadas e inesgotáveis possibilidades de adaptação, parece

eterno, como é eterna a necessidade de um entendimento entre os homens”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo olhar sobre a autonomia da vontade nas relações contratuais, aqui abordado, é apenas uma entre as notórias alterações pelas quais vem passando o direito das obrigações. Pode ser mencionada, como exemplo, a consolidada concepção da obrigação como processo, como produto da cooperação mútua das partes, no sentido de atenuar sua concepção oitocentista como vínculo de sujeição do devedor ao credor.

Trata-se, é claro, de acontecimento inevitável no direito: eis que, produto da sociedade, não pode – e não deve – ficar imune às mudanças sopradas pelo tempo. Já se provou equivocada a tentativa de “subordinar a vida aos conceitos e dobrar a realidade social a princípios deduzidos sobre a forma sistemática de imperativos lógicos, [...] na ilusão de que seriam inalteráveis” (GOMES, 2001, p. XI). Os conceitos, base fundamental da família romano-germânica, são de indiscutível valia para a ordenação do sistema; sofrem, contudo, permanente questionamento dos fatos sociais que não se enquadram na moldura da norma jurídica.

Tal foi o que ocorreu com a concepção clássica de contrato como tradução fiel da autonomia da vontade. Embora não deixe de conter uma estrutura básica verdadeira, essa afirmação merece ser bastante relativizada, notadamente pela marcante influência das normas imperativas no domínio antes exclusivo do arbítrio das partes, e pela própria relativização do conceito de manifestação de vontade, para abarcar a simples aderência a um contrato já pronto, e para tornar contratuais relações meramente comportamentais. Tem-se, daí, que, em lugar de uma manifestação de vontade idealmente tida como verbal ou escrita, mas sempre por meio do código da linguagem, entende-se cada vez mais a exteriorização da vontade por meio de

ações ou abstenções. E, em lugar da vontade como sujeito ativo da discussão do conteúdo pactuado, de modo a justificar a obrigatoriedade da avença, ganha espaço a vontade reduzida do aderente, na mera aceitação ou recusa de cláusulas em bloco, anteriormente preparadas – e, por conseguinte, o significativo número de normas protetoras dessa vontade com menos poder, como, por exemplo, a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do Código Civil).

A afirmação de que o contrato é expressão da autonomia da vontade, portanto, não pode mais ser tomada em contornos absolutos como outrora, apesar de ainda subsistir, no contrato, o germen da vontade do indivíduo direcionada às suas necessidades, ainda que permeado pela lei como fonte coadjuvante e por um reduzido poder de barganha, fatores que, inevitavelmente, devem mitigá-la.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo, SP: Resenha Tributária, 1974.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. rev. São Paulo, SP: Saraiva, 2005. v. 2.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005. p. 45-68.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Tradução

de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. atual. Notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2001.

_____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. v. III.

GORLA, Gino. **Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo i casistico: lineamenti generali**. Milano: Giuffrè, 1954.

JUSEFOVICZ, Eliseu. Padronização e cláusulas abusivas nos contratos civis e empresariais. **Seqüência**, Florianópolis, ano XXIV, n. 47, p. 153-185, dez. 2003.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo, SP: RT, 1996.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. 1986. Tese (Doutorado em direito civil) – Faculdade de Direito/Universidade de São Paulo.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 2ª parte. 35. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil: livro III: dos fatos jurídicos: do negócio jurídico (arts. 138-184)**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2003. v. III. Tomo I.

Recebido em: 28 Julho 2009

Aceito em: 27 Agosto 2010