

OS CONTRATOS NA PERSPECTIVA HUMANISTA DO DIREITO: O NASCIMENTO DE UMA NOVA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

*Érica Barbosa Joslin**

*Vladmir Oliveira da Silveira***

SUMÁRIO: *Introdução; 2. Formação histórica e pressupostos ideológicos dos contratos; 3. Conceito de Contrato; 3.1 Fundamentos da responsabilidade dos contratos; 3.2 Princípio da Autonomia da Vontade; 3.3 Princípio da Autonomia Privada; 4. Conceito Pós-Moderno de Contrato; 5. Nova Teoria Geral dos Contratos; 5.1 Princípio da Função Solidária do Contrato; 5.1.1 Aspectos da Eficácia Interna do Contrato; 5.1.2 Aspectos da Eficácia Externa do Contrato; 5.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva; 6. Conclusão; Referências.*

RESUMO: O artigo versa acerca dos contratos sob a perspectiva da evolução dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, especialmente no que tange ao chamado solidarismo contratual e o respectivo reconhecimento da necessidade de tutela do vulnerável nos chamados contratos contemporâneos, pelo dirigismo estatal – em nome do equilíbrio e harmonia da relação contratual, paradigma de uma nova teoria geral dos contratos – e pela proposta de uma releitura do *pacta sunt servanda*, em nome dos princípios da função social e solidária do contrato e da boa-fé objetiva.

PALAVRAS-CHAVES: Contratos; Direitos Humanos; Solidarismo Constitucional; Boa-fé Objetiva.

CONTRACTS IN THE HUMANIST RIGHT PERSPECTIVE: THE BIRTH OF A NEW GENERAL THEORY OF CONTRACTS

* Mestranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. E-mail: ericajoslin@hotmail.com

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP; Docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP; Vice-Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado da FADISP; Presidente do CONPEDI. E-mail: vanessa@aus.com.br

ABSTRACT: This article is written about the contracts studies through the evolution perspective of human rights in their first, second, and third dimensions, specially regarding the contractual solidarity and respective acknowledgement of the need for a vulnerable protection within the contemporary contracts, through the State regulatory system - for the equilibrium sake and harmony of the contractual relationship, a role model of a new general theory for the contracts - and for the proposal of re-interpretation of the *pacta sunt servanda*, for the sake of social welfare and good faith principles.

KEYWORDS: Contracts; Human Rights; Constitutional Solidarity; Good Faith Principle.

LOS CONTRATOS EN LA PERSPECTIVA HUMANISTA DEL DERECHO: EL NACIMIENTO DE UMA NUEVA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

RESUMEN: Ese estudio trata de los contratos desde la perspectiva de la evolución de los derechos humanos de primera, segunda y tercera dimensiones, especialmente en lo que se refiere al denominado solidarismo contractual y el respectivo reconocimiento de la necesidad de la tutela vulnerable en los contratos contemporáneos, por el dirigismo estatal – en nombre del equilibrio y armonía de la relación contractual, paradigma de una nueva teoría de los contratos – y por la propuesta de una relectura del *pacta sunt servanda*, por los principios de la función social y solidaria del contrato y de la buena fe objetiva.

PALABRAS-CLAVE: Contratos; Derechos Humanos; Solidarismo Constitucional; Buena-fe Objetiva.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa debater, assim como propor uma reflexão, acerca da influência dos direitos humanos nas relações contratuais, partindo da perspectiva clássica da força obrigatória dos contratos, corporificada pelo princípio do *pacta*

sunt servanda, evoluindo para o reconhecimento da necessidade da boa-fé na exteriorização da vontade que motiva a relação contratual.

Com tal espírito, este estudo parte historicamente das Revoluções Burguesas e do conseqüente fortalecimento do capitalismo liberal e do individualismo, até alcançar a perspectiva social e solidária dos contratos atuais e o reconhecimento de um novo modelo de contrato, firmado principalmente pela necessidade humana de consumo – o que levou à massificação das relações contratuais, bem como ao dirigismo estatal para tutela dos interesses da parte vulnerável da relação contratual especialmente difusa.

Nessa perspectiva, procuraremos desenvolver tanto o conceito de contrato tradicional e suas conseqüências jurídicas – especialmente no que tange aos vícios da vontade – quanto um novo conceito de contrato pela ótica do solidarismo constitucional. Pretende-se suscitar, assim, o debate de temas atuais relacionados aos contratos, tais como o contrato entre os princípios da autonomia da vontade e o da autonomia privada e o diálogo das fontes contratuais.

Por fim será abordada a chamada nova teoria geral dos contratos, no que tange à releitura do princípio da boa-fé, hoje definido como boa-fé objetiva. Também será examinado o princípio da função social e solidária dos contratos como limite da liberdade contratual.

2 FORMAÇÃO HISTÓRICA E PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DOS CONTRATOS

A reconhecida interdisciplinaridade dos estudos jurídicos com outras ciências humanas, especialmente a social, política e econômica, assim como o diálogo de tais estudos com a evolução histórica dos direitos humanos, trouxe nova perspectiva à dignidade da pessoa humana pelo processo da dinamogênese¹, conferindo ao contrato nova roupagem e valores. Foi por intermédio deste fenômeno, por exemplo, que se superou a idéia de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes independentemente da sua condição social, política e econômica.

Sob tal viés evolutivo destacamos primeiramente o conceito de contrato conforme ensinado na Escola de Pandectas, que adotava o modelo codificado segun-

¹ O processo de dinamogênese significa o nascimento, criação ou gênese dinâmica de direitos humanos por intermédio de fatos sociais canalizados por agentes ou atores sociais (protecionistas), que de tempos em tempos captam as necessidades da humanidade e passam a reivindicá-las como concretização/adensamento da dignidade humana. Nesse sentido já formalizamos os direitos de liberdade e de igualdade, e nos encontramos hoje na perspectiva da solidariedade. Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico**. 2006. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: PUC, 2006.

do o qual o contrato era uma categoria geral e abstrata que, segundo as regras da lógica formal, poderia ser reduzido à unidade no sistema conceitual. Note-se que o sistema se assemelhava a uma pirâmide cujo topo continha um conceito geral, ao qual se reduziam os níveis subseqüentes, como subtipos daquele conceito generalístico.²

Importante lembrar, como assevera Puchta³, que na escala da genealogia dos conceitos é tarefa do jurista estabelecer a conexão lógica entre eles, a qual formará a consciência sistemática pela percepção do sentido ascendente dos conceitos identificados por intermédio dos termos médios que integram sua formação. Inspirados nesse método de raciocínio identificamos na base da pirâmide o fato jurídico lato sensu, que seria qualquer ocorrência com alguma repercussão no Direito. Logo acima se encontra o ato jurídico, compreendido como todo fato jurídico decorrente da vontade humana. No topo, finalmente, ocorre o negócio jurídico – ou seja, o ato jurídico animado pela vontade e dirigido à composição de interesses como finalidade.

Na escala da genealogia dos conceitos, o conceito de contrato sobe a uma classificação intermediária – o negócio jurídico – e daí para o gênero conceitual fato jurídico, formando uma pirâmide.

Nessa visão, o contrato seria negócio jurídico bilateral ou plurilateral que, por conter as características do negócio jurídico, formaria um conceito derivado, englobando todos os atributos gerais do negócio e do fato jurídicos, além de outros elementos especializantes de sua subespécie.

Em que pese a importante contribuição dessa concepção de contrato, outras correntes de pensamento também influenciaram a formação do atual conceito, dentre as quais se destacam: (i) a dos canonistas e (ii) a da Escola do Direito Natural.

A corrente de pensamento canonista foi marcada pela substancial relevância atribuída ao consenso e à fé jurada na formação do contrato e obrigações dele decorrentes. Tal corrente representou um marco, pois foi a partir daí que se abriu caminho para os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.⁴ Sob tal perspectiva, para a formação da obrigação seria necessária e suficiente a declaração da vontade, desde que somada ao dever de veracidade da declaração, valorizando-se a palavra empenhada e reconhecendo-se sua respectiva aptidão

² Tal método de pensamento formal é chamado Jurisprudência dos Conceitos, o qual cedeu espaço à Jurisprudência dos Interesses, de Philipp Heck, que se abre às valorações sociais e aos objetivos do Direito.

³ Foi Puchta o principal representante da escola alemã do século XIX, que estruturou a ciência jurídica como sistema lógico na forma de uma pirâmide de conceitos. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁴ Segundo o princípio do consensualismo, basta o acordo de vontades para o aperfeiçoamento do contrato – contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que vigoraram em tempos primitivos. Em outras palavras, o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa.

para a criação de vínculo obrigacional e, conseqüentemente, a necessidade de seu cumprimento.

Nesse contexto, independente da forma do pacto, caberia ao direito assegurar a força obrigatória dos contratos como mecanismo jurídico de tutela dos valores envolvidos na relação contratual, uma vez aferidas a vontade livre e a fé jurada.

Por outro lado, para a Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, o fundamento do nascimento das obrigações encontra-se na livre vontade dos contratantes. A exemplo dos canonistas, portanto, a Escola do Direito Natural valorizava o consenso e o dever de veracidade, próprios do direito natural. O diferencial estava na forte carga individualista desta corrente, fruto da ideologia dominante à época, influenciada pelo regime capitalista de produção nos planos econômico, político e social – o que marcou fortemente o jusnaturalismo pelo individualismo, isto é, pela superestimação do papel do indivíduo.

Nesse sentido, com a acentuação do capitalismo, que tem sua base filosófica em Locke⁵, atribuiu-se maior importância ao individualismo como reflexo da Revolução Industrial, acarretando a concentração de riquezas nas mãos do poder econômico privado. O paradigma liberal prevaleceu até o final do século XIX, pois se acreditava que o indivíduo era hipersuficiente para cumprir e satisfazer todas as suas necessidades e que deveria ser deixado livre, portanto, para expressar e melhor desenvolver seu potencial. Valoriza-se a propriedade como meio de desenvolvimento privado – passando a mesma a ser considerada, a partir daí, um direito natural protegido inclusive das forças do Estado, como forma de evitar o abuso do poder político. Nesse período, o Estado tinha funções mínimas, cabendo-lhe apenas assegurar a ordem e o livre mercado.

De fato, o sistema capitalista funda-se nos direitos individuais: liberdades negativas de primeira dimensão. Por outro lado, reconhecendo-se um direito humano no capitalismo – designadamente, o direito de propriedade –, abre-se margem à interpretação do capitalismo na perspectiva humanista dos direitos em todas as suas dimensões. Isso porque o capitalismo deve acompanhar o desenvolvimento humanista dos direitos, assim como estar em harmonia com todo o sistema jurídico e sua evolução.

É nesse sentido que se fala atualmente em capitalismo humanista, conforme defende Ricardo Hasson Sayeg, Professor da PUC-SP, ao afirmar que “o espírito capitalista e o espírito de fraternidade são convergentes na medida em que não existe capitalismo sem que se reconheçam os direitos humanos”. Sayeg conclui destacando que “o que é certo é que os direitos humanos com todas as suas dimensões configuram um feixe indissociável, não cabendo se reconhecer uns e excluir outros”.⁶

⁵ Ver, nesse sentido, LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2001.

⁶ SAYEG, Ricardo Hasson. **Doutrina humanista de direito econômico**. Tese (Livre docência) - Pontifícia

Dentro desta perspectiva ensina Willis Santiago Guerra Filho:

Mais importante, é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos de geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos da geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual da propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se, igualmente, a função ambiental.⁷

A compatibilização do capitalismo com as necessidades humanas de segunda e de terceira dimensões – ou seja, o interesse social e solidário em equilíbrio com o direito de propriedade – deu origem ao reconhecimento legal dos direitos supra-individuais, como os direitos difusos e coletivos, e ainda ao reconhecimento do interesse social e solidário nos contratos individuais, especialmente quando se evidencia a vulnerabilidade de uma das partes, como o consumidor. Há, neste caso, interesse social e solidário na atribuição de força jurídica à parte mais fraca para que ela possa enfrentar com maior equilíbrio o poder econômico privado.

Não é por outro motivo que o direito positivo passou, gradativamente, a reconhecer os direitos naturais do homem – direitos fundamentais no âmbito interno e direitos humanos na seara internacional – como garantias de ordem pública cuja eficácia deve ser verificada tanto interna como externamente nas relações obrigacionais, designadamente nos contratos. Tanto faz tratar-se de contrato tradicional ou contemporâneo, como os contratos de adesão, onde a vontade é mitigada pela imposição de cláusulas-padrão, devendo a partir daí tais direitos conviver em harmonia, preservando-se com isso e a um só tempo as liberdades negativas, as liberdades positivas e os direitos de solidariedade humana.⁸

Nesse contexto, retomando-se o paradigma de liberdade versus solidariedade, é possível afirmar que a idéia liberal de igualdade formal entre todos e de livre mercado, sem a intervenção do Estado, para garantir o interesse comum da coletividade, viu-se ultrapassada pelo crescimento exponencial do poder econômico privado. Dentro da perspectiva massificada das relações contratuais e do acúmulo

Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: PUC, 2009. p.10

⁷GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo, SP: RCS, 2005. p. 46-47.

⁸O reclamo pela harmonização de tais direitos decorre da necessidade de convivência entre eles, pois uma nova dimensão de direito não exclui as anteriores, correspondendo apenas à evolução do reconhecimento jurídico dos direitos do homem.

de poder econômico das empresas, a liberdade contratual passou a representar um perigo ao indivíduo que se socorreu da lei e do Estado,⁹ o aprisionamento do ser humano na medida em que, sem a proteção do vulnerável, a necessidade de manter relações econômicas, adquirindo bens e serviços, acarreta a exploração do homem pelo homem e a conseqüente exclusão do mais fraco pelo mais forte.

Não é por outro motivo que o capitalismo humanista e suas idéias integracionistas de harmonização dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões – representados pelos direitos individuais negativos, direitos sociais positivos e direitos de solidariedade – ganham importância em tempos de globalização econômica e de mercado.

Observa-se que o contrato – na sua concepção clássica de acordo bilateral ou plurilateral de vontades livres e conscientes, capaz de gerar, extinguir ou modificar direitos e obrigações de conteúdo patrimonial – continua plenamente válido e aplicável no século XXI, desde que a relação jurídica obrigacional envolva partes jurídicas e materialmente iguais.

Por outro lado, quando se tratar de relação obrigacional entre partes em posição de desequilíbrio – ou seja, quando num pólo da relação estiver um vulnerável (dominado) e no outro pólo um dominante – em regra ocorre a figura do chamado contrato de massa, contrato padronizado ou contrato de adesão. Nele não há abertura para discussão das cláusulas, que são impostas pelo pólo dominante, limitando-se o vulnerável a assinar o contrato e aderir a seus termos.¹⁰

Nesse caso clama-se pela intervenção do Estado na relação jurídica – o que se definiu como dirigismo contratual –, a fim de conferir à parte mais fraca força jurídica para enfrentar o poder econômico privado, conforme acima analisado. Determinado a dirigir a economia, o Estado Social impôs o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de determinadas cláusulas e exigindo sua autorização para que o contrato se forme. Percebe-se, destarte, o capitalismo humanista como realidade em nosso tempo principalmente no ordenamento brasileiro, de vez que o papel do Estado diante de uma relação econômica desequilibrada é o de fornecer os elementos necessários à harmonia da relação contratual.

⁹ Nesse mesmo sentido, La Cordaire destaca que “na relação entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza e a lei liberta” (ROPPA, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 318). Do mesmo modo, Ricardo Hasson Sayeg conclui: “Justamente por isso, no começo do século passado, acompanhando a tendência mundial de todos os povos cultos de releitura do direito privado tradicional, principalmente a partir da Primeira Grande Guerra, uma vez que como diziam na Europa este servia ao poder econômico, juristas brasileiros atrelados à filosofia abolicionista que condenava a exploração do homem pelo homem indagavam ‘onde está o direito civil dos pobres?’ e, portanto, colocavam em xeque a livre iniciativa como um direito absoluto e imponível ao que quer que seja, em razão das idéias da justiça comutativa e o desejo de proteger a fraqueza” (SAYEG, Ricardo Hasson. **Aspectos contratuais da exclusividade no fornecimento de combustíveis**. São Paulo, SP: Edipro, 2002. p. 138).

¹⁰ Enunciado 171 CJP/STJ – “Art. 423: O contrato de adesão mencionado nos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

3 CONCEITO DE CONTRATO

O Código Civil brasileiro em vigor acertadamente não definiu o contrato, limitando-se a estabelecer as diretrizes para sua formação.¹¹ Andou bem o legislador, pois compete às partes contratantes delinear os contornos do contrato – o que exige certo grau de liberdade. Além disso, definir institutos e desenvolvê-los, como se sabe, é função da doutrina e não do legislador ou da jurisprudência. Uma definição fechada de contrato pela lei inviabilizaria tal liberdade e, conseqüentemente, a composição dos interesses particulares. Por tal razão entendemos mais eficiente o oferecimento de diretrizes legais para a formação do contrato do que o estabelecimento de uma definição legal.

Sob tal viés passaremos a estudar os contratos para chegar a seu conceito atual. Em primeiro lugar faz-se necessário compreender que a liberdade de contratar pressupõe a igualdade econômica e jurídica dos contratantes – o que garante ao contrato, nos moldes clássicos, maior significação às normas sobre o acordo de vontades. Portanto, a teoria geral dos contratos atribui especial atenção à vontade e aos vícios¹² capazes de anulá-la, limitando-se a proteção legal à reparação desses vícios, que contaminam os pressupostos de vontade livre e consciente, os quais lhe conferem validade.

Por outro lado, conforme ensinam Erik Jayme¹³ e Cláudia Lima Marques, a nova teoria geral dos contratos trouxe o chamado diálogo das fontes, imprescindível para a compreensão harmônica do sistema jurídico – o que implica a aproximação principiológica do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que concerne à repressão jurídica do abuso de direito.¹⁴

É justamente nesse sentido que se compreende os contratos de massa, também chamados contratos contemporâneos, com a preocupação de tutela dos aderentes

¹¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código. Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

¹² Os vícios da vontade no Código Civil de 1916 eram o erro, o dolo e a coação, sendo a simulação e a fraude contra credores tratados como vícios sociais. Já o Código Civil de 2002 trata os vícios do consentimento no Capítulo IV do Livro III, com a denominação “Defeitos do Negócios Jurídico”, incluindo nesta categoria o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores. A simulação foi regulada pelo novo Código Civil no campo na nulidade do negócio jurídico.

¹³ Consagrado jurista alemão, idealizador da Teoria do Diálogo das Fontes. Cf. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. **Recueil des Cours**, v. 251, 1995.

¹⁴Cf. MARQUES, C. L. (Org.). **A nova crise do contrato** – Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo, SP: RT, 2007.

mediante normas legais que proibam cláusulas abusivas, até mesmo porque a estes quase não se aplicam as regras sobre a declaração da vontade e os vícios do consentimento.

Feitas estas considerações preliminares, podemos dizer, em termos abrangentes, que contrato clássico é todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades – ou seja, é o acordo de vontades capaz de produzir efeitos obrigacionais de conteúdo patrimonial.

Segundo Orlando Gomes¹⁵, o termo convenção é adequado para designar um negócio jurídico mais genérico, que abarca não só os negócios bilaterais e plurilaterais destinados a criar obrigações, mas também a modificação ou extinção de obrigações preexistentes, enquanto contrato seria idôneo exclusivamente à criação de obrigações. Utiliza-se mais comumente o termo contrato, todavia, para designar todo acordo de vontade livre e consciente firmado entre duas ou mais pessoas e capaz de criar, extinguir ou modificar direitos de conteúdo patrimonial.

Cumprir destacar ainda que, pelo sistema do Código Civil, não é a forma escrita que cria o contrato, mas o consenso – ou seja, o encontro de duas declarações de vontades convergentes no sentido de criar vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial.¹⁶

3.1 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS CONTRATOS

Duas concepções antagônicas dividem os juristas no tocante ao fundamento da responsabilidade dos contratos: a subjetiva e a objetiva. Pela primeira, o conteúdo do contrato é composto pelos direitos e obrigações das partes; já pela concepção objetiva, o conteúdo do contrato é composto de preceitos, o que o torna fonte de normas jurídicas ao lado da lei e da sentença.

Kelsen¹⁷, ao analisar especificamente o contrato do ponto de vista da teoria pura do direito, observa que ao celebrar um contrato as partes não se limitariam a aplicar o direito abstrato que o rege, mas também criariam normas individuais que geram obrigações e direitos concretos não-existentes antes de sua celebração. Trata-se do *pacta sunt servada*, princípio pelo qual o contrato faz lei entre as partes.

Em sentido contrário, os opositores de tal teoria argumentam que, uma vez conceituada norma jurídica como regra geral e abstrata, torna-se evidente que as cláusulas de um contrato não são normas, pois sua aplicação se restringe às partes contratantes. Para Frederico de Castro, a idéia de que o contrato faz lei entre as

¹⁵ Contratos, p. 35.

¹⁶ A respeito da vontade como raiz do negócio jurídico, ver: CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.

¹⁷ KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**. Tradução de Eduardo Garcia. México: Colofón, 2002. passim.

partes está a serviço do capitalismo liberal, haja vista que racionaliza a dominação dos privilegiados pelo emprego de um instrumento jurídico de inspiração liberal, afastando princípios como a boa-fé e a condenação ao abuso de direito – isso porque objetiva tornar o contrato norma autônoma desligada das partes que o adotaram, como se verifica mais agressivamente no contrato de adesão.¹⁸

Não comungamos com tal pensamento, pois, como já estudado, o reconhecimento jurídico de novas dimensões do direito tende a superar as desigualdades verificadas nos contratos de adesão pelo dirigismo contratual – ou seja, pela atuação do Estado em favor do mais fraco. Além disso, não se pode esquecer que a autonomia da vontade encontra limites na ordem pública e nos bons costumes, conforme passaremos a estudar.

3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade como direito subjetivo de liberdade – ou seja, como direito do ser humano reconhecido no âmbito interno da vontade individual e que se expressa por um querer ou não-querer partilhado por todos, independente da posição que o sujeito ocupa na sociedade, de seu status político¹⁹ – teve sua origem no livre arbítrio pregado pelo cristianismo.

No campo do direito das obrigações, o princípio da autonomia da vontade representa a liberdade de contratar, por intermédio do qual as partes têm o poder de atribuir os efeitos pretendidos dentre aqueles reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

A valorização da autonomia da vontade, como elemento capaz de formar o negócio jurídico e vincular as partes, sofreu forte influência ideológica do Estado liberal, cuja característica maior consistia na preservação da liberdade individual, a mais ampla possível diante do Estado. Essa excessiva valorização do voluntarismo acabou por transformar o negócio jurídico num ato de autonomia privada, pelo qual a declaração da vontade constituiria o próprio negócio jurídico e seus respectivos efeitos, em nome da livre movimentação de riquezas na sociedade.

Todavia, o agravamento de problemas sociais revelou a necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas como solução para a crise da teoria contratual clássica, especialmente diante da industrialização e da massificação das relações contratuais, pós-Revolução Industrial.

Assim, a força obrigatória dos contratos, corolário da autonomia da vontade, passou a sofrer notável mitigação pela intervenção do Estado na economia e na

¹⁸ Op. Cit. El negocio jurídico, p. 32.

¹⁹ Opostamente, tinha-se no Direito Romano o status libertatis representado pela liberdade pública do agir político.

ordem jurídica, como decorrência do reconhecimento da necessidade de harmonizar os direitos humanos em todas as suas dimensões, conformando a liberdade dos indivíduos ao interesse público e coletivo, e depois com a solidariedade contratual.²⁰

É o que se percebe a partir do século XX, quando a tradicional concepção de autonomia da vontade não mais corresponde à realidade socioeconômica e se verifica a necessidade da imposição de limites à tal autonomia. Especialmente a partir da década de 1930 restam expostas as deficiências do sistema liberal, com graves crises sócio-econômicas e críticas políticas, econômicas e religiosas importantes.²¹ Assim, o indivíduo deixa de ser visto como agente ou sujeito formalmente igual e a harmonia natural de autoacomodação do mercado é substituída por políticas traçadas pelo Estado intervencionista ou regulador em nome da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Com a superação do sistema individualista, portanto, passou-se à valorização do interesse público em nome da justiça social, da dignidade da pessoa humana e também – ao contrário do que se possa imaginar – da efetiva vontade das partes contratantes pela tutela da confiança, da boa-fé objetiva e, em última análise, da funcionalização do contrato.

3.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Atualmente fala-se em princípio da autonomia privada em substituição ao princípio da autonomia da vontade, sob os seguintes argumentos: (i) a autonomia não é da vontade, mas da pessoa humana²²; e (ii) muitas vezes o conteúdo do contrato é imposto pela lei ou pelo Estado, o que mitiga a vontade. Não vislumbramos relevância na fundamentação do primeiro argumento, tendo em vista que a pessoa humana é o sujeito da relação jurídica obrigacional, que se forma por força das vontades convergentes para atender aos interesses particulares de cada uma das partes. Sendo assim, a relação é intersubjetiva e se forma pela vontade, que deve ser livre de vícios e pautada na boa-fé subjetiva – ou seja, a vontade deve corresponder ao verdadeiro desejo ou intenção das partes²³, além de pautar-se na boa-fé objetiva ou dever de boa conduta, conforme se verá adiante.

Por sua vez, o segundo argumento também não deve prosperar, pois, conforme

²⁰ O liberalismo puro prega a liberdade ampla, irrestrita e absoluta, pelo que a igualdade econômica e jurídica dos contratantes era pressuposta abstratamente.

²¹ Podemos citar como exemplo dessas críticas o Socialismo e a Encíclica *rerum novarum* – política social da Igreja Católica, cujo líder ou representante religioso à época era o Papa Leão XIII, ano de 1891.

²² Cf. AMARAL, Francisco. **Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro**. Conselho de Justiça Federal. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2002. [Série Cadernos do CEJ].

²³ A manifestação da vontade para ser válida deve corresponder à real intenção dos agentes, sob pena de nulidade.

verificamos, o dirigismo contratual corresponde a uma evolução do direito contratual, a fim de tutelar o interesse do vulnerável e garantir a harmonia da relação jurídica, conformando a liberdade de contratar à igualdade ou ao interesse social, e à solidariedade.

Na defesa da substituição terminológica, afirmam²⁴ ainda que prevalecem na prática os contratos de adesão, estando a vontade em crise. Ora, boa parte dos contratos contemporâneos é firmada em massa, o que particulariza esse tipo de contrato e invoca o diálogo das fontes para aproximar os princípios do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, a fim de harmonizar e equilibrar a relação contratual – o que não anula a existência dos contratos tradicionais, firmados por partes materialmente iguais. São exemplo os contratos internacionais de compra e venda, nos quais as cláusulas do contrato são via de regra cuidadosamente discutidas pelas partes – o que não exime esse tipo de contrato da obrigação de observar as normas cogentes, decorrentes da funcionalização dos contratos, como a boa-fé e a confiança.

Em suma, os contratos devem ser analisados sob a perspectiva da evolução dos direitos, em especial em face da solidariedade, que atualmente concretiza a dignidade da pessoa humana, e dos demais princípios de ordem pública. Isso não desnatura o contrato, mas traz um novo paradigma visando diferenciar-se os contratos firmados entre partes iguais e os firmados entre uma parte dominante e outra vulnerável, o que indubitavelmente deve chamar maior atenção do Estado a fim de que, por intermédio do dirigismo contratual, seja garantido o equilíbrio e a harmonia esperada de todos os contratos que, sem exceção, devem refletir não apenas a vontade, mas também os princípios anexos da conduta²⁵, assim como o atual estágio dos direitos humanos fundamentais.

4 CONCEITO PÓS-MODERNO DE CONTRATO

Conforme observamos, o conceito tradicional de contrato passou por longa evolução, partindo da jurisprudência, modificando-se pelo direito canônico e pelo jusnaturalismo, até chegar ao individualismo liberal, para o qual contrato era um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visava a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial.

Todavia, encontramos atualmente o conceito pós-moderno²⁶ de contrato – uma

²⁴ Na defesa da tese da “mitigação da vontade” temos: Fernando Noronha, Flávio Tartuce, Francisco Amaral e Renan Lotufo. Em sentido contrário: Cláudia Lima Marques, Erik Jayme, Frederico de Castro y Bravo, Nádia de Araújo e Orlando Gomes.

²⁵ Segundo Karl Larenz, os deveres anexos da conduta, como o dever de informar, o dever de cooperação, o dever de lealdade, transparência e confiança, são relacionados à boa-fé objetiva, inerentes a qualquer contrato, sem necessidade de previsão no instrumento.

²⁶ O termo pós-modernidade passou a ser utilizado correntemente para indicar o período posterior ao

relação intersubjetiva baseada no solidarismo constitucional e que produz efeitos patrimoniais e existenciais tanto em relação às partes contratantes como perante terceiros.²⁷

Da análise desse novo conceito de contrato depreende-se a nítida influência da evolução dos direitos humanos, principalmente dos direitos de terceira dimensão ou direitos da solidariedade, reconhecidos na Constituição Federal de 1988.²⁸

Firmada a influência do constitucionalismo solidário no Direito Civil, os Informativos 531 e 550 do STF prestigiaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, ao considerar ilegal, por exemplo, a prisão civil do depositário infiel – o que foi objeto de Súmula Vinculante no final de 2009.²⁹

Vale destacar que, com a Emenda Constitucional nº 45, os tratados sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico pátrio com força constitucional quando aprovados pelo Congresso Nacional pelo procedimento das Emendas Constitucionais.³⁰ Ainda que não aprovados por tal procedimento, tais tratados terão força supralegal devido à sua natureza humanitária e ao reconhecimento de sua respectiva força vinculante pela comunidade internacional. Isso os situa abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis ordinárias, não podendo ser revogados por tais leis, já que prevalecem sobre elas.

Ainda na perspectiva dos direitos de terceira dimensão, o Enunciado 23 do Conselho de Justiça Federal do Supremo Tribunal Federal prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana ao estabelecer que “a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Exemplificativamente, é nula de pleno direito a cláusula, não incomum, do compromisso de não engravidar inserida no contrato de trabalho de inúmeras executivas, por violar a dignidade da pessoa humana.

5 NOVA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

iluminismo, como condição sócio-cultural do capitalismo contemporâneo. Não faltam críticas à utilização do termo, seu significado e pertinência, especialmente no que tange à viabilidade de se falar em ruptura com os aspectos capitalistas da Revolução Industrial. Para o filósofo alemão Jürgen Habermas, por exemplo, o conceito de pós-modernidade é relacionado a tendências políticas e culturais neoconservadoras. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Modernidade e pós-modernidade**. São Paulo, SP: USP, 1980.

²⁷ Cf. NALIN, Paulo. **Do contrato conceito pós-moderno**: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

²⁸ Art. 3º, I da CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

²⁹ Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

³⁰ Aprovação por 3/5 em cada uma das Casas do Congresso Nacional - Câmara e Senado.

A chamada nova teoria geral dos contratos faz uma releitura dos princípios informadores dos contratos, com o intuito de estabelecer uma relação de aproximação principiológica entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990. É o que se denomina diálogo das fontes, uma vez que ambos os códigos são incorporadores de novos princípios sociais e solidários contratuais.³¹

Com efeito, são princípios da chamada nova teoria geral dos contratos (i) o princípio da função social e solidária do contrato e (ii) o princípio da boa-fé objetiva.

5.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DO CONTRATO

A função social e solidária do contrato é um princípio de ordem pública pelo qual o contrato deve necessariamente ser interpretado e visualizado de acordo com o contexto em que se insere, a fim de que seu conteúdo – além de expressar a vontade das partes – esteja conforme aos interesses supraindividuais constitucionais, em harmonia com o sistema jurídico como um todo.

Nesse sentido, vale recordar a esclarecedora definição de princípio desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que nos ajudará a perceber a função dos princípios no ordenamento jurídico:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³²

Considerando que a Constituição Federal de 1988 tratou a função social e a solidariedade como princípios, há que se reconhecer que, como disposição fundamental, tais princípios irradiam a todo o ordenamento jurídico, em suas diferentes normas – inclusas as normas e relação de direito privado, que devem estar em harmonia e conformes ao sistema jurídico vigente.

Neste viés, destacamos a disposição do parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil de 2002, segundo o qual “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para

³¹ Enunciado 167, CJF/STJ: “com o advento do Código de 2002 houve uma forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

³² Op. Cit.

assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Em termos práticos, são efeitos da função social e solidária do contrato a compatibilização de sua força obrigatória com princípios vinculantes, como sua eficácia perante terceiros, como tem entendido o STJ, por exemplo, no caso da vítima de acidente de trânsito, que pode ingressar diretamente com ação contra o proprietário do veículo ou ainda contra a seguradora do culpado, mesmo não havendo relação contratual de fato entre elas.³³ Entende-se, assim, que a função social e solidária do contrato tem eficácia tanto interna – ou seja, entre as partes – como externa, para além das partes.

5.1.1 Aspectos da Eficácia Interna do Contrato

Pode-se apontar a proteção dos vulneráveis contratuais como um dos aspectos da eficácia interna do contrato. Tal constatação se revela, sobretudo em dois artigos do atual Código Civil, ao tratar do estado de perigo e da lesão.

No que tange aos contratos de adesão, a lei determina que, quando nele constarem cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente.³⁴ Já no caso de cláusulas inseridas em contratos de adesão que impliquem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, tal cláusula é considerada nula de pleno direito. É exemplo o contrato de estacionamento com mensagem eximindo o estabelecimento de qualquer responsabilidade pelos objetos e pertences que se encontrarem no interior do veículo.³⁵

Também se destaca como aspecto da eficácia interna do contrato o princípio da dignidade da pessoa humana, que se irradia em decorrência da evolução dos direitos humanos, não se reconhecendo juridicamente, como vimos, a eficácia de cláusulas cujo conteúdo afronte os bons costumes e a ordem pública. Tem-se ainda, nesse contexto, a vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, que pode levar à anulação³⁶, à revisão³⁷ ou até à resolução do contrato.³⁸ O mesmo se aplica à nulidade de cláusulas anti-sociais e abusivas, como é o caso da cláusula de plano de saúde que limita o tempo de internação³⁹ ou proíbe tratamentos necessários.

Por fim, também representa um aspecto da eficácia interna do contrato o prin-

³³ REsp 444716/BA. Nesse julgado, a Ministra Fátima Nancy Andrihgi estabelece a relação entre a função social do contrato e o princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º, I da CF).

³⁴ Art. 423 do Código Civil.

³⁵ Súmula 130, STJ.

³⁶ Arts. 156 e 157 do Código Civil.

³⁷ Art. 317 do Código Civil.

³⁸ Art. 478 do Código Civil.

³⁹ Súmula 302 do STJ.

cípio da sua manutenção – ou seja, a extinção do contrato deve ser a última medida ou ultima ratio.

5.1.2 Aspectos da Eficácia Externa do Contrato

Dois são os aspectos da eficácia externa do contrato: (i) a proteção dos direitos difusos e coletivos em nome do princípio da solidariedade e (ii) a eficácia do contrato perante terceiros, que pela nova teoria geral dos contratos têm legitimidade para invocar o contrato sempre que reflexamente forem atingidos por seus termos.

5.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Trata-se da evolução do conceito de boa-fé do Direito Canônico, pelo que se exige – mais do que a correspondência dos termos do contrato à intenção do agente, que é de plano subjetivo – a boa conduta do contratante, que está no plano objetivo. Segundo Karl Larenz⁴⁰, a boa-fé objetiva está relacionada aos deveres anexos ou laterais da conduta, inerentes a qualquer contrato, sem necessidade de previsão no instrumento.

São apontados como anexos da conduta os deveres de cuidado, respeito, de informar, de colaborar, de lealdade, de transparência e de confiança. A observância desses deveres assegura o bom contrato e cumpre com o dever de boa conduta que se espera de toda pessoa, podendo implicar sua desobediência a anulação, a revisão ou mesmo a resolução do contrato.

Por derradeiro, importa destacar que o Enunciado 24 CJF/STJ prescreve que a quebra dos deveres anexos da conduta gera a violação positiva do contrato, nova modalidade de inadimplemento em que a responsabilidade é objetiva.

6 CONCLUSÃO

Ao longo deste ensaio procuramos analisar a evolução dos direitos humanos e seus reflexos nas relações jurídicas privadas, designadamente nos contratos.

Como vimos, reconhece-se atualmente a necessidade de compatibilizar a liberdade capitalista com as necessidades humanas de segunda e de terceira dimensões, bem como com outras que possam surgir, a fim de alcançar-se o verdadeiro equilíbrio dos contratos pelo reconhecimento legal dos direitos supra-individuais, como os direitos difusos e coletivos, especialmente quando se verifica no contrato a vulnerabilidade de uma das partes.

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Derecho das obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

A partir daí é possível afirmar que o solidarismo constitucional exerce expressiva influência na força obrigatória dos contratos, corolário da autonomia da vontade, e que passou a sofrer notável mitigação pela intervenção do Estado na economia sobretudo pela ordem jurídica. Tal intervenção decorreu de reconhecer-se a necessidade de harmonizar os direitos humanos em todas as suas dimensões, compatibilizando a liberdade individual com outros valores em nome do interesse público e difuso, mas principalmente em decorrência da realização da dignidade humana.

Daí nasce a nova teoria geral dos contratos, para afirmar o valor dos princípios de ordem pública e sua influência direta nos contratos, como é o caso do princípio da função social e solidária do contrato e da boa-fé objetiva, inclusive sob a nova perspectiva da conduta e seus deveres anexos, como o dever de lealdade, transparência e confiança. Estes deveres são inerentes a todos os contratos e sua inobservância acarreta inclusive a responsabilidade objetiva da parte.

Conclui-se, então, que este espírito e paradigma de solidariedade devem inspirar a leitura das relações jurídicas obrigacionais na interpretação dos contratos tradicionais, mas especialmente nos contratos contemporâneos em que uma das partes é vulnerável, impondo-se o dirigismo contratual como condição para preservar a harmonia e democracia da relação jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro**. Conselho de Justiça Federal. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2002. (Série Cadernos do CEJ).

_____. **Direito civil**: Introdução. Rio de Janeiro, RJ: Renovar: 2003.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais**: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2004.

GOMES, Orlando Gomes. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo, SP: RCS, 2005.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. **Recaueil des Cours**, v. 251, 1995.

KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**. Tradução de Eduardo Garcia. México: Colofón, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho das obligaciones**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. T. 1.

_____. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z**. São Paulo, SP: Manole, 2008.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado – Obrigações – arts. 233 a 420**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. (Org.) **A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo, SP: RT, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

SAYEG, Ricardo Hasson. **Doutrina humanista de direito econômico**. Tese (Livre-docência) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: PUC, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; JOSLIN, Érica Barbosa. O Protocolo de Olivos e a solução de controvérsias no Mercosul. **Revista Forense**, v. 392, p. 191-208, 2007.

_____; PORFIDA, Júlia Gabriela Ferreira. Núcleo Essencial de Direitos – um resgate à pluralidade cultural. **Revista Jurídica CESUMAR - Mestrado**, v. 2, p. 383-399, 2008.

_____. **O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico**. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, SP: PUC, 2006.

Recebido em: 28 Abril 2010

Aceito em: 07 Maio 2010