INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Fernando Ricardo Portes [1]

Resumo: A busca pela efetivação dos valores sempre foi perseguida pela sociedade como um todo. Sempre houve a necessidade de valoração dos atos praticados, sempre houve a necessidade de que essa valoração fosse realizada tendo por medida o consentimento comum. Com a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, em 2003, a teoria dos contratos mereceu uma nova leitura, agora sob à luz do Estado Social de Direito. Seus princípios requerem uma interpretação em acordo com a Constituição Federal, pugnando por uma releitura dos princípios contratuais face ao Estado Social de Direito.

Palavras-chave: Teoria constitucional. Direito Civil. Contratos.

Abstract: *The quest for realization of values has always been persecuted by society as a whole. Whenever there was a need for valuation of the acts charged, if there was a need for this valuation was performed by taking the measure common consent. With the entry into force of the Civil Code in 2003, the theory of contracts has a new reading, now in the light of the social state of law. Its principles require interpretation in accordance with the Constitution, call for a reassessment of contractual principles in relation to the Social Law.*

Keywords: *Constitutional theory. Civil Law. Contracts.*

1 Introdução

Para manter a sociedade ordenada, o homem sempre buscou a exaltação de valores para serem aplicados. Valores estes que desenvolvem-se diferentemente de acordo com a época em que os fatos ocorrem.

A busca pela efetivação dos valores sempre foi perseguida pela sociedade como um todo. Sempre houve a necessidade de valoração dos atos praticados, sempre houve a necessidade de que essa valoração fosse realizada tendo por medida o consentimento comum.

Assim queremos expor que a busca do jurista, do sociólogo, do doutrinador, do historiador, bem como dos demais segmentos da sociedade sempre foi a interpretação e aplicação dos valores que mantenham não só o indivíduo como centro dos interesses, mas sim a sociedade como tópico central da valoração.

Visto por este prisma, resta-nos desvendar quais valores se aplicam a cada passagem temporal da humanidade.

Devemos compreender que a busca pela efetivação dos valores transforma-se e evolui com o passar do tempo.

[1] *Advogado. Pós-graduado em Direito pela UNIGRAN.*

Transforma-se no sentido de que depende dos atos praticados pela sociedade para que os valores sejam criados e aplicados, ou seja, cada situação criadora pela qual a sociedade passa, reverter-se-á em atos praticados, que naturalmente interessará a uma determinada classe, e assim, criará valores a serem aplicados por uma ou outra classe.

Evolui no sentido de que sempre que uma classe visa a aplicação de valores que lhes interessam, surgindo assim um conflito com a outra classe não beneficiada, e pela discussão que surge dos interesses antagônicos, fatalmente surgirá uma valoração que beneficiará ambas, gerando uma evolução , ou ao menos uma junção de vontades que beneficiará o bem comum.

Isto é notado através da história.

E esta é a função do legislador, fazer com que os valores aplicados atinjam o bem comum.

Assim, desde os primórdios das codificações sempre se buscou o bem estar social de acordo com o pensamento e necessidades da época.

Pela aplicação do Estado Liberal, que será estudado a seguir, buscou-se a valoração do indivíduo, da liberdade pactual para que o cidadão fizesse valer seu direito de negociar o que fosse seu sem necessidade de acolher princípios ou valores que não lhe interessavam, visto que antes de tal valoração (Estado Liberal) tal direito lhes era tolhido pelos interesses (valores) da classe dominante.

Contudo, conforme já denotado acima, os valores encontrados e aplicados no Estado Liberal de Direito sofreram uma evolução ou ao menos uma relativização com a vigência da valoração surgida com o Estado Social de Direito.

Tal evolução nos trás novas perspectivas para a sociedade, e em particular, como não poderia de ser no caso do presente estudo, trás perspectivas novas para serem aplicadas nas relações obrigacionais e interpretadas nos contratos.

A evolução dos valores até o presente momento e sua aplicação às relações contratuais são mérito do presente estudo.

2. Contrato : origem, conceito e evolução histórica

2.1. Origem

O homem primitivo em sua busca por melhores condições de sobrevivência sempre procurou a vida em sociedade.

Como sabemos, mesmo vivendo em uma sociedade, embora precária, mas que não deixava de ser uma sociedade, ele desconhecia o direito de propriedade, razão que fez com que cada indivíduo ou cada grupo, para que conseguissem ocupar a quilo que pretendiam, se valessem do único direito que conheciam : o direito da força. Assim, originalmente o homem fez-se destoar dos outros de sua espécie pela força, astúcia e destreza, para se isolar ou se agrupar e assim manter o poder sobre os demais, sem se importar e sem atender à consciência e ao mínimo que se entendesse de justiça[2].

[2] *DAIBERT, Jéferson. Dos contratos em geral. p . 2.*

Um pouco mais adiante em sua evolução natural, quando o homem percebeu que o uso da força nem sempre era a melhor solução para se adquirir o que se pretendia, começou a fazer uso da troca de produtos[3].

Assim sendo, natural que da troca de produtos se tenha uma espécie ou princípio de contrato para a época.

Mas, impossível determinar-se precisamente a origem do contrato, como bem relatam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao escreverem sobre essa origem, pois que, na medida em que a ocorrência do mesmo confunde-se com a própria evolução moral da humanidade, a determinação de uma data ou de um período predefinido seria pura formulação de alquimia jurídica, sem validade científica[4].

Sabe-se, porém, que não foi em Roma, que embora seja a principal fonte histórica do direito ocidental, que se forjaram primeiramente os contratos[5], entretanto, foi em Roma que sua sistematização jurídica tornou-se mais nítida, pois foi lá que resplandeceu o direito, verificando-se que nem mesmo a doutrina consiga explicar qual o fato

[3] Nas palavras de Adaucto Fenandes : " As primeiras permutas , de objetos por objetos, frutas, animais utensílios e tudo o mais que o homem conseguiu realizar, remontam na história do direito, à épocas muito distantes . Na idade quaternária , quando começaram a ser ensaiadas a divisão do trabalho e a troca de serviços na vida das grutas, dos clãs ou das tribos, , o homem passou a modificar o poder de sua ação individual, que só se conformava naquilo que estivesse de acordo com as necessidades do grupo humano que surgia". RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 3 ed . p 7.Forense . 2004

[4] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil. Contratos. Tomo 1. v IV. P. 3.Saraiva. 2005.

[5] Relata Arnaldo Rizzardo citando Jefferson Daibert : "Os Hebreus conheciam o instituto do contrato antes da fundação de Roma. Na época do cativeiro de Nínive , Tobias deu emprestado a Gabelo, que residia na cidade de Roges, na Média, dez talentos de prata, e um quirógrafo foi redigido ficando em poder do credor.Quando Sólon pretendeu dar leis escritas aos atenienses, Anacharsis, da Scyntia, disse-lhe que era impossível reprimir, por leis escritas, a injustiça e cupidez dos homens, pois as leis serão para eles como teias de aranha: deterão os fracos e os pequenos ; os poderosos e os ricos romperão e passarão por meio delas. A isto respondeu Sólon que os homens guardam as convenções que fazem entre si – o que queria dizer que, já a esse tempo, os homens haviam verificado a conveniência de não deixar de cumprir a palavra empenhada, mesmo antes das lei escrita impor sanções para os transgressores das convenções.

No antigo Egito, conheciam-s formas rudimentares de contratos, uns disciplinando o casamento, exigindo a sua inscrição no registro público, para estabelecer a filiação;outros, relativos a translação da propriedade e que se complementavam em três atos equivalentes à venda, ao juramento e a tradição.Através do primeiro, denominado ato para o dinheiro, realizava-se acordo entre vendedor e comprador, sobre o objeto a ser vendido, com a sua designação; sobre o preço ou pagamento e a forma de completá-lo em determinado tempo; e sobre a declaração do vendedor de entregar em tempo prefixado o título de propriedade.Esta era a etapa mais importante. Quanto a juramento, tinha caráter essencialmente religioso, firmando-o a parte, perante o sacerdote e o comprador. O último consistia simplesmente na entrega da coisa, ou seja, na passagem da posse do objeto vendido ao domínio do comprador.

Na Grécia, onde predominavam as artes e as letras, o direito não teve grande resplendor.Mas conheciam-se, desde os primórdios das cidades-estados Esparta e Atenas, formas rudes de relações jurídicas, especialmente ligadas ao casamento e aos bens materiais, não raramente inspiradas em práticas rituais. O casamento se estabelecia em um contrato , proibindo-se a poligamia, mas em restrições legais ao concubinato.Quanto ao patrimônio, aplicavam-se penas pecuniárias e o confisco de bens, além de castigos físicos e decapitação, especialmente nas rescisões e inexecuções."(Contratos. p . 8. 3 ed. Forense. 2004.)

ou lei romana tornou o contrato um verdadeiro instituto,[6] entende-se que foi lá que se desenvolveu.

Assim sendo, esta é uma breve síntese do que fala a doutrina sobre a origem do instituto dos contratos, sendo que dá para se ter uma idéia de seu início, mas, face a finalidade e interesses desta monografia, não iremos nos aprofundar neste ponto.

2.2. Conceito : negócio jurídico e contrato

Conforme explicita Maria Helena Diniz, contrato resume-se a um negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral, que depende para sua formação do encontro de vontade das partes.[7]

Óbvio se demonstra que o conceito de contrato não se resume apenas a um encontro de vontade das partes, mas o conceito acima relatado serve para introdução ao tópico, sendo que antes de entramos nele, necessária se faz uma breve conceituação de negócio jurídico, fato jurídico e ato jurídico e sua correlação com o contrato.

Conforme ensina Darcy Bessone, fato jurídico é todo acontecimento, emanado do homem ou das coisas , que produza conseqüências de direito e compreende duas espécies: o fato jurídico (strictu sensu) e o ato jurídico, sendo que o fato jurídico, em sentido estrito é que produz efeitos jurídicos sem a intervenção de uma vontade intencional, e o ato jurídico é aquele que o homem realiza voluntariamente com o fim de produzir certos efeitos de direito, e o que separa os dois institutos é a vontade[8].

---

[6] Arnaldo Rizzardo relata: " Foi em Roma que mais resplandeceu o direito. A partir do século V antes de Cristo, iniciaram a fluir importantes leis, Como a Lex plaetoria , de 490 a.c, formando o jus civile e o opmumt jus civile romanorum, culminado com Lex duodecim Tabulorum, de 303 a.c, a qual representou a vitória dos tribunos da plebe contra os representantes do patriarcado.Foi justamente na Tábua VI que apareceu a origem da obrigação e do contrato, ao consignar a norma cum nexum facietmancipiunque uti língua nuncupassit ita jus esto.O vocábulo nexum esprime um elo, uma cadeia, significando também, contrato. O conceito de obrigação emana desta regra, induzindo a concluir que o credor podia dispor do corpo de seu devedor no caso de impontualidade ou de inadimplemento da obrigação.

Até chegar ao Corpus Júris Justiniano, que representa o momento supremo do direito romano, ficou bem consolidado o conceito de contrato, que o gênio jurídico dos romanos distinguiu em três formas: a convenção, o pacto e o contrato propriamente dito. Segundo ensinava Ulpiano, a convenção era um termo geral que abrangia o pacto e o contrato.(Contratos. p . 8. 3 ed. Forense. 2004.)

Por outro lado, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho escrevem: "Deve-se ao jurisconsulto GAIO o trabalho de sistematização das fontes das obrigações, desenvolvidas posteriormente nas Institutas de Justiniano, que seriam distribuídas em quatro categorias de causas eficientes: a) o contrato – compreendendo as convenções, as avenças firmadas entra duas partes; b) o quase-contrato – tratava-se de situações jurídicas assemelhadas aos contratos, atos humanos lícitos equiparáveis aos contratos, como a gestão de negócios; c)o delito – consiste no ilícito dolosamente cometido, causador de prejuízo para outrem; d) o quase-delito- consistente nos ilícitos em que a gente atuou culposamente, por meio de comportamento carregado de negligência, imprudência ou imperícia." GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Obrigações. v II. p 25. saraiva. 2002.

[7] DINIZ, Maria Helena.Curso de direito civil brasileiro.Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V 3. p 23.Saraiva.2002.

[8] BESSONE, Darcy.Do contrato. Teoria Geral. p 3. Forense: 1987.

Ainda, continua o mesmo autor, afirmando que o ato jurídico[9] que depende de uma declaração de vontade denomina-se negócio jurídico , mas que não é somente esse o entendimento[10].

Mesmo entendimento tem Maria Helena Diniz, que se refere a ato jurídico em sentido estrito[11], fato jurídico *strictu sensu*[12], totalmente em conformidade com o já exposto, mas que em relação ao negócio jurídico[13] se apega à teoria perceptiva.

Mas, irrelevante se torna para este estudo a qual das teorias se apegam os doutrinadores; importante sim, é deixar claro que o contrato se inclui na categoria dos negócios jurídicos[14], como bem relata Arnaldo Rizzardo[15].

Assim sendo, já sabendo que o contrato trata-se de um negócio jurídico, passaremos ao estudo de seu atual conceito.

Conceituar um instituto de direito não é das mais fáceis tarefas para o jurista, pois basta que o mesmo esqueça de por uma simples variável para que o conceito corra o risco de se tornar incompleto, ou, basta que não acompanhe a evolução jurídica ou social do instituto para que o conceito corra o risco de tornar-se defasado ou até mesmo corra o risco de o jurista ao se contentar com o seu ideal, cair em desgraça de achar que sua percepção está completa e assim tornar-se um mártir de si mesmo por achar que criou algo que não precisa de complementos.

---

[9] Ob. Cit. p. 8

[10] Relata o citado autor: "Em suma: na concepção clássica, vinda dos pandectistas por negócio jurídico entende-se a declaração de vontade, enquanto na teoria preceptiva pretende-se que a figura se caracteriza através da auto regulamentação dos próprios interesses.

Percebe-se que o conceito moderno restringe mais o campo do negócio jurídico, convertendo-se em uma espécie de declaração de vontade". Ob cit p 5

[11] A doutrinadora relata: "Ato jurídico em sentido estrito é o que gera conseqüências jurídicas previstas em lei e não pelas partes interessadas, não havendo regulamentação da autonomia privada. Segundo Orlando Gomes, classifica-se em: a) ato material , se consistir numa atuação de vontade, que lhe da a existência imediata, porque não se destina ao conhecimento de determinada pessoa, não tendo, portanto, dstinatário, Trata-se de ato a que a ordem jurídica confere efeitos inevitáveis,de maneira que tais conseqüências jurídicas estão adstritas tão somente ao resultado da atuação, produzindo-se independentemente da consciência que o agente tenha de que seu comportamento o suscita , por exemplo, ocupação, derrelição, fixação, fixação de domicílio, comistão, confusão, adjunção, especificação, acessão, etc; b) participação, se consistir em declaração para a ciência ou comunicação de intenção ou de fato, tendo por escopo produzir in mente alterus um evento psíquico.Tem, necessariamente, destinatário, pois o sujeito pratica o ato para dar conhecimento a outrem de que tem certo propósito ou que ocorreu determinado fato, por exemplo, intimação, notificação, oposição, aviso, confissão, denúncia, convite, etc." DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. v1.p 321. Saraiva, 1998

[12] A autora escreve : ato jurídico estrictu sensu acontecimento que não depende da vontade humana para produzir efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos.". DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. V2.p 521. Saraiva, 1998.

[13] Entendimento da autora: " negócio jurídico é o poder de auto-regulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno. Ë uma norma concreta estabelecida pelas partes. DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. V3.p 339. Saraiva, 1998

BESSONE, Darcy.Do contrato. Teoria Geral. p 6. Forense: 1987.

[15] Comenta o autor : "Dir-se-á que o negócio jurídico é um ato jurídico, mas dirigido a um fim determinado, previamente, pela vontade dos contratantes. O ato jurídico em si não visa uma declaração de vontade programada, com efeito jurídicos determinados, mas efeitos jurídicos de mofo geral, e restrito na órbita pessoal do indivíduo. Evidentemente, o contrato é enquadrado na categoria de negócios jurídicos.

Por isso, discorreremos sobre os vários conceitos que a doutrina ao longo do tempo reservou para os contratos.

Segundo Arnaldo Rizardo, citando Manuel Inácio de Carvalho Mendonça, no contrato depreende-se a necessidade da convergência de duas ou mais vontades para conseguir um mesmo fim ou resultado determinado, ou seja, há um acordo de vontades para produzir efeitos jurídicos, não se tratando necessariamente de coincidências de vontades, mas de reunião delas.[16]

Entendimento parecido tem Álvaro Villaça Azevedo quando se refere que o conceito de contrato é a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial.[17]

Paulo Nader em seu conceito escreve que na acepção atual de contrato o mesmo significa acordo de vontades que visa a produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial, por ele cria-se, modifica-se,ou extingue-se a relação de fundo econômico.[18]

Enzo Roppo escreve que para se conhecer o verdadeiro conceito de contrato é necessário que se atenha a atenção para a realidade econômico-social que ele representa. Assim, falar em contrato significa sempre remir para a idéia de operação econômica[19].

Uma característica primordial no conceito de contrato, bem frisado por Álvaro Villaça de Azevedo, Paulo Nader e Enzo Ropoo, o qual muitos doutrinadores deixam de dar importância, é quanto ao caráter econômico do contrato.

Entende-se que os conceitos desenvolvidos pelos três doutrinadores acima citados são mais completos que os citados anteriormente, pois frisam a "qualidade econômica" que gira em torno da realização dos contratos, sendo que só a vontade das partes, o acordo bilateral e plurilateral, não servem para conceituar contrato, mas somente quando a convergência de idéias resultar em uma obrigação que direta ou indiretamente remeta para o plano de aquisição ou que tenha algum sentido econômico é que se poderá falar efetivamente de contrato[20].

O atual código adotou a expressão "negócio jurídico", substituindo, praticamente, o nomen ato jurídico que vinha n regime do código de 1916, mais, no entanto, no campo das obrigações, que envolve os contrato." (Contratos. p . 4. 3 ed. Forense. 2004.)

[16] RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 3 ed . p 6.Forense . 2004

[17] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos.Curso de Direito Civil. p 20.SP: Atlas, 2002

[18] NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Contratos. p 11.

[19] ROPPO, Enzo. O Contrato. P 9. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

[20] Enzo Roppo define: " As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de operação econômica.De facto, falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente , directa ou indirectamente- para a idéia de operação econômica.

Como demonstração, basta refletir sobre um certo uso da linguagem comum. No âmbito desta, a palavra contrato é, as mais das vezes, empregue para designar a operação econômica tout court, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o negócio em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda mediação formada pelo direito ou pela ciência jurídica. É o que acontece, por exemplo, quando se usam expressões correntes do gênero: concluí um contrato muito vantajoso, que me permitirá ganhar alguns milhões, ou então, com o contrato Fiat-Citroen esperava-se acelerar o processo de integração e concentração monopolista a nível europeu. No sector de produção de automóvel. O contexto em que proposições similares são formuladas é, evidentemente, de molde a atribuir a palavra contrato um significado que prescinde de qualquer qualificação jurídica pontual, colocando-se, ao invéws, no plano da fenomenologia econômico-social- como sinônimo, justamente, de operação econômica." (ROPPO, Enzo. O Contrato. P 9. Coimbra: Livraria Almedina, 1988).

No entanto, estes conceitos já descritos não se coadunam com a contemporaneidade do instituto contratual, tanto por não explicitarem os princípios aplicados aos contratos, tanto por não se referirem a sua função social e à boa-fé, que antes de princípios são regras explicitadas no novo código civil.

Por isso, o conceito mais detalhado, por não dizer adequado, de contrato nos é dado por Pablo Stolza Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, quando dizem que contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, auto-disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades[21].

Com isto, vemos que o conceito de um instituto jurídico, antes de tudo, deve sempre acompanhar as mudanças sociais, filosóficas e legais. Diferente não poderia ser o conceito de contrato, que deve sempre conter seus elementos (manifestação de vontade, objeto lícito, agente capaz e forma prescrita ou não defesa em lei), sua qualidade econômica (como já abordado, não se pode falar em contrato sem haver uma peculiaridade econômica), e isto tudo aplicado aos princípio e regras contratuais, incluindo principalmente a função social e a boa-fé, que serão relatados posteriormente neste estudo.

2.3. Evolução histórica dos contratos: do Estado Liberal para o Estado Social de Direito

Como já relatado anteriormente, não se pode explicitar ao certo o surgimento do contrato, somente sabe-se que foi no direito romano que o instituto melhor se desenvolveu através da promulgação de regras.

O direito romano distinguia contrato de convenção, onde esta representava o gênero, do qual o contrato e o pacto eram espécies[22].

Porém, atualmente as expressões podem ser entendidas como sinônimos.

O que se tem que levar em consideração é que desde as *obrigações* do direito Romano até pouco tempo atrás, o que prevalecia era o princípio da autonomia da vontade, onde dentro dos aspectos legais se reservava ao pactuado o valor de norma independente de seu conteúdo e impossibilitada sua revisão pela liberdade de pactuar realizada entre as partes.

Tal autonomia de vontade e valor legal do pactuado se fortaleceram na Revolução Francesa. Por sua vez a Revolução Industrial Inglesa iniciou a massificação contratual, que para poder ser compreendida nos remete a um singelo estudo do período citado.

A Europa no Século XVII passava por transformações tanto políticas quanto econômicas, que tiveram início ou ao menos um maior reconhecimento na Inglaterra,

[21] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Obrigações. v IV. p 12. saraiva. 2005.

[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro.Contratos e atos unilaterais. V III.Saraiva.2004

com a Revolução Industrial, que para alguns doutrinadores foi o início ou fortalecimento do capitalismo

A revolução Industrial começou por assim dizer com a proto-industrialização[23].

A agricultura na Europa no século XVI teve uma expansão tanto econômica como demográfica, havendo assim uma procura por produtos, que primeiramente foi suprida pela proto-industrialização, mas que, consequentemente, deixou de ser uma produção caseira e se transformou em uma produção industrial com sede nas cidades. Assim, houve um conseqüente abandono do setor agrícola e conseqüente aumento da população urbana.[24]

Este, no entender do autor acima citado foi o início do êxodo rural.

Com a circulação de riquezas ocorrendo de forma conjunta com o progresso industrial, deu-se o início do capitalismo.[25]

Assim, relata Fernando Noronha que das profundas transformações ligadas a Revolução Industrial merecem destaques as seguintes repercussões jurídicas ligadas à urbanização e à concentração capitalista: a urbanização é conseqüência do crescimento exponencial da população, da migração do campo para as cidades, das melhores condições de vida que o desenvolvimento econômico propicia; a progressiva concentração capitalista é essencialmente conseqüência da concorrência econômica.[26]

Porém, com o aumento da população urbana, deu-se início a chamada massificação da sociedade[27], que tem seu resultado explícito nos dias atuais.

Assim sendo, com a massificação da sociedade, lógico seria a massificação das obrigações e conseqüente massificação dos contratos, que é uma conseqüência do próprio capitalismo, pela sua progressiva concentração industrial e comercial.

Este é o desenvolvimento que a Revolução Industrial trouxe para nós, onde com a evolução da massificação da sociedade, resultou na massificação contratual que se desenvolveu na era pós-Segunda Guerra Mundial[28], quando ainda prevalecia como norte da obrigação contratual o princípio da autonomia de vontade, que tinha o valor de regra imutável entre as partes.

---

[23] Segundo Angel Garcia Sanz, a proto-indutrialização foi a fase em que os artesãos que futuramente iriam trabalhar nas fábricas começaram seu aperfeiçoamento em oficinas artesanais para depois partirem para as cidades já como mão de obra especializada.

[24] SANZ, Angel Garcia p137-2000

[25] Ob.cit.p

[26] Noronha,p 70.

[27] Fernando Noronha relata: "A grande resultante de tais fenômenos foi a massificação da sociedade. Realmente se existe uma palavra que possa sintetizar tudo o que aconteceu, e ainda esclarecer o sentido das tão profundas transformações havidas, tanto políticas como jurídicas, inclusive no âmbito que aqui interessa, que são os contratos, tal palavra é massificação : massificação nas cidades, transformadas em gigantescas colméias; nas fábricas com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos , por atos de membro não identificado (o que é verdadeiro caso de responsabilidade coletiva); no processo civil, com as ações coletivas, visando tutela de interesses difusos e coletivos (cf, Lei n 7,347/85, art. 1 , e CDC arts. 81,91 e 103); nas relações de consumo, finalmente, com os contratos padronizados e de adesão e até com as convenções coletivas de consumo, previstas no CDC, art.107." (NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 71. Saraiva: 1994.

[28] Ob. Cit. p 73.

Com relação à Revolução Francesa, houve também uma evolução social que resultaria em um desenvolvimento aplicado aos contratos, que somente em nossa época contemporânea seria mudado.

Para isso teremos que explicar em breve síntese o ocorrido, mas não trataremos das bases filosóficas que prevaleciam na época, mas somente a questão econômica social que alicerçou a revolução.[29]

Relata Flávia Lages de Castro[30] que na véspera da Revolução Francesa, (séc. XVIII), o país ainda era agrário, com 85% da população rural, mas que mesmo assim o capitalismo já estava presente.

Ainda descreve a mesma autora:

> "A sociedade era dividida em três estados. No primeiro estava o alto clero (alto clero – como bispos e abade – e baixo clero – padres e vigários), o segundo estado era composto pela nobreza que, por sua vez, se subdividia em três subgrupos : a nobreza palaciana que vivia das pensões do rei e usufruía de cargos públicos, a nobreza provincial, que vivia no campo e a nobreza de toga, que era composta por pessoas oriundas da burguesia, que por muito dinheiro, haviam comprado cargos e títulos de nobreza.
> O terceiro estado, que alcançava 98% da população era formado por inúmeros subgrupos, mais ou menos divididos como classes sociais (baseados no poder econômico). Havia a alta burguesia, composta por banqueiros, empresários e financistas; havia a média burguesia, formada por profissionais liberais como professores, médicos, etc; havia a pequena burguesia, onde se encontravam os pequenos lojistas etc.Sob todos eles havia um enorme grupo heterogêneo formado por artesãos, aprendizes, empregados e a enorme massa rural.
> Nem o primeiro, nem o segundo pagavam impostos ou contribuições, somente o terceiro, mas somente o clero e a nobreza viviam as custas do dinheiro público advindo destes impostos.Portanto, não é de estranhar que a principal reivindicação do terceiro estado fosse a igualdade civil e, por conseqüência, igualdade política.Entretanto, a monarquia absolutista repousava-se sobre os estamentos, os privilégios e a não participação da maioria das decisões políticas"[31]

Conforme demonstra a autora citada, a alta nobreza e o clero faziam com que a grande maioria do restante da população pagasse por seu bem estar e seu luxo, por assim entender seus caríssimos privilégios, motivo que tornou a economia francesa um caos, que piorou com a entrada de produtos ingleses de baixo custo ocasionado pela Revolução Industrial, o que fez com que a indústria francesa tivesse uma estagnação ou até mesmo um retrocesso.

Pode-se entender, também, que o primeiro e segundo estados representavam o governo da nação francesa na época, mas que apenas exploravam a população sem corresponder com uma co-obrigação ao menos equivalente, ou seja, apenas criavam obrigações para a população sem uma resposta às obrigações criadas.

[29] Para se ter uma síntese do pensamento filosófico sobre a discussão que ocorria na época da Revolução Francesa, ler Rogério Zuel Gomes – Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e boa fé.Forense. 2004.
[30] CASTRO, Flávia Lages. História do Direito: Geral e Brasil.p 245-260. LimenJuris :2003.
[31] Ob. Cit. p. 245-246

Isso tudo, como não podia deixar de ser, corroborou com uma revolução popular, liderada pelos burgueses para que tivessem o direito de efetivarem sua vontade baseada na igualdade do individuo sem a oposição ou limitação do Estado. Direito estes conseguidos através de constituições[32] e, mais tarde, através de codificações.

Assim, para um fortalecimento dos princípios que regiam a sociedade do séc. XVIII e também para fortalecer as normas que imperavam, surgiu o fenômeno da codificação, como bem explica Rogério Zuel Gomes:

> "O movimento de codificação do direito foi resultado de longos debates políticos-culturais ocorridos no decorrer do século XVIII, objetivando a positivação do Direito Natural.Os seus defensores criticavam fortemente o direito consuetudinário, o qual era denominado herança da Idade Média e ia de encontro à tendência racional das teses apresentadas pelos positivistas.
> O sentimento de segurança jurídica, inspirado pelo jusracionalismo, associado ao período seguido à Revolução Francesa, fez com que a burguesia, portadora de sua própria base de valores, infundisse em toda a sociedade tal base, reconhecendo-a como sua também. Entretanto, não é somente o escopo formal de obtenção de clareza e certeza jurídica que orientou esse movimento, mas também o escopo político de instaurar a igualdade civil entre cidadãos e as classes, provindos do espírito da revolução."[33]

Porém, foi em 1804, com Napoleão Bonaparte, que a codificação francesa atinge seu ápice para a época.

Foi no período em que Napoleão chegou ao poder que os ideais burgueses estavam mais exaltados.

Juntamente com a necessidade de regularizar os direitos que surgiam com a liberdade das classes oprimidas pode-se ainda levar em consideração que algumas situações que levaram à codificação de normas foram a concepção individualista da vida sócio-jurídica fundada em relações interindividuais e a secularização dos princípios da igualdade e da liberdade como base de organização das relações jurídicas e das instituições civis e, por fim, um novo perfil ao papel do contrato, como expressão de vontade individual núcleo basilar dos mecanismos da vida jurídica e econômica[34].

---

[32] Para tentar achar um caminho para vencer a crise o governo convocou representantes do clero,da nobreza e da alta burguesia, era a Assembléia dos Notáveis de 1787. A proposta era o aumento dos impostos territoriais, o que foi recusado com veemência pelos nobres.O rei Luis XVI nomeou então um novo ministro e convocou a Assembléia dos Estados Gerais que não era convocada desde 1614. O terceiro estado contava com 578 deputados contra 270 da nobreza e 291 do clero e, embora maioria nominal, o terceiro estado perderia todas as votações que eram feitas por estado e não por deputado.Com a recusa do terceiro estado em aceitar este sistema de votação os representantes deste estamento auto proclamaram-se "Assembléia Nacional"e sob a oposição acirrada do rei, receberam adeptos do Iluminismo que eram também representantes dos outros dois estados. Em 9 de julho de 1789 a Assembléia Nacional tornou-se Assembléia Constituinte, sob o juramento dos deputados de somente se dispersarem após dar a França uma Constituição A pujança da mudança também já alcançava o povo, que tomava a bastilha tempos depois A revolução inicia seu caráter popular, não é possível mais inventar uma saída sem contar com o povo que está nas ruas. No dia 26 de agosto é aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que Luis XVI recusa-se a aprovar, gerando uma maior reação popular. Cai na mão do povo o maior símbolo da monarquia absoluta francesa, o palácio de Versalhes". Ob. Cit. p.247

[33] GOMES, Rogério Zuel. Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e boa fé p 30.Forense. 2004.

[34] Ob. Cit. P 31.

Observa-se, então, que a codificação da época manteve o ideal burguês de liberalismo perante o estado, onde este não deveria interferir na vontade do indivíduo, para que este pudesse desenvolver suas atividades de acordo com sua vontade, que é um dos baluartes do regime capitalista, criando assim o próprio regime, como bem relata Georges Ripert:

> "Uma ordem social, forte em seu longo passado, estava destruída pela onipotência da lei. Nada fora criado para substituir tal ordem, mas de propósito. Fiava-se no benefício da liberdade. A propriedade individual, livre e sagrada, a convenção livremente formada e tendo foros de lei, são as duas bases que ao permitir a criação da nova ordem. Daí em diante, o homem tem a disposição dos capitais que acumulou ou obteve emprestado; exerce comércio ou a industria que lhe apraz , vende livremente os produtos, obtém pelo contrato o trabalho de outrem. O regime que foi, senão criado, a menos tornado possível, será chamado mais tarde, o regime capitalista. A revolução permitiu se aparecimento dando-lhe um lugar definido. Ela foi útil, não pelo que deu, mas pelo que destruiu."[35]

Assim, pode-se observar que tanto a Revolução Industrial, com a produção em larga escala, onde o progresso se instalou com a liberdade de comercialização e consequente avanço social e tecnológico, quanto a Revolução Francesa onde se estabeleceu a liberdade de contratar, a autonomia do indivíduo de realizar contratos e adquirir obrigações sem a intervenção estatal, culminaram para o aparecimento do capitalismo e consequente surgimento do estado liberal, que será exposto a seguir.

O liberalismo do Estado Liberal aplicado à teoria contratual pode ser entendido como a concretização do individualismo e da autonomia da vontade, como bem relata Antonio Carlos Efing :

> "Com o período das revoluções (Industrial e Francesa), alterou-se a estrutura social, bem como se deu o surgimento de idéias trazidas por filósofos a respeito, especialmente, das relações entre classes.
> Elemento marcante do liberalismo foi a não intervenção estatal, o que possibilitou a livre regulação das relações pelos particulares, possibilitando a implementação do modelo capitalista.
> Nesta conjuntura social o contrato se consolidou numa estrutura de supremacia da autonomia da vontade (do interesse individual) fixada sobre os ideais de liberdade de contratar e igualdade das partes contratantes, além de princípios como *pacta sunt servanda*.[36]

Vê-se que o estado liberal era a corporificação do individualismo, como define Paulo Luiz Neto Lobo ao relatar que o paradigma em que se fundavam os princípios individuais do contrato era a primazia do interesse individual, corporificado no constitucionalismo liberal, que reduzia a intervenção estatal ao mínimo, e na codificação civil que tutelava essencialmente o patrimônio do indivíduo.[37]

Entende-se assim que a liberdade de negociação do Estado Liberal confunde-

[35] RIPERT, Georges. Aspectos Jurídicos do capitalismo moderno. P 26 RedLivros: Campinas, 2002

[36] EFING, Antonio Carlos.Repensando o Direito do Consumidor.p 6. Curitiba : 2005.

[37] LOBO, Paulo Luiz Neto. A teoria do contrato e o novo código civil. P 13 recife : Nossa Livraria, 2003.

se com justiça contratual[38], visto que o entendimento da doutrina clássica era de que o contrato é sempre justo, porque se foi querido pelas partes resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, presumindo-se assim o equilibro das prestações.[39]

Porém, tal entendimento não correspondia com a verdade, pois a igualdade formal no Estado Liberal e capitalista somada às diferenças entre as classes, propiciou a ocorrência de inúmeras desigualdades e, além disso, observa-se que valores, como autonomia da vontade, foram sucedidos pela autonomia privada e o contrato passa de apenas instrumento de troca que atendia exclusivamente os interesses das partes, para atender uma finalidade social[40].

Assim começa a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, levando-se em conta a evolução contratual.

A autonomia da vontade não é mais a única peça, ou melhor dizendo, não é mais a base imutável do contrato. Com a massificação do contrato, viu-se abalada a negociação que distinguia a liberdade contratual, onde as partes tinham o poder de discutir as base negociais. Não que entre duas partes em pé de igualdade não pudesse haver desigualdade, mas com a massificação contratual isto ficou mais nítido.

Por esse e por outros motivos, de cunho político e filosófico[41], foi-se modificando a estrutura negocial, tornando assim o contrato não mais unicamente como representativo de pactuação imutável entre indivíduos, mas como pactuação entre indivíduos com uma finalidade social.

Para melhor entendermos o que representa, cita-se Paulo Luis Lobo Neto:

> "O estado social, sob ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou`a dimensão política do estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no séc XIX) a dimensão econômica e social, mediante limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O estado social se revela pela intervenção legislativas administrativa e judicial nas atividades privadas. As constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o estado liberal."[42]

Com tal evolução sócio-contratual, passou a haver uma intervenção estatal nas relações obrigacionais, onde o Estado através de diretrizes programáticas passou regular as relações obrigacionais a fim de equalizar as obrigações em que a parte mais vulnerável esteja menos favorecida.

---

[38] Teresa Negreiros relata : "O ideal de justiça é substituído , com advento do individualismo racionalista triunfante no século XVIII, pelo ideal de liberdade conforme qual a justiça da equivalência e do equilíbrio é substituída pela justiça formal associada ao procedimento contratual."(NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato.Novos Paradigmas.p . Renovar. 2005

[39] BESSONE, Darcy. Do contrato. Teoria Geral. p 31.Forense. 1987.

[40] EFING, Antonio Carlos.Repensando o Direito do Consumidor.p 6. Curitiba : 2005

[41] Para uma melhor compreensão do tema ler BONAVIDES,Paulo, Do estado liberal ao estado social.Malheiros.

[42] LOBO, Paulo Luiz Neto. A teoria do contrato e o novo código civil. P 12 recife : Nossa Livraria, 2003.

Tal situação foi denominada dirigismo contratual do Estado.

O dirigismo contratual dá-se através de normas gerais de conduta contratual explicitadas pelo estado e que deverão ser aplicadas aos contratos.

Com esse entendimento, que teve seu início, ou melhor, que teve seu reconhecimento legal na Constituição de 1988 e por conseguinte, com a promulgação do Novo Código Civil com a regra geral da função social do contrato, surgiu um novo modo de interpretação contratual, agora não mais tendo como baluarte imutável a autonomia de vontade e o não intervencionismo estatal, mas sim, através de princípios e normas que serão a seguir estudadas, o Estado passa a agir como regulador da atividade econômica a fim de fazer com que a vulnerabilidade de uma parte na relação contratual seja equalizada com a da outra, através da aplicação da função social do contrato, dos princípios contratuais e da visão constitucional do código civil.[43]

3. Releitura baseada no Estado Social de Direito

3.1 -Princípio da autonomia da vontade

O contrato, como já visto anteriormente, nasce de uma liberdade de contratar, liberdade esta que é denominada autonomia de vontade, ou como prefere Fernando Noronha, autonomia privada[44].

Porém, a maioria dos doutrinadores opta pelo uso da expressão autonomia da vontade.

Conforme Maria Helena Diniz, é no princípio da autonomia da vontade que

[43] Rogério Zuel Gomes relata : "A partir do século XX, verifica-se a imperiosa necessidade de revisão dos principais fundamentos da Teoria Contratual Clássica em função da diversidade de relações jurídicas surgida da concentração de pessoas nas cidades e, especialmente, pela impossibilidade de contratação, quanto ao conteúdo, na sua forma individualizada. Diante desse fenômeno, o contrato passa a perder uma de suas principais características, a que consistia numa relação entre dois indivíduos que entabulavam as condições do seu cumprimento para, ao final, consolida-las num documento cujo teor resultava daquela convenção."(GOMES, Rogério Zuel. Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e boa fé p 31.Forense. 2004)

[44] Relata o autor que se nós entendermos que autonomia da vontade e autonomia privada são expressões relativas a uma e única realidade, refletindo a diferença de palavras apenas a ,evolução havida, deve-se dizer haver quem entenda que elas traduzem realidades diferentes.Assim, por exemplo, afirma o professor F.S. Amaral Neto, do Rio de Janeiro (A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica.Perspectivas estrutural e funcional,Revista e direito civil, 46:10, 1998, e Revista de informação legislativa, 102:212, 1989): "Autonomia de vontade é, portanto, o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência o Direito Obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver salvo disposição cogente em contrário.E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada.Autonomia da vontade como manifestação de vontade individual no campo do Direito, psicológica, autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas. Se quisermos tornar mais específico o tema, podemos dizer que subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio u ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento constituído pelo agente em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros." (NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 113. Saraiva: 1994.)

se funda o princípio da liberdade contratual, e este consiste no poder de estipular livremente mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.[45]

Segundo Silvio Rodrigues, o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral ou não o contradigam.[46]

Tal sentimento ou princípio, como já relatado nesta monografia, teve início ou fortaleceu-se na Revolução Francesa, onde a vontade das partes era sagrada em relação às obrigações patrimoniais representadas pelos respectivos contratos.

Pela teoria clássica, sempre haveria justiça quando fosse observado e aplicado o princípio da autonomia da vontade, como bem observa Darcy Bessone :

> "Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre 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.Sendo justo o contrato segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes. Assim, enquanto forem observados esses limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que de resto constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido.Podem, portanto, discutir livremente todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei ou quaisquer outros inéditos que imaginem, escolher a melhor forma de declaração de vontade, fixar os seus efeitos, etc.Nos dissídios que acaso se formem, a missão do juiz terá de circunscrever a apuração da vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstituição."[47]

Como se observa, o princípio da autonomia da vontade, pela teoria clássica, desde que não extravasasse o legalmente estabelecido, era um dogma a ser seguido pelas partes contratantes.

Assim, a única interpretação aceita na época da teoria clássica para a revisão dos contratos, ou mesmo o único motivo para interferência pública na esfera da liberdade privada das partes em negociação, era aquela que pudesse corrigir os vícios decorrentes dos equívocos e defeitos da manifestação subjetiva.[48]

A autonomia de vontade e conseqüente liberdade contratual devem ser vistas sob dois aspectos, o da liberdade de contratar propriamente dita, onde as partes de comum acordo estabelecem o conteúdo do contrato e a liberdade de contratar, que é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, esta, mais utilizada ao se referir aos contratos de adesão.

Ocorre que, com a visão social que é reservada atualmente ao direito, e particularmente às obrigações contratuais, esta autonomia da vontade deve ser revista para se adequar à contemporânea situação.

---

[45] DINIZ, Maria Helena.Curso de direito civil brasileiro.Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V 3. p 32.Saraiva.2002.

[46] RODRIGUES, Silvio. Direito civil.Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. V 3. p 15. Saraiva.2002.

[47] BESSONE, Darcy. Do contrato. Teoria Geral. p 34.Forense. 1987

[48] Tepedino, problemas de direito civil constitucional.p251.

Assim, a solidificação da função social do contrato fortalecida ou até mesmo desenvolvida através do estado social de direito, fez com que a autonomia de vontade sofresse alguns condicionamentos, para não ser mais absoluta e assim causar desequilíbrio econômico entre as partes.[49]

Por tal entendimento, atualmente ligado ao Estado Social de Direito e não mais ao Estado Liberal, a liberdade contratual sofre limitações por preceitos de ordem pública, que conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, constituem três modalidades distintas que podem ser compreendidas da seguinte forma:

> " a) a própria liberdade de contratar: em regra ninguém pode ser forçado a celebrar um negócio jurídico, pois isso importaria em um vício de consentimento a macular a validade da avença. Numa evidente flexibilização de tal regra (o que já mostra que nenhum princípio poder ser encarado seriamente como uma verdade absoluta para toda e qualquer situação, mas sim somente como uma verdade socialmente aceita, enquanto socialmente aceita), o direito positivo consagrou algumas situações de contratação obrigatória, como por exemplo, em determinadas modalidades securitárias; b) a mencionada liberdade de com quem contratar: aqui, também, se visualiza uma ressalva, quando se verifica , por exemplo, a ocorrência de um monopólio na prestação de serviços, o que, por outro lado, também é hodiernamente combatido por normas de direito econômico, na busca da realização da livre concorrência, princípio constitucional esculpido no art. 170, IV, da Carta de 1988; c) a liberdade de estabelecimento do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que vai contratar. Da mesma forma, constata-se facilmente uma limitação de tal modalidade do fenômeno do dirigismo contratual, sendo o contrato individual de emprego o exemplo mais evidente disso, uma vez que seu conteúdo mínimo é todo estabelecido no sistema brasileiro, por normas constitucionais (art. 7 da CF) e infraconstitucionais (CLT e legislação complementar.)"[50]

Pode-se observar, então, que o dirigismo contratual afetou a autonomia de vontade, em seu plano contratual, sendo que a mesma não é mais absoluta, mas sim relativa, pois deve ser aplicada conjuntamente com os demais princípios a seguir estudados e, ainda, conjuntamente com a função social do contrato.

3.2. Princípio do consensualismo

Segundo Maria Helena Diniz o princípio do consensualismo prega que o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar um contrato válida.[51]

Mas nem sempre foi assim.

---

[49] Luiz Díes Picasso e Antonio Gullón, citados por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, afirmam que a autonomia privada deve sofrer os seguintes condicionamentos : a) da lei – a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito da autonomia privada, posto sem aniquilá-la,para salvaguardar o bem geral ; b) da moral – trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa; c) da ordem pública – também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao direito, ã política e a economia."(GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 43. saraiva. 2005

[50] Ob. Cit. p. 43.

[51] DINIZ, Maria Helena.Curso de direito civil brasileiro.Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V 3. p 36.Saraiva.2002.

Nas civilizações anteriores, como Roma por exemplo, dominavam o formalismo e o simbolismo.[52]

No direito hodierno, o acordo de vontades é suficiente para a perfeição do contrato, desde que se trate de contratos consensuais que não tenham sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas por lei ou só se perfazendo se determinada exigência for cumprida, que são no caso os contratos solenes e os contratos reais.[53]

Autores há que entendem que o princípio do consensualismo pode ser entendido como uma interpretação da bilateralidade ao princípio da autonomia da vontade, opinião esta que discordamos, visto que a autonomia da vontade é questão de liberdade de escolha e o consensualismo trata-se de pré-requisito para validade do contrato.[54]

3.3. Princípio da obrigatoriedade das convenções

Dentro da concepção clássica, baseada no liberalismo, que por sua vez é fundado nos princípios do Estado Liberal de Direito, o princípio da obrigatoriedade da convenção ou do contrato consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença. Assim, o contrato constitui uma espécies de lei entre as partes, representado pela *pacta sunt servanda*.[55]

Percebe-se que tal entendimento acerca do princípio da obrigatoriedade dos contratos nos foi legado pelo liberalismo e, como não podia deixar de ocorrer, houve também uma evolução em tal entendimento.

Mas, primeiramente, antes de fazermos esta distinção, transcorreremos sobre o princípio.

Segundo Maria Helena Diniz, pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos, as estipulações feita pelas partes devem ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial do inadimplente. Por ser o ato negocial uma norma jurídica que constitui lei entre as parte, é intangível, a menos que haja descumprimento por caso fortuito ou força maior ou rescisão voluntária por ambas as partes. Ensina a professora que se não houver essas prerrogativas, o contrato não poderá ser revisto ou rescindido nem mesmo pelo judiciário, mas, tem-se admitido conter a força vinculante ou obrigatoriedade dos

[52] Orlando Gomes relata: "A evolução do Direito contratual em Roma prova que o ritual tinha importância decisiva. Os contratos reais realizavam-se per aes et libram , solenidade executada pelos libriprens, que consistia no ato simbólico de pesar numa balança. Os contratos verbais, pela stipulatio. Os contratos literais só se perfaziam com relação a um escrito – litteris-, o quão não existia apenas para a prova, mas para lhe dar existência. Formavam-se pelas nomina transcripta e pelos chirographa e syngraphae. Somente nos contratos consensuais chegaram a admitir formação pelo simples consentimento.Eram, porém, de úmero escasso."(GOMES, Orlando. Contratos. 10 ed. P 37.Forense: 1984).

[53] GOMES, Orlando. Contratos. 10 ed. P 37.Forense: 1984.

[54] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 43. saraiva. 2005

[55] RODRIGUES, Silvio. Direito civil.Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. V 3. p 15. Saraiva.2002.

contratos através do poder judiciário quando ficarem caracterizadas certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação.[56]

Tal entendimento é correto para se manter a ordem jurídica, visto que se for desrespeitado sem nenhuma prerrogativa afetaria profundamente a segurança social.

Ainda, para relatar um conceito baseado mais em no Estado Liberal e não no Estado Social, citamos Orlando Gomes:

> "O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários a sua validade devem ser executados 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 tem, para os contratantes, força obrigatória.Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou 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.
>
> As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes Se ocorre motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou resolução do contrato nunca para modificação de seu conteúdo."[57]

Nota-se que tal entendimento demonstra-se baseado no Estado Liberal e no individualismo, onde o as partes levavam a ferro e fogo o pactuado não aceitando nem exceções que porventura possam ocorrer.

Deve-se levar em conta que nenhum princípio é indiscutivelmente completo a ponto de não sofrer exceções.

Claro que o pactuado deve ser respeitado para manter a ordem social e a segurança jurídica, mas levar tal princípio ao entendimento de que o mesmo é irreversível seria o mesmo que desacreditar na justiça e voltar no tempo, pois não estaria aplicando no caso, o novo entendimento contratual.

Com o fortalecimento da visão social do direito, cumulada com a função social, óbvio torna-se a possibilidade da revisão do conteúdo do contrato, principalmente quando se torna impossível o cumprimento do contrato por caso fortuito ou força maior que venha a causar onerosidade excessiva a uma das partes.

Por tal entendimento não se pode mais falar em absoluta obrigatoriedade se não há, em contrapartida, idêntica liberdade contratual entre as partes; por isso o

[56] DINIZ, Maria Helena.Curso de direito civil brasileiro.Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V 3. p 41.Saraiva.2002

[57] GOMES, Orlando. Contratos. 10 ed. P 38.Forense: 1984.

estado atenuou o extremismo do princípio da obrigatoriedade, exatamente para fazer valer a igualdade substancial das partes.[58]

Assim, vemos que o princípio também teve uma evolução, sendo que o mesmo continua sendo imprescindível para a realização contratual, mas não mais é irreversível, como bem demonstra Mônica Yoshizato Bierwagen :

> "A suavização do princípio da obrigatoriedade, no entanto, não significa o seu desaparecimento Continua sendo imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo contrato, tanto que o Código civil de 2002, ao afirmar que o seu descumprimento acarretará a inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389), consagra tal princípio, anda que implicitamente.O que não se tolera mais é a obrigatoriedade quando as partes se encontram em patamares diversos e dessa disparidade ocorra proveito injustificado.[59]

Por fim, pode-se notar que o princípio da obrigatoriedade do pactuado, assim como qualquer princípio contratual, teve sua base modificada pela visão social do direito.

3.4. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Pela teoria clássica, princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o pactuado não poderá afetar a terceiros.

De regra, não poderá nem prejudicar e nem interferir nas relações entre terceiros.

Para Silvio Rodrigues, o princípio da relatividade das convenções contém a idéia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando e nem prejudicando terceiros, o que é perfeitamente lógico, visto que o vínculo contratual emana da vontade das partes , tornando-se natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que lhes não foi imposta pela lei e nem derivou de sua vontade.[60]

Para Maria Helena Diniz, pelo princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico, o contrato não prejudica e nem aproveita a terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervieram, pois o ato negocial deriva do acordo de vontade das partes, sendo lógico que apenas as vincule, não tendo eficácia em relação a terceiros, sofrendo, porém, algumas exceções.[61]

Óbvio que o contrato ao ser interpretado quanto à sua existência, é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna oponível. O que se considera limitado no contrato com relação a terceiros são seus efeitos internos, que nada mais são do que os direitos e obrigações dos contratantes.[62]

---

[58] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil. P 28. Saraiva: 2002.

[59] Ob. Cit. p 30.

[60] RODRIGUES, Silvio. Direito civil.Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. V 3. p 17. Saraiva.2002.

[61] DINIZ, Maria Helena.Curso de direito civil brasileiro.Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V 3. p 39.Saraiva.2002

[62] GOMES, Orlando. Contratos. 10 ed. P 43.Forense: 1984

Percebe-se que tal entendimento ainda está arraigado ao pensamento que prevaleceu no Estado Liberal de Direito.[63]

Ocorre que, como todo princípio contratual, este também deve ser revisto, tendo como base uma visão de acordo com o Estado Social de Direito. É o que nos ensina Mônica Yoshizato Bierwagem:

> "Essa concepção no entanto foi relativizada no novo Código Civil, que, inspirado no princípio da socialidade, não concebe mais o contrato apenas como um instrumento de satisfação de finalidades egoísticas dos contratantes, mas reconhece-lhe um valor social, alinhado ao movimento da funcionalização dos direitos subjetivos ao qual se refere Judith Martins Costa. E nessa trilha,ao fixar a função social como limite de liberdade contratual, não poderia deixar de admitir, por conseguinte, a operatividade dos efeitos dos contratos sobre terceiros, no caso, a coletividade." [64]

No entanto, mesmo entendendo o princípio sob o prisma do liberalismo, abrem-se duas exceções à regra: quando se tratar de estipulação em favor de terceiros e do contrato com pessoa a declarar, que constará nesta monografia apenas como parâmetro de situação, pois não é sobre os contratos em espécie que recai o presente estudo.[65]

3.5. Princípio do não enriquecimento sem causa

Enriquecimento sem causa corresponde na obtenção de uma vantagem sem a respectiva causa ou, em outras palavras, é o acréscimo patrimonial sem motivo juridicamente reconhecido.[66]

Óbvio é que no direito das obrigações, e isto inclui as obrigações contratuais, deve haver um motivo para a circulação de riquezas.

Motivo este que deve ser entendido como *causa*, e circulação de riquezas está ligada a *enriquecimento*.

Assim, para que haja um enriquecimento de uma parte, necessário se faz que

---

[63] Mônica Yoshizaco Bierwagem relata: "Essa conclusão, de fato, é coerente com o modelo clássico de contrato, cujo escopo era a satisfação de necessidade exclusivamente individuais das partes; daí tanto ser inadmissível que o contrato venha a operar efeitos sobre terceiros, como também que terceiros possam intervir nessa relação. Esta, aliás, é a posição do Código Civil de 1916, que assim dispõe em seu artigo 928 : "A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros", embora preveja a título de exceção, as estipulações em favor de terceiro (arts. 1.098 a 1100)". (BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil. P 32. Saraiva: 2002)

[64] Ob. Cit. p.33.

[65] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ensinam : "Todavia existem figuras jurídicas que podem excepcionar esta regra. É o caso , por exemplo, da estipulação em favor de terceiro e do contrato com pessoa a declarar. Por meio da primeira previsão, uma parte convenciona com o devedor que este deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica obrigacional original. Na mesma linha, o contrato com pessoa a declarar é uma figura contratual consagrada expressamente pelo novo Código Civil, consistindo, em verdade, em uma promessa de prestação de fato de terceiro, que também titularizará os direitos e obrigações decorrentes do negócio, caso aceite a indicação realizada." (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 46. saraiva. 2005)

[66] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil.

exista um motivo legal ou ao menos pactuado que o motive, para que assim seja garantida a justiça contratual.

Como ensina Mônica Yoshizato Bierwagen, no sistema do novo Código Civil a disciplina da proibição ao enriquecimento sem causa exige o cumprimento de cinco requisitos :a) ocorrência do enriquecimento de uma parte ;b) o correspondente empobrecimento da outra; c) nexo causal entre esses dois eventos; d)que o acréscimo seja sem justa causa; e) que não haja outro meio para a restituição do indevido.[67]

Pela interpretação de tais requisitos, pode-se observar através da aplicação da função social, e mais, quando houver onerosidade excessiva a uma das partes, o contrato poderá ser revisto, até em seu conteúdo, assim, provando mais uma vez a relativização dos princípios contratuais, mais particularmente o princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Mas a esse entendimento de que o enriquecimento deve ser correspondente às partes não é deveras lógico, pois se uma parte sofrer uma alteração a mais em seu patrimônio decorrente do cumprimento do pactuado e a outra atingir seus objetivos esperados sem ocorrer uma despatrimonialização correspondente ao plus atingido pela outra, não haverá que se falar em enriquecimento ilícito ou sem causa, pois neste caso, embora haja o nexo causal entre a prestação e a contra prestação, o plus da parte beneficiada não prejudicou a outra parte contratante, não ocorrendo neste caso um empobrecimento injustificado correlato a um empobrecimento também injustificado.

3.6. Princípio da equivalência das prestações

O contrato, como já foi estudado, em síntese corresponde a uma relação obrigacional onde as partes se comprometem a uma obrigação e uma correspondente co-obrigação como forma de equalizar a situação.

Assim, com relação à comutatividade do contrato, deve haver uma relação de equivalência entre as obrigações pactuadas, como relata Mônica Yoshizato Bergwagem:

> "Com relação à comutatividade dos contratos, muitos autores chamam a atenção para a desnecessidade de haver uma relação de equivalência objetiva, vale dizer, as prestações não precisam ser rigorosamente de mesmo valor, mas devem corresponder simplesmente as expectativas que as partes tinham a seu respeito (equivalência subjetiva). Assim , se alguém troca automóvel novo por um velho , ou se vende uma valiosa jóia a preço de bijuteria tais opções interessam somente aos contratantes, não só porque no mais das vezes seja impossível estabelecer uma rigorosa igualdade entre prestação e contraprestação, mas principalmente por que cada uma sabe de suas necessidades e por isso deve ter a liberdade de gerir seu bens como melhor lhe convir.[68]"

O acima descrito é basicamente o princípio da equivalência das prestações, onde as obrigações pactuadas devem ter uma relação de equivalência.

Mas nem sempre foi assim.

[67] *Ob. Cit. p 57*

[68] *Ob. Cit. p 64.*

Pela concepção clássica, influenciada pelo Estado Liberal, o estabelecimento do contrato com obrigações exageradamente desproporcionais era plenamente válido, pois os contratantes, em seus próprios interesses, não poderiam ser obstados a exercer essa liberdade.[69]

No entanto, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, e com a conseqüente releitura dos princípios basilares de direito, especialmente pelo reconhecimento de que a igualdade meramente formal não tinha condições de manter essa "desigualdade" na liberdade de contratar, o princípio da equivalência das prestações tomou força, através de um intervencionismo do estado e através da razoabilidade das prestações, da teoria da imprevisão e principalmente da função social do contrato, mantendo-se uma real equivalência entre as prestações.

Pode-se assim alegar que até os contratos aleatórios podem ser revistos pelos mesmos fundamentos aqui apresentados, mas tal matéria será objeto de estudo no último capítulo desta monografia.

3.7. Princípio da boa-fé

Conceituar boa-fé torna-se difícil pelo modo como ela é entendida : uma norma geral de conduta.

Para entendermos o que a boa-fé significa e como deve ser aplicada, devemos antes fazer um resumo de sua evolução histórica, mas somente do conceito dos tempos de Roma, passando rapidamente pelos códigos antecedentes ao novo Código Civil até chegarmos ao presente entendimento.

A noção de boa-fé encontra sua base no direito romano e constitui-se pela base lingüística e conceitual da *fides* romana.[70]

A expressão boa-fé (bonas fides) encontra sua origem no direito romano e se constituía como requisito para a realização de vários negócios jurídicos, a aquisição da propriedade por usucapião, ou, posteriormente como cláusula inserida na fórmula do pretor.

Como não existiam leis para suportar a demanda dos negócios que aumentavam com a expansão do império romano, para os negócios realizados eram feitos documento- formulários- entre as partes, com o auxílio do juiz que posteriormente seria julgado pelo *iudex*.

Conforme relata Rogério Zuel Gomes:

> " E função da especial preocupação dos romanos mais com a pratica do que com a teoria, não há no direito romano a formulação expressa de um princípio da boa-fé.Entretanto, consistia os bonae fidei iudicia num alargamento do espectro de avaliação do iudex, durante o período formulário, que extrapolava a avaliação unicamente com base no período

[69] *Ob. Cit. p. 64*

[70] *GOMES, Rogério Zuel. Teoria Contratual contemporânea : função social do contrato e boa fé. P 117. Forense : 2004.*

escrito.Com a expansão do império Romano, aumentou-se significativamente o volume de negócios , não só entre romanos, como entre eles e estrangeiros, justificando a necessidade de correção de excessos formais do antigo sistema."[71]

Assim, como se pode observar, a boa-fé no direito romano tinha valor eqüitativo de interpretação, levando em conta a ausência de dolo entre as partes.

Com o passar do tempo a boa-fé foi evoluindo até que sua forma objetiva estabeleceu-se no Código Civil Alemão, onde sua fórmula baseia-se na *trued und glauben* que significa lealdade e crença.[72]

A boa-fé germânica não levava em consideração o estado de ciência sobre determinada relação jurídica, mas sim era muito mais afeita aos rituais sociais e a sua exterioridade, por isso passou-se a denomina-la boa-fé objetiva, ao contrário da subjetiva.Para essa espécie de boa-fé, o que passa a ser fundamental é o julgamento de opinião pública, disso resulta sua objetividade, de modo que se poderá aferir se determinada conduta se deu de boa ou ma fé, com base no comportamento de pessoas externamente aferível.[73]

Mas, pode-se observar que, como qualquer outro princípio, existe a leitura do mesmo sob o prisma do Estado Liberal e outra sob influência do Estado Social.

Tal entendimento de acordo com o Estado Social começou a se desenvolver no primeiro pós- guerra, na Alemanha, com o esmaecimento do liberalismo e o surgimento de novas demandas sociais, conferindo assim uma nova concepção do princípio da boa fé e uma maior flexibilização ao sistema fechado ao qual se inseria, resultando em sua tríplice função : via para uma adequada realização pelo juiz segundo seu plano de valoração do caso concreto; como máxima de conduta ético jurídica e como meio de ruptura ético jurídica do direito privado.

Pela breve síntese apresentada acima, pode-se ter uma idéia de onde se originou a boa-fé utilizada pelo novo Código Civil.

Com relação aos contratos, deve-se destacar que o dever de guardar conduta proba e de boa-fé nas diversas fases de formação e execução do contrato não representa inovação no direito dos contratos, mas sim a novidade se encontra na inclusão da boa fé no texto legal, pois antes era tido como princípio implícito no ordenamento jurídico.[74]

Assim, no âmbito do contrato, o princípio da boa-fé sustenta o dever das partes agirem conforme a economia e a finalidade do contrato, de modo a conservar o equilíbrio substancial e funcional entre as obrigações correspectivas que formaram o sinalagma contratual. Por outro lado, é também a boa-fé que impede o exercício arbitrário do direito de estipular livremente as cláusulas e condições do contrato, ou seja, o princípio geral da boa-fé, de forma ampla e genérica, impõe ao indivíduo o dever de conduta honesta reta, leal, com consideração para com os interesses do outro, visto como um

[71] Ob.cit. p119.

[72] Ob. Cit. p 131.

[73] Ob. Cit. p 133

[74] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Revista Forense : A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro.p 11.v 364. dez/ 2002. Forense.

membro do conjunto social que é juridicamente tutelado, aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.[75]

Como visto, o princípio da boa-fé esta intimamente ligado não só a interpretação do contrato- pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida na declaração de vontade das partes- mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé.[76]

Segundo o princípio da boa-fé, para Maria Helena Diniz, na interpretação do contrato é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e execução do contrato.[77]

Para Silvio de Salvo Venosa, o princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agirem de forma correta antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos colaterais. Importa assim examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes. A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de descumprir pode ter surgido após o contrato, pode ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade do cumprimento, cabendo assim ao juiz examinar cada caso se o descumprimento decorre de boa ou má-fé.[78]

Tem-se ainda que levar em consideração o sentimento de confiança que é gerado entre as partes na relação obrigacional.

Pela confiança gerada pelas partes na relação contratual, os sujeitos têm condições de projetar suas atuações conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia- mais do que espera – que não acontecerá.[79]

Assim relata Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> " A boa-fé foi então conduzida e reconduzida a uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na idéia de confiança, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais. Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade) rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte ao ponto de gerar nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações.Também foi compreendida contra a boa-fé

[75] *Ob. Cit. p 11-12.*

[76] *DINIZ, Maria Helena.Curso de direito civil brasileiro.Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V 3. p 39.Saraiva.2002*

[77] *Ob. Cit. p 40*

[78] *VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil : Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. v II.p 217. 3 ed. Atlas:2003*

[79] *SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato.p 48. Renovar : 2002*

> a conduta do sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo a que, presumivelmente, havia renunciado. No mesmo sentido foi entendida a atuação daquele que revela, para o novo contratante, segredos ou processos de antigo. Como se percebe, todas essas condutas, contrárias à boa-fé, são diretamente contrárias à noção de confiança."[80]

Entende-se assim que a confiança é um dos alicerces da boa-fé, e que contrariando diretamente a confiança gerada, estará agindo de má-fé a parte que assim se dispôs.

Ainda em relação à boa-fé, necessário se faz explicar a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva .

A boa-fé subjetiva, presente no Código de 1916 e também do novo Código Civil, refere-se a aspectos internos do sujeito, ao estado de desconhecimento ou compreensão equivocada a respeito de determinado fato.[81]

Consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação sem ter ciência do vício que a inquina.[82]

Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre na hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse.

Como nos ensina Fernando Noronha:

> " A boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, é um estado – um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem.
> Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, por que só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas."[83]

Nota-se portanto, que a boa-fé subjetiva é aquela que esta arraigada intrínsicamente ao indivíduo, onde, psicologicamente, o mesmo o acredita estar agindo de maneira correta e da mesma forma acredita que o praticante da contraprestação assim agirá também.

A boa-fé objetiva, como relata Monica Yoshyzato Bierwagem, é a grande novidade do novo código civil, que subverte e transforma o direito obrigacional clássico, pois diferentemente da boa-fé subjetiva, que se refere a aspectos internos do sujeito, estabelece um padrão de comportamento externo, vale dizer, impõe um modo de agir consentâneo ao homem probo, leal, honesto, correto.[84]

---

[80] Ob cit. p 48-49.

[81] B. iegwgaem. P 49

[82] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 73. saraiva. 2005

[83] NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 132. Saraiva: 1994.

[84] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil. P 50. Saraiva: 2002

A boa-fé objetiva – a qual tendo natureza de princípio jurídico –delineado em um conceito jurídico indeterminado, consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica.[85]

Segundo Fernando Noronha:

> "Se a boa-fé subjetiva é um estado, a objetiva, ou boa-fé como regra de conduta, é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, como veremos na exposição subsequente, não frustrar a confiança legítima da outra parte.
> Esta boa fé objetiva também é designada de boa-fé lealdade, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação, que também lhe é dada, é a da confiança, que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas da contra parte,para garantia da estabilidade e segurança das transações. Trata-se, porém, de expressão a evitar por que também a boa-fé subjetiva tutela uma situação de confiança.
> Realmente, de forma similar à subjetiva tem na sua base uma idéia de confiança, a necessidade de tutelar esta. Só que, enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis. Como se vê, em ambas existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas só na boa fé objetiva existe um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem."[86]

Assim, percebe-se que a boa-fé objetiva necessita primeiramente de uma prestação e de uma contraprestação, ou seja, para se valer do princípio da boa-fé é necessária a existência de duas partes agindo de acordo com o que lhes impõe os deveres de conduta.

Entendendo-se que a boa-fé objetiva é a normativação dos deveres de conduta – deveres estes já mencionados durante a explanação – pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, de um modelo abstrato de pessoa, razoavelmente diligente, que costuma ser traduzido pela noção de *bônus pater famílias* (bom cidadão, em Roma).

Portanto, se a boa-fé objetiva é dever de agir de acordo com determinados padrões, nela é preciso verificar também a situação das contrapartes, pois em cada caso é necessário ver se estavam reunidas as condições suficientes para criar na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, para poder a expectativa ser tutelada.[87]

Sendo, portanto, através da boa-fé objetiva que se extrai suas funções.

A primeira função da boa fé é a sua função interpretativa e de colmatação.[88]

Conforme expressa o artigo 113 do Novo Código Civil: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

---

[85] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 73. saraiva. 2005

[86] NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 136. Saraiva: 1994.

[87] Ob. Cit. p 138.

[88] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 73. saraiva. 2005

Pelo que se pode observar, o jurista tem na aplicação do princípio da boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico seguro, para que se possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil.[89]

Com isso, percebe-se que a regra de interpretação dos contratos desdobra-se em duas perspectivas: quando os contratos devem ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo, salvo quando o destinatário saiba a vontade real do declarante, ou quando devesse conhece-la se agisse com razoável diligência e, quando o próprio sentido objetivo suscite duvidas, onde se deverá preferir o significado que a boa fé aponte como mais razoável.[90]

Exposto desta forma, a função de interpretação da boa fé é também denominada como função hermenêutico-integrativa do princípio da boa-fé, onde na interpretação da extensão da relação, a boa-fé será instrumento destinado a suprir lacunas e flexibilizar a vontade declarada (limita a autonomia da vontade), servindo de regra objetiva que concorre para determinar o comportamento devido.[91]

Para explicar melhor tal entendimento, descreve-se o entendimento de Adriana Mandim Theodoro de Mello:

> "A interpretação integrativa, segundo a boa-fé, tem lugar quando o aplicador do direito não encontra nem no contrato, nem na lei, previsão da situação concreta que venha, eventualmente, a se verificar no decurso da relação obrigacional.Ou ainda quando se imponha restrição às prerrogativas de uma das partes que, analisadas de forma isolada e desvinculada da economia do contrato, poderiam autorizar conduta contrária aos lícitos interesses econômico-sociais que se perseguem com o negócio." [92]

Finalizando o raciocínio, a mesma autora cita que na interpretação dos contratos deixa-se de buscar a verdadeira vontade das partes declaradas, para se tornar uma interpretação da regulação objetiva criada com o contrato, ou seja, a descoberta do sentido total da regulação, respeitando-se tanto a sua finalidade econômica quanto sua função social.[93]

Raciocínio que discordamos de certa forma, pois a interpretação pelo princípio da boa-fé deve sim buscar a verdadeira vontade das partes e se esta não for conseguida, aí sim deve-se interpretar o sentido total da regulação, mesmo em se tratando de boa-fé objetiva.

A próxima função da boa-fé objetiva a ser estudada é a boa-fé como fonte de deveres de conduta[94], ou, função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção[95].

---

[89] Ob. Cit. p 78

[90] NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 153. Saraiva: 1994.

[91] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de.Revista Forense : A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro.p 12.v 364. dez/ 2002. Forense

[92] Ob. Cit. p 12.

[93] Ob. Cit. p 12

[94] Ob. Cit. p13

[95] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 73. saraiva. 2005

O artigo 422 do Código Civil dispõe: os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa fé.

Pela leitura do artigo, percebe-se que a lei, através da aplicação da probidade e da boa-fé, cria deveres para as partes.

Tais deveres são denominados secundários da prestação ou deveres laterais.[96]

Ou seja, conforme define Adriana Mandim Theodoro de Mello:

> "Em outras palavras, estes deveres já não interessa diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exato processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa.
> Mota Pinto define os deveres laterais como deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamento variáveis com as circunstâncias concretas da situação."[97]

Entende-se assim, que tais deveres servem para embasar a interpretação do contrato, sem entrar no mérito da obrigação, mas são deveres de conduta que os contratantes devem ter antes, durante e depois da conclusão do contrato.

O rol de deveres não é taxativo, mas como exemplos podemos determinar o dever de lealdade e confiança recíprocas, que já foram estudados anteriormente; dever de assistência ou de cooperação, que determina que os contratantes devem colaborar para o correto adimplemento do contrato; dever de informação, que trata de uma imposição moral e jurídica aos obrigados de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio, e bem assim, do bem jurídico que é seu objeto, por ser imperativo de lealdade entre os contraentes; dever de sigilo ou confidencialidade, que embora possa não estar pactuado, exige-se tal comportamento das partes[98]; deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado aconselhar o seu cliente acerca das melhores pos-

---

[96] Fernando Noronha nos ensina: "É partindo da análise do conteúdo da relação obrigacional complexa ou sistêmica, que se encontram inúmeros deveres de conduta, que tem todos como pressupostos a necessidade de agir de acordo com a boa fé. Se tais deveres de conduta que se designam de deveres acessórios, laterais ou correlatos- segundo uma classificação de origem germânica, que se vai expandindo, mas experimentando ainda dificuldades na fixação não só de seus limites, como de uma terminologia única.

De acordo com a classificação que parece mais difundida há que distinguir na obrigação em geral, e na relação contratual em especial,deveres de prestação e meros deveres de conduta. Os primeiros traduzem-se em prestações exigíveis e subdividem-se em deveres primários e secundários.Os outros , também chamados de deveres acessórios ou laterais, não dizem respeito a prestações específicas, revelando-se apenas na medida em que sejam necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional."(NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 160. Saraiva: 1994)

[97] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de.Revista Forense : A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro.p 13.v 364. dez/ 2002. Forense

[98] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 73. saraiva. 2005

sibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu interesse, ou, a do consultor financeiro de avisar a contraparte sobre os riscos que corre,etc; dever de prestar contas; deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; etc...[99]

Pelo exposto acima, consegue-se ter uma idéia do que são os deveres laterais e os secundários de prestação que são abrangidos pela boa fé.

A terceira função da boa-fé objetiva está descrita no artigo 187 do Código Civil: também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.[100]

Devem as partes agir de forma moderada a fim de exercitarem seus direitos[101], conforme ensina Adriana Mandim Theodoro de Mello, ao relatar que tal dever tem preceito constitucional:

> "A Constituição Federal brasileira consagra, em se artigo 170, dentre os princípios inspiradores da ordem econômica, a função social da propriedade. E o contrato enquanto veículo de circulação de riquezas, logicamente, há de seguir tal imperativo. A boa-fé será, nossa ordem de idéias, o limite objetivo imposto ao exercício dos direitos subjetivos, inclusive a liberdade de contratar, instrumento de realização da sua função social."[102]

Tal função da boa-fé objetiva visa evitar abuso de direito oriundo do desequilíbrio de forças sócio-econômicas das partes contratantes, que resulte em poder de exercício unilateral e abusivo da autonomia da vontade.Assim, como já estudado anteriormente, há a necessidade da intervenção estatal através do legislador ou através do judiciário para se evitar injustiças.

O exposto até aqui nada mais é do que uma brevíssima síntese do que se entende por boa-fé nos dias atuais.

E para finalizarmos tal entendimento, transcreve-se entendimento de Larissa Maria de Moraes Leal onde a autora delimita muito bem a contribuição e a função da boa-fé em relação às obrigações contratuais:

> "A contribuição da boa-fé na seara contratual divide-se em três momentos: inicialmente, pode ser verificada quando, ao imputar normas de conduta aos contratantes, coíbe pretensões abusivas das partes transformando-se em hábil mecanismo de proteção preven-

[99] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de.Revista Forense : A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro.p 14.v 364. dez/ 2002. Forense

[100] A disposição do artigo 187 embora não esteja localizada no Título destinado aos contratos, tem inequívoca relevância na esfera negocial, impondo limites ao exercício abusivo de poder contratual.

Fernando Noronha : " Realmente, importante é saber que o verdadeiro critério do abuso de direito parece estar no princípio da boa-fé: o que importa assinalar é, primeiro, que a boa-fé exige de cada parte que, ao exercer os seus direitos haja com moderação e, segundo, que se a discricionariedade concedida aos particulares constitui a sua esfera de autonomia privada, a boa-fé, agora, terá uma função de limite a tal autonomia."(NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 173. Saraiva: 1994)

[102] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de.Revista Forense : A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro.p 14.v 364. dez/ 2002. Forense

tiva dos interesses sociais insculpidos nos negócios jurídicos. E segundo plano, a boa-fé transmutar-se-á em verdadeira matriz dos direitos e deveres das partes, mais uma vês coibindo abusos e servindo para a realização dos fins econômicos-sociais dos contratos.Por fim, a condição de cânone interpretativo, a boa-fé norteará o trabalho do intérprete com grande honestidade, lealdade e correição que a sociedade anseia das relações contratuais. Grande, pois, o avanço – ainda que tardio- da legislação civil brasileira, dando tratamento a instituto da boa-fé."[103]

3.8. Princípio da supremacia da ordem pública

Visto durante toda a explanação aqui apresentada, a autonomia de vontade sofre limitações sempre que os interesses sociais e morais sejam postos em segundo plano para prevalecer a vontade dos contraentes. Toda vez que o negócio jurídico particular contrariar os bons costumes bem como a ordem pública, o interesse das partes contratantes é preterido para dar guarida ao bem estar social. As determinações da lei de ordem pública se somam aos preceitos da moral, dos bons costumes, que impões aos indivíduos barreira natural ao princípio da autonomia da vontade. A idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar, os quais não podem ser alterados por convenção entre particulares.[104]

Como forma de apresentação de algumas normas-principiológicas da supremacia da ordem pública sobre o interesse particular, segue a seguinte classificação, que é somente exemplificativa e não taxativa: a) as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; b) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas ; c) as leis que asseguram ao operário proteção especial; d) as leis sobre o estados e capacidade das pessoas; e) as leis sobre o estado civil; f) certos princípios básicos do direito hereditário como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura ; g) as leis relativas à composição do domínio público; h) os princípios fundamentais do direito de propriedade ; i) as leis monetárias) a proibição do anatocismo; etc...[105]

3.9 .Princípio da justiça contratual

Embora para se chegar à denominação de justiça nos dias atuais deve-se ver sua evolução ao longo da história, não é de interesse do presente estudo fazer tal avaliação.

Pode-se ao menos dizer que o significado de justiça teve seu início, ou ao menos sua maior formalização em Roma, entendendo-se como materialização de valoração.

Porém, com o passar do tempo, passou-se da visão valorativa para uma visão

[103] LOBO, Paulo Luiz Netto, coord A teoria do contrato e o novo Código Civil. LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. P40.recife: 2003

[104] FIDA, J. B. Torres de Albuquerque Orlando. Dos contratos no direito brasileiro. P 46. Editora Jurídica Mizuno, 2004.

[105] Ob. Cit. p 17

apenas positivista do senso de justiça que, durante a século XIX e primeira metade do século XX fortaleceu-se.

Mas desde o início do século XX ocorre uma retomada da tradição milenar, onde entende-se que justiça não pode se desligar da valoração humana fundada num direito natural assente na natureza das coisas.[106]

Para se ter uma idéia de como é impossível a definição de justiça, ou até mesmo uma interpretação de justiça sem a conjuntura com valores humanos. Citamos o maior expoente do positivismo jurídico, Hans Kelsen:

> "Verdadeiramente, não sei nem posso afirma que é Justiça, a justiça absoluta que a humanidade almeja alcançar. Só posso estar de acordo em que existe um justiça relativa e posso afirmar o que é justiça para mim.Dado que a Ciência é minha profissão e, portanto, o mais importante da minha vida, a Justiça, para mim, dá-se naquela ordem social sob cuja proteção pode progredir a busca da verdade. Minha justiça, em definitivo, é a da verdade, da paz; a justiça da democracia, da tolerância."[107]

Percebe-se pelo conceito acima transcrito que o próprio defensor mor do positivismo não consegue desprender justiça do sentimento de valoração, visto que democracia, liberdade, tolerância e paz nada mais são do que sentimentos ligados a valores e necessidades humanas.

Atualmente, existem muitas definições de justiça, sendo que nenhuma é perfeitamente completa, pois dependem de valores empregados a determinadas situações.

Mas como já dito, não é a justiça em si matéria deste estudo, mas sim a justiça aplicada no campo contratual.

Justiça contratual então nos passa a idéia de equilíbrio entre as obrigações pactuadas, isto que é a aplicação da justiça na formulação, execução e extinção do contrato, como bem formula Fernando Noronha:

> "A justiça contratual é a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece na relação de troca, de forma que nenhuma das partes de mais nem menos do valor que recebeu; a responsabilidade civil é a relação de equivalência que se estabelece entre prejuízo sofrido por uma pessoa e a reparação devida por quem causou.A justiça contratual, será, portanto,uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual. E, dentro dos contratos, o seu campo de eleição é, naturalmente, o contrato comutativo, que é aquele que pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contra-prestação – e que, de resto, constitui a mais importante categoria contratual da vida real e a mais comum."[108]

Como se pode observar, justiça está intimamente ligada ao princípio da equivalência das prestações, o que de certa forma também faz com que o princípio da justiça contratual também mantenham uma estreita ligação com os demais princípios até aqui estudados.

[106] NORONHA, Fernando.O direito do contrato e seus princípios fundamentais. P. 208. Saraiva: 1994
[107] Ob.cit. p. 208
[108] Ob. cit. p. 215

Assim sendo, torna-se difícil buscar um ponto de equilíbrio, principalmente entre a justiça contratual, a boa-fé e a autonomia privada, ou seja, um ponto em que a justiça contratual e a boa-fé não descaracterizem a autonomia privada.

Deve-se então partir da premissa de que todo contrato é justo, devendo apenas ter-se cuidado em relação às obrigações contratuais, se estas estão baseadas em vícios de consentimento ou incapacidades, que podem, de certa forma anular o contrato, dependendo apenas de se originar das mesmas a injustiça da relação contratual, bem como deve-se fazer valer a teoria da imprevisão quando o equilíbrio econômico contratual estiver abalado por forças extrínsecas aos contratantes, conforme ensina Fernando Noronha:

> " ... nos vícios de consentimento e nas incapacidades a consideração da justiça contratual ainda poder ser tida por despicienda, por que neles nunca haverá a possibilidade de impedir a invalidação do negócio, com a demonstração entre o efetivo equilíbrio entre prestação e contraprestação, ela já passará a ser muito importante nos demais casos, que podem ser agrupados em três categorias: uma primeira relativa a situações em que a relação de equivalência falta logo no momento da celebração do contrato (lesão e estado de perigo);outra em que ela é rompida posteriormente (onerosidade excessiva e correção monetária, que são hipóteses de superveniente destruição da relação de equivalência); a terceira, abrangendo os casos em que a situação de desequilíbrio entre as partes pode gerar mas não produz necessariamente um contrato substancialmente injusto (contratos padronizados e de adesão)."[109]

3.10. Princípio da função social do contrato

Conforme o estudado até aqui, com a evolução do Estado Liberal, onde primeiramente existia o ideal de liberdade, e, com relação à propriedade, fundada no absoluto uso, gozo, e disposições dos bens consagrados no Código Napoleônico e em outros sistemas jurídicos formados ao longo do século XIX e início do século XX, se por um lado representava um definitivo rompimento com o decadente regime feudal, por outro lado a representação máxima da liberdade individual, com a crescente industrialização que se seguiu de forma desordenada pela não-interveniência do estado, logo mostrou seus defeito, os quais podem ser demonstrados pela exploração da propriedade de forma irrestrita e incondicional com o desmedido intuito de lucro que permitiu a concentração de capital nas mãos de poucos, que, através do poder econômico e do monopólio dos meios produtivos, estabeleciam unilateralmente as condições do contrato, tornando a tão desejada liberdade de contratar em uma espécie de cárcere aos menos favorecidos, que cada vez mais viam esvaziadas as opções para satisfação de suas necessidades, seja de trabalho, seja de consumo, senão através das grande indústrias que se formavam.

Resultou que essa desigualdade e exploração abriram espaço para um novo pensar sobre a atividade estatal, exigindo uma atuação do Estado de forma interventiva, através da imposição de deveres que pudessem garantir ao indivíduo condições mínimas

[109] *Ob. Cit. p 227.*

para uma vida digna, o que na doutrina constitucional recebe a denominação de direitos fundamentais de segunda geração, renascendo assim a doutrina da função social, propondo a alteração do conceito de propriedade, de mero objeto de apropriação humana, para ser compreendido como bem de produção a serviço do bem-estar e da justiça social.[110]

Assim, pelo renascimento[111] da base da doutrina da função social, a propriedade comportaria, portanto, não só o direito individual de possuir tudo o que o homem necessita para sua satisfação pessoal, mas também direito social, pelo qual o excesso deve reverter-se em favor da sociedade. Por tal entendimento, logo se percebeu que o alcance da função social teria um alcance não só sobre a propriedade, mas sim um alcance muito maior que englobaria também as relações obrigacionais.[112]

Percebe-se então, que para aplicar a função social aos contratos e exercer um poder de equilíbrio econômico, visto que é um instrumento de circulação de riquezas, um regulador, pois enfeixa direitos e obrigações voluntariamente assumidos pelas partes e por fim um social, considerando-se que seu exercício interessa a satisfação de interesses sociais o legislador promulgou o artigo 421 do Código Civil, que dispõe: "A liberdade de contratar será exercida e razão e nos limites da função social do contrato."

Conforme o já exposto anteriormente, o contrato através da aplicação da função social, sofre uma releitura, tanto de seus princípios como até mesmo em seu sentido substancial, através da visão do Estado Social de direito e não mais unicamente da doutrina do Estado Liberal.

Tal releitura nos é muito bem repassada pelo raciocínio de Antônio Jeová Santos:

> "A transformação que sofre o contrato é a que se concretiza com a realidade da tendência de socialização, vale dizer, a ter um aspecto social, no sentido de que os direitos e deveres devem ser exercidos funcionalmente, sem desviarem-se dos fins econômicos, dos fins éticos e dos fins sociais que o ordenamento legal tem em conta . O direito contratual sofre uma modificação que tende a fustigar os atos de exploração e de iniqüidade; os atos que sejam abusivos e antifuncionais,..."[113]

Fácil torna-se então entendermos que a transformação por que passa o contrato faz parte de transformação pela qual passa a sociedade, visto que os próprios preceitos constitucionais promulgados em 1988 conjugam isso,conforme pode-se observar da leitura do artigo 5, inciso XXIII – "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá sua função social.*

---

[110] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil. P 36. Saraiva: 2002

[111] Fala-se em renascimento, pois conforme a doutrina afirma, a função social não representou ma novidade, mas apenas uma retomada das antigas idéias na Bíblia (velho e novo Testamento) e na obras de grandes Filósofos como Aristóteles e Santo Tomás de Aquino e no próprio direito romano.

[112] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil. P 38. Saraiva: 2002

[113] SANTOS, Jeová Antonio.Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos.p 117.Editora Método, SP, 2002.

Também relata o artigo 170, inciso III: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade.*

Por último, podemos citar o artigo 182, parágrafo segundo da Carta Magna: *A política de desenvolvimento urbano, executado pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e garantir o bem-estar de seus habitantes. Par 2 : A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*

Podemos então observar expressamente que a função social do contrato derivou-se da função social da propriedade e, nos mesmos moldes que aquela sofreu restrições de cunho social pelo estado, esta também a sofre.

Claro está que o direito civil atual sofreu forte influência do direito constitucional, conforme se pode observar nos artigos transcritos acima, mas tal assunto é matéria do próximo capítulo a ser estudado.

O que queremos esclarecer é que a função social do contrato solidificou-se com a evolução social da propriedade; esta porém tornou-se fortemente arraigada em nosso sistema jurídico com a promulgação dos artigos já citados na Constituição Federal de 1988, o que nos leva diretamente a crer que a função social do contrato já estava em plena eficácia desde 1988, dependendo apenas ser recepcionada pelo novo Código Civil para ter eficácia de lei, como bem demonstra Antônio Junqueira de Azevedo, sendo citado por Leonardo Mattietto:

> "Está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art.1,IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais.O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro."[114]

Como se pode observar, fica difícil fazer uma delimitação conceitual de função social do contrato, mas, sabemos que é antes de tudo um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípuo efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum[115].

Tereza Negreiros afirma que em se partindo da premissa de que quando a função social do contrato é concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que lhe possa atribuir, significa simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas[116]. Nessa mesa

[114] MATTIETTO, Leonardo. Função social e relatividade do contrato: um contraste entre princípios. Revista Jurídica n 342.Abril/2006. Editora Notadez

[115] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 55. saraiva. 2005

[116] NEGREIROS, Tereza. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. p 206.Renovar: 2002.

linha é o pensamento de Eduardo Sens Santos,citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> "... contrato não pode ser mais entendido como mera relação individual. É preciso atentar para seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima, da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade- quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízo à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo."[117]

Pode-se perceber que são amplas e imprecisas as bases negociais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora a quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato. Natural é a falta de unidade científica para a definição e caracterização da função social do contrato, no atual estágio de desenvolvimento em que se encontra, visto que foi recentemente integrado no mundo jurídico, impulsionado através da funcionalização da propriedade, expressada na Constituição Federal de 1988, onde os valores constitucionais e princípios infra-constituconais privados, dos quais destaca-se a solidariedade (valor) e a boa-fé (princípio), sendo o segundo fundado no primeiro, mostram-se como melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato.[118]

4. Interpretação dos contratos: a aplicação da perspectiva civil-constitucional e a visão social contemporânea

4.1. O contrato e a perspectiva civil-constitucional

Como já estudado anteriormente, a origem do Estado Liberal, com suas codificações que ressaltavam o direito de liberdade individual, à passagem ao Estado Social, onde prevalece o valor à pessoa, deve-se compreender que o ocorrido fez e faz parte de uma nova visão sociológica.

No início do presente estudo, demonstramos quais as premissas que originaram o Estado Liberal, tendo como sua, senão primeira mas mais importante, no contexto histórico, a codificação no Código de Napoleão.

Com o passar dos tempos, com a industrialização, com a massificação das rela-

[117] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.Novo curso de direito civil.Contratos. v IV. p 55. saraiva. 2005

[118] NALIN, Paulo.Do contrato : conceito pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Pensamento jurídico. V II. P 223.Editora Juruá: Curitiba, 2004.

ções pessoais e obrigacionais, passou a sociedade a ter uma visão mais social dela mesma, surgindo assim o Estado Social de direito.

Assim, com tal entendimento ocorrendo após a era da industrialização, as doutrinas reivindicacionistas e os movimentos sociais alimentados pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução nas cartas políticas e nas grandes constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada; assim, as constituições assumem compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada da propriedade e do controle de bens.[119]

Tal entendimento resultou em sua aplicação em nosso ordenamento civil constitucional, onde, com a promulgação da Carta Magna em 1988, retiraram-se do âmbito civil os direitos fundamentais do indivíduo, visto que antes esses direitos se baseavam na liberdade individual de contratar e na propriedade, e assim passou-se a aplicar os direitos fundamentais dos indivíduos no próprio corpo constitucional, que como já informado valorizou a pessoa e não somente a questão patrimonial, como bem relata Gustavo Tepedino:

> " O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao código civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes."[120]

A mudança ocorrida atribuiu aos princípios constitucionais verdadeira força normativa, onde a adoção da perspectiva civil-constitucional impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o direito civil, preenchendo as formas conceituais e as categorias lógicas desta área do Direito com o conteúdo axiológico estampado na constituição. Por isso, o direito civil sendo interpretado pelo modo de ver constitucional, concebe o intérprete e aplicador do direito como protagonista da reconstrução do sistema jurídico, não mais centrado no código, mas sim na Constituição.[121]

Vê-se, portanto, que atualmente se prima o ser sobre o ter, tentado pela leitura do direito civil à luz da constituição,traduzindo-se na transformação da ética da liberdade por uma ética solidária, de co-responsabilidade, cooperação e lealdade, sendo que estas são, em linha gerais os ideais e a propostas da perspectiva civil-constitucional.[122]

O entendimento acima descrito relata o que se passa também com relação às

[119] TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil: Premissas metodologias para a constitucionalização do direito civil. P 6-7. 2 ed Reovar: 2001.

[120] Ob. Cit. P 7.

[121] NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: Novos paradigmas.p 56. Renovar:2002

[122] Ob. Cit. P 62.

obrigações contratuais onde houve uma estrondosa influência na socialização do contrato, conforme explicado no capítulo anterior, onde discorremos sobre a função social do contrato.

O que se deve buscar atualmente é uma nova visão do direito civil, no caso nos interessa a parte que trata dos contratos, devendo aplicar-se não somente os direitos ditos privados, mas sim aplicá-los conforme dita a Constituição, que no caso, visa muito mais a proteção da pessoa do que do patrimônio. E isto é o que busca o Código Civil de 2002, com a função social da propriedade, da empresa e do contrato, conforme ensina Paulo Nalin:

> "Há de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especialmente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos, fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do código civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição. Isto é observado com grande destaque nas relações jurídicas contratuais, em que a vontade surge como mero papel de impulso, quando não, completamente inexistente, no âmbito das relações de adesão e do contrato obrigatório, ambas conseqüência da massificação negocial."[123]

4.2.Teoria objetiva, teoria subjetiva e teoria integrativa da interpretação contratual.

Pudemos observar pela presente explanação a mudança ocorrida no universo jurídico em relação a contemporânea visão embasada no Estado Social de direito.

Visto por esse ângulo, o desenvolvimento das relações civis embasadas nas transformações sociais e econômicas, conduz o intérprete a uma nova interpretação dos contratos, onde se eleva ao mais alto grau seus efeitos na sociedade e as condições sociais e econômicas das pessoas neles envolvidas.

Assim, perante a contemporânea concepção social do contrato, deve ser posicionado o problema da interpretação contratual, ou seja, deve-se determinar o sentido com que o contrato há de valer, bem como o efeito que ele tende a produzir, se o mesmo é válido e qual o alcance das declarações de vontade.[124]

Mas, primeiramente devemos entender as divergências que poderão surgir entre a vontade e a declaração, ou seja, a divergências entre a verdadeira intenção que buscaram as partes ou ao menos uma das partes e a vontade declarada através do instrumento contratual.

Para tanto, deve-se entender o que significam as teorias de interpretação subjetiva e a objetiva, esta ligada à declaração e aquela ligada à vontade.

Melhor nos ensina Silvio Betrão :

[123] NALIN, Paulo.Do contrato : conceito pós-moderno (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Pensamento jurídico. V II. P 90.Editora Juruá: Curitiba, 2004

[124] LOBO, Paulo Luiz Netto, coord A teoria do contrato e o novo Código Civil. BELTRÃ, Silvio Romero. Interpretação dos contratos.p 102 .recife: 2003

> "A teoria da vontade, posição subjetivista, é aquela que dá ênfase ao sentido subjetivo do contrato, priorizando a vontade real do declarante.Assim, tanto para a validade do contrato quanto para a interpretação do mesmo o que interessa é a vontade efetiva do declarante.
> Por sua vez, a teoria da declaração , posição objetivista, consagra não a vontade real do declarante, mas o sentido que esta vontade manifestada tomou na declaração negocial. Assim, a teoria objetivista procura dar prevalência à manifestação de vontade tal qual ela foi declarada ao seu destinatário."[125]

Percebe-se um grande contra-senso com tal situação, visto que se a vontade que reside no estado mental de uma das partes não foi exteriorizada, não pode ter eficácia jurídica para determinar o que se pretendeu, pois o propósito sem a exteriorização não é reconhecido objetivamente, por isso, a reserva mental como declaração de vontade contrária à intenção, faz com que a declaração exteriorizada subsista desde que o destinatário não tenha conhecimento da vontade real do declarante, vez que a vontade interior não produz efeitos jurídicos se não declarada.[126]

Por isso, se não se conhecer vontade real do declarante, da declaração deve se tirar o sentido que o cidadão normal deduziria.

Assim está explicitado no artigo 112 do Código Civil: "Nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem."

Pode-se observar que não se deve impor a vontade que ficou retida na consciência da pessoa, mas sua intenção na medida em que se tornou reconhecível pela declaração ou em sua conduta, assim, a declaração perante a interpretação deverá ser medida ou equalizada juntamente com o comportamento e as circunstâncias que envolveram a manifestação da vontade.

Torna-se assim a interpretação contratual, mais do que nunca, um conjunto de valores somados à objetividade da relação negocial, devendo atender ao comportamento recíproco adotado pelas partes, diante da situação do fato concreto, não acolhendo integralmente o sentido literal da linguagem, mas atendendo ao espírito da intenção formada na declaração ou na conduta das partes, conforme nos ensina Maria Helena Diniz :

> " A interpretação do ato negocial situa-se na seara do conteúdo da declaração volitiva, pois o intérprete do sentido negocial não deve ater-se, unicamente, à exegese do negócio jurídico, ou seja, ao exame gramatical de seus termos, mas sim em fixar a vontade, procurando suas conseqüências jurídicas, indagando sua intenção, sem se vincular, estritamente, ao teor linguistico do ato negocial. Caberá, então, ao intérprete investigar qual a real intenção dos contratantes, pois sua declaração apenas terá significação quando lhes traduzir a vontade realmente existente. O que importa é a vontade real e não a declarada; daí a importância de se desvendar a intenção consubstanciada na declaração."[127]

Percebe-se então que a valoração ligada a interpretação dos contratos, quando

[125] *Ob. Cit. P 103.*
[126] *Ob. Cit. P 105.*
[127] *Ccc, p. 124*

existe divergência entre a vontade declarada e a vontade real, deve-se aplicar a teoria da confiança, que já foi explanada nos comentários ao princípio da boa-fé.

Assim, somente para se tornar mais didático, a teoria da confiança foi desenvolvida no âmbito da teoria da declaração da vontade (objetiva) e determina a manutenção das vantagens que caberiam ao confiante, caso a posição do declarante fosse real. Ainda, segundo a teoria da confiança, ela seria a base da sustentação do negócio jurídico, em relação à conduta das partes que imprime a certeza do cumprimento da relação assumida, tendo-se na confiança a finalidade de proteger todo aquele que agiu de boa-fé, na certeza de que a declaração negocial se apresenta com crédito.[128]

Mesmo entendimento deve-se ter quando surgirem cláusulas contraditórias, devendo o intérprete adequar as cláusulas enquadradas no negócio na totalidade do ambiente social, apreciando o comportamento das partes e suas manifestações de vontade.

Como visto até agora, tratou-se das teorias da interpretação objetiva e subjetiva.

Deve-se, portanto, explicar como as divergências entre as duas correntes acima são resolvidas.

Resolve-se através da interpretação integrativa do contrato.

Quando as partes descuidam, deixando de regulamentar as cláusulas contratuais de forma adequada não prevendo todas as situações que possam interessar à completa regulamentação da relação contratual, deixando lacunas a serem resolvidas e que resultam em litígios, devem lançar seus olhares para a interpretação integrativa, que tem como objeto incidir sobre pontos de regulamento de interesse que, embora não tenham sido abrangidos pela fórmula, que se tornou inadequada, estão, todavia, compreendidos na idéia que ela exprime, portanto estão assim enquadradas no conteúdo do negócio.[129]

Assim, o critério que se busca para fazer valer tal interpretação é a partir da vontade presumida ou tendencial das partes, pois se presume impossível obter a vontade real das partes mediante seus interesses contrapostos.

A vontade tendencial seria aquilo que é razoável presumir das partes, supondo o que elas teriam aceitado caso não houvesse omissão, onde o intérprete deverá buscar elementos exteriores que presumam a vontade das partes litigantes.

Entende-se, portanto, que a interpretação integrativa não deixa de ser a reconstituição da idéia do contrato, deduzida dos requisitos objetivos, no seu todo e na sua concludência, em conexão com o ambiente social.[130]

Porém para finalizarmos este raciocínio, deve-se explicitar o parâmetros da interpretação contratual, que muito bem é explicada por POTHIER em suas regras de interpretação das convenções referentes ao Código Civil Francês, que muito bem encaixam-se no direito pátrio, e através da aplicação delas pode-se perfeitamente completar as lacunas que porventura vierem a aparecer nos contratos:

---

[128] LOBO, Paulo Luiz Netto, coord A teoria do contrato e o novo Código Civil. BELTRÃ, Silvio Romero. Interpretação dos contratos.p 108 .recife: 2003

[129] Ob. Cit. P 128

[130] Ob. Cit. P 122

"1. Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção comum das partes contraentes do que qual é o sentido comum das palavras.

2. Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum.

3. Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, deve entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato.

4. Aquilo em que o contrato é ambíguo interpreta-se conforme o uso do país.

5.O uso é de tamanha autoridade na interpretação dos contratos que se subentendem as cláusulas do uso ainda que não exprimissem.

6. Uma clausula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, ou elas precedam, ou elas sigam aquela.

7.Na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa em descargo daquele que tem contraído a obrigação.

8. Por muito genéricos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, ela só compreende as coisas sobre as quais parece que os contraentes se propusera a tratar, e não as coisas em que eles não pensaram.

9. Quando o objeto da convenção é uma universalidade de coisas, compreende todas as coisas particulares que compõe aquela universalidade, ainda aquelas de que as partes não tivessem conhecimento.

10. Quando em um contrato se exprimiu um caso, por causo da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contrato se estenderia àquele caso, não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se compreendem nela, como se fossem expressos.

11. Nos contratos, bem como nos testamentos, uma cláusula concebida no plural se distribui muitas vezes em muitas cláusulas singulares.

12. O que está no fim de uma frase ordinariamente se refere a toda a frase, e não àquilo só que a precede imediatamente, contanto que este final da frase concorde em gênero e número com a frase toda."[131]

4.3. A interpretação contratual embasada na releitura dos princípios contratuais face ao Estado Social de direito

Como demonstrado até agora no presente estudo, os princípios contratuais sofreram um releitura e por assim dizer aplica-se a eles uma nova visão de interpretação.

Os princípios contratuais discorridos anteriormente sofreram uma relativização pela evolução do estado liberal de direito para o estado social de direito, devendo esses princípios serem aplicados de forma a preservarem principalmente a função social do contrato.

Não que sejam inaplicáveis perante sua relativização, mas devem sofrer uma valoração diferente, tendo outros sentidos de direcionamento, visando agora o bem social e não simplesmente a vontade das partes ou simplesmente a vontade de uma das parte em detrimento da outra, principalmente quando houver desnível cultural e econômico entre elas, onde tal diferença seja aplicada à relação contratual causando uma lesão desproporcional.

Tal relativização atingiu também o instituto do contrato, como bem relata Arnoldo Wald :

> "Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição sine qua non da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada.

[131] *VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil : Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. v II.p 457. 3 ed. Atlas:2003*

> A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação , à oscilação do câmbio e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas determináveis no momento de sua execução.
> O contrato, realidade viva, forma de parceria, com diretos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira novidade para os juristas clássicos, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje, que é, como vimos, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança.Assim autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos se tornaram relativas, pois o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível, mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou resolução é mais ou menos extensa"[132]

Vemos que com a relativização dos princípios de direito, o instituto do contrato também sofreu uma revisão em seus parâmetros.

Assim, vemos o surgimento de uma importantíssima divergência: quando irá prevalecer autonomia da vontade –autonomia privada- sobre a realização do pactuado e assim a mantença da segurança jurídica e quando a autonomia da vontade será limitada pelos princípios de direto para relativizar o contrato a fim de buscar o bem estar social através da função social do contrato.

Como já dito anteriormente, todos os contratos sofreram uma relativização pela mudança do Estado Liberal para o Estado Social de direito, e o principal norte contratual através dos tempos, o princípio da autonomia da vontade, foi o que, talvez, mais sofreu restrição.

O Estado Liberal surgiu da necessidade de melhorias de cunho social, ou seja, surgiu através de uma releitura de princípios que visam proteger a pessoa, o social, ao invés de simplesmente proteger a vontade pactuada, que muitas vezes foge de escrúpulos, visando somente o lucro acentuado a uma das partes ao invés de proteger a parte que por muitas vezes sofre um estrondoso prejuízo por motivos alheios a sua vontade e assim causa um desequilíbrio social, visto que o contrato tem como fundamento a circulação de riquezas, mas de forma proporcional e não abusiva para somente uma das partes.

Assim, entende-se que a autonomia da vontade é ainda o principal alicerce do instituto do contrato, sofrendo por sua vez limitações, que serão vistas caso a caso.

Tal limitação é feita através da aplicação dos princípios contratuais aqui já estudados, onde a aplicação destes irá delimitar até onde vai a eficácia da autonomia da vontade, como bem nos ensina Antonio Jeová Santos:

> " Resumindo, a autonomia da vontade está condicionada por diversos fatores que a limitam. Restringe essa autonomia a norma imperativa que tem como finalidade a proteção de interesses superiores e não, simplesmente, o interesse individual das partes contratantes. Como todo contrato deve respeito ao nosso estilo de vida, aos bons costumes e à moral, não pode se afastar da ordem pública. As normas de ordem pública tem como escopo abrandar o desequilíbrio entre o contratante economicamente saudável , forte e robusto,

[132] DINIZ, Maria Helena. LISBOA, Roberto Senise. Cord. O direito civil no século XXI WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil. P 88.Saraiva: 2003

perante o consumidor débil.Além disso, todo contrato deve guardar um fim social. É a regra moral das obrigações civis, tão cara a Ripert, que teve de escrever um livro para concluir que a regra moral deve informar o sistema jurídico.O ato de contratar não deve se converter em abuso de direito, nem em aproveitamento de um estado inferior da outra parte."[133]

Por todo o exposto até aqui, podemos notar que a função social do contrato deve ser buscada aplicando à autonomia da vontade todos o princípios contratuais, que sofreram uma releitura com o surgimento do Estado Social de direito.

Assim, com a relativização da autonomia de vontade, mantêm-se a segurança jurídica através do bem estar social, pois aquela nada mais é do que a aplicação da justiça social aos casos em que uma das partes do negócio jurídico se sobressai à outra, de maneira não pretendida, e assim, causando um enriquecimento exagerado, tendo como nexo causal a prestação desproporcional e o empobrecimento não pretendido ou desproporcional da outra parte.

5. Conclusão

Durante o presente estudo, buscou-se relatar um pouco a evolução que o raciocínio jurídico e a valoração de ideais sociais tiveram com o passar do tempo.

Buscou-se demonstrar que cada período vivido pela humanidade é suscetível de valoração principiológica que decorre de acordo com o momento pelo qual passa a sociedade.

Primeiramente, a partir do século XVII e XVIII, com a dominância da economia por poucos afortunados que apenas exploravam a classe produtora, houve a necessidade de livrar esta classe das mazelas dos exploradores.

É o que ocorreu na França, que resultou na Revolução Francesa. Em tal período histórico, houve a busca por valores que representassem os interesses dos oprimidos injustamente, fato que resultou no surgimento do Estado Liberal de direito, onde o indivíduo passou a ter liberdade para escolhas que não seriam tolhidas pelo Estado.

Nesse sentido, relacionado com a teoria contratual, o pactuado seria imutável, pois a autonomia da vontade era o maior grau de valoração já conseguido, levando em consideração o período pelo qual passavam.

A autonomia da vontade, por ser tão desejada naquele exato momento da história, tornou-se o maior dogma para as relações negociais, visto que nada podia ser mais importante para a sociedade em dado período do que se respeitar a vontade do cidadão, dando a este a escolha de fazer o que melhor lhe conviesse.

Assim, passou-se a entender que, desde que no contrato não houvesse vícios em sua formação, ou desde que o contrato não estipulasse objeto contra a lei, prevaleceria o pactuado pelo entendimento de que autonomia de vontade era irrevogável.

Com o passar dos tempos, houve uma mudança ocorrida nos valores sociais. Vários fatores influenciaram tal mudança, como a massificação da sociedade, a exploração da propriedade e a massificação das relações obrigacionais e contratuais.

Assim, levando-se em conta esta mudança social, buscou-se novamente uma nova valoração para aplicar sobre a sociedade.

[133] *SANTOS, Antonio Jeová.Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos. P23.Método: SP, 2003.*

Vejamos da seguinte forma: com as novas perspectivas sociais, não interessava mais para a sociedade que as relações obrigacionais fossem mantidas sob prisma da imutabilidade perante a autonomia da vontade, pois estava surgindo uma nova exploração, que é vinculada justamente à citada autonomia. Não se poderia mais falar em igualdade das partes e liberdade do indivíduo, visto que poucos detêm o capital e a maioria não.

Deve-se então buscar uma valoração que equalize de maneira homogênea as partes nas relações obrigacionais, e para isso deve-se relativizar os conceitos dogmáticos que até então prevaleciam, que tinha como seu expoente maior a autonomia da vontade.

Surge então o Estado Social de direito, que prega uma visão igualitária nas relações contratuais.

Busca tal valoração a igualdade entre as partes nas relações obrigacionais, igualdade esta que só poderá ser atingida pela relativização dos antigos conceitos existentes, juntamente com o surgimento de novos conceitos valorativos.

Buscando uma nova identidade para o social, a Constituição Federal de 1988 promulgou princípios que buscam privilegiar a sociedade ao invés do indivíduo. Tais princípios influenciaram também o direito civil privado, com a incorporação pelo Código Civil da função social do contrato.

O interesse social, ressaltados pelos atos praticados em cada período, sempre foi fundamental para o surgimento de novos valores.

Assim, verifica-se que a sociedade sofre uma constante mutação através do tempo, e que esta mutação é sentida pelo jurista com o surgimento de novos princípios, valores e regras, e, como não podia deixar de ser, o jurista que quiser ter um diferencial a oferecer, deve estar atento para as mudanças sociais ocorridas, para poder compreender não somente a lei, mas também seu sentido e sua valoração, estando assim, apto para interpreta-la.

6. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. **Curso de Direito Civil**. SP: Atlas, 2002.

BESSONE, Darcy. **Do contrato. Teoria Geral**. RJ: Forense, 1987.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. SP: Saraiva, 2002.

BONAVIDES,Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. SP:Malheiros, 2008.

CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito**: Geral e Brasil. RJ: Lúmen Júris, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**.Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V 3. SP: Saraiva.2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. V2. SP: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. LISBOA, Roberto Senise. Cord. **O direito civil no século XXI**

WALD, Arnoldo. **Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil**. SP: Saraiva, 2003.

EFING, Antonio Carlos. **Repensando o Direito do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO,Rodolfo.**Novo curso de direito civil**. SP: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 10 ed. RJ: Forense, 1984.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e boa fé**. RJ: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. SP: Saraiva, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife : Nossa Livraria, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto, coord **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. BELTRÃ, Silvio Romero. **Interpretação dos contratos**. Recife: 2003.

MATTIETTO, Leonardo. **Função social e relatividade do contrato: um contraste entre princípios**. Revista Jurídica n 342.Abril/2006.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. **Revista Forense**,v 364. dez/ 2002.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno**.Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato**. Novos Paradigmas. Renovar. 2005.

NORONHA,Fernando. **O direito do contrato e seus princípios fundamentais**. SP: Saraiva, 1994.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do capitalismo moderno**. Campinas: RedLivros, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed . RJ: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. SP: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SANTOS, Antonio Jeová. **Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos**. SP: Método, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. RJ: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil constitucional**. RJ: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil: Premissas metodologias para a constitucionalização do direito civil**. 2 ed. RJ: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil : Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. SP: Atlas, 2003.