

VIVIAN CAROLINE CASTELLANO

**Sistematização e apreciação crítica dos princípios
contratuais: da doutrina clássica ao direito contratual
contemporâneo**

Monografia apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito

Orientador: Professor Doutor Luiz
Edson Fachin

**Curitiba
2001**

TERMO DE APROVAÇÃO

Sistematização e apreciação crítica dos princípios contratuais: da doutrina clássica ao direito contratual contemporâneo

Por

Vivian Caroline Castellano

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos Professores:

Presidente da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Agradeço ao Professor e Orientador Luiz Edson Fachin, pelos seus ensinamentos e pelo seu incentivo ao longo deste estudo. Agradeço, também, a solidariedade e apoio da minha família e amigos.

SUMÁRIO

Termo de Aprovação	ii
Sumário	iv
Lista de Abreviatura.....	vi
Resumo	vii
Introdução	1
TÍTULO I - NOÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE COMO CERNE DA TEORIA CLÁSSICA DOS CONTRATOS	3
Capítulo I - O Princípio da Autonomia da Vontade sob a ótica da Teoria Contratual Liberal-Individualista.....	3
Seção 1 – Os Pressupostos do Princípio da Autonomia da Vontade.....	3
Seção 2 - O Princípio da Autonomia da Vontade: características e conseqüências advindas de sua aplicação	6
Seção 3 - A manutenção do Princípio da Autonomia da Vontade como elemento garantidor da Teoria Contratual Liberal-Individualista	8
Capítulo II - Os Princípios Contratuais Clássicos decorrentes do Princípio da Autonomia da Vontade.....	12
Seção 1 - O Princípio Consensualista	12
Seção 2 - O Princípio da Obrigatoriedade - <i>Pacta Sunt Servanda</i>	13
Seção 3 - O Princípio da Relatividade Subjetiva dos Contratos	15
TÍTULO II - TRAVESSIA: ABORDAGEM DAS RAZÕES REVELADORAS DA INADEQUAÇÃO DO PRINCÍPIO CLÁSSICO DA AUTONOMIA DA VONTADE	16
Capítulo I - As Transformações político-sociais e sua interação dialética com a ordem jurídica.....	16
Seção 1 - O Surgimento do Estado Social	16
Seção 2 - O Dirigismo Contratual e a Autonomia Privada: limitação ou garantia?	17
Seção 3 - Sociedade de Consumo, relações de massa e as modalidades contemporâneas de Contratação.....	22

Capítulo II - Rumo à Teoria dos Contratos relida a partir da Constitucionalização do Direito Civil	26
Seção 1 - A chamada "Crise do Direito Civil": Breves apontamentos sobre o Direito Civil Constitucional.....	26
Seção 2 - A disciplina Constitucional do contrato: a proteção da dignidade da pessoa humana inserida em um ambiente solidário e a função social do contrato	30
TÍTULO III - REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA.....	35
Capítulo I – O redimensionamento do Princípio da Autonomia da Vontade na contemporaneidade: alcances e limitações da Autonomia Privada.....	35
Seção 1 - A releitura necessária do Princípio da Autonomia da Vontade	35
Seção 2 – O Princípio da Autonomia Privada como princípio essencial da ordem jurídica: o dogma da vontade e os princípios dele decorrentes substituídos pelo exercício funcionalizado da auto-regulamentação de interesses	36
Capítulo II - Alguns apontamentos sobre o Princípio da Boa-fé Objetiva como elemento central da Teoria Contratual Contemporânea.....	39
Seção 1 - O Princípio da Boa-fé Objetiva: distinções, características gerais e aplicabilidade.....	39
Seção 2 - Previsão normativa do Princípio da Boa-fé Objetiva em matéria contratual.....	42
Capítulo III – Os Princípios Contratuais decorrentes do Princípio da Boa-fé Objetiva: Tutela da confiança, Transparência e Eqüidade	44
Seção 1 - Princípio da Tutela da Confiança: superação da dicotomia vontade interna e vontade declarada.....	44
Seção 2 - Princípio da Transparência: o alcance da oferta e a informação adequada como requisito da manifestação de vontade	50
Seção 3 - Princípio da Eqüidade: golpe final ao Princípio do <i>Pacta Sunt Servanda</i>	55
Conclusão	59
Referências Bibliográficas	61
Anexos	66

LISTA DE ABREVIATURAS

CR	Constituição da República Federativa do Brasil
CC	Código Civil
BGB	<i>(Bürgerliches Gesetzbuch)</i> Código Civil Alemão
<i>Code</i>	Código Civil Francês
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Projeto	Projeto de Código Civil
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
LICC	Lei de Introdução do Código Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TAPR	Tribunal de Alçada do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
ADTC	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

RESUMO

A presente monografia busca demonstrar que os princípios contratuais tradicionais: consensualismo, obrigatoriedade e relatividade subjetiva, pautados pelo dogma da vontade, são insuficientes e inadequados à realidade das relações contratuais contemporâneas, predominantemente massificadas. Diante das injustiças e do desequilíbrio originados na seara contratual pelo liberalismo, o Estado Social, através do dirigismo contratual público, impõe as primeiras medidas tendentes a estabelecer a igualdade substancial entre as partes, de modo a assegurar-lhes a oportunidade de exercerem suas vontades, sem sobrepujar-se à vontade do contratante mais forte. Neste contexto, o princípio da autonomia privada é apontado como substituto do princípio dogmatizante da autonomia da vontade, uma vez que a liberdade contratual deve ser exercida na medida do poder outorgado pelo direito objetivo. O golpe definitivo contra a Teoria Contratual Tradicional é desferido pela Constituição Federal de 1988, que elegendo valores fundamentais da ordem jurídica e disciplinando diretamente estruturas antes concebidas como exclusivas do privado, – propriedade, família e contrato – ilumina a releitura de todo o Direito, inclusive do Direito Civil. Neste contexto, o ser humano aparece inserido em um ambiente solidário e ao contrato é atribuída uma função social que visa harmonizar autonomia privada e solidariedade. Assim, com vistas a garantir o equilíbrio e a justiça nas relações contratuais, e como decorrência direta dos valores propugnados pela Constituição, surge a boa-fé objetiva como princípio norteador da Teoria Contratual Contemporânea, vertido nos princípios da tutela da confiança, da transparência e da equidade.

INTRODUÇÃO

No primeiro Título serão abordados aspectos atinentes à formação, manutenção e características da principiologia tradicional dos Contratos; no segundo, serão apontadas as razões e fundamentos da mudança; e, finalmente, no terceiro Título, serão delineados alguns aspectos dos princípios¹ da Teoria Contratual Contemporânea.

Primeiramente tratar-se-á do princípio da autonomia da vontade enquanto criação da Modernidade, tendo como pressupostos: o valor atribuído pelos canonistas à palavra empenhada, a defesa dos direitos subjetivos inatos, propugnada por Hugo Grócio, um dos principais da Escola Jusnaturalista, a vontade como fruto da razão elevada ao posto valor fundamental, como expressão da Teoria Kantiana e a Teoria do Contrato Social, com Rousseau, segundo a qual o Estado devia buscar seu fundamento de atuação no consentimento dos cidadãos. Este ambiente revelou-se propício para o surgimento das doutrinas políticas de caráter liberal e individualista e o dogma da vontade foi mantido enquanto princípio norteador da Teoria Contratual, outorgando liberdade ilimitada aos contratantes e servindo de fundamento para os demais princípios contratuais. O modelo liberal contratual, concebido como fruto da emanção da vontade livre dos contratantes formalmente iguais, foi mantido por razões de duas ordens: em primeiro lugar, por ser considerado pela classe burguesa em ascensão o instrumento capaz de viabilizar o desenvolvimento de suas iniciativas e a circulação de riquezas e, em segundo lugar, por ter sido consagrado no *Code*, que por sua vez, influenciou diversas outras nações, inclusive o Brasil, que erigiram seus Códigos pautados pela mesma *ratio*.

Este trabalho tratará da substituição do princípio da autonomia da vontade, expressão do voluntarismo clássico que atribuía à vontade o papel de fonte exclusiva da criação do Direito, pelo princípio da autonomia privada, enquanto substrato de negócio jurídico e instrumento outorgado pelo Direito para que os

¹ Toma-se como marco teórico a lição de CANOTILHO segundo a qual "princípios são normas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos..."(In: *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.167).

particulares possam auto-regular seus interesses², uma vez que, com o surgimento do Estado Social, foram adotadas medidas positivas de intervenção nos contratos com vistas a estabelecer a igualdade substancial entre os contratantes e garantir ao contratante mais fraco o exercício de sua autonomia privada, sem sobrepujar-se à vontade da parte mais forte. Esta atuação estatal foi denominada dirigismo contratual público, exercido pelo Estado Legislador, pelo Estado Juiz e pelo Estado Administrador. A teoria contratual clássica, pautada pelo modelo paritário, mostra-se cada vez mais inadequada à medida que se desenvolve a sociedade de consumo, onde imperam as relações massificadas e estandardizadas. Neste contexto surgem diversas leis especiais e estatutos tendentes a suprir as falhas da codificação, que permaneceu impassível diante das transformações sociais.

Estes motivos já demonstravam a insuficiência da Teoria Contratual liberal-individualista consagrada no Código Civil, todavia, demonstrar-se-á que o golpe final foi desferido pela Constituição Federal de 1988 que, ao eleger valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a justiça distributiva, a solidariedade, ocupou *locus* de centro reunificador do sistema jurídico³, possibilitando a releitura repersonalizada, despatrimonializada e funcionalizada de todo o Direito, inclusive do Direito Civil, disciplinando diretamente a propriedade, a família e o contrato. A função social do contrato propugnada pela Carta implica em harmonizar o princípio da autonomia privada – enquanto fruto do redimensionamento da autonomia da vontade –, e a solidariedade social, fazendo surgir no cenário contratual o princípio da boa-fé como elemento norteador de todas as relações contratuais, sejam elas de consumo, ou não.

O princípio da boa-fé objetiva vertido nos princípios da tutela da confiança, da transparência e da equidade, mostrar-se-á capaz de reger o comportamento dos sujeitos contratantes de modo a atingir-se a justiça contratual.

² GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980, p. 65-67.

³ "Se o Código Civil mostra-se incapaz - até mesmo por sua posição hierárquica - de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema". (TEPEDINO, Gustavo: *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, In: *Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999, p. 13).

TÍTULO I - NOÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE COMO CERNE DA TEORIA CLÁSSICA DOS CONTRATOS

Capítulo I - O Princípio da Autonomia da Vontade sob a ótica da Teoria Contratual Liberal

1. Pressupostos do Princípio da Autonomia da Vontade

A assertiva, tomada por muitos como verdade absoluta, de que o contrato nascido sob a égide do liberalismo e pautado no dogma da vontade é o modelo contratual perfeito e acabado, não se sustenta, pois o direito dos contratos já assumiu diferentes concepções, tendo enfrentado diversas transformações, as quais certamente continuará enfrentando.⁴

Segundo o eminente jurista PAULO LUIZ NETO LÔBO⁵, os paradigmas do passado e do futuro desmentem o paradigma tradicional liberal. Basta recorrer aos dados históricos para constatar que no modelo contratual romano⁶ - paradigma do passado - o consentimento, ou seja, a manifestação de vontade, era um elemento secundário, pois os contratos formais (*re, verbis e litteris*), uma vez formados, obrigavam, ainda que ausente o consentimento ou, que este fosse contrário às disposições contratuais. O consentimento, cerne da teoria contratual tradicional, apenas veio ser admitido quando do surgimento do *Ius Gentium* em determinados tipos de contratos celebrados com estrangeiros. Nesta esteira, ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁷ que o contrato romano era essencialmente formal, exigindo-se o elemento material para que produzisse seus efeitos e, somente mais tarde, os quatro tipos contratuais mais freqüentes - venda, locação, mandato e sociedade - passaram a ser admitidos *solo consensu*.

⁴ "... a verdade é que não existe uma essência histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações" (*In: ROPPO, Enzo. O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 348).

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista Forense*, nº 722. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 41- 42.

⁶ O gênero *conventio* abrangia as espécies *contractum* e *pactum*. A primeira delas era o contrato propriamente dito, que nos importa particularmente neste estudo porque devia assumir uma forma previamente determinada, estando sempre vinculado a uma *actio*. Já o pacto não era revestido de solenidade, assemelhando-se a uma obrigação natural, não permitindo a parte o exercício de uma *actio*.

⁷ *In: Instituições de Direito Civil. Fontes das Obrigações*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, Vol. 3, p. 3.

No Baixo Império Romano o formalismo sofreu um abrandamento, no entanto, com a invasão dos bárbaros provenientes da Germânia, de raiz marcadamente simbolista, nos mesmos moldes do Direito Romano do início do período republicano, houve um retorno ao formalismo.

Apesar da queda do Império Romano, as influências de seu direito ainda se fizeram sentir profundamente durante toda a Idade Média com a adoção, sem os exageros de outrora, das formalidades previstas no *Corpus Juris Civilis* para a celebração de um contrato, motivo pelo qual os escribas comumente reduziam a termo o conteúdo das convenções, consignando até mesmo no *pactum*⁸ que as exigências formais tinham sido adequadamente observadas⁹.

Ao lado da tendência de inexigibilidade da prática de formalidades materiais, verificou-se uma aproximação entre as relações negociais e as práticas religiosas, introduzindo-se o costume de se prestar um juramento de respeito ao conteúdo do contrato como técnica para atribuir-lhe força vinculante.

Somente a partir de então pode-se falar que o acordo de vontades passou a ter certa autonomia em relação aos elementos materiais do contrato. Nesse contexto, tiveram influência marcante para o surgimento do princípio da autonomia da vontade: os canonistas, os jusnaturalistas racionais (com GRÓCIO e, posteriormente, com KANT) e a doutrina do contrato social.

Os canonistas pregavam que o contrato deveria pautar-se no consentimento, no valor da própria palavra empenhada, que sob esta ótica adquiriu especial relevância, rejeitando-se, assim, o culto ao excessivo formalismo material, que passou a ser considerado desnecessário.

O Jusnaturalismo moderno ou racional dos séculos XVII e XVIII¹⁰, com origem nas idéias de HUGO GRÓCIO, que propagava a existência de direitos subjetivos

⁸ Conforme já visto o *pactum*, era utilizado pelos romanos e, originariamente, não era revestido de solenidade, assemelhando-se a uma obrigação natural e à parte não cabia o exercício de uma *actio*.

⁹ Caio Mário observa que esta praxe generalizou-se de tal modo "que passou-se a entender que a menção do fato valia mais do que o próprio fato, isto é, passou a ter mais valor a declaração de que as formalidades haviam sido observadas do que a verificação de sua prática efetiva". (*In:Op. cit.*, p. 13).

¹⁰ Aqui cabe ressaltar que o Jusnaturalismo veio a consagrar-se como a Escola do Direito Natural apenas no século XVII com Hugo GRÓCIO e é a esta época do Jusnaturalismo que nos referimos no presente trabalho, todavia a idéia que existe um direito natural inerente ao homem que é anterior e superior ao direito posto pelo Estado não é totalmente inovadora, tendo sido consagrada na cultura greco-romana e também no medievo com São Tomás de Aquino que fundou as bases do Jusnaturalismo teocêntrico.

inatos¹¹, os quais não poderiam ser desrespeitados pelas leis estatais, contribuiu em muito para o surgimento, nas palavras de BOBBIO, das "doutrinas políticas de tendência individualista e liberal, expondo com firmeza a necessidade do respeito por parte da autoridade política daqueles que são declaradamente direitos inatos do indivíduo."¹². Portanto, o jusnaturalismo preparou no plano teórico o cenário para o surgimento do Estado Liberal legitimado para garantir os direitos naturais à igualdade, liberdade e propriedade.

Finalmente, com o pensamento de KANT, segundo o qual a "teoria da liberdade significa a ordenação da vontade pela atividade do eu inteligível, isto é, a supremacia da determinação racional sobre todos os afetos e impulsos que atuam 'naturalmente' sobre o querer humano"¹³, o princípio da autonomia da vontade passou a ter contornos concretos, adquirindo conotação dogmática. Esta idéia é descrita em uma das passagens do estudo dedicado ao pensamento kantiano realizado por BOBBIO: "...a aquisição de um direito pessoal só pode acontecer através da ação do outro, ou seja, por meio de um acordo entre a minha vontade e a do outro, ou seja pacto."¹⁴

Na concepção jusracionalista, a racionalidade concretizou-se como elemento inerente ao homem dotado de vontade própria, e a liberdade individual foi colocada no centro de todo o sistema jurídico¹⁵.

Dentro dessa ótica, ao defender a idéia de que os contratos eram também estruturas racionais, que deveriam estar pautados na vontade livre das partes

¹¹ Segundo a concepção jusracionalista, todos os homens são por natureza livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma privar ou despojar a sua posteridade (art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia); o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão)...(In: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 19-20.)

¹² BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 8ª ed.. Brasília: Editora UNB, 1995.

¹³ Nas palavras de González VICÉN citado por Paulo BONAVIDES na obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 98.

¹⁴ In: *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1995, p. 108.

¹⁵ As palavras de BOBBIO expressam bem este momento: "Por liberdade Kant entende aqui o direito de poder expressar a própria personalidade não sendo impedido pelos outros, no sentido já muitas vezes ilustrado, quando por liberdade entende-se o fim supremo do estado de direito em oposição ao estado paternalista. (*Ibidem*, p.144).

formalmente iguais¹⁶, esta escola jus-filosófica foi responsável pela difusão do fundamento teórico necessário para afirmação do princípio da autonomia da vontade como cerne da teoria contratual nascida no seio do Estado Liberal¹⁷.

Neste mesmo sentido cabe mencionar a importância da teoria do contrato social de ROUSSEAU, que lançou o instrumento contratual como base de toda a sociedade, na medida que próprio Estado deveria encontrar seu fundamento de atuação no consentimento dos cidadãos, que através do contrato social abandonam uma parte dos direitos que a natureza lhes havia outorgado.

O princípio da autonomia da vontade nasce neste contexto de exacerbação da vontade humana para tornar cada vez mais funcionalizado o fluxo comercial e o trânsito de titularidades típicos do capitalismo nascente. Sob esta ótica, propriedade e contrato sempre estiveram intimamente ligados, porque à propriedade privada, concebida como sendo a expressão mais significativa do direito de liberdade, deveria corresponder um instrumento afim, que garantisse sua aquisição sem os anteparos anteriormente opostos.

O dogma da vontade, fruto do liberalismo, não possui raízes históricas tão profundas como pretendem defender alguns autores. Aliás, constata-se justamente o contrário, pois, a idéia do contrato como acordo de vontades foi sendo paulatinamente construída na Modernidade a partir da base teórica apontada, vindo a se consolidar efetivamente no liberalismo. Trata-se, portanto, de um modelo que aos poucos foi surgindo no cenário jurídico para atender aos interesses de uma determinada classe social localizada em um contexto histórico específico.

2 - O Princípio da Autonomia da Vontade: características e conseqüências advindas de sua aplicação

Etimologicamente, autonomia significa poder de estabelecer as regras de sua conduta e não por imposição externa. A autonomia da vontade era tida como uma

¹⁶ Neste sentido: "Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares - que se completavam reciprocamente - sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer contratual equivale a dizer justo (*Qui dit contractuel dit juste*)". (ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 107).

¹⁷ Sobre a influência do pensamento jusracionalista, principalmente com KANT, para o surgimento do Estado Liberal, BOBBIO assevera que: "Qual é o fim do Estado segundo à concepção liberal? É a *liberdade individual*. Segundo esta concepção o Estado é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual. Dizer que o Estado tem como fim o desenvolvimento da liberdade individual significa também dizer que o Estado não tem um fim próprio,

expressão inspirada pela filosofia kantiana – personalismo ético - que, em prol da dignidade da pessoa, defendia a não submissão a leis outras que não aquelas estabelecidas pela própria pessoa, é, como já foi visto, a vontade humana colocada no centro da vida.

O princípio da autonomia da vontade é expressão máxima do voluntarismo clássico, segundo o qual vontade era concebida como fonte exclusiva de criação das obrigações. GOUNOT, citado por FERNANDO NORONHA¹⁸ afirmava que "*de la volonté libre tout procede, á elle tout aboutit*", ou seja, "tudo tem origem na vontade livre e tudo vai dar nela". Nessa perspectiva, a vontade humana assume caráter de elemento nuclear e de fonte das relações contratuais (*voluntas facit legem*).

HENRY DE PAGE¹⁹ bem traduziu esta realidade ao afirmar que:

Por autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que têm as vontades particulares de regularem elas próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes (*engagements*), de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, (...) de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhe é permitido escolherem com toda liberdade, inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados.

Cumpra desde já destacar que o princípio da autonomia da vontade e o princípio da autonomia privada não se confundem. Seguindo a lição de FERNANDO NORONHA²⁰, autonomia privada é princípio que vem a substituir aquele da autonomia da vontade em razão da crise do voluntarismo²¹. Autonomia privada é princípio essencial do Direito Privado na contemporaneidade, é autonomia conforme o Direito, nas palavras de LUIZ EDSON FACHIN é "uma permissão do sistema para que os particulares de um modo geral disciplinem seus interesses".²²

mas que seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos."(*In: Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1995, p. 132-133).

¹⁸ *In: O direito do contrato e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112.

¹⁹ DE PAGE, Henry. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 2ª ed., Bruxelles: E. Bruylant, 1950, v. 2, p. 437.

²⁰ *In: Op cit.*, p. 111-115.

²¹ Vale ressaltar que há quem entenda que autonomia da vontade e autonomia privada traduzem realidades diferentes, não por ser um substituto do outro. Neste sentido FRANCISCO AMARAL afirma que o princípio da autonomia da vontade possui uma conotação subjetiva, psicológica, já o princípio da autonomia da vontade é por ele considerado um dos princípios fundamentais da ordem jurídica como um todo por ser "o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real". "(*In: Direito Civil – Introdução*. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.348).

²² *In: Novo Conceito de ato e negócio jurídico*. Conseqüências práticas. Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988, p. 58.

O princípio da autonomia da vontade, enquanto expressão da superioridade do direito subjetivo sobre o objetivo, é corolário da liberdade de contratar ilimitada, que é desdobrada pela doutrina em três aspectos: a) faculdade de contratar e não contratar; b) liberdade de escolha da pessoa com quem contratar; c) liberdade total de fixar o conteúdo do contrato, redigindo suas cláusulas, sem qualquer intervenção externa.

Além disso, o dogma da vontade constitui-se ainda no fundamento principal dos demais princípios contratuais tradicionais. Daí afirmar-se que o princípio da autonomia da vontade ocupou um *locus* central na teoria liberal do contrato, visto que somente a crença na vontade livre e expressa dos contratantes justificava a ausência de formas propugnada pelo princípio consensualista e a dicotomia entre a vontade interna e a declarada; a não aceitação de escusas para o cumprimento do contrato, pregada pelo princípio da obrigatoriedade; e, ainda, a força relativa, segundo a qual apenas podem ser atingidas pelos efeitos da contratação aquelas pessoas que voluntariamente adentraram na relação contratual.

Sob a égide do Estado Liberal, a autonomia da vontade dos contraentes era concebida como princípio supremo e, conseqüentemente, o que as partes livres e iguais convencionavam era tido como a mais sincera expressão de sua vontade, razão pela qual não podia ser modificada pela Lei ou pelo Juiz.

Certo é que sempre se falou em dois limites à liberdade de contratar, quais sejam, as regras legais de ordem pública e os bons costumes. Porém, no auge do liberalismo, as normas impositivas em matéria contratual eram tão escassas que não chegavam a ser um limite propriamente dito. No que concerne aos bons costumes, a própria indeterminação do conceito, bem como, a ausência de critério objetivo para identificá-los, contribuíram para que, na época do áurea do *laissez-faire*, a busca pela realização dos interesses individuais fosse considerada prática afinada com a noção de bom costume.

3 - A manutenção do Princípio da Autonomia da Vontade como elemento garantidor da Teoria Contratual liberal-individualista

Após seu surgimento, o dogma da vontade, com uma intensidade cada vez maior, foi aplicado e defendido. Seu *status* de princípio contratual norteador foi

mantido em razão de dois fatores determinantes: o desenvolvimento da sociedade capitalista e o movimento das Codificações.

Na primeira fase do Estado Liberal, a burguesia tratou de lutar e reivindicar por igualdade e por liberdade²³. Já na segunda fase do Estado Liberal, em plena ascensão, esta classe buscou explorar a liberdade conquistada, e o modelo liberal de contrato pautado na vontade livre dos contratantes, por excluir qualquer intervenção do Estado, era considerado um instrumento capaz de libertá-los das amarras absolutistas, permitindo o livre desenvolvimento de suas iniciativas e a circulação de riquezas²⁴.

Portanto, a ideologia²⁵ do modelo contratual nascido no seio do Estado Moderno, em sendo de grande valia para o desenvolvimento do capitalismo, tornou-se o grande símbolo da classe burguesa, primeiramente, porque foi seu instrumento de libertação e, em segundo lugar, porque atendia aos seus interesses individuais. O aperfeiçoamento do modo de produção capitalista exigia agilidade nas negociações e, por conseguinte, o modelo contratual que tivesse como pressupostos a ampla liberdade e igualdade formal entre os contraentes, deveria ser mantido.

A proteção dos direitos e garantias individuais refletiu sobremaneira na produção legislativa da época, e o movimento das Codificações principais motivos da manutenção do modelo contratual nascido no contexto de supremacia dos valores e direitos individuais-egoísticos, garantindo sua sobrevivência por um

²³ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o grande marco na busca pelos direitos e garantias almejados pela classe burguesa.

²⁴ Pertinentes são as observações de ROPPO sobre este momento histórico: "As teorias econômicas então prevalentes - traduzidas no plano prático, na diretiva do *laissez-faire, laissez-passer* - pretendiam, de facto, que o bem estar coletivo podia conseguir-se da melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência - a mão invisível de Adam Smith - teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização óptima dos recursos, para o máximo incremento da riqueza da nação. (...) Mas para que este processo de transferência da riqueza pudesse efectivar-se da forma melhor e mais segura e de molde a não provocar desperdícios, atritos e lesões demasiado graves, era necessário um instrumento técnico-jurídico adequado. Este foi justamente o contrato, e a disciplina contratual peculiar codificada pelo legislador de 1804: *liberdade de contratar baseada no consenso dos contraentes* - poderia ser o slogan que o resume." (In: *Op. cit.*, p. 35, 36 e 45)

²⁵ "...o princípio da liberdade contratual, ou melhor a ideologia que exalta a liberdade contratual como pilar de uma forma de organização das relações sociais mais progressiva, contém indiscutíveis elementos de verdade. Mas, como é próprio de qualquer ideologia, adiciona-lhes elementos de dissimulação e deturpação da realidade: mais precisamente, cala e oculta a realidade que se esconde por detrás da máscara da igualdade jurídica dos contraentes, cala e oculta as funções reais que regime do *laissez-faire* contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio prosseguem." (In: ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 37)

período ainda maior do que aquele que a história lhe reservou. Os Códigos atravessaram séculos e levaram consigo a disciplina contratual liberal que se manteve viva por pelo menos três séculos, já que, se alguns não vigem mais, influenciaram outros que ainda estão em vigor, como por exemplo, o Código Civil Brasileiro.

As palavras de GUSTAVO TEPEDINO²⁶ resumem com peculiar poder de síntese o movimento das Codificações do século XIX:

A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas. Garantia-se assim o tráfico jurídico e a propriedade privada, esta considerada como expressão da liberdade e da personalidade humanas.

O movimento das Codificações iniciou-se em 1804 com o *Code Napoléon*, que concebeu o contrato como fruto da vontade humana e instrumento por excelência para aquisição da propriedade imobiliária, à época considerado o direito supremo dentre todos os direitos.

A experiência francesa influenciou sobremaneira o Código Civil Italiano de 1865, que reproduziu *in totum* a sistemática do *Code*. O Código Italiano de 1942 que, muito embora tenha surgido em pleno regime fascista, declaradamente antiliberal, não operou mudanças significativas na seara das obrigações e dos contratos, cuja disciplina continuou servindo aos interesses do capitalismo²⁷.

Outro grande marco do movimento das codificações foi o surgimento do Código Civil Alemão em 1896 que, apesar de tratar o contrato como subespécie de uma categoria mais geral, o negócio jurídico, a racionalidade que o regia era muito semelhante àquela presente no *Code*.

O movimento das codificações atingiu também as nações mais jovens, que sob a influência das grandes codificações, erigiram seus Códigos pautados pela mesma racionalidade. Nesse sentido, cabe mencionar a experiência brasileira, cujo

²⁶ *In: As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 201.

²⁷ Neste sentido é a lição de ROPPO: "E esta é - pode dizer-se - uma característica geral do ordenamento jurídico econômico do fascismo: por detrás de uma polémica verbal antiliberal,

Código Civil de 1916²⁸, marcadamente influenciado pelo Código Civil Francês, entrou em vigor no século XX, trazendo em seu bojo a concepção de contrato característica do século XIX²⁹, e alcançou o terceiro milênio ainda vigente.

Por esta ordem de motivos o dogma da autonomia da vontade, concebido no seio do liberalismo, foi mantido na qualidade de princípio inerente à teoria contratual moderna.

continuava-se em concreto, a fazer opções solidárias com as exigências e os interesses capitalistas. (In: *Op. cit.*, p. 59).

²⁸ TEPEDINO ilustra bem este momento: "O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualistas e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu nosso Código Civil de 1916. Aquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais"(In: *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2).

²⁹ "Nessa perspectiva, é possível dizer que a elaboração teórica e jurisprudencial filiadas *stricto sensu* ao Código Civil Brasileiro está ainda no século XIX" (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 211).

Capítulo II - Os Princípios contratuais clássicos decorrentes do Princípio da Autonomia da Vontade

1. O Princípio Consensualista

O consensualismo radical³⁰ é diametralmente oposto ao formalismo característico do direito contratual romano na medida que o modelo de contrato firmado no auge do liberalismo não estava vinculado a nenhum requisito formal, bastando o mero consenso – expressão da vontade - das partes.

Neste contexto surge a dicotomia entre a vontade real e a declarada e, muito embora não se pretenda fazer uma análise aprofundada sobre estas teorias, cabe fazer breve alusão a esta discussão travada entre franceses e alemães.

Segundo os defensores da Teoria da Vontade - *Willenstheorie* -, bastante difundida na França, principalmente, através das lições de SAVIGNY, deve prevalecer a vontade real, por entenderem ser a vontade capaz de criar obrigações pela sua própria força orgânica e, já a declaração, carecedora de vontade real, não teria eficácia. Ao explicar a teoria, ORLANDO GOMES leciona que, "A vontade interna não é apenas o suporte da declaração, mas a força criadora dos efeitos do negócio jurídico, não passando esta de meio pelo qual aquela chega ao conhecimento dos outros"³¹.

Já os autores que subscrevem a Teoria da Declaração - *Erklärungstheorie* -, de origem germânica, acreditam na prevalência da vontade declarada em qualquer circunstância, uma vez que a vontade real apresenta um caráter subjetivo e, sem a declaração para revelá-la, vêm à tona os meios temerários utilizados para tentar detectá-la.

Ainda que a maioria dos autores reconheça na Teoria da Declaração uma certa evolução e, até mesmo, libertação em face do princípio da autonomia da vontade, não se pode negar sua base voluntarista.

³⁰ A liberdade de formas foi consagrada em nosso Código: Art. 129. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82).

³¹ In: *Transformações ...*Revista dos Tribunais, 1980., p. 12.

2 - O Princípio da Obrigatoriedade - *Pacta Sunt Servanda*

O Princípio da Obrigatoriedade³², consubstanciado na máxima *pacta sunt servanda*, decorre logicamente do princípio da autonomia da vontade, pois prevê que o acordo, firmado por indivíduos livres e iguais, concebido como fruto da vontade exclusiva das partes, deve ser cumprido sem oposição de qualquer escusa.

No entendimento de FERNANDO NORONHA, esse princípio poderia ser denominado como princípio da intangibilidade, "porque se estaria traduzindo melhor não só a impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o contrato ser objeto de revisão contratual." ³³

Várias escolas opinaram no sentido de se encontrar o fundamento da obrigatoriedade há séculos defendida. Neste sentido, a Escola Jusnaturalista, com GROTIUS e PUFFENDORF, defendeu que o fundamento estaria no pacto social; já pela concepção utilitarista de BETHAM o fundamento estaria na conveniência de cada um que, ao respeitar o interesse alheio pretende que o seu seja respeitado; para GIORGI, é uma consequência da lei natural de que os homens devem dizer a verdade; na visão positivista, o contrato obriga porque a lei assim dispõe; MESSINEO, seguindo KANT e BOISTEL, defende ser a obrigatoriedade um consectário da liberdade de contratar e, RUGGIERO e MAROI, defendem ser a regra uma consequência da vontade contratual.

Alguns Códigos, como o francês e o italiano, chegaram a estabelecer que o contrato firmado com o consenso das partes adquire força de lei entre elas. Outros, como o brasileiro, não chegaram a tanto, mas as sanções previstas no caso do inadimplemento contratual são as mesmas do que aquelas previstas no caso de inobservância das normas legais. Assim, pela teoria tradicional, o contrato é considerado lei entre as partes, sendo intangível e somente podendo ser modificado por vontade das partes que o instituíram ou pelas causas previstas em lei, como por exemplo, resolução por inadimplemento, anulação por vício de consentimento, dentre outras.

³² Neste sentido asseverou DE PAGE: "os contratos são intangíveis, e não podem ser nem modificados, nem revogados, salvo por consentimento mútuo dos que o concluíram - isto é, em virtude de novo acordo de vontades - ou pelas causas que a lei autoriza". (*In: Traité élémentaire de droit civil belge*. 2ª ed., Bruxelles: E. Bruylant, 1948, t. II, nº 462, p. 434).

³³ *In: Op. cit.*, p. 42.

Algumas conseqüências decorrem deste princípio, quais sejam: não se admite que considerações de eqüidade venham a autorizar o magistrado a modificar o conteúdo do contrato, salvo as hipóteses previstas em lei; o poder do Juiz limita-se a pronunciar a nulidade ou resolução conforme hipóteses cominadas em lei; e, finalmente, os prejuízos eventualmente sofridos por um dos contratantes não constitui motivo suficiente que justifique o abandono da força obrigatória inerente ao contrato tradicional, pois os riscos são parte integrante da contratação e, na lição de HENRY DE PAGE³⁴, a possibilidade de revisão pautada na eqüidade poderia gerar insegurança e debilitar o comércio e as relações negociais.

Com vistas a amenizar o princípio da obrigatoriedade, surgiram as primeiras vozes tendentes a reinserção da cláusula medieval *rebus sic standibus*, segundo a qual os contratos comutativos a longo prazo apenas seriam executados se as condições iniciais tivessem permanecido imutáveis. Por razões óbvias, os defensores do modelo liberal eram contrários, pois essa idéia certamente implicaria na relativização da força obrigatória dos contratos, considerada a pedra de toque da segurança jurídica dos negócios contratuais. Todavia, acontecimentos alheios à vontade das partes, como por exemplo, as duas grandes guerras que assolaram o mundo, fizeram com que a doutrina voltasse atenção para o assunto, surgindo as Teorias da Superveniência de OSTI, a Teoria da Base do Negócio Jurídico de LARENZ, a do Erro de GIOVENE e a da Boa-fé de NAQUET.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência, com a timidez e a cautela decorrentes tanto da falta de previsão legal sobre a matéria, quanto do interesse de alguns em manter o *status quo*, começaram a tratar e cogitar na aplicabilidade da Teoria da Imprevisão em casos bastante restritos.

A aplicação da Teoria da Imprevisão visa corrigir aquele contrato de execução diferida ou sucessiva que teve suas condições econômicas objetivas profundamente transformadas em razão de fatores imprevisíveis, proporcionando lucro desarrazoado a um dos contratantes e prejuízo ao outro. Por outro lado, não é cabível naqueles casos em que um dos contratantes previa auferir mais lucro do que realmente auferiu, se isso ocorreu em razão da álea normal, ou seja, de um risco natural inerente aos contratos.

³⁴ In: *Op. cit.*, p.434-437.

Desta feita, já se pode concluir que o princípio do *pacta sunt servanda*, com as características que lhe foram atribuídas pela teoria tradicional, gera injustiças e desequilíbrio contratual, pois em determinadas situações, a obrigação de cumprir o contrato representa para uma das partes enriquecimento sem causa e para a outra onerosidade excessiva.

3. O Princípio da Relatividade Subjetiva dos Contratos

Segundo a concepção liberal, o contrato é formado pela vontade livre das partes e, em sendo o dogma da vontade o elemento unificador da teoria tradicional, o último princípio a ser tratado nesta ordem de idéias trata dos efeitos surgidos no seio do contrato, limitando-os, logicamente, somente àqueles que volitivamente firmaram o instrumento contratual. Assim, em relação aos terceiros será coisa feita entre outros e nessa qualidade não os beneficiará nem os prejudicará (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*). Pelo princípio do efeito relativo dos contratos, ou da sua privacidade como é denominado na *Common Law*, os efeitos externos dos contratos não poderiam ser ignorados pela comunidade em geral, todavia, os efeitos internos, quais sejam, de criar direitos e obrigações, só poderiam atingir as partes, na medida que somente estas foram responsáveis pelo surgimento do vínculo mediante a expressão de suas vontades.

Este princípio, como todos os outros elencados pela teoria contratual tradicional, também perde sua aplicabilidade em face das relações contemporâneas em que o contrato é concebido como fato social, e na lição de FERNANDO NORONHA³⁵, tanto um terceiro poderá ser responsabilizado quando violado um contrato, quanto terceiros poderão opor-se à injustiça de um contrato firmado entre os contratantes quando se sentirem lesados.

TÍTULO II - TRAVESSIA: ABORDAGEM DAS RAZÕES REVELADORAS DA INADEQUAÇÃO DO PRINCÍPIO CLÁSSICO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Capítulo I - As transformações político-sociais e sua interação dialética com a ordem jurídica

1 - O surgimento do Estado Social

Os marcos históricos que geraram transformações na sociedade e a inadequação do dogma da vontade não são tão recentes como querem fazer crer alguns poucos que ainda tentam negar a crise do modelo contratual liberal. Já com a primeira Guerra Mundial operaram-se as primeiras transformações, como por exemplo, o grande aumento da população mundial, o que ensejou o surgimento de novas e diferentes relações jurídicas, ocasionando, por via de consequência, um desequilíbrio social.

Além disso, começavam a ser difundidos pelo mundo os ideais socialistas em busca do reconhecimento dos direitos sociais através de reformas. Com a segunda Grande Guerra, as desigualdades e injustiças tornaram-se ainda mais visíveis, era chegado o momento em que o Estado tinha de abandonar o papel de mero garantidor dos direitos e garantias individuais³⁶ - que apesar de não poderem ser suprimidos, deveriam harmonizar-se com a ordem social³⁷ -, para adotar uma postura positiva em prol do coletivo, de modo a atender as exigências sociais e outorgar também ao contrato uma função social.³⁸

Desta nova concepção de Estado surgem as primeiras medidas tendentes a proteger a coletividade como um todo e, dentre elas, destaca-se o dirigismo contratual público³⁹ que vem se desenvolvendo com vistas a garantir a igualdade

³⁶ proteção esta que, diga-se de passagem, era aproveitada apenas pela classe dominante, já que a população em geral ficava a margem da tutela outorgada pelas Constituições liberais-individualistas.

³⁷ A propósito Jorge MIRANDA: "Do Estado liberal ao Estado Social de Direito o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativa e procurando de maneiras constante variadas, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais"(In: *Op. cit.*, p. 25).

³⁸ Neste sentido "À medida , porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural."(BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*.4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.206 e 207).

³⁹ A propósito assevera Nelson SALDANHA: "Quanto ao Estado dito *social*, o termo "social" corresponde ao conteúdo e ao alcance da ação estatal, mas extensa do que a do Estado liberal. Uma ação expressa através de programas e planejamentos que implicam - vimo-lo acima - uma

substancial entre os contratantes, principalmente, mediante a proteção do contratante mais fraco.

O surgimento do Estado Social iniciou esta transformação quando passou a proteger os direitos de 2ª Geração, isto é, os direitos sociais em detrimento dos direitos à liberdade e à propriedade privada, de caráter eminentemente individualista. Entretanto, para PAULO LUIZ NETO LÔBO⁴⁰, "o maior golpe" contra o modelo liberal de contrato foi desferido quando surgiram os direitos de 3ª Geração, de caráter transindividual, que buscam a proteção dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que vão além dos interesses daqueles que integram a relação contratual.

A proteção do Estado outorgada a estes direitos ensejou na esfera jurídica as principais transformações no sentido de finalmente admitir-se a inadequação do modelo liberal e, por via de consequência, regulamentar juridicamente a chamada Nova Teoria Contratual. Esta evolução e a consequente transformação da Teoria Contratual, que ainda é por alguns negada, visa sobretudo realizar a justiça contratual através de princípios que atendam às exigências das complexas relações contratuais hodiernas.

O contrato transforma-se de modo a adequar-se ao seu tempo, e a "historicidade do contrato" aclamada por ENZO ROPPO⁴¹, permite-nos assegurar que o contrato nunca venha a desaparecer, porque é inerente às relações humanas. Por outro lado, é vencedora a tese de que o modelo liberal de contrato está morto, porque inadequado ao contexto social atual.

2. O dirigismo contratual e a autonomia privada: limitação ou garantia?

Diante do desequilíbrio e das injustiças observadas nas relações contratuais regidas pelo princípio da autonomia da vontade, refletido na ampla liberdade e na desigualdade material escondida sob o véu da igualdade formal, o Estado foi chamado a intervir nesta área para restabelecer o equilíbrio social, amparando os

inconfundível ampliação do governo e do *Poder Executivo*... "(In: *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 67-68).

⁴⁰ In: *Contrato e mudança social. Revista Forense*, nº 722. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p 42.

⁴¹ "...o contrato não está morto, mas está simplesmente diferente de como era no passado; e mais do que um retorno do contrato ao status, parece legítimo falar de uma passagem de um modelo de

mais fracos para fazer valer a igualdade substancial entre as partes. Esta intervenção do Estado na vida dos contratos denomina-se dirigismo contratual público⁴².

JOSSERAND, citado por MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES⁴³, foi o primeiro a anunciar a era do dirigismo contratual que, em sua opinião, exerce sua maior força no âmbito do conteúdo contratual, classificando-o como dirigismo *compressivo* ou *restritivo*, quando, por exemplo, proíbe-se a inserção de uma cláusula, e o dirigismo *expansivo*, quando aos contratantes são impostas obrigações que não foram por eles criadas.

A análise acerca do dirigismo contratual leva a uma primeira questão: a intervenção do Estado na seara dos contratos, que até então era exclusivamente regida pela ilusão da vontade livre das partes formalmente iguais, implica na limitação da autonomia privada ou, pelo contrário, é sua garantia de continuidade? Num primeiro momento, poder-se-ia pensar, como de fato fizeram alguns autores, que o dirigismo contratual implica em limitação à liberdade das partes contratantes porque, de fato, este princípio, como era concebido pela doutrina clássica, é mitigado quando o Estado passa a disciplinar diretamente a Ordem Econômica e, por via de consequência, as relações contratuais para estabelecer seu equilíbrio.

Todavia, se considerarmos que, sob a égide do dogma da vontade, a liberdade era concebida como um direito natural⁴⁴ e a igualdade entre as partes era pressuposta, o dirigismo contratual, ao buscar o reequilíbrio das relações

contrato a um novo modelo de contrato, adequado às exigências dos novos tempos."(ROPPO, Enzo. *Op. Cit.*, p. 347).

⁴² Fala-se em Dirigismo Contratual Público de modo a bem diferenciar esta atuação do Estado daquilo que é denominado pelos autores como Dirigismo Contratual Privado, exercido pelas próprias empresas que, por serem as partes mais fortes na relação contratual definem previamente o conteúdo do contrato, ao qual as pessoas vêm-se obrigadas a aderir. Certamente que este dirigismo exercido pelo contratante mais forte tem sua relevância no estado das relações contratuais contemporâneas, mas sucumbe em face do dirigismo estatal.

⁴³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Fonte das Obrigações: Contratos*, 2ª ed. Rev. e Aum. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1957, Vol. 3, p. 20-21.

⁴⁴ Como já foi visto o jusnaturalismo inaugurou a idéia de que a liberdade do indivíduo era um direito natural que por este motivo não poderia sofrer ingerências externas e, como bem aponta Carlos Alberto Goulart FERREIRA, o problema surgiu quando "as liberdades naturais dos poderosos passaram a fazer parte do ordenamento jurídico do Estado". (*In: Equilíbrio Contratual. In: LOTUFO, Renan [Coord.]. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. p. 74*)

contratuais, tutelando o mais fraco, para fazer nascer a igualdade substancial entre as partes, é na verdade, garantidor da liberdade na seara dos contratos.⁴⁵

Como visto, a autonomia da vontade, concebida no seio do liberalismo gerou desigualdades e injustiças e, neste sentido, pode-se afirmar que o dirigismo contratual desenvolvido pelo Estado⁴⁶, de certa forma, operou o estreitamento da liberdade contratual em sentido formal, justamente para assegurar às partes o exercício da sua liberdade contratual que agora adquire contornos de igualdade jurídica - substancial - e de função social.

A vontade repensada à luz da contemporaneidade não mais é concebida como dogma e, veremos em ponto específico, que isso implica no surgimento de outros princípios que adquirem valor fundamental na disciplina contratual. A liberdade contratual não perdeu sua importância, já que, após a intervenção do Estado as partes encontram-se em condições de exercê-la equilibradamente.

No que concerne às formas de dirigismo contratual público, LUIZ PAULO NETO LÔBO⁴⁷ leciona que o Estado o exerce através de sua função legislativa, de sua função jurisdicional e de sua função administrativa.

O dirigismo contratual legislativo⁴⁸ é, sem dúvida, o mais visível por implicar na criação de normas cogentes em matéria contratual.

Com o surgimento do Estado Novo⁴⁹, o dirigismo legislativo já se fez sentir

⁴⁵ A propósito ROPPO afirma: "...ali tratava-se da *restrição, de facto, da liberdade contratual da parte débil, determinada pelo exercício prevaricatório da liberdade contratual da parte forte* (onde se dizia que a liberdade contratual acaba por negar-se a si mesma); aqui trata-se ao invés, da *restrição formal da liberdade contratual de ambas as partes com prescrições juridicamente vinculantes, em defesa da parte débil*: daí poder dizer-se que a liberdade contratual é, num certo sentido, formalmente negada ou circunscrita, justamente para restituir a sua substância a quem, de fato, tinha sido negada." (*In: Op. cit.*, p. 333).

⁴⁶ "...com o advento do Estado Social, ou seja, a partir do momento em que o Estado deixa de se portar como Pilatos e passa a se preocupar com os administrados, a autonomia privada passou a desempenhar um novo papel. A lei surge não para limitar a liberdade, mas sim para aumentá-la, à medida que ela passa - a liberdade - a ser real, pois o legislador passa a se preocupar com a diminuição das desigualdades". (*In: POPP, Carlyle. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a liberdade negocial - A proteção contratual no Direito Brasileiro. In: LOTUFO, Renan[Coord.]. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. p. 153*). No mesmo sentido: "Eventuais restrições impostas pelo direito objetivo à liberdade de contratar não toham a autonomia privada, mas sim garantem a sua plenitude, já que ela deve ser concebida à luz da igualdade jurídica". (FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Op. cit.*, p. 74).

⁴⁷ *In: Dirigismo Contratual. Revista de Direito Civil*, nº 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.68.

⁴⁸ É este o sentido da precisa conclusão de LACORDAIRE: "entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta".

⁴⁹ "Assim é que se contabiliza, a partir dos anos 30, no Brasil, robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeceriam com o pretendido caráter excepcional.... Cuida-se de uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial

com a edição de duas leis bastante relevantes: a Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933), que regulamentou a taxa de juros praticada nos contratos, e a primeira Lei de Luvas (Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934), que visava a proteção do locatário nas locações comerciais, proibindo a prática de abusos, principalmente no que se referia ao ponto comercial.

Esse espírito reformador foi consagrado na Constituição de 1934, influenciada profundamente pela Constituição do México (1917) e pela Constituição de Weimar (1919), primeiras cartas políticas voltadas à proteção dos direitos sociais, notadamente os referentes à seguridade social e aos direitos dos trabalhadores.

Dois importantes exemplos da concretização do dirigismo contratual legislativo no Brasil datam da década de 60, com a edição da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT - e a primeira Lei do Inquilinato, em que o Estado passa a definir os contornos específicos das relações contratuais de trabalho e do contrato de locação.

O ponto culminante do processo de ingerência do Estado nos contratos é a Constituição de 1988, que além de manter os princípios instituídos pelo Constituinte de 1934, elegeu a dignidade da pessoa humana como princípio norteador de toda ordem jurídica, criando uma verdadeira política de proteção contratual ao assegurar como direito fundamental dos cidadãos, a promoção da defesa dos direitos da pessoa do consumidor (CR/88, art. 5º, XXXII). Seguindo esta tendência, é criado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), de modo a ordenar em Estatuto específico, os direitos já contemplados na Constituição Federal.

A transformação na tônica da legislação é marcante: o ordenamento jurídico, antes protetor do mercado, passou a garantir a defesa de seus agentes, principalmente da parte mais fraca nas relações contratuais, dando ensejo a uma nova ordem pública, na qual se busca acima de tudo a dignidade da pessoa humana e a igualdade real e concreta entre os indivíduos.

ou conjuntural, matérias não previstas pelo codificador. (...) Através de tais normas, conhecidas como leis especiais -justamente por sua técnica, objeto e finalidade de especialização, em relação ao corpo codificado - o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista, expressão da política legislativa do Welfare State que se corporifica a partir dos anos 30, tem assento constitucional em 1934 e cuja expressão, na teoria das obrigações, se constitui no fenômeno do dirigismo contratual"(In:TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5).

No que concerne à aplicabilidade das normas cogentes instrumentárias do dirigismo contratual, cumpre tão somente aderir à opinião dos autores GUSTAVO TEPEDINO, LUIZ PAULO NETO LÔBO e ALINNE ARQUETTE LEITE NOVAIS, entre outros, que defendem a aplicabilidade imediata destas normas, que podem atingir as relações contratuais em curso por tratarem-se de normas de ordem pública, devendo prevalecer sobre as garantias de caráter individual, tais como a irretroatividade das leis e o direito adquirido.

A segunda forma de dirigismo contratual é aquela levada a efeito pela atividade jurisdicional, em que o Juiz atua de modo a concretizar a justiça contratual. Esta forma de ingerência estatal nas relações contratuais é das mais efetivas, porque é a interpretação e a criação jurisprudencial que outorgam verdadeira efetividade às normas, atribuindo-lhes um alcance ainda maior.

A terceira forma de dirigismo contratual é aquele imposto pela administração pública e, muito embora não seja sequer mencionada pela maioria dos autores, é também bastante relevante, na medida em que é responsável, a guisa de exemplo, pelo tabelamento de preços, por outorgar autorização para determinados contratos, por editar portarias e resoluções em matéria contratual, e, ainda, por impor as sanções administrativas àqueles fornecedores que desrespeitarem as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, não poderíamos deixar de fazer referência à contribuição de PAULO NALIN⁵⁰ que, com olhos no presente e no futuro, aborda a questão do dirigismo contratual sob a ótica do neoliberalismo. Aqui, poder-se-ia vislumbrar um aparente paradoxo: se por um lado o discurso neoliberal aponta para o Estado mínimo, por outro, é corrente a intervenção concreta nas regras de mercado, mediante a supervisão nas diretivas de quem controla o preço e a concorrência. Sob esta ótica pode-se mencionar a atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ao analisar e autorizar fusões, aquisições e incorporações entre grupos econômicos. De fato o paradoxo é apenas aparente, pois o fenômeno revela, na verdade, a evolução e afirmação do direito, com a manutenção do dirigismo.⁵¹

⁵⁰ In: *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson. [Coord.] *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.198-206.

⁵¹ Nesta esteira, o Professor Paulo Luiz Neto LÔBO assevera que: "É nesta situação própria que a evolução do Direito transparece com regulações que são típicas desta virada de século, como: controle do mercado, legislação de livre concorrência, tutela do consumidor, afirmação e busca da

Além disso, o dirigismo contratual no Estado contemporâneo não se limita ao desencorajamento de condutas através da imposição de sanções com caráter punitivo. BOBBIO⁵² já anunciou a era do "encorajamento", da edição de normas de caráter promocional, que trazem em seu bojo sanções premiaias. É de fato uma via de mão dupla, o Estado estabelece as regras e diretrizes para dirigir a ordem econômica e social e, por outro lado, aqueles que agem da maneira desejada auferem benefícios, de modo que, agir em conformidade com a lei ou aderir aos programas de incentivos do governo, tornou-se vantajoso.

3. Sociedade de consumo, relações de massa e as modalidades contemporâneas de contratação

Sem embargo das transformações operadas pelas duas Guerras Mundiais, as razões determinantes na formação de uma sociedade massificada e conseqüente processo de standardização dos contratos residem nos fenômenos da urbanização e da concentração capitalista, surgidos no seio da Revolução Industrial.

A introdução das máquinas nos meios de produção acarretou, automaticamente, o aumento da produção de bens e na explosão dos serviços ligados à distribuição desses mesmos bens, despertando um interesse crescente por um novo ramo do mercado: o comércio. O aprimoramento dessa atividade ocasionou um sensível aumento da oferta, de modo a dar escoamento à produção, renovando o capital das indústrias num ciclo inesgotável. A partir desses pressupostos, surge uma sociedade voltada sobremaneira para o consumo, que se tornou o ponto central da organização social cotidiana: tudo é impelido ao consumo de bens e serviços.

As relações, que antes eram individuais, passam a ser homogeneizadas, a individualidade sucumbe em face do mundo massificado. Nesta esteira, a explosão do consumo foi o cenário ideal para o desenvolvimento das relações negociais massificadas, - *mass consumption society* - o que veio a tornar-se ainda mais concreto

qualidade dos produtos e serviços. Isso tudo se faz mediante a afirmação do Direito." A guisa de exemplo, menciona o autor o caso típico dos Estados Unidos consagrado como paraíso do neoliberalismo e, ao mesmo tempo, o país que possui a legislação mais rígida de proteção à livre concorrência e aos direitos dos consumidores. (*In: Direito Contratual e Constituição*. In: II Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, promovida pela OAB-PR, em Curitiba, em 12.08.1999, texto gravado e revisto pelo autor.)

⁵² *In: Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB-Polis, 1989, p.12 -13.

através dos contratos por adesão e das condições gerais dos contratos, isto por servirem perfeitamente como instrumento para a realização dos negócios jurídicos de uma maneira homogênea e muito ágil, uma vez que o conteúdo preestabelecido suprime a fase de negociação⁵³, podendo o mesmo modelo ser simultaneamente utilizado para um grande número de contratações.

Essa situação impôs-se quase que naturalmente, pois o consumo exacerbado não significa mais do que um crescimento acelerado da procura por bens e serviços. Como consequência, gerou-se um desequilíbrio na lei de mercado em desfavor dos economicamente mais fracos. Com o aumento progressivo da procura, industriais e comerciantes passaram a utilizar os meios uniformizados de contratação, pois a recusa em aderir esboçada por poucos, tornou-se irrelevante em face do grande universo de futuros e prováveis clientes.

Com o surgimento da sociedade de consumo, surgem novas formas de contratação - denominadas contemporâneas -, bastante distintas da noção de contrato paritário, refletindo a realidade das relações massificadas. As categorias contratuais aqui denominadas modalidades contemporâneas não poderão ser concebidas em termos definitivos, já que, novas formas continuam surgindo diariamente no seio da sociedade e, estabelecer definições e classificações fadadas à clausura, implica incorrer no mesmo erro dogmatizante do passado.

A título exemplificativo podemos mencionar quatro tipos contratuais básicos vislumbrados na sociedade contemporânea: o contrato obrigatório, o contrato necessário, o contrato tipo e o contrato de adesão.

O contrato obrigatório⁵⁴ é aquele imposto pela ordem jurídica, tanto em razão de uma contratação preexistente, como no caso da prorrogação do contrato de locação por prazo indeterminado, quanto de um direito de propriedade, exemplo disso é o seguro obrigatório. Já o contrato necessário⁵⁵ revela justamente a situação de oferta permanente vivida por certos sujeitos contratuais, como por exemplo, os

⁵³ A propósito, asseverou Antunes VARELLA "À medida, porém, que o poder econômico dos grupos se foi fortalecendo com o desenvolvimento do capitalismo, a actividade das empresas se foi diversificando e a oferta dos produtos *em massa* se foi alargando, começaram a surgir e a multiplicar-se no comércio jurídico os casos em que a *lex contratus* é praticamente elaborada por um só dos contraentes, sem nenhum debate prévio acerca do seu conteúdo." (*In: Das obrigações em geral*. 7ª ed. rev. e atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, Vol. 1. p. 261).

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Contratos – Curso de Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 29.

⁵⁵ *Idem*.

concessionários de serviços públicos, os agentes creditícios e os fornecedores de bens e serviços de primeira necessidade, os quais não podem se recusar à contratação. O contrato-tipo⁵⁶, por sua vez, é o instrumento originado da contratação freqüente entre determinados contratantes que, para agilizar o processo, padronizam as relações, de modo a evitar a concorrência desleal e outorgar uniformidade aos futuros contratos. Por fim o contrato de adesão, que é, sem dúvida, a modalidade mais mencionada dentre as formas contemporâneas de contratação, principalmente, porque as características que lhe são inerentes distanciam-se muito daquelas anunciadas no modelo tradicional de contrato. Na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁵⁷, contratos de adesão são "aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra".

Nesta ordem de idéias, constata-se com certa facilidade que a realidade contratual contemporânea, esboçada exemplificativamente pelas modalidades acima expostas, não se subsume no modelo contratual paritário regido pelo princípio da autonomia da vontade, consubstanciado na plena liberdade das partes, e aqueles outros que dele decorrem: consensualismo, obrigatoriedade e relatividade subjetiva.

Cumprido ressaltar, neste ponto, que não se trata de anunciar a supressão da definição clássica do contrato, já que algumas relações contratuais continuam seguindo o modelo de *gré à gré* – paritário -, porém são a minoria e, nesta esteira, NALIN assevera que o contrato paritário por compreender uma exceção, "não se pode pretender seja ele a âncora epistemológica de todo o entendimento sobre o instituto"⁵⁸

Ainda seguindo a lição de PAULO NALIN⁵⁹, hoje estamos diante do fenômeno da supressão do contrato moderno pautado pela racionalidade, visto que este modelo é insuficiente e inadaptável aos fatos sociais hodiernos e, por outro lado, estamos buscando um conceito pós-moderno de contrato que seja capaz de responder às demandas sociais atuais em constante transformação, pois, nas palavras deste autor, é o momento encartado na passagem "da razão ao caos do contrato".

⁵⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato...*Juruá. 2001, p. 114-115.

⁵⁷ *In: Op. cit.*, p. 43.

⁵⁸ *In: Do Contrato...* Juruá, 2001, p. 111.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 104-111.

Diante desse contexto social, com o predomínio das relações massificadas e estandardizadas, a teoria contratual tradicional, pautada no dogma absoluto da autonomia da vontade e nos princípios dela decorrentes, não é mais suficiente para garantir uma relação contratual equilibrada, isso porque as partes contratantes encontram-se de fato em posições desiguais, não se admitindo a presunção de igualdade outrora defendida.

Ao jurista do terceiro milênio cabe desempenhar uma missão: enfrentar diretamente o problema, reconhecendo que vivemos hoje uma nova realidade nas relações contratuais, o que implica o abandono da principiologia tradicional dos contratos e na adoção de novos princípios capazes de responder às demandas sociais⁶⁰.

É este o cenário político, social e jurídico da mudança paradigmática na seara dos contatos. A concepção liberal-individualista, porque representativa de um contexto histórico, social e econômico específico, cede lugar a uma teoria contratual revitalizada que é capaz de interagir e responder às necessidades da sociedade contemporânea.

⁶⁰ Alguns recentes julgados demonstram o apego infundado da jurisprudência à principiologia tradicional: **Ementa:** Contrato bancário. Mútuo. Correção monetária. Segundo o acórdão, "Em matéria contratual, prevalecem as regras livremente pactuadas, em consonância com o clássico princípio expresso no brocardo latino: "pacta sunt servanda". Inviabilidade do especial, a teor das Súmulas 284, 282, 356/STF e 5/STJ. Recurso não conhecido. **Decisão** Por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

(RESP 111971/BA ; RECURSO ESPECIAL (1996/0068353-0) Fonte DJ DATA:15/03/1999 PG:00215 Relator(a) Min. NILSON NAVES (361) Data da Decisão 14/12/1998 Orgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA) – inteiro teor em anexo.

Ementa: Apelação Cível. Ação monitória. Contrato de crédito bancário. I - Preliminar de cerceamento de defesa. Rejeição. Não pode alegar cerceamento de defesa a parte que, instada a especificar as provas que pretendia produzir, permaneceu inerte. II - irregularidade e abusividade contratual. não demonstração. Ausência de perícia. Ônus do qual o apelante não se desincumbiu. valores decorrentes do contrato livremente avençado e que deve ser honrado em consonância com o princípio pacta sunt servanda. III- código de defesa do consumidor. Não aplicação aos contratos de crédito bancário por ausência de relação de consumo. Recurso não provido. **Decisão:** Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento e acompanharam o voto do desembargador relator, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Darcy Nasser de Melo e Altair Patitucci. (Apelação cível nº 80.864-8, de Curitiba - 7ª vara cível. Apelante: Ivan Seccon Parolin Filho Apelado: Citibank /Relator: Des. Sidney Mora /Data do Julgamento:22 de dezembro de 1999) –inteiro teor em anexo.

Capítulo II - Rumor à teoria dos contratos relida a partir da constitucionalização do direito civil

1. A chamada "crise do Direito Civil": breves apontamentos sobre o Direito Civil Constitucional

A chamada "crise do Direito Civil"⁶¹ consiste na constatação de que o centro unificador do direito civil não é mais o Código Civil. Enquanto conjunto de normas racionalmente organizado com a pretensão de regular toda a vida da sociedade privada, o Código de 1916 revela-se propriamente como a fotografia de uma realidade sócio-econômica do século XIX, pautada pelo individualismo liberal-capitalista⁶².

É lugar comum entre a civilística, comprometida com seu tempo e com seu papel na sociedade, a constatação de que o Código Civil de 1916, assentado sob o paradigma da prevalência do ter sobre o ser, não responde às questões surgidas nas relações interprivadas contemporâneas, seja porque hoje os valores fundamentais são outros, seja porque a complexidade das relações privadas supera o modelo abstrato e descomprometido da codificação.

A insuficiência do Código Civil como Constituição do Direito Privado não é recente, fazendo-se sentir já na década de 30, portanto, pouco tempo depois da promulgação do Código, com o surgimento de várias leis esparsas regulamentadoras de matérias nem sequer cogitadas na estrutura codificada. Este movimento perdurou durante todo o século XX, ocasionando a descentralização do sistema de direito privado proposto pelo Código Civil, que já nesta fase assumiu a posição de um conjunto de dispositivos aplicados de forma complementar e residual.

⁶¹ Neste sentido o professor Luiz Edson FACHIN ensina que "Revelando-se a superação da idéia de Direito Civil como o Direito da Constituição da sociedade civil, o que se encontra, hoje, é um Direito situado em uma interrogação à qual, ordinariamente, se dá o nome de crise, momento de ruptura do Direito Civil do terceiro milênio com o Direito Civil tradicional" (*In: Teoria Crítica do Direito Civil. Renovar*, 2000, p. 223)

⁶² Nesta esteira, são valiosas as palavras da Professora Carmem Lúcia Silveira RAMOS: "Buscar o papel e função dos códigos civis na vida das sociedades dos séculos XIX e XX conduz à vinculação entre as codificações e o modelo liberal de organização do direito, uma vez que estas espelham os princípios e valores consagrados por este paradigma, de onde a crise que ora se delineia revelar a superação destes conjuntos de normas organizados num sistema racional, pretendendo regular toda a vida da sociedade privada, como modo de ver o fenômeno jurídico" (*In: A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-4*).

Daí falar-se na "*letà della decodificazione*", como foi designada por NATALINO IRTI⁶³, como sendo a passagem para o polissistema na seara do Direito Civil.

Não se pretende aqui traçar um estudo aprofundado acerca das premissas metodológicas da constitucionalização do direito civil⁶⁴, mesmo porque o tema merece tratamento especial devido à complexidade e relevância que apresenta. Todavia, algumas reflexões fazem-se necessárias, uma vez que o contrato, bem como, as duas outras estruturas que compõem, na dicotomia tradicional (direito público-direito privado), a base fundante do privado⁶⁵ - propriedade e família -, ao serem diretamente disciplinados pela Constituição Federal, sofreram transformações marcantes.

A superação da dicotomia direito público-direito privado apresenta-se como um primeiro passo essencial à constitucionalização do direito civil. A separação público-privado consolidou-se⁶⁶ em um determinado contexto histórico⁶⁷, no qual o papel das Constituições era precisamente o de mera Carta de Organização Política, sem interferir nas relações privadas, sob pena de restar configurada a ingerência indevida do Estado e afronta aos direitos e garantias individuais.

Com a passagem para o Estado Social, surge a intervenção para que os institutos privados cumpram sua função social e, por outro lado, o direito público deixa de ser regido pela subordinação do cidadão⁶⁸, tornando-se a partir daí extremamente difícil encontrar um interesse privado totalmente desvinculado do interesse público⁶⁹.

⁶³ Sobre o tema vide IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 2ed. Milão: Giuffrè, 1991.

⁶⁴ Sobre o tema indispensável a obra de Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito civil constitucional*. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. Tradução de: Profilli del diritto civile.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Renovar, 2000, p. 139.

⁶⁶ Já que a separação público-privado foi concebida originariamente pelos romanos.

⁶⁷ A propósito "Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat - quem primeiro separou das leis civis as leis públicas - cuja obra serviu para deliberação do conteúdo inserto no *Code* e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do séc. XIX. O direito civil foi identificado, a partir, daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual."(TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Editora RT nº. 65, p. 21-22).

⁶⁸ Maria Celina B. M. TEPEDINO neste sentido esclarece que: "Defronte de tantas alterações, direito público e direito privado tiveram modificados os significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão"(In: *Op. cit.*, p.26)

⁶⁹ Neste sentido, GIERKE, citado por Silvio MEIRA: "Direito privado e direito público são precisamente filhos do mesmo berço, que em verdade perseguem o mesmo fim, não como irmãos hostis, com

A superação da dicotomia direito público-direito privado é, sem sombra de dúvidas, inegável por ocasião da promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, que elegendo como valores fundamentais a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, a solidariedade e a justiça distributiva, informa todos os ramos do direito, quer tenham um caráter predominantemente público ou privado⁷⁰. No âmbito do Direito Civil a superação da dicotomia é ainda mais flagrante, na medida que a Constituição Federal chama para si a regulamentação direta de estruturas até então concebidas como exclusivas da esfera privada⁷¹ para condicionar o direito à propriedade ao atendimento de uma função social, para conceber a família dentro de uma ótica plural, igualitária e eudemonista, para conferir à pessoa do consumidor uma proteção especial e ao contrato em geral uma função social, posicionando-se, assim, como centro reunificador do Direito Civil⁷², de modo que as leis ordinárias devem necessariamente estar informadas pelos valores e princípios constitucionais.

Ainda que poucas vozes sejam ouvidas para negar o caráter vinculante das normas e princípios⁷³ constitucionais, a doutrina mais afinada com seu tempo e com seu papel na sociedade é categórica ao defender sua aplicabilidade direta⁷⁴ nas

ambições isoladas, mas paralelamente, concorrendo sempre no trabalho para a obra comum"(MEIRA, Silvio. O Instituto dos Advogados Brasileiros e a Cultura Jurídica Nacional. In: *O Direito Vivo*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1984, p. 285).

⁷⁰ Assevera Maria Celina B.M. TEPEDINO que: "Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento..." Ressalta, ainda, que a dicotomia direito público-direito privado se transforma em distinção meramente "quantitativa": há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente contudo o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos" (*In: Op. cit.*, p. 24-26).

⁷¹ A propósito TEPEDINO assegura que "Com efeito, a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil"(In: *As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual*. In: *Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999, p. 203).

⁷² In: TEPEDINO, Gustavo: *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, In: *Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999, p. 13).

⁷³ Cabe refutar aqui a similitude operada por alguns autores entre princípios constitucionais e os princípios gerais do direito do artigo 4º da LICC, já que se assim fosse, os princípios constitucionais apenas seriam aplicáveis na ausência de lei expressa quando a analogia e os costumes não forem capazes de suprir a omissão. Tal raciocínio é insustentável na medida que implica em flagrante desrespeito à superioridade hierárquica conferida à Constituição Federal. Por outro lado não se pode negar que os princípios gerais do direito ultrapassam a conotação que lhe foi empregada pela lei, constituindo propriamente princípios regentes de todo o Direito que podem ou não estar expressos no texto constitucional.

⁷⁴ Sobre o tema, indispensável a obra de Luis Roberto BARROSO: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

relações ditas privadas e, conseqüentemente, a revogação expressa de todas as normas infraconstitucionais que ofendam a *ratio* da Constituição⁷⁵.

Sem a pretensão de analisar o tema com a profundidade merecida, considerando o conceito de sistema jurídico oferecido por JUAREZ FREITAS⁷⁶, salta aos olhos que a Constituição Federal é o elemento unificador⁷⁷ (*grundnorm*)⁷⁸ do sistema jurídico, ao passo que todos os demais elementos, hierarquicamente inferiores a ela, devem ser lidos à luz da *ratio* constitucional, não sendo admitido o caminho inverso, sob pena de restarem configuradas rupturas sistêmicas.

Além disso, conceber o ordenamento jurídico como um sistema, implica no reconhecimento da sua abertura para evitar os mesmos erros enclausurantes do passado⁷⁹ e para admitir que o ordenamento jurídico está sujeito a influências jurídicas e metajurídicas, o que lhe confere caráter histórico e dinâmico. Daí falar-se mais uma vez na leitura do Direito Civil à luz da Constituição Federal, visto que o legislador Constituinte de 88 alterou sua forma de legislar ao preferir estabelecer valores fundamentais da ordem jurídica⁸⁰, valores esses capazes de nortear a interpretação das chamadas cláusulas gerais⁸¹, outorgando à jurisprudência o relevante papel de tornar o direito vivo, ou seja, em conformidade com os casos

⁷⁵ Neste sentido PERLINGIERI assegura: "Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais - e dos valores por ela expressos - em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos." (*In: Op. cit.*, p. 11)

⁷⁶ "...uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal." (*In: A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40).

⁷⁷ *In: TEPEDINO, Gustavo: Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, In: Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999, p. 13).

⁷⁸ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed. bras. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 211.

⁷⁹ "... o sistema fechado baseado em valores da modernidade como o da livre concorrência incondicionada, do individualismo, da unidade do Código Civil, etc.,... (...) ...não atende aos anseios de uma sociedade complexa, reconhece-se que o método sistemático baseado na idéia de ordem não mais pode prevalecer." (NALIN, Paulo. *Do contrato...* Juruá, 2001, p. 68)

⁸⁰ Que estão dispostos, principalmente, nos artigos 1º a 4º da Constituição da República de 1988.

⁸¹ A propósito André Osorio GONDINHO com base no pensamento de CANARIS assevera que : Deve-se entender por cláusula geral um tipo especial de norma jurídica que, por natureza, encontra-se carecida do preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, cláusula geral não fornece os critérios necessários para sua concreção, podendo estes fundamentalmente, serem determinados apenas em consideração ao caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas *stardaing points* ou pontos de apoio para formação judicial da norma no caso concreto." (*In: Codificação e Cláusulas gerais. Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 1, Vol 2, Abr/jun 2000. Ed Padma).

concretos⁸², o que implica, por um lado, no abandono da crença em uma postura neutra e, por outro, na adoção de uma leitura interdisciplinar do direito⁸³.

São aplicáveis tanto os princípios constitucionais expressos, quanto aqueles que estão sendo e ainda serão construídos, por esta razão pode-se afirmar que a família, a propriedade e o contrato encontram-se albergados em uma nova estrutura marcadamente despatrimonializada, repersonalizada e funcionalizada em virtude da proteção suprema aos valores existenciais da pessoa humana, atribuindo a estes institutos feições bem diversas daquelas presentes na codificação.

Em síntese, conclui-se que o abandono da idéia de que o Direito Civil reside todo no Código Civil é o ponto de partida para o reconhecimento da inadequação aos tempos atuais do modelo de contrato concebido no liberalismo e perpetuado na codificação. Na mesma esteira, a constitucionalização do Direito Civil ratifica esta tendência, e vai além, pois fornece as bases de Teoria Contratual revitalizada e informada por princípios consagradores dos valores fundamentais da sociedade contemporânea.

2. A disciplina Constitucional do contrato: a proteção da dignidade da pessoa inserida em um ambiente solidário e a função social do contrato.

A Constituição da República promulgada em 05 de outubro de 1988 inaugura uma nova era, a da proteção jurídica à pessoa humana⁸⁴ e os seus valores existenciais concretos, abandonando a racionalidade presente no Código Civil de

⁸² "Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato"(PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 27).

⁸³ A propósito, a Professora Carmem Lúcia Silveira RAMOS ensina que:"A partir da leitura interdisciplinar do direito, portanto, a análise de cada caso concreto, na sua historicidade, é obrigatória em qualquer circunstância: há que se entender e interpretar a cultura do povo, seus valores e sua psicologia, para avaliar a pertinência da solução apontada, diante da provável reação dos cidadãos às situações emergentes, envolvam elas crises e dificuldades, ou mesmo êxito"(In: A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 p. 14).

⁸⁴ A proteção à dignidade da pessoa humana é denominada por LARENZ como personalismo ético e nas suas palavras " el personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es 'persona' en sentido ético, um valor em si mismo - no simplemente como medio para los fines de otros - y, en este sentido, uma 'dignidad. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a non ser prejudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en ámbito próprio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo"(In: *Derecho Civil - Parte General*. Tradução de De Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3ª ed. alemã , 1ª ed. espanhola. Trad. Por Macías Picave, Miguel Izquierdo. Madrid: Edersa, 1978, p. 45-46).

proteção ao indivíduo abstrato na condição de personagens: proprietário, contratante, marido e testador. A proteção ao ser humano veiculada pela Constituição Federal não está pautada no individualismo presente na codificação, mas coloca o homem em sua concretude⁸⁵ no centro de suas atenções, revelando, nas palavras de PAULO NALIN "um efetivo direito 'antropocêntrico'"⁸⁶, na medida que o sujeito de direito passa a ter relevância própria e autônoma, desvinculada da estrutura patrimonializante.

O contrato, visto sob a ótica constitucional, assume uma roupagem repersonalizada e despatrimonializada, na medida que maior atenção é dispensada ao sujeito que contrata do que ao conteúdo patrimonial inerente à relação contratual.

O artigo 170, "*caput*"⁸⁷ da Constituição Federal bem demonstra a sujeição e o condicionamento da ordem econômica ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda, a proteção constitucional à pessoa do consumidor, no mesmo artigo 170 supramencionado, bem como, a previsão, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de um prazo máximo de 120 dias para a elaboração pelo Congresso de um Código de Defesa do Consumidor, ratifica a tendência repersonalizante na seara dos contratos .

Muito embora alguns poucos ainda vejam o contrato como mero instrumento de circulação de riquezas, tal como foi concebido sob a égide do Estado Liberal, resta evidente que a leitura do Direito Civil à luz da Constituição – que se apresenta como a melhor delas para fins do estudo do direito civil na contemporaneidade -, implica em analisar, em primeiro lugar, se uma relação contratual⁸⁸ levou em conta a

⁸⁵ A propósito FACHIN afirma que "...quando a Constituição Brasileira de 1988 tutela o direito à vida - e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade -, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito, alguém que tenha uma existência concreta, com certos direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo(que compreende habitação) e sobrevivência."(*In: Teoria Crítica do Direito Civil*. Renovar, 2000, p. 187-188)

⁸⁶*In: Do contrato...* Juruá, 2001, p. 246.

⁸⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...

⁸⁸ E neste ponto cumpre ressaltar que não é apenas dignidade da pessoa do consumidor que é protegida pela Constituição, o fato de ter sido dedicada especial proteção ao consumidor demonstra apenas uma preocupação especial do legislador com este "novo modelo contratual", nas palavras de NALIN. Por força do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana todo contratante deverá ter seus valores existenciais protegidos em qualquer relação contratual, seja de cunho consumerista, comercial ou civil. o homem está no centro das atenções constitucionais. Continua dizendo que "Um contrato que não leve em conta tal aspecto fundamental de nosso ordenamento jurídico é inválido..."(*In: Do contrato...*Juruá, 2001, p. 249).

dignidade dos contratantes, para somente então colocar em debate a realização da sua causa econômica. Com isto, não se está a propagar a supressão da função econômica do contrato na sociedade contemporânea⁸⁹, mas sim, atender à hierarquia da tábua axiológica⁹⁰ disposta na Constituição.

Além disso, a ordem constitucional vigente revela que a proteção do ser humano, hoje, não assume mais a forma egoística encontrada na codificação. O homem constitucional encontra-se no seio de uma sociedade de cunho solidarista, conforme bem demonstra o elenco de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais⁹¹. É a consagração, no texto constitucional, do princípio solidarista, segundo o qual todos têm direito a uma existência digna. Nas palavras de PIETRO PERLINGIERI, é "a noção de igual dignidade social como o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes".⁹²

Assim estão delineados os valores supremos da ordem constitucional vigente e, como instrumento para sua efetivação, o texto constitucional lançou mão da funcionalização dos institutos jurídicos abordada por FRANCISCO AMARAL⁹³:

...o recurso às ciências sociais permite melhor compreensão do fenômeno jurídico, revelando, outrossim, a íntima relação que existe entre a teoria estrutural do direito e a abordagem técnico-jurídica, de um lado, e a teoria funcional e o estudo sociológico, de outro. Esta conexão é característica dos estudos jurídicos contemporâneos, considerando-se essencial para o jurista saber não apenas como o direito é feito mas também para o que serve, vale dizer, a sua causa final. Aparece assim o conceito de função em direito, significando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura.

Assim, o contrato, relido sob a ótica constitucional, aparece funcionalizado para atender aos valores sociais solidários em detrimento dos interesses patrimoniais e individualistas que regiam o contrato moderno, gerador de desigualdades e injustiças. A ordem econômica e financeira como um todo aparece

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: *Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999, p. 203.

⁹¹ CR, Artigo 3º *caput* e incisos I, III e IV.

⁹² PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 37

⁹³ In: *Direito Civil – Introdução*. Renovar, 2000, p. 355

na Carta Constitucional com a finalidade de assegurar uma existência digna e conforme os ditames da justiça social⁹⁴.

Sob esta ótica, FRANCISCO AMARAL assevera que, "A idéia de função social deve-se entender, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo".⁹⁵

Muitos autores atrelam a função social do contrato somente à idéia de que o mesmo é, atualmente, uma categoria social, na medida que, os efeitos contratuais ultrapassam a pessoa dos contratantes para atingir a sociedade como um todo. Todavia este dado revela apenas uma face da função social do contrato, ou segundo PAULO NALIN⁹⁶, este seria o perfil extrínseco da função social, que assume, ainda, uma outra feição por ele denominada intrínseca, que abre um novo horizonte para princípios contratuais redescritos, tais como o princípio da autonomia privada redimensionado e o princípio da boa-fé objetiva.

Portanto, a funcionalização do contrato representa a superação do princípio da relatividade subjetiva, mas vai além, na medida que, para atender à sua função social, o contrato deve ser instrumento da realização da dignidade do homem inserido num ambiente solidário, onde os interesses egoísticos e patrimonialistas não encontram mais seu fundamento de validade na ordem jurídica.⁹⁷

O contrato relido sob a luz da Constituição assume estes novos contornos para realizar a justiça contratual, o que implica necessariamente no abandono dos princípios tradicionais pautados pelo dogma da vontade, uma vez que estes princípios, da forma como foram concebidos, não atendem à função social do contrato⁹⁸, que nas palavras de CARLOS ALBERTO GOULART FERREIRA, reside justamente "na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social".⁹⁹

⁹⁴ CR, Art. 170, *caput*.

⁹⁵ *In: Direito Civil – Introdução*. Renovar, 2000, p. 357.

⁹⁶ *In: Do contrato...* Juruá, 2001, p. 226

⁹⁷ Neste sentido, nos ensina FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO que "O exercício da função social do contrato conjuga a realização do princípio da autonomia privada com a justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana". (*In: Autonomia Privada. In: Revista CEJ - Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal*, Brasília: nº 9, p. 29)

⁹⁸ Diante desta concepção de função social do contrato, é passível de crítica a posição de Fernando NORONHA quando afirma que mesmo nos períodos mais liberais o contrato tinha sua função social, qual seja, a busca pela realização dos interesses individuais. (*In: Op. cit.*, p. 85.)

⁹⁹ *In: Equilíbrio Contratual. In: LOTUFO, Renan[Coord.]. Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. p. 113.

Por fim, cumpre fazer breve referência ao Projeto de Código Civil, que prevê no artigo 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, mas, infelizmente, não foi além, pois poderia ter dedicado melhor tratamento, mediante a previsão da sanção¹⁰⁰ a ser aplicada e as consequências jurídicas advindas na hipótese de um contrato que não atenda sua função social.

¹⁰⁰ Paulo NALIN, na obra acima mencionada ,ao abordar o tema da sanção a ser aplicada no caso do não atendimento da função social do contrato adota a posição da nulidade virtual , em face do silêncio da lei.

TÍTULO III - REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO ELEMENTO NORTEADOR DA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

Capítulo I - O Princípio da Autonomia da Vontade na contemporaneidade: alcances e limitações da Autonomia Privada

1. A releitura necessária do Princípio da Autonomia da Vontade

A inadequação do princípio da autonomia da vontade concebido como dogma na Teoria Contratual Clássica é inegável, tanto em virtude das injustiças e desigualdades por ele geradas, quanto pela sua inevitável incompatibilidade em relação aos valores constitucionalmente protegidos na contemporaneidade.

Hodiernamente, não se vislumbram fundamentos para defender que o contrato é fruto exclusivamente da vontade livre das partes, pois, justamente esta liberdade ilimitada assumiu caráter opressor e o Estado buscou libertar os contratantes mais fracos estabelecendo instrumentos de realização da igualdade substancial.

Conforme já anteriormente visto, com vistas a afastar a concepção tradicional do princípio da autonomia da vontade, o termo “autonomia privada” surge como fruto da releitura daquele outro pautado na vontade enquanto dogma.

PIETRO PERLINGIERI¹⁰¹, com muita propriedade, afirma que:

Hão de se delinear os aspectos nos quais se manifesta autonomia privada. Tradicionalmente afirma-se que ela traduz antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato. É necessário verificar se esta ou estas liberdades, em razão da fisionomia que a autonomia privada assume com base nos princípios gerais do ordenamento, encontram correspondência efetiva na teoria dos atos. São esses princípios que servem de base para avaliar se a autonomia privada é digna de proteção por parte do ordenamento: ela não é, portanto, valor em si.

Portanto, cumpre abandonar o princípio da autonomia da vontade – de essência voluntarista – e adotar o princípio da autonomia privada como fruto do seu redimensionamento, de modo que as partes exerçam sua autonomia conforme o Direito, isto é, conforme os valores propugnados pela Constituição Federal.

¹⁰¹ In: *Op. cit.*, p.17-18.

2. O Princípio da Autonomia Privada como princípio essencial da ordem jurídica: o dogma da vontade e os princípios dele decorrentes substituídos pelo exercício funcionalizado da auto-regulamentação de interesses

Atualmente, a autonomia privada assume um papel muito relevante em uma sociedade capitalista como aquela em que vivemos, onde a ordem econômica está fundada na iniciativa privada constitucionalmente protegida¹⁰², não sendo possível sequer cogitar na supressão do poder de auto-regulamentação dos interesses privados¹⁰³, principalmente, na seara contratual, onde esta aparece como seu substrato¹⁰⁴. Além disso, LARENZ¹⁰⁵, já asseverou que o homem necessita da autonomia privada "para decidir livremente os assuntos que o afetam diretamente, para poder conformá-los sob sua própria responsabilidade" e, de fato, na esteira deste raciocínio a proteção conferida à autonomia privada é instrumento de defesa contra uma eventual ingerência indevida por parte do Estado.¹⁰⁶

Todavia, o mesmo sistema constitucional que funda a ordem econômica sob a égide da iniciativa privada, elege alguns valores fundamentais - existência digna a todos, justiça e solidariedade social - os quais devem ser consagrados no exercício da autonomia negocial, tornando inconcebível a aplicação do princípio da autonomia da vontade da forma como foi concebido no liberalismo, do qual decorria a liberdade contratual ilimitada pautada no individualismo egoístico.

JOSSERAND, citado por ROSALICE FIDALGO PINHEIRO¹⁰⁷ já afirmou que a liberdade de contratar não pode ser exercida ilimitadamente, pois "ela vai de encontro a outras liberdades igualmente sagradas, ou que pertencem às instituições

¹⁰² Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:...

¹⁰³ Nesta esteira, Francisco AMARAL, partindo do pensamento de Francesco GALGANO assevera que: "A liberdade de iniciativa econômica é a expressão da autonomia privada no campo constitucional como princípio básico da ordem econômica e social. São conceitos correlatos mas não coincidentes, à medida que a primeira focaliza o aspecto econômico, e a segunda, o jurídico, do mesmo fenômeno, havendo, entre eles, uma relação instrumental. (*In: Direito Civil – Introdução*. Renovar, 2000, p. 349.)

¹⁰⁴ Neste sentido Orlando GOMES assevera que "Encontra-se na autonomia privada, o substrato do negócio jurídico. Ele é o instrumento que o Direito oferece aos particulares para que disciplinem seus interesses e travem relações com o objetivo de compô-los." (*In: Op. cit.*, p. 67).

¹⁰⁵ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁶ Nesse sentido Francisco AMARAL assevera que a autonomia privada "constitui-se em um âmbito de atuação político-jurídico individual com eficácia jurídica, garantia de sobrevivência e de realização dos postulados básicos da liberdade e do reconhecimento do valor jurídico da pessoa humana" (*In: Direito Civil – Introdução*. Renovar, 2000, p. 359).

centrais do país”. Esta mesma autora continua dizendo que “...ao se acentuar a demissão da vontade da concepção da autonomia privada ou do negócio jurídico, não se quer com isto, desviar o fato de que para tais institutos não seja fundamental a vontade individual e a liberdade”.

Desta forma, a liberdade de contratar subsiste como corolário do princípio da autonomia privada na seara contratual, no entanto, aparece redimensionada pelos valores constitucionais, devendo ser exercida de modo que os interesses individuais, egoísticos e eminentemente patrimoniais sejam secundados em prol da realização do princípio da dignidade da pessoa humana, da justiça e da solidariedade social, para que, então, seja consagrado um instrumento contratual que atenda a função social propugnada pela Carta.

FRANCISCO AMARAL¹⁰⁸ bem sintetiza esta ordem de idéias:

...a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto, e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício deste poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e de prestação de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos...

A auto-regulamentação de interesses deve atender hoje ao binômio “liberdade e responsabilidade”¹⁰⁹, as relações contratuais adquirem nova feição na contemporaneidade, marcadamente fundada pela boa-fé, onde atuam outros elementos, tudo com vistas a harmonizar interesses individuais e sociais, evitando o abuso de direito¹¹⁰ nas relações contratuais¹¹¹.

¹⁰⁷ In: *O abuso de Direito e as Relações Contratuais*. Curitiba, 2000. 339p. Dissertação como requisito parcial para obtenção do grau de mestre. Universidade Federal do Paraná, p. 141.

¹⁰⁸ In: *Direito Civil – Introdução*. Renovar, 2000, p. 356-357.

¹⁰⁹ FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 116.

¹¹⁰ Sobre o tema vide a já mencionada obra de Menezes CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, a dissertação de Rosalice Fidalgo PINHEIRO, intitulada *O abuso de Direito e as relações contratuais*, e, ainda, o artigo de Ricardo Luis Lorenzetti, sob o título *Nuevas Fronteras del Abuso de Derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del Mercado y amparo)* publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 723, p. 53-65, jan. 1996.

¹¹¹ “Na verdade, se bem atentarmos nos atos geralmente apontados como abuso de direito, veremos como em todos está presente uma violação do dever de agir de acordo com a boa-fé. (...)...só existe abuso de direito quando haja manifesta desproporção entre o interesse prosseguido pela parte e aquele da contraparte que é lesado...(...)...se o contrato tem uma função social, se os direitos reconhecidos a cada parte têm por finalidade não só a satisfação de interesses privativos de cada uma delas, como também a realização de interesses sociais(o interesse geral, ou o bem comum, como quer que estas expressões sejam entendidas em cada sociedade...), não se vê como seja possível tutelar pretensões de um contratante que, considerando seu interesse, representem sacrifício manifestamente desproporcional dos interesses do co-contratante”.(In: NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 174).

Sendo assim, se sob a égide da Teoria Contratual Clássica tudo era válido na busca pela satisfação dos interesses individuais, hoje, à luz do ordenamento jurídico contemporâneo, a liberdade sem limites, que outrora fora outorgada às partes pelo princípio da autonomia da vontade, é mitigada pela atuação do princípio da autonomia privada, que abre novos horizontes. E, desta forma, os princípios decorrentes do dogma da vontade - obrigatoriedade, consensualismo e relatividade subjetiva -, por serem frutos da mesma concepção liberal-individualista, cedem lugar a outros princípios, que aparecem sintonizados com a realidade social atual.

Por fim, cumpre destacar que no âmbito dos contratos paritários, a autonomia privada – concebida como o redimensionamento da autonomia da vontade - ganha um maior espaço de atuação, já que as partes contratantes encontram-se em posições equivalentes, estando, em regra, plenamente capazes de emitir suas próprias declarações de vontade sem sobrepujar-se à vontade do contratante mais forte, neste caso inexistente. Já no âmbito das relações massificadas, nas quais o aderente nem sequer participa da redação das cláusulas e nas quais, em regra, os contratantes se encontram em posições substancialmente desiguais, a autonomia privada ocupa espaço menos relevante. Assim, o grau de paridade entre as partes poderá ditar o alcance da autonomia privada em cada caso concreto: quanto maior a paridade, maior é o espaço da autonomia privada - e não mais dogma da vontade -; quanto menor a paridade, maior é o espaço reservado à aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Esta distinção não significa mitigação do princípio da boa-fé, que deverá ser aplicado em toda relação contratual, apenas demonstra que a diversidade de modalidades contratuais implica a aplicação do princípio, consideradas as especificidades de cada caso concreto.

Capítulo II - Alguns apontamentos sobre o Princípio da boa-fé objetiva como elemento central da Teoria Contratual Contemporânea

Não se pretende aqui aprofundar o tema da boa-fé objetiva por não ser este o objetivo do presente trabalho. Todavia, fazem-se imprescindíveis algumas considerações acerca deste princípio e seus reflexos na esfera contratual.

1. O Princípio da Boa-fé Objetiva: distinções, características gerais e aplicabilidade

Primeiramente, cabe fazer breve distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, para demonstrar que é esta última que assume papel relevante na seara da Teoria Contratual contemporânea. A boa-fé subjetiva traduz o estado psicológico de uma pessoa que age pautado pela crença de que não está prejudicando ninguém, é um "estado de ignorância daquele que se julga titular de um direito, quando em verdade, é titular exclusivamente de seu juízo e imaginação"¹¹². O ordenamento jurídico fornece inúmeros exemplos de aplicabilidade da boa-fé subjetiva, principalmente em matéria possessória (arts. 490 e 491), como requisito para obtenção do domínio através do Usucapião ordinário (art. 551), para atribuição de efeitos civis ao casamento putativo (art. 221) entre outras disposições.

No que concerne ao princípio da boa-fé objetiva, cumpre ressaltar que o Código Civil Alemão - BGB¹¹³ - foi, sem dúvida, o berço das concepções modernas da boa-fé objetiva e grande incentivador dos demais sistemas codificados. No entanto, cabe asseverar que a previsão dos §§ 157 e 242¹¹⁴ neste diploma foi apenas uma consequência natural daquilo que vinha sendo aplicado pela jurisprudência alemã.

A boa-fé objetiva é apontada pela maioria dos autores como sendo uma regra de conduta fundada na honestidade, na lealdade e na colaboração para com o outro,

¹¹² NALIN, Paulo Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 194.

¹¹³ Nos ensina MENEZES CORDEIRO que, das vinte e uma disposições do BGB que referem-se à boa-fé apenas cinco delas significam boa-fé objetiva e ainda, que a Alemanha distinguiu terminologicamente as concepções de boa-fé, enquanto a boa-fé subjetiva é denominada *Guter Glauben* - *Guter* significando crença -, a boa-fé objetiva é denominada *Treu und Glauben* - *Treu* significando lealdade. (In: *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.p. 325-327).

¹¹⁴ BGB § 157. "Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico"

é um *standard*, um parâmetro objetivo, um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família¹¹⁵.

Acerca da boa-fé objetiva como comportamento do homem médio, do *bonus pater familias*, PAULO NALIN¹¹⁶ traz à tona interessante reflexão no tocante à aplicação subjetiva da boa-fé objetiva. O que aparentemente é paradoxal é por ele explicado como sendo o desenho jurídico da boa-fé objetiva realizado pela pessoa do magistrado caso a caso, pois inexistente definição do que seria o homem médio, é um conceito abstrato, que não poderia ser emprestado dos sistemas normativos da Alemanha ou dos países da *Common Law*, em face das evidentes diferenças econômico-sociais que nos separam. Portanto, conclui este autor que o homem médio brasileiro é "inidentificável" em face das diversas realidades sociais presentes em nosso país, razão pela qual "a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz".

No que concerne ao momento da concreção jurídica da cláusula geral da boa-fé¹¹⁷ pelo o aplicador, há que se ter claro que o preenchimento material da cláusula geral deverá pautar-se nos valores elencados pela Constituição Federal.¹¹⁸

Adota-se aqui a posição daqueles autores que defendem a aplicação do princípio da boa-fé objetiva de forma ampla, não estando apenas restrito às relações de consumo, para as quais foi expressamente previsto. Este raciocínio torna-se plenamente possível não só por força do artigo 29 do Estatuto do Consumidor¹¹⁹, mas também porque a "boa-fé ao lado de outros princípios jurídicos como os da

BGB § 242. "El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico".

¹¹⁵ Judith MARTINS-COSTA na sua tese de doutorado sobre a aplicação da boa-fé objetiva na teoria obrigacional assevera que: "ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado". (In: Sistema e cláusula geral a boa-fé objetiva no processo obrigacional. Tese de Doutorado, USP, set. 1996, p. 505)

¹¹⁶ In: Do Contrato...Juruá, 2001, p.131.

¹¹⁷ MENEZES CORDEIRO nos ensina que : "Há que se estender a pesquisa às dimensões materiais do tema, indagando dos valores e pontos de vista chamados a preencher o apelo indeterminado à boa-fé." (In: Op. cit., p. 1196).

¹¹⁸ Neste sentido, Bruno LEWICKI: "São estes valores, voltados para a efetivação dos ditames constitucionais, que devem orientar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Corretamente utilizada, a boa-fé pode trazer toda uma nova compreensão da matéria obrigacional..." (In: Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo. [Coord.] *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 72).

¹¹⁹ Artigo 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas.

liberdade e dignidade da pessoa humana, exemplificativamente, compõem o quadro dos ditos princípios gerais¹²⁰ do Direito¹²¹ e possui base constitucional no princípio da solidariedade,¹²² devendo, portanto, ser aplicado a toda e qualquer relação negocial.

A maioria dos autores assevera ser o princípio da boa-fé aplicável em todas as fases contratuais desde antes do contrato até após sua extinção.¹²³

O princípio da boa-fé objetiva ocupa posição central na teoria contratual contemporânea por ser o grande garantidor da relação, na medida que visa assegurar as legítimas expectativas das partes através da tutela da confiança, lealdade e colaboração entre os contratantes, substituindo, assim, os tradicionais princípios decorrentes do dogma da vontade¹²⁴.

Com vistas a outorgar maior efetividade ao princípio, os autores, dentre eles JUDITH MARTINS-COSTA¹²⁵, elencam as funções do princípio da boa-fé objetiva na Teoria Contratual, quais sejam: “a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos...”.

A par disso, cumpre destacar que o princípio da boa-fé não está restrito a estas funções, pois ocupa, atualmente, o posto de princípio norteador de todas as relações obrigacionais, dominando e tutelando todo o ordenamento na busca da realização da justiça contratual.

¹²⁰ Reafirma-se aqui a posição anteriormente exposta segundo a qual os princípios gerais de Direito têm um alcance muito maior do que aquele que está definido no artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil. Segundo LARENZ, citado por Oliveira ASCENSÃO, os princípios gerais do Direito pertencem ao conteúdo do Direito Positivo, não somente amparado através da lei, mas por todo o sistema jurídico vigente, estando subjacentes à lei e à jurisprudência. (*In: O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p 333).

¹²¹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. *In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.185.

¹²² NALIN, Paulo. *Do contrato...* Juruá, 2001, p. 128.

¹²³ “O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé. As incursões anteriores permitiram detectar estes deveres - e logo o aflorar dessa regra - no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à extinção de obrigações” (MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.*, p. 632).

¹²⁴ “A segurança desejada pelo particular de uma situação subjetiva, é a de que poderá cumprir sua parcela da avenca, seja ela instantânea ou de execução diferida, sem que, para tanto se espante com sobressaltos econômicos, cláusulas abusivas e comportamentos adversos à boa-fé”. (*In: NALIN, Paulo. Do Contrato...*Juruá, 2001, p. 213).

¹²⁵ *In: A boa-fé no Direito Privado*. 1ªed. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 427-428.

Veremos a seguir que o princípio da boa-fé objetiva, vertido nos princípios da tutela da confiança, transparência e da equidade, é aplicado em toda e qualquer relação contratual, operando a substituição dos princípios tradicionais: a liberdade contratual ilimitada é mitigada pela imposição do dever de informação e pela proibição das cláusulas abusivas; pela superação da dicotomia entre vontade interna e declarada, o dogma da vontade materializado pelo princípio do consensualismo cede lugar ao princípio da tutela da confiança; o princípio da relatividade subjetiva, por sua vez, não encontra guarida na Teoria Contratual Contemporânea em face da consagração do contrato como categoria social e das contratações coletivas; e, diante da possibilidade de revisão contratual para se alcançar o equilíbrio contratual, o princípio da obrigatoriedade perde seu caráter absoluto e, por isso mesmo, sua característica de princípio.

2. Previsão normativa do Princípio da Boa-fé Objetiva em matéria contratual

No que tange à previsão legal do princípio da boa-fé objetiva cabe mencionar que, em que pese a completa omissão do Código Civil em vigor, o mesmo já estava presente no Código Comercial de 1850 no seu artigo 131, I¹²⁶.

Mais recentemente é encontrado no Código de Defesa do Consumidor, notadamente em seu artigo 4º, inciso III¹²⁷, onde aparece como princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo, e no artigo 51, inciso IV¹²⁸, ao vedar e atribuir a sanção de nulidade às cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a boa-fé.

¹²⁶ Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação além das regras sobre ditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

¹²⁷ "Art. 4º A política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: ... III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor, com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica(art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

¹²⁸ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ... IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

O projeto de Código Civil parece ter acatado esta nova ordem de idéias em seus artigos 112, 187 e 421¹²⁹. Mas, ainda assim, não fica imune a críticas, pois na lição de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹³⁰, o projeto não define tratar-se de norma cogente ou dispositiva e, em segundo lugar, porque o artigo 421 limita-se a fazer referência ao período que vai da conclusão do contrato até sua execução, não abrangendo a incidência do princípio para efeito das eficácias pré e pós-contratual, cuja ausência, obviamente, não se cogita na Teoria Contratual atual.

¹²⁹ Art. 112. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

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

Art. 421. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹³⁰ In: Princípio da Boa-fé nos Contratos. In: *Revista CEJ - Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal*, Brasília: nº 9, dez. 1999, p. 41.

Capítulo III – Os Princípios Contratuais decorrentes do Princípio da Boa-fé Objetiva: Tutela da Confiança, Transparência e Equidade

O princípio da boa-fé objetiva surge como princípio norteador de uma Teoria Contratual Contemporânea que pressupõe relações obrigacionais complexas e uma diversidade de deveres anexos¹³¹, os quais exigem contínua fiscalização do comportamento dos sujeitos contratantes¹³².

O princípio da boa-fé objetiva na seara dos contratos não aparece com seus contornos definidos e acabados, pois, é aplicado topicamente e, o comportamento dos contratantes em cada caso concreto definirá seus contornos no momento em que for aplicado, implicando no seu desdobramento em outros princípios.

Da análise do comportamento dos contratantes cumpre verificar se as legítimas expectativas e a confiança depositada foram respeitadas – princípio da tutela da confiança -, se o dever de informar adequadamente foi cumprido – princípio da transparência -, e, finalmente, se não existem cláusulas abusivas e desequilíbrio na relação contratual – princípio da equidade¹³³.

1. Princípio da Tutela da Confiança: superação da dicotomia vontade interna e vontade declarada

Ao tratarmos da tutela da confiança partiremos da noção que nos é apresentada por PAULO NALIN¹³⁴:

O princípio da confiança, localizado desde antes da formação do contrato, até a sua execução, dá conta, enquanto na fase da aproximação negocial, de proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos

¹³¹ “A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade humana (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*. (In: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 394).

¹³² Neste sentido MENEZES CODEIRO assevera que: “A complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta. (...)... a complexidade intra-obrigacional não se queda pela posição do devedor. Ela atinge a do credor. (...) Numa leitura liberal pura, o credor, titular de um direito, não incorreria em deveres ou encargos, contra ela, impôs-se a evidência de que, mercê de actuações inadequadas ou de pura passividade, o beneficiário podia dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação, deixando o devedor, para sempre, vinculado...” (In: *Op. cit.*, p. 586-593).

¹³³ In: NALIN, Paulo. *Do contrato...* Juruá, 2001, p. 132.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 154.

contratantes. Cuida, portanto, de salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam.

Em primeiro lugar, cumpre asseverar que a tutela da confiança está intimamente ligada ao princípio da boa-fé objetiva nas suas mais diversas manifestações e, segundo MENEZES CORDEIRO¹³⁵, é justamente o princípio da boa-fé que outorga base juspositiva ao princípio da confiança quando este carece de disposição legal específica.

O princípio da boa-fé objetiva tem fundamento constitucional e, portanto, pode-se afirmar com segurança que a tutela da confiança ultrapassa as relações de consumo, para as quais foi expressamente previsto, e atinge todas as relações negociais.

A tutela da confiança tem como objeto a tutela das representações mentais da daquele que confia e, neste sentido, podemos apontar duas conseqüências práticas decorrentes de sua aplicação. A primeira delas consiste no fato de que existindo a manifestação expressa da vontade, preferir-se-á a declaração à vontade interna, por ser aquela o único dado objetivo daquilo que pode o destinatário ter depositado sua confiança, a menos que o contrário reste demonstrado. Todavia, cumpre asseverar que esta escolha pela vontade declarada parte do princípio da tutela da confiança, uma vez que visa tutelar a confiança depositada pelo contratante que baseou-se na declaração emitida para contratar, divergindo, portanto, da Teoria da Declaração - *Erklärungstheorie* - de cunho voluntarista¹³⁶.

A segunda, revela a superação da dicotomia entre a vontade interna e a declaração – e, conseqüentemente, do princípio consensualista – o que ocorre sob dois prismas: em primeiro lugar o princípio da tutela da confiança também pode implicar no reconhecimento do vínculo em determinadas situações nas quais inexistente qualquer manifestação expressa de vontade, tendo o contratante sido levado a criar legítimas expectativas em razão de um comportamento concludente - ou *contacto*

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 1250.

¹³⁶ Neste sentido são valiosas as palavras de Carlos Alberto Goulart FERREIRA: "... a declaração, se tomada em sua concepção rígida, também não atende aos anseios do declaratório ou receptor. Surge, por isso, a teoria da confiança, que tem a declaração como princípio informador, mas deve-se ter em conta a proteção concreta e individual da confiança do destinatário na declaração. Leva-se em conta o que o destinatário pode retirar da declaração. O declarante fica vinculado objetivamente à declaração e o receptor à confiança que depositou no negócio" (*In: Op. cit.*, p. 100).

*social*¹³⁷ -, travado entre as partes, ou seja, um comportamento objetivo e exteriorizado capaz de fazer com que uma parte conclua qual a vontade da outra e passe a confiar que o contrato será concluído sob determinadas circunstâncias; e, em segundo lugar, poderá gerar a responsabilidade pela *culpa post pactum finitum* em razão do rompimento, no momento pós-contratual, da confiança depositada na relação contratual.

DARCY BESSONE¹³⁸, já no final da década de 40, apontou uma tendência à objetivação em matéria contratual, sendo adepto de uma teoria intermediária, já que, se por um lado é de tentar descobrir a vontade real das partes, por outro lado, em algumas ocasiões, "por conveniências sociais de segurança nas relações jurídicas", deverá prevalecer a vontade declarada, uma vez que é a declaração o meio normal de exteriorização da vontade interna e aqueles que nela confiaram não poderão vir a ser prejudicados. Também ORLANDO GOMES, ainda na década de 80, antecipando-se à discussão que hoje aparece mais delineada, formulou suas críticas às clássicas teorias da vontade e da declaração e discorreu sobre a teoria da validade ou da confiança¹³⁹ - *Vertrauenstheorie* -, fortemente difundida na Alemanha, que nas suas palavras, pode ser esquematizada da seguinte forma: "a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade".¹⁴⁰

Neste mesmo sentido, ROPPO¹⁴¹ também sustentou a tendência objetivante em matéria contratual que aponta para a:

...progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contratantes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual (...) com a consequência de que, em caso de conflito entre subjectivo e objectivo, entre as efectivas posições da psique e da vontade do contratante e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente, tende-se a atribuir prevalências a este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração.

Diante de algum conflito entre as partes no tocante ao que foi declarado e a real vontade interna do declarante, entra em cena o princípio da tutela da confiança

¹³⁷ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 303.

¹³⁸ *In: Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 105-107.

¹³⁹ Também Carlos Alberto da MOTA PINTO asseverou que "pode proclamar-se a opção pelas modernas modalidades da doutrina da declaração, mais precisamente pela *teoria da confiança*..." (*In: Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed., atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 470).

¹⁴⁰ *In: Transformações Gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1980., p. 16.

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 297-298.

para solucionar a questão, pois se o declarante agiu com culpa e o destinatário, que não podia conhecer a divergência entre a vontade real e a declarada, depositou legitimamente sua confiança na declaração emitida, o negócio deverá ser considerado válido nos termos do que foi declarado.

Por óbvio que somente poderá vigorar a vontade declarada na hipótese de existir esta expressa manifestação de vontade, pois o princípio da confiança também visa tutelar situações em que o contratante é levado a criar legítimas expectativas e, assim, mesmo diante da completa ausência de manifestação expressa da vontade¹⁴², poderá ser considerado concluído o contrato nos termos configurados pelo comportamento concludente das partes que pressupõe uma manifestação tácita de vontade¹⁴³, ou, como prefere denominar ENZO ROPPO, pelo *contacto social*, por ele entendido como sendo "o complexo de circunstâncias e de comportamentos - valorados de modo socialmente típico - através dos quais se realizam, de facto, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos"¹⁴⁴.

Diante disso, pode-se concluir que outros elementos, além da manifestação expressa da vontade, podem criar vínculos jurídicos¹⁴⁵, justamente por terem criado na pessoa do contratante uma justa expectativa em face da vontade tacitamente manifestada.¹⁴⁶

Não apenas ações e condutas que foram externadas na fase das tratativas podem caracterizar o comportamento concludente, pois assevera ROPPO que "Um comportamento deste tipo, silencioso, mas de molde a denunciar de forma

¹⁴²Importante ressaltar que trata-se aqui da ausência de manifestação expressa da vontade e não da ausência de vontade ou ausência de consciência da manifestação de vontade, pois nestes casos, seguindo magistério de Pontes de MIRANDA, não existe suporte fático ao negócio jurídico, ou seja, não existe o próprio negócio jurídico. (In: *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 4)

¹⁴³ Neste sentido, Orlando GOMES: "a declaração expressa há de ser exteriorizada por palavras ou gestos inequívocos, enquanto a declaração tácita infere-se das circunstâncias"(In: *Introdução ao Direito Civil*, Curso de Direito Civil, v.1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 322.)

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 303.

¹⁴⁵ O Professor FACHIN nos ensina que: " A valorização da confiança corresponde a dar primazia à pessoa que está criando vínculos jurídicos, e propicia verificar que desencadeando esse processo, a chegada à conclusão de um contrato pode ser exteriorizada através de diversos modos, não sendo exigível, necessariamente, a formulação escrita, bastando o consentimento por atos ou mesmo omissões juridicamente relevantes, pois o próprio silêncio pode apresentar valor jurídico quando a parte privar-se do dever de falar".(In: O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 117).

¹⁴⁶ Nesta esteira ROPPO assevera: "Há outros casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal gênero, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito, numa manifestação *tácita* de vontade".(In: *Op. cit.*, p. 94).

inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato, diz-se comportamento concludente"¹⁴⁷.

Portanto, a tutela da confiança é também manifestada pelo reconhecimento da responsabilidade pré-contratual¹⁴⁸ – *culpa in contrahendo* - daquele que injustificadamente frustra as expectativas e a confiança legítima depositada¹⁴⁹ pelo outro contratante que tinha motivos objetivos - comportamento concludente - para acreditar e confiar na conclusão do contrato¹⁵⁰. A responsabilidade¹⁵¹, neste caso, poderá abranger lucros cessantes, danos materiais emergentes e, até mesmo, indenização por danos morais, já que, os reflexos da ruptura prematura podem atingir inclusive a esfera pessoal do contratante.¹⁵²

Ainda, seguindo a mesma fundamentação que leva ao reconhecimento do vínculo quando ausente a manifestação expressa da vontade, cumpre fazer breve referência à responsabilidade pós-contratual, ou *culpa post pactum finitum*, como prefere MENEZES CORDEIRO¹⁵³, que nos ensina que:

Na busca dos vectores materiais que concretizem a boa-fé nas ocorrências de pós-eficácias, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidade das situações jogo. A confiança requer a proteção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na sua celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ Neste aspecto é imperioso ressaltar que o Código Civil Italiano de 1942 consagra expressamente em seu artigo 1337 a exigência da boa-fé na fase pré-contratual ao dispor que "*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*". Também, o Código Civil Português de 1966 possui dispositivo de alcance ainda maior: "art. 227. quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte".

¹⁴⁹ "...por confiança legítima se quer expressar a expectativa de que a negociação seja conduzida segundo os parâmetros da probidade, da seriedade de propósitos".(MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 484).

¹⁵⁰ A propósito Pontes de MIRANDA asseverou que "todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade" caso contrário estamos diante da *culpa in contrahendo*, como sendo "toda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir o contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo"(In: *Tratado de Direito Privado* -Parte Especial, Tomo XXXVIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962, p. 69).

¹⁵¹ Neste sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: **Ementa:** Responsabilidade Pré-Contratual ou *Culpa in Contrahendo*. tendo havido tratativas sérias referentes a locação de imóvel rompida pela requerida sem justificativa e sem observância dos deveres anexos decorrentes do Principio da boa-fé objetiva, cabe indenização. Lições doutrinarias. Apelo Provido em parte. (Apc Nº 598209179, Décima Sexta Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Helena Cunha Vieira, julgado em 19/08/1998)

¹⁵² Nesta esteira, o Professor FACHIN conclui que: "...quer pela vontade não escrita, quer pelo comportamento, quer mesmo pelo silêncio, é sustentável a configuração de relação jurídico contratual. Se assim for, a partir daí pode falar-se em quebra contratual, e do rompimento unilateral de contrato emerge obrigação de indenizar (In: O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 126).

¹⁵³ *Op. cit.*, p. 630.

intervenientes.(...) O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu.

Nesta ordem de idéias, não se pode negar que o princípio consensualista, no qual se mostra a dicotomia vontade real – vontade declarada, de cunho eminentemente voluntarista, não é suficiente para explicar e definir a complexidade dos vínculos contratuais travados na contemporaneidade.

No que concerne ao tratamento legislativo da matéria, cumpre ressaltar que o Código Civil Brasileiro, pelo disposto no artigo 85¹⁵⁴ adere à teoria da vontade, embora mitigada. Todavia, por conta do artigo 104 é feita uma concessão à teoria da declaração¹⁵⁵. E, infelizmente, o Projeto do Código Civil segue a mesma trajetória traçada pela codificação vigente, pois o seu artigo 112 é cópia fiel do já referido artigo 85 do Código de 1916. Ainda, segundo BESSONE¹⁵⁶, mais uma concessão à teoria da declaração é feita por ocasião do artigo 110 do Projeto ao dispor que a declaração deverá prevalecer ainda que seu autor tenha feito a reserva mental de não querer o que declara, exceto se o destinatário tiver conhecimento da reserva.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, apresenta certa peculiaridade, pois estão presentes alguns dispositivos tendentes a proteger a confiança depositada pelo consumidor que, ao adquirir bens e serviços, pauta-se nas informações prestadas pelo fornecedor e cria a legítima expectativa de que os mesmos não lhe causarão danos¹⁵⁷ ou não apresentarão vícios¹⁵⁸. Portanto, verifica-

¹⁵⁴ Art. 85. Nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.

¹⁵⁵ Art. 104 Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁷ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequada sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso **quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:

omissis... (grifos nossos)

¹⁵⁸ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;II - a restituição imediata da quantia paga,

se que na estrutura do CDC a confiança do consumidor é tutelada na medida que prevê a responsabilização pelo fato do produto e do serviço, bem como, pelos vícios que estes apresentem, oferecendo alternativas ao consumidor que teve frustrada as suas expectativas legitimamente criadas, e prevendo as sanções aplicáveis ao fornecedor. Neste sentido, é de citar exemplos claros da inadequação do princípio da relatividade subjetiva, pois tanto fabricante pode vir a ser responsabilizado pelos danos causados ao consumidor, ainda que tenha contratado com um intermediário e não diretamente com o consumidor, quanto o consumidor, poderá alegar danos advindos de uma relação contratual da qual nem sequer foi parte.

Diante da análise feita pode-se concluir que as conseqüências práticas da aplicação do princípio da tutela da confiança podem variar. Em um primeiro momento pode gerar a responsabilidade pré-contratual, com o pagamento de indenização por perdas e danos por aquele contratante que frustrou legítimas expectativas da outra parte ao desistir da contratação, após ter comportado-se de modo a fazer nascer a crença na conclusão do contrato sob determinadas circunstâncias; em um segundo momento, poderá também servir de fundamento para obrigar a re-execução da prestação ou sua transmutação para esfera da responsabilização civil, nos exatos termos declarados no instrumento contratual, uma vez que o destinatário confiou nesta declaração para vincular-se ao contrato, ou então, em face daquilo que razoavelmente poderia exigir-se de determinado produto ou serviço, na esteira do que prevê o Código de Defesa do Consumidor; e, finalmente, pode operar efeitos para o momento pós-contratual, caso a confiança depositada durante a vigência do contrato venha a ser quebrada após a extinção do mesmo, gerando a obrigação de reparar os danos causados pela *culpa post pactum finitum*.

2. Princípio da Transparência: o alcance da oferta e a informação adequada como requisito de existência da manifestação de vontade

O Princípio da Transparência, por ser mais abrangente, supera a teoria dos vícios do consentimento, sendo justificado pelo dever de informar inerente a toda e qualquer contratação.

monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;III - o abatimento proporcional do preço.

A adequada informação pode ser exigida para fins de realização de todos os contratos, pois somente aquele que está informado é capaz de manifestar validamente sua vontade.¹⁵⁹

A par de ser exigível em toda relação contratual - paritária ou massificada, de consumo ou não -, cumpre destacar a peculiar relevância do dever de informação no tocante às relações massificadas de consumo, pois o contratante mais fraco adere a um instrumento contratual cujas cláusulas foram criadas pelo outro contratante, que via de regra, é mais forte. Neste contexto, o princípio da transparência¹⁶⁰ foi eleito como objetivo da Política de Defesa do Consumidor e direito básico do consumidor¹⁶¹, consubstanciado na obrigação de prestar informações adequadas, tendo sido previstas severas sanções do caso da sua inobservância.

O dever de informação nasce antes mesmo da formação do contrato e prolonga-se por toda a execução, daí a relevância desses apontamentos, que não se destinam - e nem se poderia alimentar tal pretensão - a esgotar assunto.

O primeiro aspecto a ser tratado refere-se à nova noção de oferta inaugurada pelo Código de Defesa do Consumidor. A oferta ou proposta é uma declaração de vontade inicial tendente à realização de um contrato e, nos termos do artigo 1.080 do Código Civil¹⁶², obriga o proponente, ou seja, o vincula à contratação, mas não à execução *in natura*, que por sua vez está prevista no CDC. Tratam da oferta os

¹⁵⁹ "A vontade contratual tutelada há de ser aquela que leva em conta informações adequadas, sem as quais não é digna de eficácia. Para a emissão da vontade, atualmente, não basta verificar seja ela livre de vícios de consentimento, na clássicas figuras do erro, dolo e coação. Mais do que isso, precisa ela ser consciente e informada, para dela se extrair um 'consenso libero' ". (NALIN, Paulo. *Do Contrato...Juruá*, 2001, p. 146)

¹⁶⁰ Cláudia Lima MARQUES assevera que: "transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis porque institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou que simplesmente não deseja." (*In: Op. cit.*, p. 286)

¹⁶¹ Art. 4º. A política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como, a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: ...

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva...

¹⁶² Art. 1.080. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

artigos 30¹⁶³ e seguintes deste Estatuto, estabelecendo, entre outras coisas, que mesmo a oferta veiculada através de publicidade ou outro meio de informação, obriga o fornecedor que a veicular, a cumpri-la nos exatos termos anunciados. Percebe-se, portanto, que a oferta não precisa nem ao menos ser apresentada a pessoa determinada, aplicando-se às relações massificadas, o que demonstra novamente a inadequação do tradicional princípio da relatividade subjetiva.

A ampliação proposta pelo CDC consiste justamente no fato de que a oferta agora integra o próprio objeto da prestação, visando, principalmente, banir a prática freqüente de atrair os consumidores através da divulgação de promoções e depois informar ao mesmo que aquele produto em preço promocional estava esgotado, mas que havia outros produtos semelhantes em preços não promocionais. O objetivo do artigo 30 é justamente evitar esta prática de evidente desrespeito ao consumidor, exigindo a veracidade das informações mesmo na fase anterior à formação do vínculo.

Devido à proporção e à relevância com que se apresentam hoje as campanhas publicitárias, como poderosos instrumentos de incitação ao consumo de massa, capazes de definir como será a aceitação de um produto ou serviço no mercado, o tema concernente à publicidade veiculada pelo fornecedor ultrapassa o momento da oferta para garantir a proteção contra a publicidade abusiva ou enganosa¹⁶⁴ como um direito básico do consumidor.

Neste aspecto, valiosa é a lição de CLÁUDIA LIMA MARQUES ao destacar os três momentos nos quais a publicidade se revela como atividade juridicamente relevante: "1) quando suficientemente precisa, integra a oferta contratual (art. 30), o futuro contrato (arts. 18 e 20) e vincula-o como a proposta (arts. 30 e 35); 2) quando abusiva ou enganosa, é proibida e sancionada (art. 37); 3) nos demais casos, como prática comercial deve ser correta nas informações que presta (art. 36, parágrafo

¹⁶³ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

¹⁶⁴ O artigo 37 veda a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, sendo aquela caracterizada como sendo qualquer modalidade de informação parcial ou totalmente falsa ou capaz de induzir o consumidor em erro, o que possibilitará ao consumidor escolher dentre as alternativas previstas no § 1º do artigo 18 do CDC; e esta, como sendo a publicidade de natureza discriminatória, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais ou que induza a comportamento prejudicial ou perigoso à saúde e segurança, entre outras, visto não ser taxativo o rol.

único e 38), identificável enquanto publicidade (art. 36, *caput*) e sobretudo, leal (art. 6º, IV)."¹⁶⁵.

Ainda, no que concerne ao princípio da transparência nos contratos de consumo, cumpre discorrer sobre o dever de informar o consumidor acerca do conteúdo contratual, já que aquele que não participou da redação das cláusulas contratuais somente poderá manifestar validamente sua vontade e depositar sua confiança no negócio, se estiver adequadamente informado.

O artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor ao dispor que os contratos de consumo não obrigam os consumidores que não tiverem tido a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo contratual ou, se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance, revela a proteção outorgada ao consumidor, sancionando a inobservância pelo fornecedor do seu dever de informar¹⁶⁶.

Parece ser este um dos exemplos mais evidentes da inadequação do dogma da vontade e do princípio da obrigatoriedade - *pacta sunt servanda* -, pois mesmo existindo uma declaração de vontade, o contrato não obrigará, já que, aquele que não está adequadamente informado, não emite validamente sua vontade. Tal hipótese jamais seria cogitada sob a égide da Teoria Tradicional.

A sanção prevista no artigo 46 vem sendo efetivamente aplicada¹⁶⁷ em se tratando dos contratos ditos de massa, todavia, ainda que não haja qualquer distinção no CDC, é grande a polêmica acerca da aplicação desta sanção nos contratos paritários, onde cada cláusula é discutida pelos contratantes.

¹⁶⁵ *In: Contratos no código de defesa do consumidor*. Revista dos Tribunais, 1995, p. 304.

¹⁶⁶ Acerca da sanção imposta pelo supra mencionado artigo, cabe ressaltar a opinião de Cláudia Lima MARQUES compartilhada pela maioria da doutrina, segundo a qual: "O art. 46 do CDC surpreende pelo alcance de sua disposição. Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de "dar oportunidade" ao consumidor de "tomar conhecimento" do conteúdo do contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46..." (*In: Op. cit.*, p. 335).

¹⁶⁷ O julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul revela bem essa ordem de idéias: **Ementa:** Promessa de compra e venda. ação declaratória de resolução contratual e nulidade de cláusulas contratuais dever de informação. Ferimento ao artigo 46, CDC. Descumprimento por parte do fornecedor do dever de informar o consumidor do conteúdo do contrato implica em reconhecimento da ineficácia do contrato de consumo, por força do Art.46, do CDC. Apelação improvida. (APC Nº 598434660, DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL, TJRS, RELATOR: DES. JORGE LUIS DALL'AGNOL, JULGADO EM 25/03/1999)

A proteção ao consumidor no tocante ao seu direito à informação e à transparência na relação contratual que pretende travar vai mais além, pois não se trata do dever de prestar qualquer informação, mas sim a informação clara e adequada, sob pena de não restar configurado o cumprimento deste dever. Exemplo disso é o artigo 52 do CDC, que elenca a informação prévia e adequada como requisito da contratação que abranja fornecimento de produtos, serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento, entre outros.

Também, mereceu especial regulamentação a matéria concernente à devida informação nos chamados contratos de adesão, os quais, na esteira dos §§ 3º e 4º do artigo 54, deverão ser redigidos em termos claros e com letras ostensivas e legíveis, de modo a facilitar a compreensão pelo consumidor e, as cláusulas que impliquem restrição de direitos dos consumidores, deverão ser redigidas com destaque, permitindo a imediata e fácil compreensão.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor é hoje o dispositivo legal que trata minuciosamente do princípio da transparência aplicável na fase pré-contratual, o que leva CLÁUDIA LIMA MARQUES a afirmar que "Transparência significa, para nós, informação e lealdade na fase pré-contratual"¹⁶⁸. Todavia, é importante a ressalva feita por NALIN¹⁶⁹ no sentido de que o princípio da transparência não está adstrito aos contratos de consumo e, estes por sua vez, nem sempre implicam em execução instantânea, podendo estabelecer relações de longa duração, nas quais o dever de informação será exigido durante toda a execução.

O princípio da transparência, fruto da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, é hoje aplicável a toda relação contratual, assumindo papel relevante por implicar na substituição dos princípios tradicionais pautados no dogma da vontade, já que, uma vez ofendido, poderá acarretar a desconsideração de uma vontade declarada, o que não se permitiria sob a égide da Teoria Contratual pautada no dogma da vontade.

¹⁶⁸ *In: Op. Cit.*, p. 642.

¹⁶⁹ *In: Do contrato...*Juruá, 2001, p.149.

3. Princípio da Eqüidade: golpe final ao Princípio do *Pacta Sunt Servanda*

Caminhando para a conclusão deste estudo, cabe fazer breve referência ao princípio da eqüidade enquanto fundamento da justiça contratual e razão da inadequação do dogma da vontade e do princípio do *pacta sunt servanda*, dele decorrente.

Primeiramente, sem entrar no âmago da questão, cumpre esclarecer que a justiça contratual é modalidade de justiça comutativa, ou corretiva como a denominou ARISTÓTELES, para referir-se ao justo enquanto “meio termo entre a perda e o ganho”.¹⁷⁰

De fato a justiça contratual perfaz-se quando o titular ativo da relação recebe o equivalente àquilo que entregou e, no caso do desequilíbrio superveniente, é a busca pelo restabelecimento da justiça contratual, com base na eqüidade, que justifica a intervenção no vínculo contratual, com a modificação do seu conteúdo, ou então, a declaração da sua nulidade, tornando inaplicável, nos dias atuais, o princípio da obrigatoriedade da forma como foi previsto pela Teoria Moderna dos Contratos. Na mesma esteira, FERNANDO NORONHA¹⁷¹, com base no pensamento de LARENZ, assevera ser a justiça contratual uma justiça substancial objetiva, pois “busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa”, devendo-se o caráter objetivo ao fato de que a equivalência dos encargos seja avaliada objetivamente e não subjetivamente pelas partes contratantes.

Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES¹⁷², o princípio da Eqüidade Contratual é o instrumento através do qual se pode alcançar a justiça contratual, e de fato o é, se o concebermos como fez PERELMAN¹⁷³, ao asseverar tratar-se de “uma muleta da justiça”, podendo ser utilizada, sem arbitrariedade¹⁷⁴, quando da ausência de norma

¹⁷⁰ In: *Ética a Nicômacos*. 3ªed. Brasília: UNB, 1992. Tradução de Ethikon Nikomacheion. Traduzido por Márcio da Gama Kury, p. 98.

¹⁷¹ In: *Op. cit.*, p. 220-221.

¹⁷² In: *Op. cit.*, p. 391.

¹⁷³ In: *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de *Éthique et droit*. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira p. 163.

¹⁷⁴ As palavras de MENEZES CORDEIRO remetem novamente para noção de sistema jurídico como grande fundamento de validade das decisões pautadas pela eqüidade, que devem reger-se pelos valores constitucionalmente consagrados: “o modelo de decisão, por ela propiciado, respeita o sentido material do jurídico, representado numa sociedade estabilizada, pelo seu Direito positivo,

regulamentadora; quando condições externas modificam uma relação contratual de tal modo, que sua execução implicaria em grave lesão à parte; e, finalmente, em face de certas circunstâncias que impliquem revisão da situação fática por estarem em jogo certos valores morais.

O alcance do princípio da equidade ultrapassa a função de cânone interpretativo, ou instrumento de supressão de lacunas como outrora fora concebido, passando a ser meio através do qual é possível estabelecer ou restabelecer o equilíbrio de dado contrato mediante a revisão ou modificação de cláusulas, ou, até mesmo declarando sua nulidade¹⁷⁵.

O tema da equidade certamente exige tratamento pormenorizado, o que desbordaria a proposta deste estudo, mas os breves apontamentos já revelam seu papel na busca da realização da justiça contratual em todas as relações contratuais, mediante a aplicação direta do princípio da boa-fé.

Cumpra analisar o princípio da equidade em face do direito positivo brasileiro.

O Projeto de Código Civil apresenta certa evolução em relação ao Código vigente, pois contempla em seu artigo 478¹⁷⁶ a aplicação da Teoria da Imprevisão, nos moldes já referidos; no artigo 479¹⁷⁷, abre espaço para utilização da equidade com vistas restabelecer o equilíbrio contratual, sem resolver o contrato; e, ainda, o artigo 480¹⁷⁸, que prevê a possibilidade de o magistrado revisar o contrato em caso de onerosidade excessiva. Há, também, no artigo 423, a previsão da interpretação mais favorável ao aderente nos casos em que a cláusula do contrato de adesão seja ambígua, o que sem dúvida, deverá ser feito equitativamente aplicando-se o princípio da boa-fé objetiva. Ainda, os artigos 156 e 157¹⁷⁹ do texto projetado

despido de tecnicismos e formalismos espúrios. A sua grande especificidade reside no alargar dos pontos de vista...(...) O extra-sistematismo da equidade é formal; materialmente a decisão équa integra-se no sistema apreendido por quem decida."(*In: Op. cit.*, p. 1.205)

¹⁷⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato...*Juruá, 2001, p. 143.

¹⁷⁶ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

¹⁷⁷ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

¹⁷⁸ Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar onerosidade excessiva.

¹⁷⁹ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação

prevêem, respectivamente, o estado de perigo e a ocorrência de lesão, o que demonstra que, muito embora seja passível de muitas críticas, percebe-se neste ponto uma evolução em relação ao Código vigente e uma mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* em prol da justiça contratual.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, é o grande consagrador do princípio da equidade contratual como fundamento de realização da justiça contratual, proibindo, em seu artigo 51, IV, a utilização de qualquer cláusula que estabeleça obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada, ou, que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, sob pena de nulidade da mesma. Do texto da lei percebe-se a abrangência e o leque de possibilidades de sua aplicação. Ainda, prevê em seu artigo 6º, inc. V, a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.¹⁸⁰

Está aí prevista a mitigação do princípio da obrigatoriedade do contrato fundado no dogma da vontade, visto estar consagrada expressamente no texto legal a possibilidade para o magistrado¹⁸¹ interferir no conteúdo do contrato, modificando,

excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se foi oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

¹⁸⁰ Cabe ressaltar que o CDC supera o Projeto consagrar a Teoria da Lesão em substituição à Teoria da Imprevisão, pois prevê que a superveniência de onerosidade excessiva, desvinculada da noção de contrato de execução continuada e de fatos extraordinários e imprevisíveis, já justifica a revisão. Neste sentido NALIN assevera que "Não sem razão, falar-se atualmente no Brasil (...) do acolhimento da lesão contratual, nas relações de consumo(CDC, art. 6º, inc. V)".(In: *Do Contrato...Juruá*, 2001, p. 141).

¹⁸¹ Neste sentido cabe trazer à colação dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre casos semelhantes, os quais tiveram deslindes completamente diversos. O primeiro revela o apego à teoria contratual moderna, já o segundo mostra-se sensível à realidade contemporânea e realização da justiça contratual no caso concreto: **Ementa**:CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - COMPRA DE INSUMOS - CLÁUSULA ATRELADA AO DÓLAR - ALEGAÇÃO DE JUSTA CAUSA - DESVALORIZAÇÃO CAMBIAL - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO - APELO - 1) O cooperado, que adquire insumos da cooperativa, não é consumidor, nos termos do art, 2º, da LDC. 2) É válida a cláusula, livremente pactuada, de variação da moeda nacional em relação ao dólar - Pacta sunt servanda. **Decisão**: Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação e ao recurso adesivo. Participaram do julgamento e acompanharam o voto do Desembargador Relator, os Excelentíssimos Desembargadores Darcy Nasser de Melo e Altair Patitucci. Curitiba, 11 de outubro de 2000. (Apelação Cível Nº 95.343-7, de Laranjeiras Do Sul - Vara Cível. Relator: Des. Sidney Mora). Inteiro teor em anexo.

revisando ou declarando nulas suas cláusulas,¹⁸² com vistas a estabelecer ou restabelecer o equilíbrio e a justiça contratual.

Ementa: Civil - Ação Revisional de Clausula Contratual. compra e venda com reserva de domínio - contrato prevendo a indexação das parcelas em dólar americano - admissibilidade - superveniência, no entanto, de fato imprevisível, consistente na liberação das bandas cambiais pelo Governo Federal, com expressivo aumento da cotação da moeda americana - Circunstancia que acarretou excessiva onerosidade contratual para o comprador, ameaçando a exeqüibilidade da avenca - necessidade de intervenção do Poder Judiciário, a fim de restaurar o equilíbrio do contrato - mitigação do princípio "*Pacta Sunt Servanda*" - incidência da teoria da imprevisão ("*Rebus Sic Stantibus*"). Referencia Legislativa: Decreto-Lei Nº 857/69 - Artigo 2º; Lei Nº 8880/94 - Artigo 6º, Código De Defesa Do Consumidor (Lei Nº 8078/90) - Artigo 6º, V. **Decisão:** Acordam os Magistrados integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.(**Processo:** 0086350300 - **Apelação Cível Origem:** Curitiba **Número do Acórdão:** 18131 **Decisão:** Órgão Julgador:1ª Câmara Cível **Relator** Ulysses Lopes **Data De Julgamento:** Julga: 16/05/2000). – Inteiro teor em anexo.

¹⁸² "A inobservância do princípio da equidade redundará, então, na declaração oficiosa da nulidade da cláusula abusiva, na revisão da cláusula ou contrato como um todo que imponha desproporção econômica entre as obrigações; no reajustamento das parcelas iniciais ou menos, mais genericamente, na própria declaração de não obrigatoriedade da cláusula ou avenca, pois o que é injusto nunca poderá ser reputado como obrigatório."(NALIN, Paulo.*Do contrato...* Juruá, 2001, p.144).

CONCLUSÃO

Ao encerrar este trabalho torna-se possível apontar algumas conclusões no que se refere ao passado, afastando-se, desde logo, a pretensão dogmatizante de traçar um perfil definitivo em torno da Teoria Contratual Contemporânea, que se apresenta como uma realidade em contínua construção.

A breve abordagem acerca dos motivos do surgimento, das características e das razões da manutenção do modelo de contrato pautado pelo dogma da vontade, revelou ter sido este modelo contratual fruto de um momento histórico de prevalência do liberalismo político-econômico e da proteção jurídica aos interesses individuais, consagrando-se como instrumento ideal de realização dos principais objetivos da burguesia: desenvolvimento da iniciativa privada e livre circulação de riquezas.

A liberdade contratual irrestrita, fundada na crença da igualdade (formal) entre os contratantes, culminou na opressão dos mais fracos, gerando, assim, um estado de injustiças e desigualdades que clamou pela intervenção do Estado nas relações contratuais na busca pelo equilíbrio e pela igualdade substancial entre as partes.

Aliado a isso, a principiologia tradicional fundada pelo dogma da vontade e criada para atender ao modelo paritário de contrato, demonstrou-se inaplicável aos contratos ditos de massa, que com o desenvolvimento da sociedade de consumo, passaram a integrar o grande volume das contratações.

O cenário sócio-político clamava por mudanças, e a barreira criada pelo Código Civil, foi continuamente sendo rompida por leis especiais tendentes a levar para o plano jurídico alguns fatos sociais que até então careciam de tratamento legal. Neste momento, em que o Código Civil já deixava o posto de Constituição de Direito Privado, é promulgada a Constituição Federal de 1988, que surge como elemento unificador de um sistema jurídico aberto, na medida que estabelece valores fundamentais como o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, os quais aplicam-se à toda ordem jurídica, operando a concreção das cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

As estruturas, que na dicotomia tradicional integravam a base fundante do privado, foram diretamente disciplinadas no texto Constitucional, tendo sido outorgada especial proteção ao consumidor e impondo ao contrato uma função social, que significa a busca do equilíbrio entre a autonomia privada, enquanto

espaço concedido aos particulares pelo Direito para auto-regularem seus interesses, e a solidariedade social, o que não implica na supressão da vontade, mas sim, em retirá-la do posto de elemento central para fazer nascer na seara dos contratos a boa-fé objetiva enquanto princípio de base constitucional, e por isso, norteador da Teoria Contratual¹⁸³.

Assim, com vistas a evitar rupturas sistêmicas, revelou-se imprescindível a releitura do Direito Civil à luz da Constituição Federal para abandonar a principiologia contratual liberal prevista no Código Civil e adotar novos princípios sensíveis às transformações e feições que pode assumir o instrumento contratual, enquanto expressão do trânsito de titularidades.

O princípio da boa-fé objetiva, que tem no princípio solidarista seu fundamento constitucional, apresenta-se como regra de conduta ética, capaz de outorgar segurança à relação contratual impondo aos contratantes um comportamento que não crie dificuldades e sobressaltos que venham a prejudicar o equilíbrio da relação, é o chamado dever de colaboração, que se desdobra em diversos deveres anexos à obrigação principal. Nesta esteira, a fiscalização contínua do comportamento dos contratantes enseja a aplicação dos princípios da tutela da confiança, da transparência e da equidade que decorrem diretamente do princípio da boa-fé e buscam, acima de tudo, garantir a justiça contratual.

O presente estudo teve como foi condutor a superação da principiologia contratual clássica, por alguns ainda negada, e as possibilidades da Nova Teoria Contratual desenhada pelo princípio da autonomia privada e pelo princípio norteador da boa-fé objetiva, contudo, as molduras deste quadro são flexíveis e novos elementos a integrarão num contínuo movimento de construção¹⁸⁴.

¹⁸³ "É um duro golpe na moldura clássica do contrato, uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear... (...) É o que basta para, mais uma vez, confirmar a crise pela qual passa a clássica definição do contrato. Mas, é uma crise que constrói, ou melhor, como antes já se disse, desconstrói, para outro paradigma ser edificado no seu lugar." (NALIN, Paulo. *Do contrato...Juruá*, 2001, p. 118-119).

¹⁸⁴ "Futuro, ruptura e transformação seguem, pois, lado a lado na tentativa de construção deste caminho, novo ou renovado, nascido do choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas; entre "o novo que surge e o velho que declina" (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil, Renovar*, 2000, p.329).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia Privada. *In: Revista CEJ - Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal*, Brasília: nº 9, p. 25-30, dez. 1999.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*. 3ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3ªed. Brasília: UNB, 1992. Tradução de Ethikon Nikomacheion. Traduzido por Márcio da Gama Kury.
- ASCENSÃO, Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípio da Boa-fé nos Contratos. *In: Revista CEJ - Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal*, Brasília: nº 9, p. 40-44, dez. 1999.
- BARLETTO, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por excessiva onerosidade nas relações de consumo. *In: TEPEDINO, Gustavo[Coord]. Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 279-305.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BESSONE, Darcy. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Campos. Brasília: UnB-Polis, 1989.
- _____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 1995.
- _____, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 8ª ed.. Brasília: Editora UNB, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ªed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- DE PAGE, Henry. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 2ª ed., Bruxelles: E. Bruylant, 1950, v. 2.

FACHIN, Luiz Edson. *In: Novo Conceito de ato e negócio jurídico. Conseqüências práticas.* Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988.

_____. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *In: _____ [Coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.115-149.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio Contratual. *In: LOTUFO, Renan [Coord.]. Direito Civil Constitucional.* São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* São Paulo: Malheiros, 1995.

GILMORE, Grant. *The death of contract.* Columbus. Ohio State Iniversity Press, 1974.

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do direito das obrigações.* 2ª ed. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Introdução ao Direito Civil - Curso de Direito Civil.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v.1.

_____. *Contratos - Curso de Direito Civil.* 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996

GONDINHO, André Osorio. Codificação e Cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil.* Ano 1, Vol 2, Abr/jun 2000. Ed Padma. p. 3-25.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione.* 2ed. Milão: Giuffrè, 1991.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil - Parte General.* Tradução de De Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3ª ed. alemã , 1ª ed. espanhola. Trad. Por Macías Picave, Miguel Izquierdo. Madrid: Edersa, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica.* 4ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. *In: TEPEDINO, Gustavo [Coord.] Problemas de Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 55-75.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Contratual e Constituição.* *In: II Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, promovida pela OAB-PR, em Curitiba, em 12.08.1999, texto gravado e revisto pelo autor.*

_____. *Dirigismo Contratual.* Revista de Direito Civil, nº 52. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 64-78.

_____. *Contrato e mudança social*. Revista Forense, nº 722. Rio de Janeiro: Forense, p. 40-45, 1995

_____. *Do Contrato no Estado Social*. Maceió: Edufal, 1983.

_____. *O contrato – exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Nuevas Fronteras del Abuso de Derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del Mercado y amparo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 723, p. 53-65, jan. 1996

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *Sistema e cláusula geral: a boa-fé objetiva no processo obrigacional*. São Paulo, 1996. 672p. Tese de Doutorado, USP.

_____. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRA, Silvio. O Instituto dos Advogados Brasileiros e a Cultura Jurídica Nacional. In: *O Direito Vivo*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1984,

MELLO, Heolisa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro do abuso no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo.[Coord.] *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 307-324.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial*, Tomo XXXVIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed., atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. [Coord.] *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.173-210.

_____. *Do contrato: Conceito Pós-Moderno. Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NORONHA, Fernando. *O direito do contrato e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da Teoria Contratual: o princípio da Boa-fé Objetiva e o princípio da Tutela do Hipossuficiente. *In: TEPEDINO, Gustavo. [Coord] Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-55.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Fontes das Obrigações*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, Vol. 3.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de *Éthique et droit*. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito civil constitucional*. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. Tradução de: Profilli del diritto civile.

PINHEIRO Rosalice Fidalgo. *O abuso de Direito e as Relações Contratuais*. Curitiba, 2000. 339p. Dissertação como requisito parcial para obtenção do grau de mestre. Universidade Federal do Paraná.

POPP, Carlyle. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a liberdade negocial - A proteção contratual no Direito Brasileiro. *In LOTUFO, Renan [Coord.]. Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-29.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988

SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: Fonte das Obrigações: Contratos*, 2ª ed. Rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1957, Vol. 3.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Contornos Dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro. *In: TEPEDINO, Gustavo [Coord.] Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 71-109.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In:* _____.
Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.199-215.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.
In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1-23

TEPEDINO, Maria Celina B. M.. A Caminho de um Direito Civil Constitucional.
Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Editora RT n.
65, p. 20-32.

THEODORO JÚNIOR. O contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: Aide Editora,
1993.

VARELLA, Antunes. *Das obrigações em geral.*, 7ª ed. rev. e atual. Coimbra: Livraria
Almedina, 1993, Vol. 1.

ANEXOS

RECURSO ESPECIAL Nº 111.971/BAHIA (96/00683530)

RELATOR : **MINISTRO NILSON NAVES**
RECTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
ADVOGADOS : ADILSON DE FARIA E OUTROS
RECDA : CRP CORREA RIBEIRO PARTICIPAÇÕES S/A
ADVOGADOS : CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO VIVAS DE OLIVEIRA E OUTRO

EMENTA

Contrato bancário. Mútuo. Correção monetária. Segundo o acórdão, “Em matéria contratual, prevalecem as regras livremente pactuadas, em consonância com o clássico princípio expresso no brocardo latino: pacta sunt servanda”. Inviabilidade do especial, a teor das Súmulas 284, 282, 356/STF e 5/STJ. Recurso não conhecido.

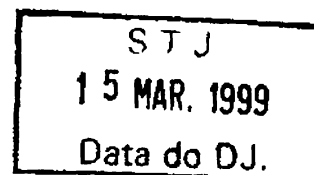
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Menezes Direito e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília-DF, em 14.12.98 (data do julgamento).


MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Presidente


MINISTRO NILSON NAVES, Relator



ARS

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 111.971/BAHIA
REGISTRO 96683530

R E L A T Ó R I O

O EXMº SR. MINISTRO NILSON NAVES: — O devedor requereu a consignação da quarta e última parcela de financiamento contratado em 1986, “ao fundamento de que a ré recusara o recebimento, por exigir a correção da parcela pelo índice de 70,69%”. Acolheu-se o pedido, entendendo-se injusta a recusa. À apelação negou-se provimento, porquanto

“Em matéria contratual, prevalecem as regras livremente pactuadas, em consonância com o clássico princípio expresso no brocardo latino: pacta sunt servanda.”

Se as partes pactuaram, no contrato de mútuo, a incidência da correção monetária segundo o índice de variação da ORTN/OTN ocorrida entre o primeiro mês do trimestre civil em curso e o primeiro mês do trimestre civil anterior, impõe-se a observância do acordo, sendo descabida a pretensão de incidência do índice de variação da OTN no trimestre de vencimento da prestação.”

Daí o especial, com referências aos Decretos-leis 2.284/86 e 2.311/86 e ao art. 974 do Cód. Civil. Denegado o recurso, provi o agravo apensado.

É o relatório.



ARS

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 111.971/BAHIA
REGISTRO 96683530

V O I O

O EXMº SR. MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR): — Com vistas a princípios técnicos, como as Súmulas 284, 282, 356/STF e 5/STJ, denegou-se o recurso. Provi o agravo, porque me preocupava o que foi dito quando do julgamento da apelação, a saber, “impunha-se o resgate da obrigação sem qualquer correção, na forma pactuada”. Aproveitando a ligeira transcrição, leio o inteiro teor do acórdão de fls. 114/7 (lê).

Como se vê, afora a alusão que genericamente se fez a textos de lei, o que na origem se entendeu foi que os pactos devem ser observados. Nada mais, nada menos! Neste aspecto, não vejo como acolher a alegação de que “a correção monetária cobrada pela recorrente está autorizada e amparada pelo disposto no Decreto-lei nº 2.284/86, com a redação que lhe deu o art. 1º, do Decreto-lei nº 2.311/86”, nem a de que “o valor consignado pela recorrida é insuficiente, o que afronta a norma do art. 974 do Código Civil”. De um lado, porque, conforme anotado pelo Juiz Leite Soares, “o recurso é manifestamente deficiente, pois apenas aponta os dispositivos legais tidos por vulnerados, sem demonstrar onde residiria a alegada violação a eles”. De outro lado, porque indubitavelmente o acórdão carecia de esclarecimentos, de modo a definir-se a regência legal. Aqui, também me parece aplicável o disposto nas Súmulas 282 e 356/STF.

Não conheço do recurso especial.



Superior Tribunal de Justiça
CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA



Nro. Registro: 96/0068353-0

RESP 00111971/BA

PAUTA: 01 / 12 / 1998

JULGADO: 14/12/1998

Relator

Exmo. Sr. Min. NILSON NAVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HENRIQUE FAGUNDES

Secretário (a)

LEILA MARIA PEDROSA ROGGIA

AUTUAÇÃO

RECTE : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO : ADILSON DE FARIA E OUTROS
RECDO : CRP CORREA RIBEIRO PARTICIPACOES S/A
ADVOGADO : CESAR AUGUSTO RIBEIRO VIVAS DE OLIVEIRA E OUTRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial."
Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Menezes Direito e Costa Leite
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 14 de dezembro de 1998

SECRETÁRIO(A)

Acórdão na Íntegra

APELAÇÃO CÍVEL Nº 80.864-8, DE CURITIBA - 7ª VARA CÍVEL.

APELANTE: IVAN SECCON PAROLIN FILHO

APELADO: CITIBANK N.A.

RELATOR: DES. SIDNEY MORA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO. I- PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. NÃO PODE ALEGAR CERCEAMENTO DE DEFESA A PARTE QUE, INSTADA A ESPECIFICAR AS PROVAS QUE PRETENDIA PRODUZIR, PERMANECEU INERTE. II- IRREGULARIDADE E ABUSIVIDADE CONTRATUAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. ÔNUS DO QUAL O APELANTE NÃO SE DESIMCUMBIU. VALORES DECORRENTES DO CONTRATO LIVREMENTE AVENÇADO E QUE DEVE SER HONRADO EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. III- CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO APLICAÇÃO AOS CONTRATOS DE CRÉDITO BANCÁRIO POR AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RECURSO NÃO PROVIDO.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 80.864-8, da Comarca de Curitiba - 7ª Vara Cível, no qual figura como apelante IVAN SECCON PAROLIN FILHO e apelado CITIBANK N.A.

IVAN SECCON PAROLIN FILHO, interpôs o presente recurso de apelação cível contra a r. sentença de fls. 78/82, prolatada nos autos de ação monitória sob nº 877/98, ajuizada por CITIBANK NA contra o ora apelante, que julgou procedente o pedido e rejeitou os embargos à ação monitória, declarando constituído o título executivo judicial, nos termos do art. 1102, c, {SYMBOL 167 ¶ "Colonna MT" ¶ 12} 3o, do CPC, alegando, em síntese, preliminarmente, cerceamento de defesa porque o MM. Juiz a quo não determinou a juntada de documentos solicitados, entendendo que o apelante desistira da prova documental. Sustenta ter havido onerosidade contratual consistente em ofensa aos princípios da função coletiva do sistema financeiro nacional e princípio da função desenvolvimentista do sistema financeiro nacional, bem como à lei 4595/64 e 1521/51, recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 no que se conformam com o disposto no caput do seu art. 192. Aduz que o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4o, inc. III, 6o, inc. V e 51, inc. IV e parágrafos vedam a denomina onerosidade excessiva na formação dos pactos, devendo o Juiz reconhecer de ofício a nulidade. Requereu a acolhida da preliminar ou, no mérito, reformar a r. sentença para exonerar o apelante de qualquer pagamento, com inversão do ônus da sucumbência.

Contra-razões às fls. 101/115 argüindo, em síntese, preliminarmente, insuficiência do preparo, devendo-se oportunizar a sua complementação sob pena de deserção. No mérito, aduz inócurrenente o alegado cerceamento de defesa porque instado a se manifestar sobre as provas que pretendia produzir manteve-se inerte, dando azo ao julgamento antecipado da lide e que a posterior petição requerendo apreciação de preliminar de carência de ação ou a juntada de documentos é intempestiva e que, de qualquer sorte, tendo o Juiz formado o seu convencimento não importa cerceamento de defesa o não deferimento de prova pericial. Alega que não houve abuso dos encargos que decorrem da lei e do contrato. Alega que a hipótese do anatocismo deve desde logo ser afastada porque não comprovada e mesmo que ocorrente, haveria permissão legal, haja vista, que as disposições do Decreto Lei 22.626/33 não se aplicam às instituições conforme art. 596, do Supremo Tribunal Federal. Reforça que o art. 192, {SYMBOL 167 ¶ "Colonna MT" ¶ 12} 2o, da Constituição Federal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, não é auto aplicável. Sustenta que os valores cobrados decorre do contrato livremente convencionado entre as partes, devendo ser respeitado o princípio pacta sunt servanda. Aduz que mesmo que se considere o contrato como de adesão isto não

implica em nulidade de suas disposições porque não abusivo. Sustenta aplicável a TR como índice de correção monetária eleito pelas partes. Requereu a manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto

A preliminar de insuficiência do preparo, levantada pelo apelado, não prospera. Com efeito, os documentos de fls. 97/98 dão conta da realização do preparo na quantia devida. A prova documental é de ser aceita sem reservas e sobrepuja a certificação de fls. 99 que, sem razão de ser, diz que não foram pagas as custas do recurso de apelação. Rejeito a preliminar.

O apelante alega cerceamento de defesa porque o MM. Juiz a quo entendeu que desistira da prova pericial mas, no entanto, já a tinha requerido nos embargos. De fato, o apelante requereu a produção de prova pericial documental e contábil nos embargos (fls. 55). Não menos certo, no entanto, que permaneceu inerte quando instado a especificar em cinco dias as provas que pretendia produzir, não atendendo ao despacho de fls. 72, datado de 01.02.99. Somente em data de 12.02.99, intempestivamente, portanto, após o requerimento do apelado para o julgamento antecipado do feito, de fls. 73, ao qual não se opôs, daí ter entendido o MM. Juiz a quo que concordara tacitamente com o pedido, e após até o despacho de que mandou à conta e preparo, fls. 74, foi que protocolou a petição de fls. 75, requerendo fosse reconhecida a preliminar de carência de ação ou a juntada de documentos para fins de prova pericial.

Desta forma, tem-se como não inatendido, sem justificativa, o despacho de fls. 72, não sendo lícito ao apelante, nesta oportunidade, pretender se beneficiar da sua própria contumácia.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa. Devidamente realizada a instrução processual, sem necessidade de produção de prova oral em audiência, é dever do Juiz, não mera faculdade, proceder o julgamento do feito, conforme ocorreu. Rejeito a preliminar.

No mérito, sem razão o apelante.

O apelante alega onerosidade excessiva imposta pelas disposições contratuais para se eximir da obrigação. Em verdade, os valores pretendidos e deferidos ao apelado decorrem das disposições contratuais a que se vinculou de livre vontade quando firmou o Termo de Adesão ao Contrato de Conta Corrente e Investimentos Citibank, de fls. 12. De outra parte, somente a prova pericial é que poderia dar conta de eventuais irregularidades ou abusividade do contrato, no entanto, conforme já dito, o apelante foi contumaz e deste ônus não se desincumbiu, devendo arcar com as conseqüências daí advindas. Na ausência da demonstração das irregularidades e da abusividade do contrato, deve o mesmo prevalecer, em consonância com o princípio pacta sunt servanda, não vingando a tese do apelante de que o contrato é ofensivo a princípios e leis vigentes. Conforme bem ponderou o MM. Juiz a quo as alegações do apelante foram genéricas, não especificando e nem buscando a comprovação de quais são os valores indevidamente exigidos, bem como quais são as cláusulas violadoras do Código de Defesa do Consumidor.

O ônus era exclusivo do embargante, impondo-se a improcedência dos embargos na ausência de comprovação das assertivas contidas na exordial. Outro não é o entendimento jurisprudencial:

Ação monitória. Contrato de abertura de crédito. Saldo devedor impago. Embargos rejeitados. Decisão confirmada. Prevendo o contrato os encargos financeiros devidos pelo cliente e demais condições (juros moratórios e multa), havendo saldo devedor em c/c, e não tendo o embargante comprovado suas alegações (cumulatividade de juros e comissão de permanência, taxa de juros extorsiva e violação de norma do CDC), rejeitam-se os embargos opostos à ação monitória, destinada a receber o valor devido. (TJ/PR - Ap. Cível no 0058704-09 - Comarca de Londrina - Ac. 1817 - unânime - 6o Câmara

Cív. - Rel. Des. Acáccio Cambi - j. em 13.08.97 - Fonte: DJPR, 01.09.97, pág. 61). Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, inaplicável aos contratos pois que destes não se extrai relação de consumo. No escólio de Hely Lopes Meirelles: Excluem-se, assim, da área de incidência da Lei do Consumidor todas as operações de poupança, de mercado de capitais e os próprios depósitos bancários. O entendimento dominante na doutrina é no sentido de não considerar mais os empréstimos como sendo serviços ou produtos. De qualquer maneira, deve ser examinado se o mutuário é realmente o destinatário final, o que não coaduna com a própria finalidade do dinheiro, que continua circulando e não é objeto de consumo ... (In Hely Lopes Meirelles - Mandado de Segurança, 15ª ed. Malheiros, pág. 119). Neste sentido também o entendimento da Quarta Câmara Cível deste E. Tribunal de Justiça: Responsabilidade Civil. Contrato de empréstimo bancário. Revisão pleiteada e julgada improcedente. Recurso a que se nega provimento. Inaplicabilidade do limite constitucional, podendo as instituições financeiras cobrar taxa superior a 12% ao ano. Código de Defesa do Consumidor. As operações de empréstimos bancários não configuram relação de consumo. Lançamentos indevidos de débitos e de capitalização de juros. Inexistência de prova convincente (TJPR - AC. 11874 - Quarta Câmara Cível - Rel. Des. Troiano Neto). Assim, não há que se falar em nulidade das disposições contratuais pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ante o exposto, nego provimento ao recurso para manter a r.sentença guerreada. ACORDAM, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento e acompanharam o voto do Desembargador Relator, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores DARCY NASSER DE MELO e ALTAIR PATITUCCI.

Curitiba, 22 de dezembro de 1999.
Des. SIDNEY MORA - Relator

Acórdão na Íntegra

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 95.343-7, DE LARANJEIRAS DO SUL - VARA CÍVEL.
APELANTE: VALMIR SCARPARI**

APELADO: COOPERSUL - COOPERATIVA CENTRAL AGROPECUÁRIA CAMPOS GERAIS LTDA.

REC. ADESIVO: COOPERSUL - COOPERATIVA CENTRAL AGROPECUÁRIA CAMPOS GERAIS LTDA.

RELATOR: DES. SIDNEY MORA

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - COMPRA DE INSUMOS - CLÁUSULA ATRELADA AO DÓLAR - ALEGAÇÃO DE JUSTA CAUSA - DESVALORIZAÇÃO CAMBIAL IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO - APELO -

1)O cooperado, que adquire insumos da cooperativa, não é consumidor, nos termos do art, 2º, da LDC.

2) É válida a cláusula, livremente pactuada, de variação da moeda nacional em relação ao dólar - Pacta sunt servanda.

APELO E RECURO ADESIVO IMPROVIDOS.

VISTOS, relatados e discutidos os autos de Apelação Cível nº 95.343-7, da Comarca de Laranjeiras do Sul - Vara Cível, no qual figura como apelante VALMIR SCARPARI, apelado COOPERSUL - COOPERATIVA CENTRAL AGROPECUÁRIA CAMPOS GERAIS LTDA. e recurso adesivo COOPERSUL - COOPERATIVA CENTRAL AGROPECUÁRIA CAMPOS GERAIS LTDA.

Cuida-se de Ação de Consignação em Pagamento proposta por Valmir Scapari em face da Coopersul - Cooperativa Central Agropecuária Campos Gerais Ltda., julgada improcedente para condenar o autor a completar o depósito no montante de R\$ 5.286,95 (cinco mil duzentos e oitenta e seis reais e noventa e cinco centavos), devidos desde 30.04.99, acrescido dos juros pactuados de 1% ao mês. Condenou, ainda, o autor em custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre a condenação. Irresignado, apela o sucumbente aduzindo, em síntese, que:- a sentença deve ser reformada em face do disposto no art. 6º, inc. V, do Código de Defesa do Consumidor, eis que a desvalorização cambial ocorrida foi imprevisível; que o dólar era o indexador, o que é proibido pelo Decreto Lei nº 857, de 11.09.69; que quando o contrato foi firmado o dólar estava estável, chegando a taxa cambial a dobrar da noite par o dia; que o Poder Judiciário deve intervir para reequilibrar e restabelecer a equidade contratual; e finalmente, que a desvalorização do real teria sido imprevisível. Contra-razões às fls. 128/143.

A Coopersul interpôs Recurso Adesivo pleiteando a reforma parcial da sentença na parte que condenou o autor em 10% de honorários advocatícios, eis que deveriam ter sido fixados em 20% sobre o valor da condenação, em razão da extensa defesa apresentada pela ré.

É o relatório

Voto.

Nenhum reparo merece a decisão de primeiro grau.

O que se depreende dos autos é que as partes celebraram um contrato de compra e venda de insumos agrícolas em 06.11.98, através do qual ficou estabelecido que o apelante pagaria à apelada a quantia de U\$ 16.284,68 (dezesseis mil, duzentos e oitenta e quatro dólares e sessenta e oito cents), equivalentes em reais, na data do pagamento. Tal disposição encontra-se na cláusula segunda do contrato (pacta sunt servanda).

Apesar de não estar discriminado na exordial qual a franquia legal na qual baseou-se a presente consignatória, presume-se que seja a do inciso I, do art. 973, do Código Civil, a qual estabelece a recusa do recebimento do pagamento ou da quitação sem justa causa.

É o que se deduz dos termos da petição inicial:- o consignante compareceu para

efetuar o pagamento de sua dívida mas o representante da consignada (Sr. Victo Goltz), seu gerente geral, negou-se a receber, a não ser que o pagamento fosse feito de acordo com o dólar. (fls. 10).

Ora, o que pretende o apelante com a presente consignatória é atualizar o seu débito pela média do INPC e IGP/DI e realizar o depósito pela quantia encontrada, equivalente à R\$ 21.757,01.

O apelante argumenta que a desvalorização da moeda americana causou um desequilíbrio contratual e que esta desvalorização foi imprevisível. Porém, as alegações do ora apelante não têm o condão de alterar o julgado.

À uma, porque não se aplica à espécie do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque o contrato celebrado entre as partes teve por escopo a aquisição de insumos agrícolas para implemento da produção do apelante. E assim sendo o apelante não se caracteriza como consumidor, nos termos da lei.

Diz o Código de Defesa do Consumidor:-

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O apelante não adquiriu produtos como destinatário final. Mas, adquiriu insumos para a sua lavoura de soja, os quais, por sua vez, também foram adquiridos pela Cooperativa apelada por preços vinculados à moeda americana. O que, diga-se, é comum nesse tipo de contrato.

À duas, porque não restou caracterizada a alegada ocorrência da Teoria da Imprevisão, a qual justificaria a hipótese de alteração da cláusula livremente pactuada. Esta só ocorre quando reste comprovado a superveniência de fato novo, cuja ocorrência era impossível de ser previsto à época da contratação, o qual acarrete um desequilíbrio insustentável entre as partes.

Data vênua, não se vislumbra sua ocorrência na espécie. Ora, quando se contrata em dólar é absolutamente previsível as oscilações da moeda, podendo ocorrer 2 situações:- a supervalorização ou a desvalorização da moeda correlata ao dólar. E estas dependem das regras do mercado.

Porém, não se pode olvidar que as partes pactuaram livremente cláusula de variação da moeda nacional em relação ao dólar americano (pacta sunt servanda). Tal cláusula, perante o direito, é válida. E o risco foi assumido no momento da contratação. Já decidiu este Tribunal, em caso análogo, que: - Transação efetuada com cláusula de reajuste conforme a variação do dólar americano. Encargos livremente pactuados. Cláusulas contratuais que não ferem a legislação em vigor. Agravo provido. (in acórdão 3946 - Rel. Des. Fleury Fernandes, 5ª C.C., j. em 14.09.99). Portanto, não se pode dizer que houve fato novo impossível de ser previsto a caracterizar a justa causa prevista no inciso I, do art. 973, do Código Civil. A nenhuma outra conclusão poderia ter chegado o douto magistrado que não o reconhecimento da insuficiência do depósito inicial realizado e a conseqüente improcedência da presente consignatória com as cominações legais.

O recurso adesivo, que pleiteia a majoração dos honorários, improcede eis que a ação teve julgamento antecipado da lide.

Ex positis, mantenho in tótum o decisum.

Nego provimento ao apelo e ao recurso adesivo.

ACORDAM, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação e ao recurso adesivo.

Participaram do julgamento e acompanharam o voto do Desembargador Relator, os Excelentíssimos Desembargadores DARCY NASSER DE MELO E ALTAIR PATITUCCI. Curitiba, 11 de outubro de 2000 - Des. SIDNEY MORA - Relator.

Acórdão na Íntegra

Apelação Cível nº 86350-3, de Curitiba, 10ª Vara Cível

Apelante: Ford Factoring Fomento Comercial Ltda.

Apelado : Paulo Moacyr Wilhelm Rocha

Relator : Des. Ulysses Lopes

Civil - Ação revisional de cláusula contratual.

Compra e venda com reserva de domínio - Contrato prevendo a indexação das parcelas em dólar americano - Admissibilidade - Superveniência, no entanto, de fato imprevisível, consistente na liberação das bandas cambiais pelo Governo Federal, com expressivo aumento da cotação da moeda americana - Circunstância que acarretou excessiva onerosidade contratual para o comprador, ameaçando a exequibilidade da avença - Necessidade de intervenção do Poder Judiciário, a fim de restaurar o equilíbrio do contrato - Mitigação do princípio pacta sunt servanda - Incidência da teoria da imprevisão (rebus sic stantibus). Referência legislativa: Decreto-lei nº 857/69 - artigo 2º; Lei nº 8880/94 - artigo 6º, Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90) - artigo 6º, V.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 86350-3, de Curitiba, 10ª Vara Cível, em que é apelante Ford Factoring Fomento Comercial Ltda. e apelado Paulo Moacyr Wilhelm Rocha.

Trata-se de ação cautelar inominada, seguida de ação ordinária de revisão de cláusula contratual ajuizadas por Paulo Moacyr Wilhelm Rocha em desfavor de Ford Factoring Fomento Comercial Ltda. Busca o autor, em síntese, ver alterada a cláusula 4ª do contrato de compra e venda de veículo com reserva de domínio que firmou com a ré, que prevê a indexação do aludido contrato em dólar. Sustentou que o contrato tornou-se excessivamente oneroso, vez que após a liberação das bandas cambiais pelo Governo Federal, em janeiro de 1999, o valor das prestações contratadas tiveram um aumento excessivo. Aduziu, ainda, que a indexação dos contratos pela moeda americana não tem sido aceita pelos tribunais, o que torna a cláusula nula. Pediu, assim, a revisão e a declaração de nulidade da aludida cláusula, além da devolução do valor correspondente à diferença da variação cambial das parcelas de nºs 12 e 13, no valor de R\$ 252,40. Nos autos da medida cautelar (autos nº 60/99, em apenso), através da decisão de f. 25, foi concedida a liminar postulada pelo autor de depósito, a partir da parcela de nº 14, dos valores contratados pela média do IGP/INPC.

A aludida liminar foi confirmada pela sentença de fs. 138/147. Acolhidos também foram os pedidos de nulidade e revisão da aludida cláusula, com a determinação de adoção do INPC como índice de atualização das parcelas do contrato. Da decisão, a ré maneja recurso de apelação (fs. 151/221). Sustenta: 1º) - a legalidade da utilização da moeda estrangeira como indexador dos contratos, inexistindo ofensa ao disposto no artigo 1º do Decreto-lei nº 857/69; 2º) - que a variação cambial do dólar foi expressamente aceita pelo recorrido no contrato; 3º) - que a cláusula 'rebus sic stantibus' não tem aplicação na espécie, vez que inexistiu onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual; 4º) - que não se pode falar em imprevisibilidade da flutuação cambial porque era de sabença geral que o Governo Federal estava controlando apenas temporariamente as bandas cambiais; 5º) - que ela, recorrente, não teve qualquer lucro ou vantagem pecuniária em razão do aumento da cotação do dólar; 6º) - que a previsão de ser indexado o contrato em dólar encontra amparo no artigo 2º do Decreto-lei nº 857/69. Resposta recursal às fs. 232/257.

2. O recurso deve ser conhecido porque apresenta todos os requisitos de admissibilidade. A vinculação da variação cambial como critério de indexação de contratos firmados e executados no Brasil é controvertida.

A regra geral é a de que eles devem ser firmados em moeda nacional e, somente por exceção, deve a moeda estrangeira ser aceita.

Nesse diapasão algumas normas foram editadas. Cite-se como exemplo, o Decreto-lei nº

857/69 que, à exceção das situações previstas no seu artigo 2º (contratos e título de importação e exportação, compra e venda de câmbio em geral, operações de exportação de bens nacionais vendidos a crédito no exterior, entre outras), estabelece serem nulos os contratos ou títulos exequíveis no Brasil que estipulem o pagamento em ouro ou moeda estrangeira, ou que recusem ou restrinjam o curso legal da moeda nacional. Também a Lei nº 8880/94, que dispôs sobre o Programa de Estabilização Econômica e instituiu a Unidade Real de Valor (URV), assentou, em seu artigo 6º, ser nula a contratação de ajustes vinculada à variação cambial, exceto quando expressamente autorizados por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior. (dados extraídos do "Parecer jurídico CNA/DJ/JMR nº 009/99", publicado no Boletim Informativo nº 574, ano XIV, da FAEP - Federação da Agricultura do Estado do Paraná, no período de 26/04 a 02/05/1999).

Na situação dos autos, não houve demonstração efetiva de que para contratar tenha o apelante, como alega, obtido recursos no exterior para repassá-los ao autor e recorrido no contrato. O que foi demonstrado é que o contrato foi firmado com indexação em dólar. Somente isso.

Por isso, não é possível afirmar o enquadramento do recorrente nas exceções previstas no citado artigo 2º do Decreto-lei nº 857/69. Pelo menos não de forma absoluta. De qualquer forma, a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, sem descuidar das normas a respeito, vem admitindo o dólar como critério de indexação dos contratos. A condição, porém, é que o pagamento das prestações seja feito pela conversão em moeda nacional. E tal aconteceu na situação dos autos por aproximadamente um ano, considerando-se que o contrato foi firmado em 24/11/1997 (fs. 23/25) e a aludida cláusula somente passou a ser questionada a partir de janeiro de 1999. É de se anotar, inclusive, que durante esse período a indexação com base no dólar foi utilizada pelo recorrente sem oposição do apelado.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do voto do Ministro Zveiter, quando do julgamento do Recurso Especial nº 78838-SP, assentou: "Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão na moeda nacional. Alegação de nulidade do ajuste por suposta violação ao art. 1º do Dec.-lei 857/69, não favorece os partícipes na celebração do negócio porque estariam tirando proveito da própria torpeza. O legislador visou evitar não a celebração de pactos ou obrigações em moedas estrangeiras, mas sim, aqueles que estipulassem o seu pagamento em outro valor que não o cruzeiro - moeda nacional - recusando seus efeitos ou, restringindo seu curso legal. Inteligência do art. 1º, do Decreto-lei nº 857/69" (JUIS - Jurisprudência Informatizada saraiva nº 19).

No mesmo sentido: Recurso Especial nº 57581-SC, 4ª Turma, rel. Min. B. Monteiro; Recurso Especial nº 119773-RS, 4ª Turma, rel. Min. S. F. Teixeira; Recurso Especial nº 33992-SP,, 4ª Turma, rel. Min. R. R. de Aguiar; Recurso Especial nº 79362-MG, 3ª Turma, rel. Min. Direito; Recurso Especial nº 36120-SP, 3ª Turma, rel. Min. W. Zveiter (JUIS nº 19).

Do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: Ap. c/ Ver. 497.340, 2ª Câmara, rel. Juiz Peçanha de Moraes (JUIS nº 19).

Do nosso Tribunal de Alçada: Apelação Cível nº 106937-8, 2ª Câmara Cível, relatada pelo Des. Cordeiro Cleve, quando lá judicava; Apelação Cível nº 102605-5, 7ª Câmara Cível, rel. Juiz Laertes de Oliveira (JUIS nº 19).

Registre-se, porém, em sentido contrário, o Recurso Especial nº 23707-MG, 4ª Turma, rel. Min. A. Carneiro (JUIS nº 19).

Do exposto resulta que nula não é a cláusula quarta do contrato em questão. Contudo, se de nulidade não pode ser acoimada, certo é que a aludida cláusula deve sofrer alteração. Adiante se verá.

O fundamento do autor e recorrido para ver alterada a referida cláusula no que toca à forma de atualização. é o de que o valor das prestações do contrato sofreu excessivo

aumento após a liberação das bandas cambiais pelo Governo Federal em janeiro de 1999, tornando impossível o seu cumprimento.

É importante de início registrar que essa questão não tem recebido tratamento uniforme pela jurisprudência.

Há decisões que mostram-se contrárias ao argumento sustentado pelo autor e recorrido. Em geral, tais precedentes não tem considerado a aplicação da teoria da imprevisão (cláusula 'rebus sic stantibus'), mas o princípio 'pacta sunt servanda' em situações como a dos autos.

Quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 78478-1, em que a recorrente figurou como parte, a 5ª Câmara Cível deste pretório, através do voto do Des. Fernandes, assentou: "... pretende o recorrido vincular o contrato de compra e venda aos reflexos do mercado, ou seja, reduzir arbitrariamente seus compromissos avençados, diante da perspectiva de que não fez um bom negócio. Entretanto, não pode insurgir-se contra cláusulas que pactuou como vantajosas (melhor prazo para pagamento de sua dívida) por ocasião da assinatura do contrato, eis que o mesmo obriga as partes, tendo força de lei. Neste sentido, nos ensina o mestre Orlando Gomes, em sua obra Contratos, 12ª ed. 6ª tiragem, 1992, Forense: É a pedra angular da sentença do comércio jurídico ... não se apresenta apenas como corolário exclusivo da regra moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada. Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio Princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do Juiz na autonomia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar" (Fonte - JUDWIN, Tribunal de Justiça do Paraná).

No mesmo sentido, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: Agravo de Instrumento nº 276537-1 (acórdão nº 22409), 5ª Câmara Cível: "... ainda que pública e notória a desvalorização do real em relação ao dólar, esse fato, por si só, não se consubstancia em prova inequívoca do desequilíbrio financeiro entre as partes, nem evidencia a indispensável verossimilhança no tocante à satisfação dos pressupostos para a aplicação da teoria da imprevisão...". Do Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação Cível nº 262762-1, 7ª Câmara de Direito Privado, relator Des. Leite Cintra. Do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 186070025, 3ª Câmara Cível, rel. Juiz Celeste Vicente Rovani

Do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro: Apelação Cível nº 57248/87, 6ª Câmara Cível, rel. Juiz Sérgio Cavalieri Filho. Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: Apelação Cível nº 1365185, acórdão nº 33814, 2ª Turma Cível, rel. Des. Valtenio Mendes Cardoso. (JUIS nº 19). Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (consulta via internet): Agravo de Instrumento nº 1999.002.3145, 18ª Câmara Cível, rel. Des. Cassia Medeiros.

Como já consignado, a questão não é tranqüila, existindo, portanto, decisões em sentido oposto às citadas. Colham-se as seguintes:

Do nosso Tribunal de Alçada: Agravo de Instrumento nº 133823-6, 3ª Câmara Cível, rel. Juiz Grandinetti e Apelação Cível nº 122399-8, 8ª Câmara Cível, rel. Juiz Arenhart. Neste último consta da parte final da ementa: "... A liberdade de contratar não é absoluta, ou seja, limita-se a supremacia da ordem pública, a partir do surgimento do estado social democrático de direito. Quando onerosa a relação contratual, gerando impossibilidade subjetiva de se executarem os contratos, perfeitamente plausível a revisão judicial" (JUIS nº 19).

Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (consulta via internet): Agravo de Instrumento nº 1999.002.3341, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Mauro Nogueira - "...É direito do consumidor a revisão das cláusulas contratuais tornadas excessivamente onerosas por fato superveniente, assim podendo compreender a súbita e inesperada alteração da política monetária e cambial, com a elevação do dólar norte-americano, e os reflexos causados no contrato de 'leasing' ajustados com cláusula de variação cambial". Do Tribunal Federal da 3ª Região (consulta obtida do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. via fax): Agravo de Instrumento nº 1999.03.004652-2. rel. Juíza

Marisa Santos: "É fato público e notório que a maxidesvalorização do Real acarretou a alta do Dólar norte americano; tanto que, nesta data, a imprensa noticia o seu fechamento em R\$ 2,08 (dois reais e oito centavos). Conseqüentemente, todos aqueles que contrataram o arrendamento mercantil com cláusula de reajuste pela variação cambial sofrem oneração econômica incompatível com seus rendimentos que, como também é público e notório, não foram corrigidos desde a implantação do Plano Real. O consumidor contratou, nesses casos, confiando na propaganda feita pelo Governo Federal acerca da estabilidade da economia e, especialmente, de que o Dólar se manteria dentro da banda cambial divulgada pelo Banco Central do Brasil. Confiou e contratou, sem poder prever que, de uma hora para outra, em menos de uma semana, suas prestações fossem elevadas em quase 100% (cem por cento) do que anteriormente poderia prever. É este, sem dúvida, o momento em que o Poder Judiciário, chamado a decidir, deve atuar prontamente para evitar o perecimento do direito de todos quantos se encontrem nessa caótica situação".

O mestre Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre a teoria da imprevisão, ou seja, da possibilidade de um contrato tornar-se excessivamente oneroso para uma das partes, dificultando ou impossibilitando a sua execução, ensina: "Todo contrato é previsão, e em todo contrato há margem de oscilação do ganho e da perda, em termos que permitem o lucro ou prejuízo. Ao direito não podem afetar estas vicissitudes, desde que constringidas nas margens do lícito. Mas, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido o plano de desequilíbrio, não pode omitir-se o homem do direito, e deixar que em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato um dos contratantes leve o outro à ruína completa, e extraia para si o máximo benefício" (...) "Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de se cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevisas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação" ("Instituições de Direito Civil", vol. III, Forense, 10ª ed., 1995, págs. 98 e 100).

No mesmo sentido, os escólios de Anísio José de Oliveira ("A teoria da imprevisão nos contratos", Leud editora, 2ª ed., 1991, pág. 32) e de Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves ("Manual do Direito do Consumidor", Forense, 1994, pág. 26). Mais especificamente, discorre Djalma Sigwalt, na matéria intitulada "Dívida atrelada ao dólar", publicada no Boletim Informativo da FAEP - Federação da Agricultura do Estado do Paraná, nº 577, semana de 17 a 23 de maio de 1999: "A variação cambial, em percentuais não previstos, eis que completamente desvinculada do antigo e tradicional regime de bandas (desde o advento do Plano Real), se constitui em fato novo, de reflexo intenso, capaz de ensejar o reexame de eventuais cláusulas. Trata-se da maxi desvalorização do Real e seu reflexo no mundo dos negócios. Em determinados casos, a obrigação contratual não poderá ser exigida, nos exatos termos primitivos, pois os limites objetivos da avença foram alterados mediante mudança imprevisível, que escapou inteiramente à intenção dos contraentes. A solução para os envolvidos se fixa em reexame dos termos contratuais, de forma que se evite o excessivo prejuízo a uma das partes. em conseqüência da modificação econômica, as condições existentes ao tempo da firmatura alteraram-se completamente, tornando, em algumas situações, impossível o seu cumprimento, especialmente ante a onerosidade excessiva. Enfim, surgiu o desequilíbrio econômico do contrato".

Essa é, sem dúvida, a situação posta em debate.

O contrato de compra e venda de veículo tornou-se excessivamente oneroso para o autor e recorrido. em razão de um fato imprevisto e inevitável: a liberação das bandas cambiais

pelo Governo Federal.

Imprevista não era de fato a flutuação do câmbio. A variação cambial sempre foi uma constante na economia brasileira.

Mas não se pode deixar de reconhecer que absolutamente imprevista era a variação do dólar nos patamares alcançados - chegou a mais de 100% em alguns períodos. E a imprevisão não deve ser entendida somente em relação ao autor e recorrido, mas em relação a todos os brasileiros que foram tomados de sobressalto com a súbita mudança, até mesmo os mais experientes economistas políticos.

Não se olvida que o contrato faz lei entre as partes, como aludem as diversas decisões a respeito do assunto. Igualmente não se desconhece que o recorrido, ao contratar, optou pela forma de indexação que melhor atendia as suas possibilidades financeiras. Ao contratar, portanto, prevaleceu a autonomia da vontade das partes. Mas não é possível negar que houve um rompimento do equilíbrio contratual, motivado por circunstâncias que as partes não podiam prever. E, quando tal ocorre, forçosa a intervenção do Poder Judiciário, a fim de que, revisado o contrato, seja restabelecida a sua igualdade.

Vale dizer, o rigorismo do princípio "pacta sunt servanda" precisa ser mitigado na situação dos autos. E, em seu lugar, deve incidir a teoria da imprevisão. Do contrário, a exemplo da avença em questão, o que se terá serão milhares de contratos de cumprimento impossível, ou seja, inexecutíveis. Valiosas, aqui, as palavras de Cândido Rangel Dinamarco: "se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes ... sempre é preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo" (RJ nº 222, abril de 1996, pág. 22).

Por fim, é importante registrar que a revisão da aludida cláusula contratual encontra amparo também no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), que em seu artigo 6º, V, dispõe: "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". **POR TAIS FUNDAMENTOS, VOTO PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.** Posto isso, acordam os Magistrados integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Desembargadores J. Vidal Coelho e Antônio Alves do Prado Filho.

Curitiba, 16 de maio de 2000.

Ulysses Lopes – Relator J. Vidal Coelho - Vencido, com declaração de voto separado

Órgão : 3ª Turma Cível
Classe : AGI – Agravo de Instrumento
N. Processo : 2000002004031-7
Agravante : POUPEX – ASSOCIAÇÃO DE POUPANÇA E EMPRÉSTIMO
Agravados : WALDOMERO RODRIGUES ESMERIO e outra
Relator : Des. JERONYMO DE SOUZA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. O Código de Defesa do Consumidor qualifica como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, incluindo entre os serviços as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, razão pela qual há de se aplicar o citado Codex à relação de financiamento desenvolvida pela Associação de Poupança e Empréstimo – POUPEX. **CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA. DESVANTAGEM EXAGERADA PARA O CONSUMIDOR. NULIDADE.** É contrato de adesão aquele no qual a parte adere sem poder discutir suas

cláusulas ou expressar sua vontade. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Assim, as cláusulas constantes de um contrato em que haja relação de consumo, seja ele de adesão ou não, que prejudiquem excessivamente uma parte em benefício da outra, são abusivas e devem ser declaradas nulas, deixando de obrigar os contratantes.

COMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE FORO DE ELEIÇÃO.

DIFICULDADE DE ACESSO À JUSTIÇA E AO

DIREITO DE DEFESA. NULIDADE QUE SE

DECLARA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE

OFÍCIO. A cláusula de eleição de foro, inserta em

contrato de adesão que impõe sacrifício excessivo ao

consumidor, há de ser considerada nula. Nos contratos

em que há relação de consumo deve-se buscar sempre

se resguardar os direitos do consumidor, máxime seu

acesso à jurisdição e seu direito de defesa, tornando-se

absoluta a competência do foro do seu domicílio, não

havendo necessidade da exceção de incompetência,

devendo esta ser declarada de ofício. Agravo de

instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da **Terceira Turma Cível** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **JERONYMO DE SOUZA** – Relator, **LÉCIO RESENDE** e **WELLINGTON MEDEIROS** sob a presidência do Desembargador **LÉCIO RESENDE**, em **CONHECER. NEGAR-SE PROVIMENTO. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 19 de março de 2001.

LÉCIO RESENDE
Presidente

JERONYMO DE SOUZA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por **ASSOCIAÇÃO DE POUPANÇA E EMPRÉSTIMO - POUPEX**, contra decisão do MM. Juiz de Direito da 18ª Vara Cível de Brasília – DF que, nos autos da ação de execução hipotecária proposta em face de **WALDOMERO RODRIGUES ESMERIO E OUTRA**, declinou de ofício de sua competência para processar e julgar o feito.

Nesta sede recursal, assevera que não pode ser declarada de ofício a incompetência relativa, ainda que se trate de contrato de adesão,

especialmente porque fora convencionada esta capital como foro competente para dirimir quaisquer questões relacionadas com o ajuste, renunciando a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

Sustenta, ainda, não haver relação de consumo entre as partes, pelo que não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Preparo regular à fl. 72.

Deferida a liminar pleiteada (fl. 74), vieram aos autos as informações do juízo **a quo** (fls. 81/96), acompanhada dos documentos de fls. 97/111.

Os agravados ofertaram suas contra-razões (fls. 115/120), ilustradas com documentos de fls. 121/129, onde sustentam que o foro eleito em contrato de adesão dificulta ou quase impede o acesso à Justiça, sendo nula de pleno direito na conformidade da vasta jurisprudência transcrita.

Ressaltam, outrossim, a existência de processo em trâmite na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no qual se discute o valor das prestações, além de ter sido requerida a revisão das cláusulas do contrato hipotecário, sendo, desta forma, a execução alcançada pelo efeito da conexão, pelo que deve se dar a reunião das ações.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador JERONYMO DE SOUZA - Relator

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos de admissibilidade atinentes à espécie.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por **ASSOCIAÇÃO DE POUPANÇA E EMPRÉSTIMO -**

POUPEX, contra decisão do MM. Juiz de Direito da 18ª Vara Cível de Brasília – DF que, nos autos da ação de execução hipotecária proposta em face de **WALDOMERO RODRIGUES ESMERIO E OUTRA**, declinou de ofício de sua competência para processar e julgar o feito.

Nesta sede recursal, assevera que não pode ser declarada de ofício a incompetência relativa, ainda que se trate de contrato de adesão, e que o contrato firmado convencionou Brasília como foro competente para dirimir quaisquer questões relacionadas com a avença, renunciando a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

Sustenta, ainda, não haver relação de consumo entre as partes, pelo que não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Não assiste razão à agravante.

O Código de Defesa do Consumidor define, em seu art. 2º, consumidor como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O § 2º do art. 3º do citado Codex abrange no conceito de serviço as atividades de natureza bancária, financeira e de crédito, o que inclui a agravante nas relações protegidas pelo CDC.

O contrato em tela é do tipo de adesão, sendo este definido no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor nos seguintes termos:

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Neste tipo de contrato, um dos contratantes não tem liberdade para discutir os termos da avença, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo na íntegra, pelo que se encontra restringida a possibilidade de se estabelecer seu

conteúdo, de forma que fica afetado um dos elementos essenciais à formação deste – a livre vontade das partes.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 51, IV, dispõe que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Assim, as cláusulas constantes de contrato em que haja relação de consumo, seja ele de adesão ou não, que prejudiquem excessivamente uma parte em benefício da outra, são abusivas e devem ser declaradas nulas, deixando de obrigar os contratantes.

A cláusula trigésima sexta do contrato firmado entre as partes (fl. 29) não traduz a vontade dos agravados, partes hipossuficientes na relação, pelo que deve ser entendida como nula.

A abusividade de suas disposições se faz presente tanto no prejuízo que traduz à defesa do consumidor, quanto na dificuldade de seu acesso à justiça, já que o contrato foi assinado em Santiago – RS (fl. 32), onde os executados fixaram seu domicílio e é o local onde se situa o imóvel objeto da hipoteca, pretendendo a exeqüente que o foro para dirimir as controvérsias seja Brasília, local bastante distante daquela cidade.

Desta forma, não há como se admitir a prevalência de tal cláusula que traz em seu bojo desvantagem excessiva ao consumidor. Sendo esta questão de ordem pública, a competência há de ser entendida como absoluta, e não relativa, daí emergindo a possibilidade de declinação da competência de ofício.

Assim, a competência em questão deixa de ser relativa e passa a ser absoluta, posto que derivada de relação de consumo, sendo imperioso facilitar-se o acesso do consumidor à justiça e a preservação do seu direito de defesa.

Por conseguinte, encontra-se afastada neste tipo de contrato a aplicação da Súmula 33 do STJ, já que a competência é absoluta, não se fazendo necessária a argüição da incompetência por via de exceção.

A incompetência no caso em tela não apenas pode, mas deve ser declarada de ofício, de modo a resguardar o direito do consumidor, parte hipossuficiente na relação.

Assim, aplica-se ao presente caso a regra inserta no art. 100 do CPC, que prevê o seguinte:

“Art. 100. É competente o foro:

(...)

IV – do lugar:

(...)

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento.”

A obrigação a ser satisfeita no caso em questão é o pagamento das prestações e estas são pagas no Estado do Rio Grande do Sul, sendo este o foro competente para o ajuizamento de ações atinentes à sua satisfação.

É esta também a inteligência do art. 94 do Código de Processo Civil ao estabelecer que a ação fundada em direito pessoal será proposta no domicílio do réu, restando garantido o ajuizamento da execução no domicílio dos agravados.

Assim, há de ser considerada nula a cláusula eletiva de foro, sendo medida de justiça a declinação da competência para a Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Neste mesmo sentido, tem decidido este e. TJDF, como nos arestos a seguir colacionados:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO PROFERIDA EM EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA – POUPEX – FORO DE ELEIÇÃO DIVERSO DO DOMICÍLIO DOS EXECUTADOS E DO

IMÓVEL – CLÁUSULA ABUSIVA – DESVANTAGEM AO CONSUMIDOR – AGRAVO IMPROVIDO – UNÂNIME.

Mostrando-se abusiva a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão, prevalece a regra insculpida no art. 94 do Código de Processo Civil, sob pena de se agravar ainda mais a situação dos devedores inadimplentes”. (AGI 2000 00 2 003382-0, 4ª Turma Cível, Relator Des. Lecir Manoel da Luz).

“CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATO. COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. 1. A cláusula de eleição de foro, em contratos de adesão, deve ser desconsiderada quando, por seu intermédio, impõe-se demasiado sacrifício ao aderente, eis que se afigura lícito ao Poder Judiciário reprimir a prática de procedimentos abusivos, mercê das regras insculpidas no Código do Consumidor. 2. Agravo improvido. Unânime”. (AGI 111998002000991-7, 1ª Turma Cível, Relator Des. Valter Xavier).

Entendimento idêntico tem prevalecido no Colendo Superior Tribunal de Justiça ao julgar questões similares, **verbis**:

“Competência. Foro de eleição. Contrato de adesão. Código de Defesa do Consumidor.

Nulidade da cláusula que estabelece como competente determinado foro se daí resulta dificuldade particularmente notável para a defesa do direito do consumidor.

Possibilidade de reconhecer-se a nulidade de ofício e

ter-se como absoluta a competência, afastando-se a incidência da Súmula 33". (REsp. 154440/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Eduardo Ribeiro).

"Competência. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Contrato de adesão. Cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, de que resulta dificuldade para a defesa do réu. Tratando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), impende considerar como absoluta a competência do foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. Recurso especial não conhecido". (REsp. 154265/SP, Terceira Turma, Relator para o acórdão Min. Costa Leite).

Os agravados informam em suas contra-razões a existência de ação ordinária, cumulada com consignação em pagamento proposta na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo que se daria a continência da ação executiva ajuizada neste Tribunal. Atente-se para o fato de que fora juntada aos presentes autos cópia da mencionada ação ajuizada (fls. 123/129), bem como da certidão expedida pelo Juízo da 4ª Vara Cível de Santa Maria – RS atestando que os autores se manifestaram sobre a contestação e documentos juntados pela ré (fl. 122).

A ação proposta na Justiça do Estado do Rio Grande do Sul data de 26-03-1999, enquanto a ação de execução hipotecária proposta neste e. TJDF data de 10-08-2000. Desta forma, aquela é anterior a esta, o que reforça a necessidade dos autos serem enviados à justiça daquele Estado.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso e revogo a liminar concedida à fl. 74.**

O Senhor Desembargador LÉCIO RESENDE – Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador WELLINGTON MEDEIROS - Vogal

Com a Turma.

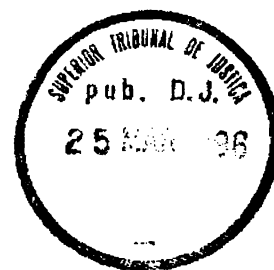
DECISÃO

“CONHECIDO. NEGOU-SE PROVIMENTO. UNÂNIME.”

Salete

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 80.036-SP
(REG. 95 608634)



RELATOR O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
RECORRENTE OSVALDO LUIZ BULLHARA E CONJUGE
RECORRIDO MARULA INCORPORADORA COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS AUTO ANTÔNIO REAME
NELSON KOJRANSKI E OUTROS

EMENTA

INCORPORAÇÃO. Resolução do contrato. Restituição. Lei 4.591/64. Código de defesa do consumidor.

1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do CODECON) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente à resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado.

3. Porém, não viola a lei o acórdão que examina fatos e contratos à luz do CODECON e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. Mantido o contrato, não há cuidar da devolução das prestações pagas.

Recurso não conhecido (Súmulas 5 e 7).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros FONTES DE ALENCAR, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, BARROS MONTEIRO e CÉSAR ASFOR ROCHA.

Brasília-DF, em 12 de fevereiro de 1996. (data do julgamento).

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Sálvio de Figueiredo Teixeira".

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Ruy Rosado de Aguiar".

MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator

**RECURSO ESPECIAL Nº 80.036-SP
(REG. 95 608634)**

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

Oswaldo Luiz Bullara e s/m propuseram contra Marula Incorporadora Comercial Ltda ação ordinária de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno e incorporação e outros pactos relacionados com o empreendimento "Hotel Lazer Toriba Resort", com pedido de devolução das quantias pagas.

Julgada improcedente a ação, os autores apelaram, mas a eg. Décima Segunda Câmara Cível do TJSP negou provimento ao recurso. Entendeu a eg. Câmara ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica regulada pela Lei 4.591/64. Ainda que o fosse, inadmissível resolver o contrato com base na teoria da imprevisão; quanto à devolução, incorrente a hipótese do art. 53 do CODECON, prevista para o caso de ação proposta pelo credor contra o devedor inadimplente. Afastou a alegação de que a incorporadora teria agido com culpa; considerou que o comportamento dos autores não lhes permitia invocar a cláusula de desistência, prevista para o caso de não ser

Superior Tribunal de Justiça

REsp nº 80036-SP - relatório

2

proporcionado aos compradores, até certa data, o financiamento do saldo. Concluiu por manter a sentença que denegara o pedido de rescisão.

Os autores ingressaram com o presente recurso especial, fundamentado na alínea a, inciso III do artigo 105 da Constituição da República.

Argumentam os recorrentes: a) adquiriram o bem como destinatários finais, e contrataram um complexo de serviços especializados prestados pela incorporadora/recorrida; assim, os recorrentes são consumidores e a recorrida é fornecedora, nos termos dos artigos 2º e 3º do CODECON; b) o CODECON, lei posterior, prevalece sobre a Lei 4591/64, nos termos dos artigos 1º e 2º, §1º, da LICC; c) têm os recorrentes direito ao reembolso do que pagaram no caso de rescisão contratual, devidamente corrigidos os valores, consoante os artigos 51, II e 53 do CODECON, porquanto a eles não foi oportunizado, até junho/92, o financiamento bancário previsto no contrato; d) somente em dezembro de 1992 os recorrentes foram notificados extrajudicialmente para assinar o contrato de financiamento, com infringência, portanto, de cláusulas contratuais (artigo 334, II e III, do CPC).

Inadmitido o recurso, com contra-razões, determinei o processamento do Ag 76791-SP como recurso especial.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Saete

12-02-96
4ª Turma
17.96

**RECURSO ESPECIAL Nº 80.036-SP
(REG. 95 608634)**

VOTO

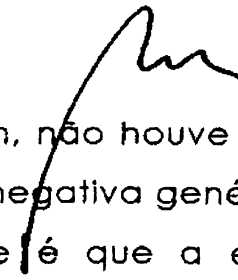
O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (RELATOR):

O Código de Defesa do Consumidor também se aplica aos contratos regidos pela Lei 4.591/64, pois entre incorporador e adquirente surge uma relação de consumo, enquanto o incorporador é fornecedor de bens e serviços. O CODECON traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a prevalência da idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa fé.

É certo que, no que lhe for específico, o contrato de incorporação continua regido pela lei que lhe é própria, mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os

do CODECON, inclusive para os casos de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual.

Igualmente, a proibição de o vendedor embolsar tudo quanto recebeu durante a execução de contrato desfeito é princípio geral que está presente na resolução, pela necessidade de serem as partes restituídas à situação anterior (não fora isso, não haveria razão para o desfazimento do contrato), e para evitar o enriquecimento injustificado do vendedor, que retém as parcelas recebidas e obtém a devolução do bem. Portanto, a cláusula do decaimento é abusiva no contrato de consumo, devendo ser reconhecida tanto na ação proposta pelo credor, como na de iniciativa do devedor.

No caso dos autos, porém, não houve desatenção a tais enunciados. Depois de formular negativa genérica sobre a aplicação do CODECON, a verdade  é que a eg. Câmara examinou a situação à luz do Código do Consumidor e lhe negou aplicação em razão das conclusões a que chegou pelo exame da prova e interpretação do contrato. Com isso, afastou a possibilidade do seu reexame através de recurso especial. Assim, rejeitou a existência dos pressupostos para a utilização da teoria da imprevisão e excluiu a alegação de que a empresa teria agido com culpa, concluindo pela manutenção do contrato. Mantida a avença, não há cogitar da devolução das prestações.

Os recorrentes argumentam com a demora da incorporadora nas diligências para viabilizar o financiamento do saldo, estando previsto no contrato o direito de desistência

Superior Tribunal de Justiça

REsp nº 80036-SP - voto

3

pelos compradores, em caso de descumprimento. Mas o v. acórdão confrontou essa alegação com o comportamento dos adquirentes e, avaliando os fatos, assim concluiu: "A afirmativa de que o financiamento só foi colocado à disposição dos apelantes em dezembro de 1992 é irrelevante, pois os próprios apelantes afirmam com todas letras que já no início do trato junto ao banco para contratação do financiamento, declinaram que por ele não se interessavam e pediam a devolução do dinheiro" (voto do em. Des. Scarance Fernandes, relator). O reexame dessa questão, que é central na pretensão dos recorrentes, envolveria nova definição para os fatos.

Posto isso, não conheço, nos termos das Súmulas 5 e 7.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Nro. Registro: 95/0060863-4

RESP 00080036/SP

PAUTA: 12 / 02 / 1996

JULGADO: 12/02/1996

Relator

Exmo. Sr. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Subprocurador Geral da Republica

EXMA. SRA. DRA. EDYLCEA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA

Secretario (a)

CLAUDIA AUSTREGESILO DE ATHAYDE

AUTUAÇÃO

RECTE : OSVALDO LUIZ BULLARA E CONJUGE
ADVOGADO : AUTO ANTONIO REAME
RECDO : MARULA INCORPORADORA COMERCIAL LTDA
ADVOGADO : NELSON KOJRANSKI E OUTROS

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia QUARTA TURMA ao apreciar o process em epigrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguint decisão :

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.
Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar Salvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.
Brasília, 12 de fevereiro de 1996


SECRETARIO(A)

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



CARTÃO DE CRÉDITO. REVISIONAL. RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE E ABANDONO DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. ADMISSIBILIDADE DE SEREM REVISTOS OS CONTRATOS FIRMADOS COM EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO, EM FUNÇÃO DE ESTAREM SUBMETIDOS À ÉGIDE DO CDC. JUROS LIMITADOS A 12% AO ANO. COMPENSAÇÃO E REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL/ SEXTA CÂMARA CÍVEL/ Nº 70001032119/ PORTO ALEGRE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores Osvaldo Stefanello, Presidente, e João Pedro Freire.

Porto Alegre, 9 de agosto de 2000.

**DES. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA,
Relator.**

RELATÓRIO

DES. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (RELATOR) –

ALBERTO JOMAE L VILAR, irrisignado com o julgamento de improcedência de ação de procedimento ordinário, com antecipação de tutela, que aforara contra CREDICARD S/A ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO, para revisão de contrato firmado com administradora de cartões de crédito, interpõe apelação da r. sentença de f. 179-185. Nas razões recursais (f. 187-201), sustenta que o princípio do *pacta sunt servanda* aplicado pelo MM. Juízo de 1ª instância,

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



nos fundamentos da r. sentença apelada, constitui doutrina ultrapassada. Argumenta, ainda, que a matéria deduzida em juízo encontra-se sob a égide do CDC, estando os juros contratados, portanto, submetidos às disposições do Decreto n.º 22.626/33. Suscita tese de nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas que estabeleçam juros superiores a 12% ao ano, face ao art. 51, IV, do CDC. Requer a reforma da sentença apelada, para a fixação da taxa de juros em 12% ao ano, compensando-se os valores pagos a maior e devolvido o saldo. Tempestivo e preparado o recurso foi recebido no duplo efeito, tendo os autos subido a este Egrégio Tribunal, com contra-razões.

VOTO

DES. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (RELATOR)

Eminentes Colegas.

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que desacolheu pedido de revisão de contrato firmado com administradora de cartões de crédito.

Começo pela pretensão de aplicação do princípio da autonomia da vontade ou do *pacta sunt servanda*, visto que é propugnada a prevalência da força obrigatória do contrato.

Data venia, esse modo de visualizar o problema encontra-se totalmente superado.

Os filósofos do século XVIII, convém recordar, afirmavam os direitos dos indivíduos não só contra o Estado, mas também em face de todo grupamento suscetível de diminuir a liberdade individual, especialmente tendo em vista o sistema corporativo, regulador da atividade profissional de então.

Por isso, o amplo raio de ação concedido ao indivíduo, que deveria organizar suas relações unicamente de modo voluntário, vale dizer, contratual.

Para esse resultado, de forma vigorosa contribuíram ainda várias premissas teóricas ligadas a outros ramos do conhecimento, entre as quais uma concepção bem mais primitiva da economia, a vislumbrar basicamente o indivíduo como principal agente econômico, e uma visão extremamente limitada da esfera possível e adequada da interferência estatal no mundo negocial.

Traço paradigmático da época encontra-se, aliás, na quase total desconsideração das associações de indivíduos, comprometidos com determinada atividade, a exemplo de corporações e sindicatos. Daí, a formação pela doutrina do que se convencionou

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



denominar "*princípios do liberalismo*", embora esta linha de evolução tenha se dado, em alguns casos, de forma até inconsciente.

Tudo isso mudou no alvorecer do século XX. A compreensão do alcance dessa linha de evolução é facilitada ao se levar em conta que a concepção anterior se encontrava exclusivamente povoada pelo Estado e pelo indivíduo, cada um com papéis bem definidos, sem possibilidade de maiores nuances.

A complexidade do novo universo, entre cujos integrantes podem ser apontados os consórcios mercantis, fundações, companhias mercantis e industriais, sindicatos e sociedades religiosas, haveria evidentemente de acarretar imediatas e profundas conseqüências.

Aliás, impossível esquecer a poderosa influência sócio-econômica de muitas dessas entidades, a exemplo dos partidos políticos, sindicatos e grandes corporações, a ponto de constituírem em certos casos verdadeiros "governos privados".

Nos dias atuais não é mais possível falar em autonomia total da vontade ou no princípio do *pacta sunt servanda*, concepção essa que encontrou sua maior inspiração, no plano das instituições políticas, na célebre teoria do contrato social de Hobbes (1588-1679) e de Rosseau (1722-1778), a receber de Kant (1724-1804) a sua formulação mais categórica, na medida em que afirma a vontade individual como força única da obrigação jurídica.

Esse modo de ver o problema desconhece às inteiras as profundas alterações decorrentes do constante aumento de importância e do conseqüente reconhecimento jurídico dos assim chamados "grupos intermediários", vale dizer, das associações de pessoas para uma atividade previamente acordada.

Mais do que isso, o incremento da atividade governamental, praticamente imposto por tais mudanças, produz reflexo direto na redução da área dominada pela autonomia privada, tão ao gosto do velho liberalismo, com progressiva modificação dos conceitos fundamentais do direito privado, cada vez mais influenciados pela incorporação de elementos sociais ou públicos, a ponto de quase todas as constituições modernas limitarem, de forma explícita, o gozo dos direitos subjetivos em função do interesse público ou de ordem pública.

A evolução do direito privado, dentro de tais coordenadas, tem se caracterizado essencialmente, como ninguém desconhece, a) pela sua relativização, em face exatamente de sua função social (v.g., Constituição brasileira de 1988, art. 5º, XXIII, Projeto do Código Civil brasileiro, art. 421, Código de Defesa do Consumidor), b) pela vinculação ético-social desses direitos e c) pelo recuo perante o formalismo do sistema do direito privado clássico do século XIV, especialmente em termos de aplicação da lei pelo juiz.

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



A intensificação da interferência dos fatores de natureza econômica na ordem jurídica, aliada ao declínio do individualismo, haveria naturalmente de subverter a noção clássica de contrato, entendido como livre acordo de vontades, predisposto a estabelecer, conservar ou extinguir relações jurídicas de cunho patrimonial.

E isto porque tal conceito encontra-se intimamente ligado aos pressupostos ideológicos e sociológicos imperantes no século XIX. Assim, na medida em que se privilegia o livre acordo de vontades — expressão máxima da autonomia da vontade —, trabalha-se no limite com a idéia de que as leis do mercado e o egoísmo individual, agindo a favor do seu próprio interesse, são os melhores motores da felicidade e da prosperidade das nações (a "mão invisível" a que se referia Adam Smith).

Por outro lado, a admissibilidade da livre contratação pressupõe, à evidência, a idéia de que os contratantes encontrem-se em plano de igualdade substancial.

Finalmente, a absoluta preponderância emprestada à liberdade individual representava, em essência, as concepções vitoriosas da Revolução francesa e o predomínio burguês sobre a economia, considerada em seu conjunto.

A doutrina do século XIX, assentada no dogma da vontade, deduzia de tal postulado o princípio da total liberdade contratual, da força obrigatória do contrato e de seu efeito relativo.

Em semelhante perspectiva, não se revela difícil constatar a importância do consentimento em tal sistema, qualificado como elemento essencial do contrato. Se a vontade é autônoma, o contrato obviamente haverá de exibir força obrigatória, impondo-se não somente às partes mas também ao órgão judicial.

Vedada estará, evidentemente, a intervenção do Judiciário para desfazer o contrato ou modificá-lo, à vista de considerações equitativas, mesmo em presença de uma evolução imprevisível e consideravelmente desequilibrada da convenção.

A lesão, vale dizer o desequilíbrio das prestações ao momento da formação do contrato — livremente assumido —, não haverá de justificar a anulação do pacto, salvo casos excepcionais.

Finalmente, o princípio da autonomia exibe como corolário lógico o efeito relativo do contrato, no sentido de que a convenção só gera efeitos em relação às partes contratantes, não podendo prejudicar ou beneficiar terceiros, ante a total ausência de vontade destes últimos.

Hoje, a situação mostra-se radicalmente diversa. Embora mantida em princípio, a liberdade contratual tende a ser admitida apenas em razão de sua funcionalidade,

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



considerado o conjunto dos interesses da sociedade. Vale dizer, com outras palavras, que nesse contexto renovado a liberdade contratual já não se revela absoluta, mas relativa.

Ademais, com a superação do princípio da igualdade puramente formal — uma das idéias-força da Revolução francesa —, a inferioridade econômica de qualquer dos contratantes passa a ser entendida como fator de total comprometimento da autonomia privada.

Decorre daí a interferência cada vez maior do legislador atual — em época de plena massificação das relações privadas —, com vistas a impor de modo compulsório a contratação por parte das empresas monopolistas dedicadas ao comércio de bens e serviços de primeira necessidade, a fiscalização ou obrigatoriedade de determinadas cláusulas, ou ainda a exigência de declarações unívocas e não ambíguas.

Nota-se, assim, crescente intervenção do Estado na regulação interna do contrato. Daí por que, de maneira cada vez mais acentuada, vem se admitindo a revisão do contrato, sempre que fatores exógenos rompem o equilíbrio e desnivalem a situação das partes.

O exemplo mais frisante é o da comutatividade do contrato. Este princípio decorre, essencialmente, de influências de ordem econômica e consiste na idéia de que toda troca de bens ou serviços deve fundar-se sobre o postulado da comutatividade ou da equivalência das prestações.

Dentro desta perspectiva, o direito moderno vem se posicionando no sentido de coibir as disparidades evidentes de conteúdo — e não só meramente formais. *Ad exemplum*, mencione-se as leis de combate à usura, entre as quais desponta a brasileira (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933), e o mencionado Código de Proteção ao Consumidor.

Este, aliás, visivelmente preocupado com a idéia de "equivalência" nas relações entre o fornecedor e o consumidor. A publicização do direito privado, aqui sinteticamente delineada, implicou ademais considerável acentuação da importância do princípio da boa fé, emprestando-se dessa forma conteúdo ético aos acordos de interesse privado, a determinar que o desenvolvimento das relações jurídicas, o exercício dos direitos e o cumprimento das obrigações, venham a se produzir conforme princípios de caráter geral.

De qualquer modo, mesmo que esses princípios não tivessem sido formulados pelo legislador, estariam implícitos no ordenamento, em razão de serem considerados necessários pela consciência social. Trata-se na verdade, de um arquétipo de conduta social: lealdade no tratar, honestidade no proceder, fidelidade no cumprimento do acordado.

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



Do ângulo visual do contrato, expressa-se essa conduta social pelo princípio da boa fé, a desempenhar papel de alta relevância como padrão hermenêutico da interpretação das declarações nele contidas, além de constituir critério de conduta.

Note-se que, nessa matéria, a "teoria da vontade", predominante na pandetística do século XIX, considerava unicamente o princípio da autodeterminação.

As idéias até aqui desenvolvidas levam as seguintes conclusões: (a) O traço mais marcante da evolução procurada esboçar encontra-se na forte compressão da autonomia individual, cada vez mais regulada pela intervenção estatal, conquanto submetida às pressões econômicas dos grandes conglomerados comerciais, industriais e financeiros; (b) Daí decorre a relativização dos princípios informadores do contrato, tal como se configuravam no século XIX, quando imperava de forma quase absoluta o individualismo; (c) Como contrapartida a esse estado de coisas, vem-se acentuando de forma positiva, nos últimos tempos, a proteção da parte mais fraca, seja no plano legislativo, jurisprudencial ou doutrinário, e do mesmo passo começa-se a emprestar maior ênfase aos princípios da comutatividade e da boa fé, enquanto declinam os princípios da intangibilidade e da relatividade do contrato.

Por essas razões, não há como nem por que negar a possibilidade de revisão do contrato e é possível pensar na aplicação do sistema protetivo do consumidor e chego aqui a outro fundamento da apelação em análise.

Refiro-me à aplicabilidade das normas de ordem pública do CDC à controvérsia postulada em juízo, pois entendo que as operações decorrentes do uso do cartão de crédito encontram-se sob o pálio protetivo do CDC. Nesse sentido, a doutrina esclarecida de Cláudia de Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3a. ed., 3a. tiragem, São Paulo, RT, 1999, p. 203-204).

Aliás, a caracterização de empresa de cartão de crédito como fornecedor está expressa no art. 3º, caput, do CDC e de maneira especial no § 2º desse dispositivo.

Na espécie, dúvida não há a respeito, face à prova produzida nos autos, evidenciando a vulnerabilidade do consumidor, concluído o contrato por utilização de instrumento impresso de adesão, tudo a determinar pelo menos a equiparação estabelecida no art. 29 do CDC.

Não custa lembrar que o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo esse enquadramento, a exemplo do REsp 71578-RS (3a. Turma, unânime, 05.11.1996, relator Ministro Nilson Naves, RSTJ, 94/191), em que se aplicou o § 3º do art. 54 da Lei nº 8.078/90.

Além do mais, como bem ressaltou o eminente Des. Cacildo de Andrade Xavier, em voto vencedor no julgamento da AC n.º 70000968313, julgada em 24.05.2000, "o contrato de cartão de crédito é um contrato de adesão, pois o usuário do cartão no momento

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



do contrato adere às condições preestabelecidas nestes, sem que possa discutir ou modificar seu conteúdo, conforme dispõe o art. 54 do Código de Defesa do Consumidor”.

Isso posto, passo a interpretar o pacto, suas cláusulas contratuais gerais e especialmente as disposições sobre juros, uma vez que as provas dos autos indicam “encargos contratuais do período” superiores a 10% ao mês (f. 31 e ss.).

Noto cuidar-se de típico contrato de adesão, pré-impresso, com letras minúsculas e sem qualquer destaque especial naquilo que é mais relevante no concernente a juros.

Essas circunstâncias permitem concluir que a taxa de juros não foi contratada, mas imposta pela administradora do cartão de crédito. De logo, verifico o abuso pela impossibilidade de ter sido pactuada livre e bilateralmente, inclusive pela dificuldade da leitura, a determinar flagrante abusividade na sua fixação.

Verifica-se, realmente, que os juros foram fixados muito acima do razoável, especialmente depois da adoção do Plano Real, que reduziu os índices inflacionários a patamares insignificantes, tendo ocorrido em alguns meses até deflação.

Daí o evidente desequilíbrio entre as prestações, a impor tratamento iníquo ao devedor, pois a taxa remuneratória está bem acima do que se poderia admitir numa economia estável.

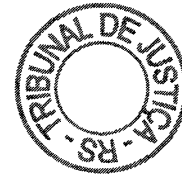
A interpretação da cláusula 10ª, e, em especial, a de n.º 10.2.(f. 29) levam à convicção de sua abusividade, com afronta aos princípios gerais do direito, notadamente aquele que veda o enriquecimento ilícito, sendo evidente tratar-se de disposição nula de pleno direito, nos termos do art. 51, IV do CDC.

Afastada a cláusula abusiva e violadora dos princípios gerais do direito, cumpre fixar os juros remuneratórios que devam incidir no caso, entendendo-se como razoável a taxa de 12% ao ano, por interpretação analógica do Código Civil e do Decreto 22.626/33.

Saliento que o Egrégio 3º Grupo Cível deste Tribunal já firmou posição no sentido de limitar os juros nos cartões de crédito àquele patamar (v.g., EI 70000831966, relator Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 5.5.2000, EI 70000833715, relator Des. Carlos Alberto Bencke, julgado em 2.6.2000).

Julgo agora a questão concernente à repetição do débito que tem como principal aspecto a interpretação do disposto no art. 965 do Código Civil. Antecipo, todavia, que essa regra de lei não incide na espécie porquanto tem por exclusivo fundamento o erro do que pagou indevidamente, enquanto que, no caso dos autos, o indébito decorre de nulidade ipso iure, decretada judicialmente, por afronta a normas cogentes do sistema do CDC.

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



Em tal hipótese, como bem elucida Orosimbo Nonato (Curso de Obrigações, vol. II, 2a. parte, Rio de Janeiro, Forense, 1960, nº 11, p. 160), "a restauração do estado prístino determina a devolução do pago aí devidamente, independentemente de qualquer prova ou alegação de erro."

Daí acentuar Henri de Page (Cours, nº 8, apud Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 8, p. 146), ao analisar o problema sob o ângulo visual do erro, que "Tratando-se de obrigação padecedora de nulidade absoluta, não é possível qualquer confirmação (...) e então o nosso problema não se coloca; o demandante será admitido à repetição, a menos que a nulidade seja contestada. Neste último caso, será necessário primeiramente pronunciá-la, e se a mesma decorre de um contrato, serão as regras próprias à restituição da nulidade do contrato que se aplicarão" (tradução livre).

No direito brasileiro, "Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente" (Código Civil, art. 158).

Basta atentar à exata lição de Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, cit., tomo XXV, § 3.087, 5, p. 316), no sentido de que "não se apura se houve culpa, ou se não houve, após o recebimento. Não se trata de prestar ou de contraprestar, mas sim de devolver o recebido, pela pós-eliminação dos efeitos. Não se assumiu a dívida de restituição; restitui-se em consequência da resolução, ou da resilição" (ibidem, acrescentamos, quando se trata de decretação de nulidade).

Cuidando-se de contrato de adesão, como o da espécie, mesmo admitindo-se por absurdo a repetição por erro, o que não é o caso, cumpre inverter o ônus da prova, dada a verossimilhança da alegação do consumidor e pelo que é dado concluir pela aplicação das regras subministradas pela experiência do que geralmente ocorre (CDC, art. 6º, VIII).

Realmente, não seria crível quisesse o devedor, nas suas relações com a administradora, realizar uma liberalidade indireta, pois, como se sabe, a exigência do ônus probatório do art. 965 "assenta na presunção de que a pessoa que faz a prestação, sabendo que a tal não era obrigada, quis realizar uma liberalidade indireta (...)" (cf., Fagundes Varella, Direito das Obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 1977, nº 58, p. 183, grifos do original).

Assim, para poder repetir o indébito não incumbiria ao devedor a prova de ter pago por equívoco, é ao credor que caberia demonstrar ter cobrado com acerto, com vistas a inviabilizar a pretensão. E essa prova não foi realizada na espécie.

Em decisão recente, o Egrégio 3º Grupo Cível deste Tribunal (EI 70000831966, relator Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 5.5.2000) decidiu que a repetição do indébito "Sendo direito plenamente reconhecido no art. 42, parágrafo único, do CDC, tem caráter

CAAO
Nº 70001032119
2000/CIVEL



imperativo, independentemente da prova do erro (REsp 234437-RS, exigência prevista no art. 965 do Código Civil)."

Essas são as razões por que dou provimento à apelação, para reformar a r. sentença apelada no tocante à taxa de juros que fixo em 12% ao ano, compensando-se os valores pagos a maior e repetindo-se o indébito, se houver. Condeno a apelada nas despesas do processo e nos honorários advocatícios que arbitro em R\$1.500,00 face ao zelo e trabalho desenvolvido pelo profissional.

DES. OSVALDO STEFANELLO(REVISOR-PRESIDENTE): De acordo.

DES. JOÃO PEDRO FREIRE: De acordo.

Decisor(a) de 1º Grau: Luiz Roberto I de Assis Brasil.